

CONCLUSIONES PRINCIPALES Y RECOMENDACIONES

ESTUDIO DE LÍNEA BASE

EN EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS CHILE

Dra. Judith Schönsteiner

Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales

Co-autores: Fernando Araya, Pablo Soto, Karla Varas

Encargado y financiado por: Instituto Danés de Derechos Humanos (DIHR)

Introducción¹

En Naciones Unidas, se ha reconocido hace algunos años que las empresas tienen responsabilidad en prevenir, mitigar y remediar sus impactos en derechos humanos, mientras los Estados tienen la obligación de proteger estos derechos ante el riesgo de su violación por los actores económicos. Así, los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos (en adelante, PR), adoptados en 2011, detallan esta materia, definiendo tres pilares para la materia: el pilar I (estatal) de proteger, el pilar II (empresarial) de respetar y observar la debida diligencia de derechos humanos, y el pilar III (compartido) de acceso a la justicia y remediación.² El primer y tercer pilar incorporan, con especificaciones para los reguladores de la economía y justicia en cada Estado, así como para las empresas estatales, las obligaciones internacionales que el Estado ha contraído mediante la ratificación de tratados internacionales y regionales de derechos humanos.

En virtud de la recomendación del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos (GT), Chile se ha propuesto elaborar un Plan de Acción Nacional (PAN), y lanzó la fase preparatoria del Plan en marzo de 2015. En mayo de 2016, se abre la fase de consultas de las prioridades y medidas asociadas a este Plan. En el entretanto, y como insumo al proceso de elaboración del Plan, el Instituto Danés de Derechos Humanos (DIHR, por sus siglas en inglés) encargó al Centro de Derechos Humanos de la UDP elaborar una línea base en materia de derechos humanos y empresas, siguiendo una maqueta que ya se había aplicado en otros países y que el Centro editó ligeramente para agregar algunas preguntas especialmente relevantes para países latinoamericanos. El estudio identifica el estatus quo en la protección de los derechos humanos ante actividades empresariales en Chile, abarcando la regulación de los sectores privados, empresas estatales, y servicios públicos privatizados. Describe, en este sentido, la regulación existente que se puede considerar proclive a esta protección; y las brechas de protección en la normativa y en la práctica, siempre en comparación con los estándares de derecho internacional de los derechos humanos que Chile ha reconocido.

El presente informe incorpora las principales conclusiones sobre brechas y recomendaciones; la Línea Base está disponible en la página del Centro de Derechos Humanos de la UDP.³ Las brechas se han derivado con la siguiente metodología, usual en el derecho internacional de los derechos humanos: posterior al levantamiento de datos en los distintos ámbitos, se evaluó, a la luz de todos los tratados de derechos humanos aplicables a Chile, y la correspondiente interpretación autoritativa de parte de los órganos de supervisión (Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos, Comités de

¹ Los autores agradecen a María Belén Saavedra y a Carlos Miranda, el apoyo con la edición de estilo y el arduo trabajo con las notas pie de página, respectivamente. Además, a Orielle Ahumada, Vicente Martínez, Carlos Miranda y Gabriela Paz Labra quienes colaboraron como asistentes de investigación, así como a Tomás Vial y Delfina Lawson por valiosos comentarios a un borrador anterior. Esta línea base contempla información publicada hasta el 17 de marzo de 2016. La responsabilidad por el contenido, y obviamente, por posibles errores, es exclusivamente nuestra.

² Consejo de Derechos Humanos, Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, A/HRC/17/31. El Consejo de Derechos Humanos hizo suyos los Principios Rectores en su resolución 17/4, de 16 de junio de 2011.

³ Ver www.derechoshumanos.udp.cl.

Tratados de las Naciones Unidas, y los órganos de supervisión de la Organización Internacional del Trabajo), la conformidad de estos hechos regulatorios, de políticas, buenas prácticas o iniciativas, con las obligaciones internacionales que Chile tiene y a las que se refieren los Principios Rectores en sus pilares I y III.

El estudio de línea base *ideal* cubriría todos los sectores, regiones y los distintos tipos / tamaños de empresas, así como una revisión de la normativa constitucional, legal y regulatoria, incluyendo la práctica administrativa y judicial y el comportamiento del sector privado en respuesta a esta normativa. También sería ideal, como lo explica el Alto Comisionado para los Derechos Humanos muy correctamente, usar un método participativo para la elaboración de la línea base. El tiempo y los recursos disponibles para este estudio, no obstante, han requerido elaborar un estudio más modesto. Particularmente, se prescindió de un estudio sistemático de la práctica judicial y administrativa. La fase participativa está contemplada para Mayo 2016 en adelante, a cargo del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Toda línea base pretende ser replicable en el tiempo; para que esto sea efectivamente posible, el estudio no solo se basa en una matriz desarrollada por el Instituto Danés de Derechos Humanos y la ONG estadounidense ICAR, sino también en dos matrices adicionales, desarrolladas para estos efectos por el Centro de Derechos Humanos de la UDP, que identifican “todos los derechos humanos reconocidos por [Chile]”, tal como indica el primer pilar de los Principios Rectores. Sin este cruce de criterios no sería posible identificar las reales obligaciones del Estado de Chile en materia de empresas y derechos humanos, ya que éstas dependen del estado actual de las ratificaciones de tratados de derechos humanos (ONU, OEA y OIT) y la jurisprudencia aplicable en relación con cada derecho.⁴ Estas matrices se publican en la página del Centro de Derechos Humanos de la UDP y constituyen el criterio para evaluar en un aspecto concreto si estamos ante una brecha de cumplimiento con el derecho internacional o no.

1. Derecho internacional y estándares aplicados

El Estudio Línea Base sobre Empresas y Derechos Humanos evalúa la información empírica recogida a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos que han sido reconocidos por Chile. En este sentido, el juicio jurídico que fundamenta las conclusiones sobre si algún hecho cumple o incumple las obligaciones de los Estados vigentes a las que hace referencia el Principio Rector 1, se deriva de los tratados de derechos humanos aplicables a Chile; la correspondiente interpretación autoritativa de parte de los órganos de supervisión (Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos, Comités de Tratados de las Naciones Unidas, y los órganos de supervisión de la Organización Internacional del Trabajo); y las declaraciones sobre derechos humanos que

⁴ Interpretación de derecho internacional de los derechos humanos según los siguientes criterios: Art. 31 y 32 CVDT, Art. 29 CADH y cláusulas similares en los otros tratados, principio evolutivo y principio pro persona, donde aplican. Interpretación autoritativa de órganos de tratados se concibe como parte de la jurisprudencia; interpretación auténtica se refiere a la interpretación de un estándar por parte de todos los Estados parte, por ejemplo, a través de resoluciones de las asambleas generales de la ONU o de la OEA.

Chile ha firmado. Para facilitar la lectura de las conclusiones, los estándares aplicables se presentan en forma de listado aquí y no en un sistema de notas pie de página.⁵

1.1 Estándares aplicados en el Estudio Línea Base

1.1.1 Tratados adoptados en el marco de las Naciones Unidas

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, firmado en 1966, ratificado en 1972
- Protocolo Facultativo sobre Comunicaciones Individuales, ratificado en 1992 y
- Protocolo Facultativo Destinado a Abolir la Pena de Muerte, ratificado en 2008.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, firmado en 1966, ratificado en 1972, entrada en vigencia en 1989.
- *Protocolo Facultativo firmado en 2008 (no ratificado).*
- Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, ratificada en 1971.
- Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, firmada en 1979, ratificada en 1989. Protocolo Facultativo firmado en 1999 (no ratificado).
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, firmada en 1984, ratificada en 1988 (con reservas). Protocolo Facultativo ratificado en 2008.
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, firmada en 2006, ratificada en 2008. Protocolo Facultativo firmado en 2006, ratificado en 2008.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, firmada en 1965, ratificada en 1971.
- Convención de los Derechos del Niño, firmada en 1989, ratificada en 1990. Protocolo Facultativo relativo a la participación de niños en conflictos armados, ratificado en 2003. Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, ratificado en 2003. Protocolo Facultativo sobre Comunicaciones Individuales, firmado en 2012, ratificado en 2015, pero aún no entra en vigencia).
- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias, ratificado en 2005.
- Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, firmada en 2006, ratificada en 2009.
- Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños, ratificada en 2009.
- Convención para la prevención y la sanción del delito de Genocidio, ratificada en 1953.
- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, ratificada en 1972. Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, ratificado en 1972.

⁵ En la página web del Centro de Derechos Humanos, están disponibles dos matrices de estándares internacionales que vinculen las normas convencionales con sus respectivas interpretaciones por parte de los órganos de supervisión. Ver <http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/index.php/quienes-somos#estudio-linea-base>.

1.1.2 Derecho Humanitario y Derecho Penal Internacional:

- Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermeros de las fuerzas armadas en campaña, ratificado en 1950.
- Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, ratificado en 1950.
- Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, ratificado en 1950.
- Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, ratificado en 1991.
- Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, ratificado en 1991.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, ratificado en 2009.

1.1.3 Convenios de la Organización Internacional del Trabajo:

- Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, ratificado en 2008.
- Convenio Internacional sobre el descanso semanal en industrias, ratificado en 1925.
- Convenio N° 105 sobre la abolición del trabajo forzoso, ratificado en 1999.
- Convenio N° 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, ratificado en 1999.
- Convenio N° 131 sobre la fijación de salarios mínimos, ratificado en 1999.
- Convenio N° 138 sobre la edad mínima, ratificado en 1999.
- Convenio N° 100 sobre igualdad de remuneración, ratificado en 1971.
- Convenio N° 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), ratificado en 1971.
- Convenio N° 29 relativo al trabajo forzoso u obligatorio, ratificado en 1933.
- Convenio N° 122 sobre política del empleo, ratificado en 1968.
- Convenio N° 151 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, ratificado en 2000.
- Convenio N° 156 sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, ratificado en 1994.
- Convenio N° 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil, ratificado en 2000.

Para un listado completo de los convenios de la OIT ratificados por Chile, ver matriz de tratados OIT.

1.1.4 Convenios regionales

- Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada en 1990, con reserva. Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, ratificado en 2005.
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belem do Pará), ratificada en 1996.
- Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, ratificada en 2001.
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, ratificada en 1988 (con reservas, retiradas en 1990).

1.2 Cumplimiento de sentencias internacionales

Las sentencias y los acuerdos relacionados con temas indígenas se encuentran con importantes incumplimientos, contrario a la tendencia general que Chile demuestra en esta materia:⁶ Así, la sentencia en el caso de Norín Catrimán (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014) está pendiente de implementación. Más gravemente sin embargo, por el paso del tiempo, un acuerdo de solución amistosa en el caso Ralco (CIDH, 2004), se encuentra parcialmente pendiente de implementación.

Especialmente, quedan acuerdos sin implementar en relación a reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas; la completa implementación del Convenio 169 según estándares internacionales (hubo algunos avances en 2013, pero permanecen importantes vacíos en relación a la CPLI,⁷ y particularmente sobre los derechos a los territorios y recursos naturales).

Finalmente, a pesar de garantías de no-repetición entregadas en el acuerdo de solución amistosa, consistente en la promesa de no permitir futuros proyectos hidroeléctricos en el área, se aprobó el proyecto Angostura.⁸

Recomendación:

- Cumplir con las ordenes pendientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los acuerdos de solución amistosa y las recomendaciones de la CIDH, de los órganos de los tratados de la ONU, y el mecanismo EPU, especialmente las relacionadas con temas de inversión, indígenas, y discriminación.

2. Reconocimiento constitucional y legal del deber estatal de proteger

En varios ámbitos, en su gran mayoría identificados por los órganos internacionales de derechos humanos, Chile no cumple a cabalidad sus obligaciones de derechos humanos en relación a la regulación de las actividades económicas de las empresas, o derechamente, los incumple. En ese sentido, existen vacíos en el derecho constitucional, la legislación y regulación de materias cubiertas por los Principios Rectores. En seguida, se describen los más relevantes, y se presentan las correspondientes recomendaciones que permitirían, después del debate ciudadano y parlamentario, enmendar la normativa vigente y adoptar las políticas públicas que fomenten la implementación de los derechos, y de los Principios Rectores.

⁶ Judith Schönsteiner y Javier Couso, “La Implementación de las decisiones de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Chile: Ensayo de un balance”, *Revista de Derecho de la Universidad del Norte*, Vol. 22, No. 2, 2015, pp. 315-355.

⁷ Ver análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema en la materia en Nancy Yáñez, “Análisis de la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia respecto a la protección de derechos indígenas en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”, en DESC, *Informes Académicos*, 27 de febrero de 2015.

⁸ Schönsteiner y Couso, *Op. cit.*

2.1 Constitución

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,⁹ eso significa que la falta de legislación aumenta 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.¹⁰

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 una altísima desigualdad económica. Ésta, si bien ha disminuido después del regreso a la democracia (coeficiente de Gini 1990 era de 57,3, él de 2013 de 50,5), 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 capitales. 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 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.¹¹ Por lo tanto,

⁹ 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, en imprenta.

¹⁰ 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.

¹¹ 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.

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.¹² 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 e interpretados según la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas de 2007.

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. Según los resultados de la línea base, eso significa necesariamente una mayor regulación de la actividad económica, privada y pública, incluyendo de la propiedad.

2.2 No-discriminación

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

¹² Ver para un resumen del alcance de la prohibición de discriminación en el derecho internacional, Comité DESC, OG N° 20.

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:¹³

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.¹⁴ 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.¹⁵

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 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 curriculum). En el ámbito laboral, esto se nota, por ejemplo,

¹³ 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.

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ *Ibíd.*

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.¹⁶ Al contrario, aún trabajan 6,6% de los NNA en trabajo infantil prohibido.¹⁷

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,¹⁸ 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.¹⁹

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 temporeras²⁰ 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. La norma se promulgó sin que haya habido un trabajo en términos de sensibilización en torno a la norma ni una fiscalización respecto de qué es lo que exige la norma. Sumado a lo anterior ni el SERNAM ni el Ministerio de la Mujer tienen potestades para investigar y sancionar.²¹ A esto se agrega la falta de representatividad de las mujeres en las jefaturas.²²

¹⁶ 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.

¹⁷ Ver OIT y Ministerio del Trabajo y Previsión Social de Chile, Op. Cit, p. 19.

¹⁸ 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.

¹⁹ 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.

²⁰ 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.

²¹ Funcionarias, SERNAM, agosto de 2015.

²² Ver por ejemplo, Cárdenas, Ana, *Mujeres y Poder*, ICSO-UDP, 2013, disponible en <http://www.udp.cl/funciones/descargaArchivos.asp?seccion=documentos&id=145>.

Finalmente, sufren discriminación principalmente en el mercado laboral, las personas mayores que tienden a no tener acceso a ello,²³ y las personas privadas de libertad, cuya reinserción laboral solo logró abarcar 861 personas a diciembre 2015,²⁴ 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.²⁵ 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 (ver sección 2.3, especialmente, sobre temporeros/as), 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. Se debe considerar la vulnerabilidad de la persona migrante (dependencia económica, redes de tráfico de personas) al evaluar la situación. Esta discriminación se aumenta si la persona migrante pertenece además a una etnia indígena, o en relación a las personas afro-descendientes.

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 2013-2020.²⁶ 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.²⁷ En materia de salud y discapacidad, se observa la exclusión sistemática de las PcD o de padres de hijos con discapacidad, de los planes de salud privados. No hay normativa específica que prohíba esta práctica. Finalmente, en materia laboral, los incentivos de inclusión son insuficientes.²⁸

Recomendaciones:

²³ Directora Nacional de SENAMA, octubre de 2015.

²⁴ Gendarmería de Chile, *Estadística General Mensual*, ver http://www.gendarmeria.gob.cl/estadisticas_pobpenal.jsp.

²⁵ Gendarmería, Informe final de evaluación programas de reinserción y rehabilitación 2012, p. 112.

²⁶ 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.

²⁷ 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.

²⁸ Después del cierre de este estudio, la Presidenta de la República anunció una política de inclusión laboral, 21 de mayo de 2016.

- 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 personas con discapacidad, sin excluir cuotas obligatorias o compromisos voluntarios públicos; inclusión de las mujeres en puestos directivos; equidad de sueldos; inclusión laboral de personas indígenas en puestos de trabajo que cumplen con la ley y puestos directivos; no-discriminación de trabajadoras/es temporeros y jornaleros. Reinserción de personas condenadas. Mejorar sueldo mínimo en función de costo real de vida.
- 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.

2.3 Derecho Laboral

Mientras los derechos fundamentales del trabajador / de la trabajadora hoy cuentan con un resguardo relativamente sólido, con una institucionalidad fiscalizadora y judicial eficaces que son competentes una vez que la persona tiene trabajo. Sin embargo, 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, especialmente, la huelga y la libertad de sindicalización, no está garantizado; además, la protección de la seguridad y salud en el trabajo es deficiente, especialmente, en el sector informal que sistemáticamente está silenciado.

Derechos colectivos

No hay un reconocimiento verdadero del derecho a constituir las organizaciones sindicales que se estimen convenientes, ya que el sindicato que goza de los derechos de negociación colectiva y huelga únicamente es el de la misma empresa. Por lo tanto, no hay libertad para determinar la estructura de la organización sindical.²⁹ Asimismo, la finalidad del derecho a la huelga está delimitada, a saber, la negociación de un contrato colectivo de trabajo; además, la modalidad de la huelga está definida rígidamente, ya que la ley solamente permite la abstención colectiva y completa al trabajo. Por tanto, cualquier otra manifestación del derecho de huelga que se aleje de tales parámetros, como sería por

²⁹ El Código del Trabajo indica de modo obligatorio cuál debe ser el contenido de los estatutos (artículos 231 y ss del Código del Trabajo); requieren de aprobación administrativa, la que se materializa por medio de las observaciones de legalidad que formula la Inspección del Trabajo respectiva (artículo 233 inciso 2° del Código del Trabajo),

ejemplo, la organización de una protesta pública o el trabajo a ritmo lento, no estaría protegido bajo la definición del derecho.³⁰

Además, el empleador puede, siempre que se cumplan determinados requisitos consagrados en el artículo 381 del Código del Trabajo, reemplazar a los trabajadores en huelga; esta medida de acuerdo a los estándares fijados por el CLS, es contraria y vulnera abiertamente los principios de la libertad sindical.³¹ Esta normativa no cambiaría significativamente con la reforma laboral en trámite.

Finalmente, los derechos colectivos están restringidos por una regulación excesivamente amplia de los servicios esenciales, incluyendo el “abastecimiento de la población y la economía del país” (artículo 384 del Código del Trabajo), y por la prohibición de la huelga solidaria por sindicatos inter-empresa (CEACR, 2002). También hay críticas de parte de los órganos de la OIT en cuanto al quórum para la votación de la huelga (Observaciones formuladas por la CEACR, 2012); y el plazo reducido de tres días para hacer efectiva la huelga una vez votada a favor de ésta (CEACR, 2012), constituyendo la falta de su inicio una aceptación tácita de la última oferta del empleador (CEACR 2002).

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;³² 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 eficazmente la vida y salud de los trabajadores.³³ 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),³⁴ muchas veces con ausencia de contratos, seguridad social o previsión. Usualmente, en los

³⁰ Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Caso núm. 2814, informe 367, año 2013, párrafo 354, Chile.

³¹ Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Caso núm. 2141, informe 327, Vol. LXXXV, 2002, Serie B, núm. 1, Párrafo 322, Chile.

³² 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.

³³ Datos referenciales en la página de la OIT, ver <http://www.ilo.org/safework/countries/americas/chile/lang--en/index.htm>.

³⁴ Silva, Juan Ignacio, Cámara Chilena de Construcción, *Informalidad en el Empleo en Chile*, 2013.

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.³⁵ 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.³⁶

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.

Además, como un 30,9% (2013) de quienes trabajan lo hacen en el sector informal (40,5% para el sector de construcción),³⁷ con ausencia de contratos, seguridad social o previsión, y donde la (in)observancia de la legislación es sub-fiscalizada, muchísimos habitantes de Chile aún trabajan en condiciones precarias.

Acceso al trabajo

Según el PIDESC, y la interpretación autoritativa que, por delegación, hizo el Comité de DESC de su Art. 6, el derecho a la trabajo tiene como finalidad que toda persona pueda "vivir con dignidad".³⁸ Este derecho no se cumple en Chile, por el nivel insuficiente de la gran mayoría de los sueldos,³⁹ 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.

Además, la Tasa de Desempleo Integral con un 10,75%,⁴⁰ 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%.⁴¹ 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.⁴² Solo un 53,7% de los

³⁵ 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.

³⁶ 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.

³⁷ Juan Ignacio Silva, *Informalidad en el empleo en Chile*, Cámara Chilena de la Construcción, 2013.

³⁸ Comité DESC, OG N°18, párr. 1.

³⁹ 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).

⁴⁰ 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.

⁴¹ Fundación Sol, IMCE, p. 7.

⁴² Fundación Sol, IMCE, p. 6.

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."⁴³

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.⁴⁴ 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.⁴⁵

Igualdad de remuneraciones

En general, el trabajo, con pocas excepciones, está subvalorado económicamente:⁴⁶ 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 consagra 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

⁴³ Fundación Sol, IMCE, p. 7.

⁴⁴ 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.

⁴⁵ 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.

⁴⁶ Fundación Sol, IMCE.

bruta)."⁴⁷ 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 %."⁴⁸

Trabajadores temporeros

Un grupo especialmente desfavorecido, en relación a todas las variables anteriormente mencionadas, son los y las trabajadores temporeros/as. La legislación sobre trabajadores temporeros no garantiza las condiciones laborales requeridas por el derecho internacional, especialmente, en el caso de las trabajadoras temporeras en el sector de la agricultura. A pesar de aplicárselas los beneficios del pre- y posnatal y la restante normativa protectora para el/la trabajador(a), la falta de los empleadores en legalizar el estatus de inmigración de sus trabajadores, y la falta de fiscalización significan una falta de protección efectiva.⁴⁹ Se conoció información sobre encierros, multas por usar el baño, y exposición a sustancias tóxicas sin información o protección.⁵⁰ El honorario promedio de los temporeros es \$214.000 mensuales, siendo los honorarios de las mujeres inferiores. El trabajo de temporero/a coincide usualmente con la pobreza,⁵¹ factor que aumenta la probabilidad de trabajar sin contrato (50% de mujeres en situación de pobreza trabaja sin contrato, 57% de los hombres).⁵² Los contratos son definidos y finiquitados antes de generar obligaciones de contratos indefinidos u otros derechos por antigüedad (usualmente, contratos de un máximo de 11 meses para temporeros permanentes).⁵³ La falta de contrato aumenta en la medida que disminuye el tamaño de la empresa.⁵⁴ El ejercicio de los derechos colectivos está aún más dificultoso, hasta imposible, que en otros rubros, ya que no existe el derecho a la huelga, y las negociaciones colectivas se hacen sin la presencia de los trabajadores, incluso si existiera sindicato.⁵⁵

Recomendaciones:

⁴⁷ 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>.

⁴⁸ *Ibíd.*

⁴⁹ Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), *Empleo y condiciones de trabajo de mujeres temporeras agrícolas*, 2012, pp. 145-203, disponible en <http://www19.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2013/11792a01.pdf>.

⁵⁰ Piensa Chile.com, "Abuso empresarial y desprotección del Estado: la vida de las temporeras más allá del container", 01 de abril de 2015.

⁵¹ FAO, *Op. cit.*, p. 153.

⁵² *Ibíd.*, p. 162.

⁵³ *Id.*

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ *Id.*

Derechos colectivos

- Ajustar el régimen de huelga y los derechos de sindicalización a los estándares de la OIT.⁵⁶

Seguridad y Salud en el Trabajo

- 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.

Igualdad de remuneraciones

- 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.

Acceso al trabajo

- 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.

Temporeros y temporeras

- 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.

⁵⁶ Véase Karla Varas y César Toledo, La huelga: un derecho fundamental, en Tomás Vial (ed.), Informe Anual sobre Derechos Humanos, Santiago, Ediciones UDP 2013, pp. 63-108.

2.4 Derecho Ambiental

El sistema de justicia ambiental ha visto considerables cambios en los últimos años, que permiten por primera vez hablar de un sistema de justicia especializado en la materia. Los importantes avances en la institucionalidad se contrastan, sin embargo, con una escasez regulatoria en términos sustantivos, y la falta de eficacia en la fiscalización. Considerando además las herramientas de carácter voluntario que el Estado podría incentivar, queda importante espacio para la mejora de la protección de los derechos a un medioambiente libre de contaminación (reconocido a través de Art. 19.8 de la Constitución y el Art. 29a CADH), el derecho a la salud (Art. 14 PIDESC y OG N° 12), el derecho a una vivienda adecuada (Art. 25.1 DUDH, Art. 11 PIDESC y OG N° 4 y 7), todos en relación a la prohibición de discriminación (Art. 1.1 CADH, Art. PIDESC, OG N° 20 PIDESC, sentencias Corte Interamericana, especialmente, Norín, Atala, y el derecho a la participación, especialmente).

Regulación sobre niveles de contaminación

En relación a los niveles permitidos de emisión y de saturación, la exigencia de las normas sobre emisiones ha aumentado en los últimos años, existiendo también planes de descontaminación para algunas ciudades, pero está aún por debajo de los estándares requeridos por la OMS.⁵⁷ Sin embargo, no existen normas de calidad para los suelos. Las normas sobre protección de glaciares⁵⁸ y biodiversidad, especialmente la protección del bosque nativo, son inexistentes o deficientes, lo que impacta negativamente en los derechos de vivir en un medioambiente sano, y en el derecho a la salud. Según lugar de residencia, y de acuerdo con la segregación territorial según nivel socio-económico, existe un impacto diferenciado de externalidades ambientales que se debe calificar como discriminatorio.⁵⁹

Recomendación:

- Adecuar estándares de emisiones a los de la OMS; adoptar normas primarias y secundarias de calidad de suelos, considerando línea base para poder dar cuenta de diferencias de la calidad inicial de los suelos a lo largo del territorio nacional.
- Establecer un sistema eficaz de protección de recursos naturales y biodiversidad, incluyendo la designación de zonas adicionales con restricción o prohibición de actividades económicas, e iniciativas público-privadas para lograr este objetivo.

⁵⁷ Estos límites son más permisivos que los estándares respectivos de la OMS. Ver para una revisión Victoria Mahu, “Derecho a la Salud y Contaminación del Aire: Regulación en Chile y Estándares Internacionales”, Tesis de Seminario (Pregrado), supervisada por Judith Schönsteiner, enero de 2016.

⁵⁸ Críticas al proyecto de ley de protección de glaciares están resumidas en <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2016/01/08/segun-informe-de-coordinadora-de-ong-en-nueva-ley-ningun-glaciar-chileno-queraria-protgido/>. Ver también <http://radio.uchile.cl/2015/10/10/diputados-ley-de-glaciares-estaria-cruzada-por-intereses-de-mineria-y-energia>.

⁵⁹ 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.

Políticas Ambientales

Llama la atención que el gasto público ambiental por habitante es de solo 8.900\$ anuales.⁶⁰ Aunque se haya creado una institucionalidad ambiental con tribunales ambientales y una Superintendencia Ambiental, el Ministerio del Medio Ambiente, según lo que pudimos investigar, no cuenta con facultades adicionales para el cumplimiento de políticas públicas e instrumentos de gestión, que permitan de manera eficaz prevenir, investigar o sancionar abusos por parte de empresas que dañen el medio ambiente, la biodiversidad y áreas protegidas.⁶¹ No hay políticas de ahorro de recursos naturales, ni una política que logre un nivel aceptable de reciclaje.

En las entrevistas, se comentó que los Tribunales Ambientales deberían enfocarse en la protección ambiental por lo menos de la misma manera que en derechos de los regulados, ya que actualmente, el enfoque estaría más bien puesto en éstos últimos. Además, hace falta mayor capacidad de fiscalización, en cuanto a recursos humanos que ejercen esa función, y coordinación con otros órganos que no siempre prestan la colaboración requerida por ley a la Superintendencia de Medioambiente. Así, sería propicio instalar un mecanismo y una cultura de colaboración entre los fiscalizadores.⁶²

El Servicio de Evaluación Ambiental carece de mecanismos vinculantes en relación a la gestión ambiental participativa; la gran brecha que tiene hoy día la institucionalidad ambiental para hacer poder cumplir normas, tiene que ver con cruces de atribuciones institucionales (cruces en términos de las atribuciones) en relación con otros órganos de gobierno. Además está pendiente un servicio de biodiversidad que venga a implementar la política en el marco de conservación de biodiversidad en materias ambientales.⁶³ Existen reparos a la legislación ambiental en cuanto a la participación ciudadana, pues la ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, distingue si se trata de un EIA o DIA, para efectos de la participación, porque la regla general es que sólo tratándose de EIA exista un período de participación ciudadana. Tratándose de ciertas declaraciones de impacto ambiental (en adelante, DIA), el legislador admite un período de participación sólo en ciertos supuestos, por ejemplo, uno de ellos se encuentra en el artículo 30 bis, (caso en el que una DIA se presente a evaluación y se refiera a un proyecto que genere cargas ambientales para las comunidades próximas. Adicionalmente concurren ciertos requisitos, como que lo solicite a lo menos dos organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, a través de sus representantes, o como mínimo diez personas naturales directamente afectadas; esta solicitud deberá hacerse por escrito y presentarse dentro del plazo de 10 días, contado desde la publicación en el Diario Oficial del proyecto sometido a DIA de que se trate).

⁶⁰ Gasto Público Ambiental: 8900 \$ por habitante al año, 4 de julio de 2015, disponible en: <http://blogs.cooperativa.cl/opinion/medio-ambiente/20150704101205/gasto-publico-ambiental-8-900-por-habitante-al-ano/>.

⁶¹ Alejandra Figueroa, Jefa División Recursos Naturales y Biodiversidad del Ministerio de Medio Ambiente, agosto de 2015.

⁶² Funcionaria, Superintendencia de Medioambiente, septiembre de 2015.

⁶³ Alejandra Figueroa, Jefa División Recursos Naturales y Biodiversidad del Ministerio de Medio Ambiente, agosto de 2015.

En cuanto a las competencias municipales en materia ambiental, estas competencias son insuficientes y sus iniciativas han sido en ocasiones paralizadas - con respecto a la reducción del uso de bolsas plásticas - por la Contraloría.⁶⁴ También pudimos constatar diferencias de implementación de políticas públicas a nivel regional: la implementación de Planes de Descontaminación en regiones está atrasada o ausente.⁶⁵ La Estrategia Nacional de Crecimiento Verde, adoptada en 2013, no fue mencionada en las entrevistas que se hicieron, y no ha habido noticias recientes al respecto de su implementación.⁶⁶

Planificación Territorial

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 ambiental⁶⁷ 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, agropecuario⁶⁸ 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."⁶⁹ Las ordenanzas municipales tienen solamente impacto limitado y no pueden reemplazar el ordenamiento territorial nacional.

Preguntamos en el Ministerio de Energía, que más avanzó en términos de participación ciudadana si hay iniciativas voluntarias en materia de planificación territorial energética a las que las empresas puedan adscribirse; no existen.⁷⁰

⁶⁴ Asociación Chilena de Municipalidades, Noviembre 2015.

⁶⁵ LyD denunció atrasos en la elaboración de los Planes de Descontaminación y reivindicó su avance en regiones, ver <http://www.pulso.cl/noticia/empresa---mercado/empresa/2015/09/11-70957-9-lyd-denuncia-retrasos-en-plan-de-descontaminacion.shtml>.

⁶⁶ Ver un comentario en Libertad y Desarrollo, "Estrategia Nacional de Crecimiento Verde: Un compromiso con la ciudadanía", 05 de abril de 2014, www.lyd.cl.

⁶⁷ 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.

⁶⁸ Confirmada con Claudia Carbonell, Directora, ODEPA, Ministerio de Agricultura, enero de 2016 (por escrito).

⁶⁹ José Quidel Gajardo, Miembro de la Unidad de Participación y Diálogo, Ministerio de Energía, noviembre de 2015.

⁷⁰ Id.

Buenas prácticas y Acuerdos de Producción Limpia

Entre las buenas prácticas voluntarias e incentivos no-vinculantes del Estado, los Acuerdos de Producción Limpia y otras iniciativas del Consejo de Producción Limpia constituyen un paso en la dirección correcta; sin embargo, son claramente perfectibles ya que no abarcan aún una perspectiva clara de derechos humanos, ni un compromiso claro con el cumplimiento de los acuerdos voluntarios que podrían permitir a las empresas contratantes cumplir con su responsabilidad de debida diligencia y prevención en materia de derechos humanos (PRNU, pilar II).

Así, los APL tradicionalmente no incluyen temas de derechos humanos o temas sociales; el CPL está “abriendo un camino de trabajo” en que se convierta en una práctica institucional.⁷¹ El Programa Piloto sobre Acuerdos Voluntarios de Pre-inversión (AVP) tampoco incluye criterios específicos de derechos humanos, más allá de una referencia general a la Declaración Universal. En este sentido, no se aprovecha la capacidad que tendrían los derechos humanos de servir como criterio para la priorización en el acuerdo, ni tampoco se garantiza que el acuerdo de pre-inversión al que lleguen las empresas las resguarde tal como corresponde para un mecanismo que surge con la mediación del Estado. Tampoco existen criterios o lineamientos para unificar los estándares que las partes privadas incluirían en los Acuerdos Voluntarios de Pre-Inversión, o en otros Acuerdos de Impactos y Beneficios. Este punto podría traer problemas de coordinación, fiscalización, pero últimamente, falta de claridad y digresiones de un estándar mínimo en materia de derechos humanos.

Además, analizando la coordinación entre la fiscalización de estándares legales, y la promoción de compromisos voluntarios por parte de las empresas, se observan ciertas tensiones pero también oportunidades. Por un lado, son distintos órganos estatales expertos que deben participar de la suscripción de, por ejemplo, un acuerdo de producción limpia o de otra iniciativa de incentivos a compromisos voluntarios con respaldo del Estado; estos órganos (por ejemplo, Seremías) frecuentemente son también los fiscalizadores, lo que lleva a una fusión de roles o una percepción en ese sentido por parte de las empresas involucradas.⁷² No está claro quien tendría competencia – CPL o SMA – si el acuerdo de producción limpia incluyera un plan de cumplimiento.

Adicionalmente, existe la preocupación que las empresas podrían intentar influenciar la futura regulación mediante la suscripción de acuerdos de producción limpia, indicando que en virtud de reducir los costos y la incertidumbre, el Estado debiera regular de la misma forma que ellas anteriormente habrían definido.⁷³ De hecho, así habría ocurrido con un

⁷¹ Juan Ladrón de Guevara, Director Ejecutivo del Consejo Nacional de Producción Limpia, agosto de 2015.

⁷² Id.

⁷³ La disposición de las empresas a entrar en acuerdos voluntarios se reduce si hay cambios de normativa pendientes; en ese sentido, por ejemplo, la futura Ley de Responsabilidad Extendida del Productor o el atraso en decisiones administrativas o judiciales sobre ciertos proyectos, son factores de incertidumbre en la medida que no se decida de manera rápida y clara, ya que las empresas usualmente buscan adelantar el cumplimiento con una futura norma mediante el APL, y quieren evitar que hagan inversiones en medidas ambientales o sociales que podrían posteriormente ser declarados ilegales o insuficientes.

acuerdo en el sector de pesca y acuicultura, aunque “no corresponde”,⁷⁴ mientras este tipo de influencia no se debiera generar, los acuerdos de producción limpia pueden indicar cuáles son incentivos que “funcionan” para una futura normativa;⁷⁵ se señaló también que para ir de a poco formalizando ciertos sectores informales de la economía donde una fiscalización es costosa, como por ejemplo la venta de leña por parte de microempresarios informales.⁷⁶ Pareciera que una solución a este tipo de dificultades pudiera ser que los acuerdos voluntarios tal como las medidas normativas, en materia de derechos humanos, usen un mismo estándar, para que el diálogo entre regulado y regulador/fiscalizador, que puede producir resultados benévolos así como dañinos desde una perspectiva ambiental, social y de derechos humanos, no implique una violación o amenaza a los derechos humanos. En este sentido, se sustraería la materia de derechos humanos de lo que libremente se podría dialogar entre los actores, y se impondría – en el primer caso como orientación / recomendación, en el segundo caso como obligación, una línea base de cumplimiento con los derechos humanos.

Recomendación POLÍTICAS AMBIENTALES Y FISCALIZACIÓN:

- Coordinar el trabajo de las Superintendencias y de los otros fiscalizadores. Incluir perspectiva de derechos humanos para priorizar denuncias y fiscalización.
- Aumentar recursos de la SMA.
- Capacitar la población para poder usar el sistema de justicia ambiental en igualdad de condiciones (conocimiento, información).
- Elaborar soluciones para, por ejemplo, daños prescritos (quien hace el clean-up).
- Adoptar un enfoque de derechos humanos en las políticas ambientales, desarrollado en la doctrina bajo el lema de "justicia ambiental".

Recomendación PLANIFICACIÓN TERRITORIAL:

- 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 SEREMIAS, 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.

⁷⁴ Véase Juan Ladrón de Guevara, Director Ejecutivo del Consejo Nacional de Producción Limpia, agosto de 2015.

⁷⁵ El ejemplo que se dio fue la regulación tecnológica en el ámbito de pesca versus la regulación de resultados en el ámbito ambiental. La primera forma de regulación impide la innovación, incluyendo la innovación con técnicas de menor impacto ambiental o social, ver id.

⁷⁶ Id.

Recomendación APL y AVP

- Incluir debida diligencia en derechos humanos en todos los APL y AVP, promovido e incentivado por parte del Consejo de Producción Limpia.
- No inscribir APL ni AVP en el sistema del Consejo de Producción Limpia que no garanticen nivel mínimo de respeto a los derechos humanos.
- Incentivar e idealmente garantizar la participación ciudadana y la consulta previa, libre e informada, respectivamente, en el proceso de adopción de los APL y AVP, velando que las comunidades estén informadas en igualdad de condiciones y no renuncien a sus derechos al participar de los acuerdos.
- Proveer procesos de participación ciudadana para todos los proyectos en el SEA, y de CPLI que cumpla con los estándares internacionales en la materia.
- Velar por que en los procesos de elaboración de los acuerdos, se respeten siempre los criterios del Principio Rector 31.
- Incentivar, de modo sistemático, la inclusión de Evaluaciones de Impacto en Derechos Humanos en los AVP y APL.

2.5 Derecho y Manejo de Tierras

El derecho y manejo de tierras y territorios es uno de los temas más conflictivos en materia de empresas y derechos humanos. Son dos las principales violaciones de derechos humanos que suelen ocurrir. Por un lado, hay un desbalance considerable en la capacidad de defender una propiedad o reivindicarla ante los tribunales cuando su goce está afectado o amenazado, cuando el propietario no tiene muchos otros recursos económicos. Así, las debilidades e injusticias en el acceso material a la justicia – defensa gratuita y de calidad, y conocimiento de los derechos – tienen como consecuencia que las personas y comunidades no logren proteger su propiedad ante los impactos que generarán los proyectos de inversión. Un ejemplo es el reciente fallo del Tribunal Constitucional en el caso Curtido Bas, donde el derecho a la propiedad de una empresa significó la imposibilidad de solicitarle un reasentamiento en otro lugar, a pesar emanar olores que afectaban a la salud y el goce de la propiedad de los vecinos.⁷⁷ Existen solamente unos pocos casos en los que se haya expropiado a alguien para explícitamente proteger los derechos humanos de terceros, o el medioambiente.⁷⁸ A eso se agrega un Escaso acceso a la justicia en materia de propiedad de subsistencia, especialmente si su valor productivo se afecta por la cercanía de proyectos de inversión de alto impacto, o si se impacta la salud de quienes allí habitan.

Por el otro lado, no hay un reconocimiento eficaz de los derechos ancestrales sobre tierras, territorios y sus recursos naturales (inscripción de títulos). Eso, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debería conllevar, como medida cautelar, que las comunidades y los pueblos tengan el derecho al consentimiento libre, previo e informado (no solamente la consulta), mientras estos títulos no se reconozcan. A pesar de la

⁷⁷ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 2684-14-INA, 10 de septiembre de 2015.

⁷⁸ Carlos Miranda, “Régimen de la expropiación en Chile y derechos humanos”, Tesis de Seminario (Pregrado), supervisada por Judith Schönsteiner, enero de 2015.

incorporación del Convenio 169 en derecho nacional, el TC encontró que el artículo 15 referente al derecho a las tierras y territorio no eran justiciables en Chile porque eran no-autoejecutables.⁷⁹ Adicionalmente, a pesar de la protección establecida por la Ley 19.253 en su artículo 13° (inalienabilidad, inembargabilidad, etc.), los derechos de los indígenas sobre sus tierras indígenas fueron continuamente vulnerados en virtud de diversos proyectos de inversión públicos y privados impulsados en tierras indígenas, tales como centrales hidroeléctricas, carreteras, proyectos forestales, etc. Muchas de estas iniciativas han sido impulsadas con el apoyo del Estado aún en contra de la voluntad original de los indígenas, resultando en su relocalización hacia otras tierras.⁸⁰ Esta situación deja en evidencia la contradicción existente entre la política de protección y ampliación de las tierras indígenas impulsada por el Estado en base a la ley, y la política de desarrollo económico vigente en el país. En caso de conflicto, ésta última generalmente se ha impuesto sobre la primera.⁸¹

El mecanismo de entrega de tierras indígenas administrado por la CONADI ha sido objeto de múltiples críticas, desde el mundo empresarial no-indígena, desde el sector público y desde las mismas comunidades indígenas. Así, se ha destacado que generó un aumento del precio de las tierras en la Araucanía por un 826%⁸², además de alegatos de corrupción y criterios poco transparentes en la asignación de tierras.⁸³ A veces la restitución implica reasentamiento de las comunidades en otros lugares, lo que conlleva la ruptura con las comunidades vecinas, eventuales conflictos con las nuevas comunidades aledañas, y finalmente, el posible incumplimiento del requisito de consentimiento libre, previo e informado de parte de las comunidades en casos de reasentamiento: ante la inexistencia de una alternativa de entrega en sus territorios ancestrales, aceptan tierras en otra parte.⁸⁴ A eso se suma que la entrega de tierras sin desarrollo básico (agua potable, acceso, alcantarillado) significa que muchas tierras no pueden ser trabajadas⁸⁵ (independiente de la posibilidad que las comunidades decidan que no quieran trabajar sus tierras, o solo de manera extensiva).

También en relación a los derechos de los pueblos indígenas, Chile no reconoce los derechos ancestrales de propiedad intelectual indígena en materia de patrones de arte, ni

⁷⁹ Ver Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 309-00, 04 de agosto de 2000.

⁸⁰ CIDH, *Informe N°30/04, Petición 4617/02, Solución Amistosa, Mercedes Julia Huenteano Berizoa y otras con Chile*, 11 de marzo de 2004.

⁸¹ Ver Francisco Huenchumilla, *Propuesta al Gobierno Respecto de la Situación de la Región de la Araucanía*, sin editorial, disponible en <http://www.proarauca.com/wp-content/uploads/2015/08/Propuesta-Francisco-Huenchumilla.pdf>, 2015 y José Aylwin, “El Derecho de los Pueblos Indígenas a la tierra y al Territorio en América Latina: Antecedentes Históricos y Tendencias Actuales”, ponencia presentada ante la Sesión del Grupo de Trabajo sobre la Sección Quinta del Proyecto de Declaración con especial énfasis en las formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural. Derecho a tierras y territorios” convocada por la Organización de Estados Americanos, celebrada en Washington D.C. el 7 y 8 de noviembre de 2002.

⁸² Rivas, Op. cit, p. 194.

⁸³ El Mostrador, Tribunal Oral de Temuco condena a dos corredores de propiedades por tratar de sobornar a empleado de CONADI, 17 de febrero de 2016, disponible en <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2016/02/17/tribunal-oral-de-temuco-condena-a-dos-corredores-de-propiedades-por-tratar-de-sobornar-a-empleado-de-conadi/>.

⁸⁴ Para todo este párrafo, ver Rivas, Op. cit.

⁸⁵ Huenchumilla, Op. cit.

medicina natural o productos tradicionales. Por lo menos un órgano del Estado (PROCHILE) ocupa estos patrones de arte para la promoción del comercio internacional sin compensar por el uso de los derechos respectivos. Finalmente, tampoco existe protección eficaz de semillas que corresponda a los estándares internacionales en la materia. Además, la aparente voluntad del gobierno de ratificar el tratado UPOV-91, empeoraría esta protección en vez de mejorarla, especialmente, en relación al derecho a la alimentación, a la salud y a la cultura.⁸⁶

En el ámbito de fármacos, podemos hacer referencia a un reciente estudio llevado a cabo conjuntamente por la Fiscalía Nacional Económica y el Instituto Nacional de Propiedad Industrial, en el cual se constatan los efectos perniciosos para la libre entrada de nuevos productos al mercado de medicamentos debido a la irrestricta aplicación del sistema de protección suplementaria de patentes establecida en los artículos 53 bis 1 a 53 bis 5 de la ley 19.039 sobre propiedad industrial, con el correspondiente impacto en las posibilidades de acceso a ciertos medicamentos, especialmente aquellos para el tratamiento de enfermedades de alta gravedad, como el cáncer.⁸⁷

En definitiva, como el derecho a la propiedad sea la piedra angular de la protección del sistema económico chileno; sorprende entonces que haya problemas con la protección del derecho a la propiedad. Considerando los obstáculos en el acceso a la justicia para los titulares que pertenecen a algún grupo discriminado (por razones socio-económicas, etnia, etc), la protección que la ley proporciona en Chile a la propiedad en general, es solamente formal y depende de los recursos para protegerle. Especialmente, sin embargo, el valor del trabajo está muy subvalorado, con un más de 1.1 millones de personas ganando menos que el sueldo mínimo. Considerando los gastos de vida, los sueldos no alcanzan para las necesidades básicas (alimentación, transporte, arriendo) y alrededor de un 25% de las personas pertenecientes a los cinco primeros quintiles⁸⁸ está sobre-endeudada, usualmente en uno de los holdings de retail que tienen condiciones de crédito más costosas que los bancos, por aceptar mayores riesgos de deserción del pago en los créditos de consumo.⁸⁹ La regulación del mercado crediticio, incluso la intervención defensora del SERNAC-Financiero no logra contrarrestar este fenómeno.

Recursos pesqueros

En relación al reconocimiento del derecho consuetudinario sobre la tierra, si bien el artículo 3° de la ley 20.249 crea el espacio costero marino de pueblos originarios, cuyo objetivo será resguardar el uso consuetudinario de dichos espacios, a fin de mantener las tradiciones y el uso de los recursos naturales por parte de las comunidades vinculadas al borde costero, no

⁸⁶ Ignacia Mewes, “Medio ambiente y derechos humanos: Organismos genéticamente modificados y derechos del obtentos vegetal”, en Tomás Vial, Op. cit. (2014).

⁸⁷ Fiscalía Nacional Económica, *Estudio sobre el sistema de protección suplementaria de patentes en Chile y sus efectos en materia de libre competencia*, enero de 2016, disponible en <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2016/02/FNE-Proteccion-suplementaria.pdf>.

⁸⁸ Ver detalle de los datos en Ministerio de Desarrollo Social, *Informe de Desarrollo Social*, 2014, disponible en http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/pdf/upload/IDS_2014_2.pdf.

⁸⁹ Ver por ejemplo, Fundación Sol, *El brutal endeudamiento de los chilenos*, 28 de marzo de 2016, disponible en <http://www.fundacionsol.cl/2016/03/el-brutal-endeudamiento-de-los-chilenos-y-la-desposesion-salarial/>.

se establece un mecanismo efectivo de resguardo a dicho espacio, quedando una amplia zona para que las empresas puedan violar los derechos humanos en esta materia. De hecho, solo contiene un artículo (el 15º) referido a las infracciones, y las circunscribe a dos casos, ambos aplicables a las propias asociaciones de comunidades o comunidad asignataria: “a) Por contravenir el plan de administración, sea por el ejercicio de usos y actividades no autorizadas, o porque se impida el uso a quienes hubieren sido reconocidos por él, y b) Por impedir el acceso al espacio costero marino de pueblos originarios a cualquier persona o impedir el tránsito o la libre navegación por el espacio costero marino de pueblos originarios” agregando que “Serán sancionados de la misma forma los usuarios que, sin ser integrantes de la comunidad o asociación de comunidades asignataria, lo contravengan en cualquier forma”. Según Sernapesca, hay "un respeto bastante importante a la Ley Lafkenche".⁹⁰ Sin embargo, la DIRECTEMAR no tiene registro de posibles sanciones en relación a la Ley Lafkenche, por lo que no es posible confirmar esta información.⁹¹

En cuanto a la fiscalización, Sernapesca reconoce dificultad considerable en manejo de información ante los pescadores artesanales. Además, también en relación a las grandes empresas, y ante la filtración de información sobre fiscalizaciones inminentes, el servicio adoptó una estrategia de avisar las fiscalizaciones con anticipación, para que en la medida de lo posible no exista información privilegiada ante el fiscalizador. Sin embargo, a pesar de la derivación de las tareas de fiscalización a otros servicios; y de trabajar con robots y drones para la recolección de pruebas,⁹² no dan abasto con la necesidad de fiscalización.

Recursos naturales: derecho al agua

En cuanto al derecho humano al agua, no está consagrado en la normativa interna de Chile; aunque el agua sea un bien de uso público, casi la totalidad de los derechos de aguas en el país están entregados a privados en virtud del Código de Aguas de 1981 adoptado durante la dictadura; se otorgan sin costo alguno, a través de un procedimiento administrativo de acto reglado, usualmente sin participación ciudadana ni CPLI. Así, el uso industrial, de agricultura y consumo humano está sujeto a las reglas del mercado sin prioridades para situaciones de escasez. Además, hay problemas de monopolios, sin posibilidad alguna de priorización o racionalización del uso. El Código se encuentra en revisión en este momento, proyecto que algunos lo consideran inconstitucional.⁹³ En el Norte de Chile, se reconocen los derechos ancestrales de agua de los pueblos aymara y atacameño. En cuanto al manejo de aguas, la misma normativa establece un mecanismo público de fiscalización (la Dirección General de Aguas), junto a mecanismos de auto-fiscalización de privados (Juntas de Vigilancia), pero ésta ha sido criticada por no permitir enfrentar la escasez hídrica, la

⁹⁰ José Miguel Burgos, Director Nacional SERNAPESCA, noviembre de 2015.

⁹¹ Solicitud de Acceso a la Información Pública, Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante (Armada de Chile) N° AD007T0000049, solicitada el 23 de agosto de 2015, respondida el 15 de septiembre de 2015.

⁹² José Miguel Burgos, Director Nacional SERNAPESCA, noviembre de 2015.

⁹³ Ver *Crónica Chillán*, “El nuevo escenario del proyecto que reforma el Código de Aguas”, 07 de diciembre de 2015, p. 7. Pero, ver argumentación en Oscar Recabarren, “El Derecho de Aguas chileno y el estándar internacional en materia de Derechos Humanos y Medio Ambiente”, Magister en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, 2015.

distribución o superposición de derechos, el manejo de cuencas y la priorización del uso para consumo humano, especialmente en casos de emergencia.⁹⁴ Aún quienes no están de acuerdo con un mayor control del Estado sobre los recursos hídricos ni siquiera para fines de resguardar un derecho humano, reconocen la necesidad de mejoras en la gestión de las aguas.⁹⁵

Recomendación:

- Garantizar el apoyo jurídico (ayuda legal) para la protección de propiedad ancestral, propiedad de subsistencia y de la vivienda principal propia de personas de los quintiles de bajos ingresos.
- Garantizar de manera eficaz la propiedad de subsistencia, con los correspondientes apoyos para el acceso a la justicia en materia de propiedad, garantizando la igualdad de armas.
- Proteger los recursos naturales, regulando el uso y goce de la propiedad privada (derechos, licitaciones, cuotas de captura etc.), especialmente, el derecho al agua.
- Reconocimiento de territorios y recursos naturales indígenas ancestrales. Recurrir a procesos de expropiación para lograr la restitución de territorios, en base a un catastro de demandas territoriales.⁹⁶
- Reconocer los títulos ancestrales de los pueblos indígenas y proceder en la restitución de los territorios, y el reconocimiento de la propiedad intelectual ancestral.
- Establecer un régimen legal que permita proteger las semillas que usan los pequeños agricultores y los pueblos indígenas, incluyendo su intercambio, venta, y reproducción tradicional, así como regular la existencia de zonas libres de eventual contaminación por semillas genéticamente adulteradas. Establecer un régimen que permita proteger las plantas de medicina tradicional como propiedad de los pueblos indígenas.

2.6 Derecho corporativo, comercial y delitos económicos

La ley no contempla la obligación ni incentivos de reportar las prácticas y políticas de sustentabilidad y responsabilidad social empresarial de las empresas, salvo cuando afectaciones a éstas puedan traducirse en un impacto en los estados financieros de las compañías. Muchos de los escándalos empresariales se han destapado en Chile gracias a

⁹⁴ Matías Guiloff, “El derecho al agua como derecho humano: el caso de la provincia de Petorca”, en: VIAL, Tomás (Ed.), Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2013, Ediciones UDP, Santiago 2013, pp. 255-282., confirmado por Recabarren, op. cit.

⁹⁵ Libertad y Desarrollo, *La Gestión del Agua en Chile*, noviembre de 2014, disponible en http://www.lyd.org/wp-content/themes/LYD/files_mf/sie243lagementdelaguaenchilesjimeneznoviembre2014.pdf.

⁹⁶ Antonia Rivas, “Territorios indígenas y política de entrega de tierras en Chile”, en Tomás Vial (2014), Op. cit., p. 183.

que se han conocido previamente en otros mercados donde empresas chilenas cotizan sus valores.⁹⁷ Los hechos esenciales (HES) y la memoria anual es el lugar donde las compañías debieran consignar esta información. Los HES recaen sobre información que “un hombre juicioso consideraría importante para sus decisiones sobre inversión” (art. 9 LMV). La comparación con la información entregada en otros países, señala que la legislación chilena no es eficaz. Sin embargo, cuando SQM estableció los montos comprometidos no informó inmediatamente como HES y la SVS sancionó a los directores de SQM por dicha omisión.⁹⁸

La insuficiencia legislativa referida ha sido suplida parcialmente por el regulador (SVS) mediante el ejercicio de sus atribuciones normativas (NCG 385 y 386), pero tal normativa responde más bien a una lógica de información empresarial y financiera al inversionista que a la implementación de políticas desde un enfoque de derechos. No existe obligación para las empresas en Chile de divulgar las relaciones contractuales que mantengan o hayan tenido con empresas que puedan haber vulnerado o estén vulnerando derechos humanos. Tampoco existe para los órganos fiscalizadores de la administración de la empresa una obligación efectivamente supervisada de denunciar a las autoridades competentes las violaciones a los derechos humanos de que conozcan en el ejercicio de sus funciones.

Recomendación:

- Incrementar obligaciones legales de divulgación de información por entidades fiscalizadas por la SVS, incorporando información en materia de empresas y derechos humanos, con independencia de su impacto en los estados financieros, incluyendo el conocimiento que tengan de información pública sobre el cumplimiento de dicho marco por parte de las empresas con quienes mantengan sus relaciones contractuales más relevantes;
- Establecer para las empresas de auditoría externa la obligación de denunciar a las autoridades competentes las violaciones a los derechos humanos de que conozcan en el ejercicio de sus funciones.

Comercio y cadena de suministro

En general, la cadena de suministro no se regula aparte de la legislación general aplicable a todos los procesos productivos, por lo tanto, existe una falta de transparencia sobre el cumplimiento de los estándares nacionales, y sobre los productos o insumos extranjeros. Además, se deja de aprovechar el efecto de "trickle-down" de la demanda. No se pudo encontrar evidencia de políticas que fomenten respeto de los derechos humanos en la cadena de suministro. A pesar de iniciativas puntuales en CORFO y SERCOTEC, no existe fomento sistemático al comercio justo o a productos sustentables; las iniciativas que hay

⁹⁷ Ver http://investor.empresascopecl/wp-content/uploads/2014/01/file_42_arauco_20f_2012.pdf. Además, <http://www.svs.cl/institucional/mercados/entidad.php?mercado=V&rut=93458000&grupo=&tipoentidad=RV&EMI&row=AABbBQABwAAAA5TAAX&vig=VI&control=svs&pestanía=32> (Memoria Anual 2013).

⁹⁸ Ver SVS, “SVS sanciona a directores de SMQ S.A.”, 30 de septiembre de 2015, www.svs.cl.

son más bien programas puntuales, por ejemplo, en CORFO. Los dos órganos, sin embargo, han sumado a los incentivos de Chilecompra en materia laboral.

La normativa que regula la calidad de los productos alimenticios en el comercio interno es insuficiente para cumplir con el derecho a la salud que establece que el Estado debe prevenir el impacto de sustancias nocivas. En ese contexto, el sistema de rotulado de alimentos y productos, y sellos de información alimenticia está incompleto en cuanto a sustancias potencialmente dañinas para el total de la población, a pesar de avances técnicos en el rotulado de alimentos. Además, no hay transparencia, ni etiquetado ni regulación del comercio y de la producción de alimentos genéticamente modificados. No hay una evaluación de impacto en derechos humanos en relación a los productos transgénicos; por lo tanto, debieran tratarse según el principio de precaución, lo que no está incorporado en la legislación. La propuesta regulación sobre transgénicos (UPOV-91) viola los derechos de los pueblos indígenas, de los campesinos, y de los consumidores.⁹⁹

Un rol fundamental en esta cadena, lo tiene el inversionista. Sin embargo, el indicador de sustentabilidad de la Bolsa de Santiago no se conoce aún y al parecer, los grupos de interés no han sido consultados al respecto. No existen criterios o estándares sobre inversión sustentable. Tampoco hay iniciativas gubernamentales que incentiven a los bancos y a quienes otorguen créditos para proyectos de inversión de exigir la reducción de riesgos sociales, de sustentabilidad y de violaciones a los derechos humanos.

Recomendación:

- Incorporar estrategias de fiscalización por un organismo público de las cadenas de suministro, para detectar eventuales infracciones a los derechos humanos.
- Establecer en las normas sobre propiedad intelectual/industrial limitaciones al registro o la protección a fin de garantizar a los pueblos originarios, campesinos y consumidores el uso y comercio de productos de la naturaleza vinculados con la protección de sus derechos humanos, y los productos ancestrales.
- Establecer una obligación de informar a los consumidores sobre productos e ingredientes transgénicos, y sustancias potencialmente dañinas en los productos de consumo. Introducir un sistema de rotulado fiscalizado que indica el potencial peligro, no solo la información química, pero también productos orgánicos, productos libres de trabajo infantil, etc.
- Introducir incentivos al respeto voluntario de los derechos humanos en la cadena de suministro, para regular paulatinamente el cumplimiento obligatorio, empezando por los productos potencialmente nocivos a la salud, el trabajo infantil y forzado en las condiciones de producción, y el impacto ambiental en la producción.

⁹⁹ Mewes, Op. cit.

Derecho Penal económico

Aún está subregulada el área de delitos económicos. Hay un consenso que eso es el caso de la colusión,¹⁰⁰ al mismo tiempo que existe una diferencia entre los expertos si un sistema exclusivamente administrativo funcionaría mejor. Quienes están de esa opinión indican que la cantidad de escándalos de colusión y delitos similares se debe justamente a la eficacia del trabajo del Tribunal de Libre Competencia. Se critica en general una desproporcionalidad en la tipificación y especialmente, las penas asociadas a delitos económicos vs delitos de calle.¹⁰¹

No está definida la posible responsabilidad penal de la persona jurídica en varios delitos relevantes en el contexto de empresas y derechos humanos, tales como la colusión, los delitos tributarios, los daños ambientales,¹⁰² o complicidad en el actuar temerario de sus directores o gerentes.

Recomendación:

- Tipificar eficazmente la colusión, especialmente en productos de consumo básico.
- Expandir la lista de delitos por las que una persona jurídica podrá ser condenada penalmente, o/y aumentar la eficacia de las medidas del derecho administrativo-sancionatorio.
- Revisar la asignación de penas en el Código Penal, en relación a penas por delitos "de calle" contra la propiedad y delitos "de cuello blanco" contra la propiedad.
- Tipificar el daño ambiental grave con responsabilidad estricta u objetiva, tomando en cuenta las acciones de debida diligencia, prevención y mitigación que el actor económico podría haber tomado, y mejorar las facilidades de acceso a la compensación para las víctimas.

2.6 Derecho tributario

Los vínculos indirectos que el marco legal tributario tiene con algunas de las políticas relevantes para derechos humanos, por diferentes razones, se difuminan una vez en vigencia el tributo. La mantención del tributo a pesar de no estarse cumpliendo con el objetivo que justificó originalmente su introducción no suele ser impugnada.¹⁰³

¹⁰⁰ Ver la discusión en los medios de comunicación, por ejemplo El Mostrador.cl, “Colusión, regulación y normativa vigente”, 13 de enero de 2016.

¹⁰¹ Alejandra Mera, “Política criminal y derechos humanos”, en Alberto Coddou, Op. cit. Este argumento también se escucha desde el Ministerio Público, por sus directivos y empleados, ver Emol.com, “Fiscal Nacional: Hay que endurecer las penas por delitos de económicos y de corrupción” (sic), 18 de diciembre de 2014 y Ciper Chile.cl, “Inmovilismo de Impuestos Internos en caso SQM provoca dura protesta de funcionarios”, 31 de julio de 2015.

¹⁰² Juan Ignacio Piña Rochefort, Presidente Consejo de Defensa del Estado, enero de 2016.

¹⁰³ Así, por ejemplo, en relación con el royalty a la minería, en la práctica, solo parte de los fondos recaudados se destinan hoy a áreas de investigación, desarrollo e innovación, y hubo cambios en las asignaciones por la reconstrucción después del terremoto del 2010, y otros. “La implementación del royalty y su promesa de ser usado en innovación permitió posicionar el tema de la innovación; valorarlo como relevante de política y, tan importante como eso, dotarlo de un financiamiento permanente. Esto debido a que en conjunto con la implementación del royalty se crea el Fondo de Innovación para la Competitividad (FIC). Lamentablemente

Tampoco existen tributos específicos o diferenciados para actividades que podrían introducir más riesgos para los derechos humanos en el marco de empresas y derechos humanos como serían las actividades extractivas o el uso de materiales dañinos en la producción / industria. El marco constitucional de igualdad ante la ley, no discriminación e igual reparto de las cargas públicas (‘justicia tributaria’) podría oponerse o al menos limitar un marco de tributos diferenciados por tal razón.

El nivel de tributación corporativa, especialmente por actividades que explotan recursos naturales y capital, es en general bajo y no se condice con el impacto que estas actividades marcan en el país. Así, existen dudas sobre si tasas de impuestos son suficientes para cumplir con las obligaciones en materia de derechos humanos.¹⁰⁴ Especialmente, se considera que no hay mucho transfer tecnológico y de conocimiento hacia las PYMEs.

Las investigaciones, imputaciones y condenas en materia de financiamiento de campañas políticas mediante “boletas ideológicamente falsas” presentadas ante el SII, muestran que el derecho a la participación política no se cumplió, por una desvirtuación de la igualdad de condiciones para candidatos que no entra(ron) en las redes de financiamiento de parte de las empresas (voto pasivo); y por una desvirtuación de la posibilidad de elegir tales candidatos (voto activo). Estamos aquí ante un importantísimo aspecto del respeto a los derechos humanos por parte de las empresas y sus dueños o que podría tener efectos en relación a toda la actividad legislativa sobre derechos humanos. Existen dudas sobre la imparcialidad del SII en la colaboración con la justicia en casos de evasión de impuestos y dineros políticos, porque el organismo se ha negado de querellarse en ciertos casos.

Existen beneficios tributarios para Donaciones sociales (Ley 19.885) y Donaciones culturales (Ley 19.721), cuyos proyectos podrían estar fomentando el respeto a los derechos humanos. Sin embargo, en la normativa, aún no hay vínculo explícito establecido entre las donaciones y los derechos humanos.

Recomendación:

- Encomendar la elaboración de un estudio sobre la factibilidad y conveniencia de orientar parte de la política fiscal y tributaria hacia la promoción de la protección y el respeto del marco de empresas y derechos humanos, por medio de la utilización de diversos instrumentos que hagan más gravosa la carga tributaria para aquellas actividades con mayor impacto real o potencial en derechos humanos y menos gravosa para aquellas actividades con impacto menor.
- Considerar el aumento de impuestos corporativos como una posible vía para la mejor garantía de los derechos humanos.

después no ha existido relación alguna entre los recursos de ambos instrumentos. El royalty representa muchos más recursos que los que se asignan al FIC año a año”, reconoce desde el Ministerio de Economía el jefe de la División de Innovación, Andrés Zahler en Qué Pasa.cl, “Los cambios en el uso de los fondos del royalty a sus 10 años”, 14 de junio de 2015.

¹⁰⁴ Ciper Chile.cl, “Cómo se manejan las cifras para hacernos creer que la carga tributaria es alta”, 09 de abril de 2012

- Implementar una efectiva supervisión y evaluación periódica de los programas con incidencia en la protección y el respeto de derechos humanos, particularmente cuando éstos hayan recibido financiamiento con cargo a reformas tributarias específicas.
- Introducir criterios mínimos de derechos humanos en a. la documentación para poder acogerse a los beneficios tributarios de las leyes de donaciones b. la documentación para postular a cualquier proyecto de apoyo con fondos estatales.
- Asegurar que el sistema tributario no permita el menoscabo de los derechos políticos, e indirectamente, de otros derechos humanos por la “devolución de favores” a los financistas de campañas (por ejemplo, Ley de Pesca).

2.8 Mecanismos de denuncia (whistleblowing)

En general, existen muy pocos mecanismos al respecto; hay la delación compensada en materia de monopolios y colusión (DL 211) y un mecanismo de whistle-blowing en materia laboral y probidad. Más allá de estos mecanismos, no existe protección para quienes denuncian irregularidades, ilícitos o faltas a la debida diligencia en derechos humanos, daños o riesgos. Especialmente, no existe mecanismo que proteja a las personas, incluyendo los líderes sindicales, que denuncien de entrar en una espiral de desempleo y subempleo continuo por ser consideradas "conflictivas" a causa de sus denuncias sobre irregularidades y violaciones de derechos humanos.¹⁰⁵ Además, si la represalia es el despido, solo existe la indemnización como reparación. Esa no logra restituir el derecho vulnerado. Es una práctica habitual que los funcionarios /as de la Inspección del Trabajo informen a las empresas de los /las trabajadores /as que hayan denunciado irregularidades o vulneraciones de derechos.¹⁰⁶

Se ha propuesto por comisiones asesoras la introducción de mecanismos de recompensa a informantes (en fraudes corporativos y en anti-corrupción), pero ninguna de esas propuestas se ha transformado en un proyecto de ley en concreto a la fecha. La capacidad de la Fiscalía para mantener la reserva de sus investigaciones es limitada, según dan cuenta las filtraciones en los casos emblemáticos de este año y una actual controversia entre la Fiscalía Nacional Económica y el Ministerio Público ante el Tribunal Constitucional, que resolvió en favor del resguardo de la confidencialidad de los antecedentes proporcionados por al auto-denunciante.¹⁰⁷

En 2012, con motivo de una auto-evaluación participativa por Contraloría (CGR) de la implementación de la Convención de la ONU contra la corrupción, se señaló que el mecanismo ya era calificado de limitado y deficiente tanto en la promoción de denuncias como en la protección del denunciante, que no se aplicaba a todos los funcionarios públicos

¹⁰⁵ Experto en Acceso a la Justicia, agosto de 2015.

¹⁰⁶ Entrevistas con dirigentes sindicales, conducidas Karla Varas.

¹⁰⁷ [Ver Fiscalía Nacional Económica, “Tribunal Constitucional establece que DL N° 211 norma entrega de antecedentes confidenciales o reservados de causa tramitada ante el TDLC”, 08 de enero de 2016, www.fne.cl.](http://www.fne.cl)

por igual, y que haría falta complementar con garantías de protección a los denunciantes privados.

Recomendación:

- Adoptar mecanismos de protección eficaz de denunciantes en el sector público (funcionarios) y en el sector privado. Concientizar a los departamentos de recursos humanos que antecedentes de ser denunciantes no debieran contar como indicador de “conflictivo”, sino de un indicador de responsabilidad.
- Implementar estructuras de incentivos y recompensas en las empresas por denuncia de irregularidades, fomentadas por CORFO, SERCOTEC, Chilecompra, SVS y como defensa de debida diligencia ante procesos de fiscalización y litigio.
- En caso de despido como represalia de la denuncia (whistle-blowing), la sanción debe ser el reintegro del trabajador / de la trabajadora.
- Debe existir una sanción para funcionarios/as que informen a las empresas los nombres de los trabajadores/as que han denunciado vulneraciones de derechos.
- Adoptar una definición de "defensor/a de derechos humanos" en el marco normativo chileno, junto con medidas específicas o prioritarias de protección que el Estado podría decretar, especialmente, en casos de amenazas a su vida e integridad por terceros. Asegurar que esta protección se otorgue independiente de procesos judiciales o administrativos en su contra.

2.9 Acceso a la Información Pública

La Ley de Transparencia ha sido un considerable avance en la protección del derecho de acceso a la información, y en la protección de los derechos humanos en general, incluso en relación con materias de empresas y derechos humanos. Codelco como empresa estatal también se rige parcialmente por esta ley. Sin embargo, ante desafíos específicos de información de interés público que detienen los privados (en este caso, las empresas), hay que constatar que aún no se reconoce plenamente que el riesgo de vulneraciones a los derechos humanos es de interés público, aunque emane de un actor privado. En este sentido, no se ha legislado sobre reglas de transparencia para las grandes empresas (sociedades anónimas abiertas, por ejemplo) que incluyan información obligatoria sobre la evaluación de riesgos en materia de derechos humanos (reportes). Además, las excepciones a la ley de transparencia (que permiten a los organismos públicos excepcionarse de la entrega de información) se aplican incluso cuando exista un riesgo inminente de vulneración a los derechos humanos que provenga de un actor privado. Adicionalmente, los datos proporcionados a través de la Ley de Acceso a la Información no cuentan necesariamente con una estructura accesible; puede haber falta de información o una abundancia de información que no permite al usuario encontrar la información relevante. El CPLT no cuenta con un registro de la información disponible, por lo que es imposible fiscalizar la supuesta falta de información en un servicio.¹⁰⁸ No se ha publicado

¹⁰⁸ Judith Schönsteiner, Mayra Feddersen y Pablo Valenzuela, “Fortalecimiento de la democracia y el derecho de acceso a la información en Chile: Entre Estado y Ciudadanía”, Santiago, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2012.

información sobre fiscalizaciones por parte del CPLT realizadas después de noviembre 2014. Existen entonces dudas sobre su desempeño en esta materia.

Según lo que pudimos investigar, no existe obligación de denuncia de eventuales riesgos en materia de derechos humanos (a menos que estemos ante un delito penal), a otros actores gubernamentales que podrían tener competencia de actuar en pos de la protección de los derechos humanos.

En relación a accesibilidad de datos en algunos Servicios, observamos que el registro de sentencias en materia laboral que maneja la Dirección del Trabajo, no permite realizar estudios por sectores o actividades específicas (Memorandum N° 139 de 21-09-2015). Finalmente, es muy complejo usar la base de datos del SEA, para encontrar los proyectos. Por ejemplo, no existe buscador por palabra clave, o por una parte del nombre del proyecto / de la empresa. Si no se tiene el nombre exacto del proyecto de inversión, la información no se encuentra. Esto pone en desventaja usuarios no-profesionalizados.

Recomendación:

- Extender la Ley de Acceso a la Información Pública a datos sobre impacto en derechos humanos, ya que se deberían considerar de interés público. Esto abarcaría ciertos datos sobre proyectos de inversión (nacional y extranjera), y otorgar acceso fácil a contratos de inversión y contrataciones directas con el Estado. Esta información se podría plantear según el formato del Global Reporting Initiative, para que las empresas puedan usarlo para rendir cuentas hacia la comunidad internacional también.
- Mejorar accesibilidad a la base de datos del SEA.
Estructurar datos accesibles a través de la Ley de Acceso a la Información Pública. Promover el uso de la Ley de Acceso a la Información Pública entre personas naturales de todos los quintiles de ingreso y todos los niveles de educación, especialmente, población de los primeros cuatro quintiles.

2.10 Derecho del consumidor

Chile cuenta con una legislación reciente para la protección de los y las consumidores; existe un órgano encargado con su representación, y con la solución de algunas controversias. Sin embargo, la ley aún muestra falencias que implican el riesgo de repercutir en la adecuada protección de los derechos humanos. Así, el SERNAC no tiene mandato para proseguir el acceso a la justicia después de una mediación sin resultado; el balance de acceso a la información entre consumidor y empresa no está equilibrado ya que no hay herramientas legales que permitan el acceso efectivo a la información que está en manos del proveedor y que podría ser requerida como prueba en los procesos. Además, hay una serie de áreas de consumo, íntimamente relacionadas con los derechos humanos, donde la ley explícitamente excluye la aplicabilidad de la Ley sobre la Protección del Consumidor (LPDC). Esto es especialmente grave en el caso de la salud, donde el D.F.L. N°1 del año 2006 del Ministerio de Salud, excluye la competencia de la Superintendencia de Salud para fiscalizar las prestaciones de salud. Solo posee las facultades que se derivan de la Ley 20.584 sobre Derechos del Paciente, que son más limitadas. Así, este ámbito presenta una importante falta de fiscalización.

En materia educacional, el ámbito de aplicación de la LPDC y las correspondientes facultades del SERNAC son bastante acotadas. En efecto, el artículo 2 de la LPDC excluye calidad y reglamento interno de la aplicación de la LPDC.

Finalmente, en otro ámbito que atañe a los consumidores, no pudimos corroborar conciencia práctica en la sociedad del potencial rol de fiscalizador de la cadena de suministro que podría el consumidor, y de la influencia en las carteras de inversión que podría tener el cliente bancario. En todo caso, incluso si hubiera el intento de ejercer ese rol, sería de poco impacto ante sectores del mercado que están dominados por monopolios. Tampoco existen medidas de creación de conciencia del potencial impacto de los consumidores para el control de las cadenas de suministro y el respeto a los derechos humanos de terceros mediante la definición "características del producto"; más específicamente, no existen incentivos por parte del Estado de promover productos de comercio justo, o con sellos específicos como "libre de trabajo infantil" o "libre de trabajo forzado".

Recomendación EN RELACIÓN AL SERNAC:

- (i) Establecer mecanismos más robustos de *enforcement*. (ii) Crear y esclarecer normativamente las competencias de los distintos organismos públicos sobre relaciones de consumo, con particular atención a lo que pasa en el ámbito de las prestaciones de salud. (iii) Fortalecer el acceso a la justicia de consumidores víctimas de infracciones a la LPDC u otros cuerpos normativos que regulen dichas materias. Particular importancia puede tener el fortalecimiento de la mediación a través de mayores facultades para obtener información pertinente del proveedor.
- Asegurar el acceso a la justicia en materia de salud y educación, particularmente, ya sea mediante la extensión del régimen de derechos del consumidor además de las garantías constitucionales (ver PR 1 y PR 5), o solo mediante garantías constitucionales eficaces que operan por encima del derecho contractual.
- Promover, en alianza con empresas y con organizaciones de la sociedad civil, la conciencia sobre el control de la cadena de suministro por parte de los consumidores.

2.11 Corrupción

En el año 2015, Chile ha visto la confirmación de una crisis de confianza en los actores públicos y privados, por escándalos de corrupción y financiamiento indebido de campañas electorales y posteriores compromisos de votación. Los casos son distintos, y la medida en la que estas variables influyen, también; este informe no puede analizarlos en detalle. Más bien, se opta por analizar brevemente cómo estos acontecimientos influyen negativamente en la protección de los derechos humanos, y cómo las empresas involucradas en este sentido, no cumplen con su deber de respetar éstos. Es preocupante desde una perspectiva de derechos humanos que las decisiones relevantes en materia de legislación, políticas públicas, y en parte también en relación a la fiscalización de actos ilegales, se podrían estar tomando influenciadas por intereses particulares; especialmente en un país con altísimos índices de desigualdad y de concentración de la propiedad, y del poder político.

En concreto, el financiamiento ilegal o sin transparencia de campañas políticas afecta negativamente al derecho a la participación política de todos y todas quienes no pueden ser candidatos/as por falta de recursos, y de todos/todas quienes quisieran votar por personas que no son parte de este sistema de financiamiento. Además, pone en entredicho que la ponderación de intereses en el Congreso y en el Ejecutivo se haga de manera libre, tomando en cuenta el interés público y los intereses de todos y todas, especialmente de los grupos vulnerables, ya que los intereses detrás de quienes financian, se imponen, como por ejemplo, en la adopción de la Ley de Pesca¹⁰⁹ o en la Ley del Royalty Minero.¹¹⁰ Se ha discutido que la Ley de Pesca debiera ser derogada o declarada nula;¹¹¹ tal medida sería en principio acorde con una perspectiva de derechos humanos, pero fue finalmente descartada para abrir una mesa de diálogo para elaborar enmiendas a la ley. Los gremios pesqueros se habían pronunciado contrarios a la nulidad.¹¹²

INDH ha valorado el trabajo de la comisión,¹¹³ pero lamenta la muy lenta implementación de sus recomendaciones; además considera necesario incluir al Poder Judicial en el análisis. Se están investigando delitos de enriquecimiento ilícito a partir del 10% de las ganancias de Codelco destinadas a las Fuerzas Armadas (Ley Reservada del Cobre).¹¹⁴ Finalmente, destaca la falta de considerar el financiamiento de las ONGs como parte de la sociedad civil que puede constituir un elemento positivo en la fiscalización social de la corrupción.¹¹⁵

Recomendación:

- Implementar de manera rápida las recomendaciones de la Comisión Engel y del INDH en la materia.
- Investigar eficazmente los presuntos delitos, y garantizar la colaboración entre las entidades fiscalizadoras, especialmente, el Servicio de Impuestos Internos y el Ministerio Público, y eventualmente, el Consejo de Defensa del Estado.

¹⁰⁹ Ver Ciper Chile.cl, “Ley de Pesca: Interrogan cuatro horas a ex gerente general de Corpesca por posible soborno”, 09 de julio de 2013.

¹¹⁰ Ver Ciper Chile.cl, “Cambio clave de la ley de royalty que benefició a SQM salió del computador de Contesse”, 07 de marzo de 2016.

¹¹¹ Ver por ejemplo, Jorge Contesse y otros, “Nulidad de la Ley de Pesca”, Carta al Director, El Mercurio, 28 de enero de 2016.

¹¹² Economía y Negocios.cl (El Mercurio), “Inquietud por ley y pesca ilegal prenden luz roja del “Semáforo 2016” de gremio pesquero”, 19 de enero de 2016.

¹¹³ Consejo Asesor Presidencial contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencia, y la Corrupción (Comisión Engel), Informe Final, 24 de abril 2015.

¹¹⁴ The Clinic.cl, “Milicogate: El gran robo del fondo reservado del cobre”, 13 de agosto de 2015. Ver también CNN Chile.com, “Crearán comisión investigadora por presunto fraude en el ejército”, 03 de noviembre de 2015.

¹¹⁵ INDH, Informe Anual sobre la Situación de Derechos Humanos en Chile, 2015, p. 31.

3. Políticas públicas e iniciativas de Empresas y Derechos Humanos

3.1 Coordinación de políticas públicas en materia de empresas y derechos humanos

La falta de coordinación entre los servicios y ministerios es una dificultad y debilidad histórica y general del Estado de Chile, y también tiene sus efectos en materia de empresas y derechos humanos. Esta falta de coordinación se percibe en este y otros ámbitos, no es algo particular al tema empresas y derechos humanos. En varios servicios escuchamos que uno de los mayores obstáculos a un plan nacional podría ser la preocupación que la coordinación podría conllevar la limitación de facultades y potestades de cada servicio. Especialmente, se reportaron dificultades de coordinación entre las Superintendencias de Ambiente y Salud; y sobre posiciones de funciones entre la Superintendencia de Seguridad Social, la Inspección del Trabajo y la Superintendencia de Salud. Se percibe que esa falta de coordinación en las políticas públicas e iniciativas que solamente se empezó a remediar recientemente. Más generalmente, no hay transversalización de una política o un enfoque de derechos humanos en las políticas públicas, y no existe Plan Nacional de Derechos Humanos, lo que dificulta la inserción de un enfoque de empresas y derechos humanos ya que la estructura base de un sistema transversalizado de derechos humanos no existe.

No hay compromiso en el Congreso con la temática, y tampoco existe un compromiso explícito presidencial con el tema de empresas y derechos humanos, lo que debilita y dificulta cualquier coordinación ministerial; hay ministerios que no están representados en el Grupo de Trabajo Interministerial para elaborar un Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos. La Dirección de Derechos Humanos de Cancillería, por sus facultades, sólo puede promover el PAN, no puede "obligar a nadie".¹¹⁶ Sería preocupante si el compromiso con el tema de empresas y derechos humanos dependiera solamente de las personas concretas que promuevan la iniciativa, sin desmedro del mérito que ellas tienen en su promoción.

Finalmente, no está claro si el Estado puede disponer de financiamiento suficiente para una consulta pública del Plan de Acción Nacional según estándares internacionales, incluyendo la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas.

Recomendación:

- Coordinación con departamentos jurídicos de los ministerios y servicios emblemáticos, para asesorar elaboración de normativas.
- Financiamiento para una consulta pública según estándares internacionales, incluyendo la consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas.
- Elaborar expectativas comunes – a través de regulación o lineamientos – para los distintos sectores productivos, y de manera transversal, para que las empresas puedan orientar su actuar en virtud de estos estándares. Ellos deberían conformarse con los PRNU, no quedarse debajo de los estándares industriales ya adoptados nacional o internacionalmente, y responder a las obligaciones de prevención y debida diligencia que el Estado de Chile tiene en materia de derechos humanos.

¹¹⁶ Director de Derechos Humanos, Ministerio de Relaciones Exteriores, octubre de 2015.

- Establecer una institucionalidad en el Congreso que esté a cargo de efectuar un control de convencionalidad en derechos humanos para todos los proyectos de ley y las mociones sobre regulación de empresas, en virtud del Art. 5.2 de la Constitución, y cuyos informes serán públicos.
- Buscar el apoyo político desde la Presidencia para el PAN, ampliar la participación de ministerios y servicios relevantes, especialmente, Ministerio del Interior, Ministerio de Obras Públicas, Ministerio de Agricultura y Ministerio de Hacienda. Mantener y fortalecer el compromiso político con el Consejo de Responsabilidad Social para el Desarrollo Sostenible, o un órgano similar, para promover el PAN.
- Coordinar la elaboración e implementación del PAN en Empresas y Derechos Humanos con la Subsecretaría de Derechos Humanos que deberá elaborar un Plan de Acción en Derechos Humanos.
- Definir medidas concretas año a año para los distintos actores, abarcando todas las siguientes: A. Medidas de regulación, especialmente en relación a la planificación territorial y de fiscalización B. Medidas de incentivos, especialmente en relación a compras públicas, C. Medidas de promoción, especialmente, en el ámbito de exportación, energía y minería, donde se cuenta con una sensibilidad más avanzada en la materia y D. Sugerencia de medidas de auto-regulación para las empresas y los gremios, adecuando su performance a los estándares ISO y GRI. Publicar estas medidas y los avances en un formato accesible.

3.2 Análisis por área

No existen *políticas públicas sectoriales* sobre o con enfoque de empresas y derechos humanos; más bien, se constata cómo las políticas sectoriales y las leyes sectoriales perjudican el goce de los derechos humanos. Sin embargo, hay iniciativas específicas/puntuales en algunos sectores productivos que apuntan al respeto a los derechos humanos.¹¹⁷ Éstas se analizan a continuación.

3.2.1 Iniciativas en el sector minero:

En cuanto a regulaciones transversales, se introdujo un Impuesto Específico a la Minería¹¹⁸ que en principio, estaría destinado al desarrollo innovativo y científico del país. Éste indirectamente podría fortalecer el goce de los derechos humanos, si las decisiones de gasto público se adoptaran con una perspectiva de derechos humanos. No obstante, no nos consta que este impuesto realmente se gaste en lo indicado por la normativa, ni en temas de derechos humanos. Además, existen las siguientes regulaciones en materia ambiental:

- Norma para fundiciones (Decreto 28 del Ministerio del Medioambiente, de 2013): se estableció que para 2018, la captación de ácido sulfúrico y de arsénico debe ser

¹¹⁷ No excluimos que en otros ministerios o sectores productivos existan también iniciativas menores o aisladas, pero no nos fueron reportadas.

¹¹⁸ Introducido por la Ley 20.026.

de un 95%, así acercándose a los estándares en otros países que son de alrededor de un 98%.

- Regulación de la Seguridad Minera (Trabajadores y Contratistas) vía Reglamento 248 del Sernageomin.
- En 2012, se adoptó la Ley de Cierre de Faenas (20.551), que obliga a todas las empresas mineras presentar un plan de cierre de faenas, en el momento de la autorización del proyecto. En proyectos grandes, debe estar acompañado por una garantía financiera.¹¹⁹
- Se ha adoptado el Decreto 28 del MMA sobre emisiones de fundiciones (2013), que según el Ministerio de Minería es muy exigente.¹²⁰

Además, Ministerio de Minería promueve una serie de iniciativas ambientales que apuntan a una mayor sustentabilidad de la industria minera, sin cuestionar la matriz económica del país y su sustentabilidad en el fondo:

- Se creó en 2014 el Departamento de Depósitos de Relaves en Sernageomin y se hizo público un catastro de relaves en 2010,¹²¹ actualizado sumeramente en 2015.¹²² Se publicó un informe que indica que se producen 1.5 millones de toneladas diarias de relaves.¹²³
- Sernageomin está elaborando guías para la estabilidad física y química para el cierre de faenas.¹²⁴
- El Ministerio de Minería promueve el reprocesamiento de relaves, eventualmente en el marco de la futura Ley de Residuos.¹²⁵ Un desafío particular son los relaves abandonados cuyos dueños solo se empiecen a mover cuando aparece algún inversionista que quisiera embarcarse en un proyecto de re-procesamiento; los precios de venta exigidos pueden ser contra-incentivos al re-procesamiento mientras el Estado no puede obligar al dueño de hacerse cargo del reprocesamiento.
- Se instaló una mesa pública-privada para desarrollar una política entorno a los relaves.¹²⁶

¹¹⁹ Establece principalmente, lo siguiente: (i) Sernageomin como organismo competente para revisar y aprobar los planes de cierre y elaborar guías para el sector y posteriormente fiscalizar el cumplimiento de las normas de la ley; (ii) se establecen ciertos mínimos que debe considerar el plan, relacionados con los fines de estabilidad química y protección de la salud y medio ambiente, entre otros; (iii) se establecen responsabilidades. El certificado de cierre emitido por Sernageomin, no obstante, libera de responsabilidad; (iv) se establecen garantías financieras para llevar a cabo el cierre propiamente tal y el seguimiento poscierre; (v) se considera un programa de difusión para las comunidades aledañas; (vi) auditoría de los planes de cierre y (vi) se establece un sistema de infracciones por incumplimiento a la normativa.

¹²⁰ Id.

¹²¹ Servicio Nacional de Geología y Minería (Sernageomin), “Sernageomin crea departamento especial sobre relaves mineros”, 26 de mayo de 2014, www.sernageomin.cl.

¹²² Ver <http://www.sernageomin.cl/mineria-relaves.php>.

¹²³ El Mostrador.cl, “Sernageomin cifra en casi 1 millón y medio las toneladas de relaves producidas diariamente en Chile”, 29 de agosto de 2015.

¹²⁴ María de la Luz Vásquez, Encargada de la Unidad Ambiental, Ministerio de Minería, noviembre de 2015.

¹²⁵ Id.

¹²⁶ Id.

- Sernageomin y la Cámara de Diputados consideran la necesidad de aumentar la fiscalización pos-construcción en los proyectos mineros.¹²⁷

El Ministerio de Minería creó una Unidad de Comunidades cuyo "desafío más grande" es "dotar a las comunidades de herramientas y habilidades blandas y duras para poder tener un buen nivel de conversación con los proyectos mineros."¹²⁸ Existe el Programa de Capacitación y Transferencia Tecnológica para la Pequeña Minería Artesanal (PAMMA). Incluye capacitación en temas de seguridad, e indica trabajar con un enfoque de género. Asimismo, el Ministerio de Minería cuenta con una unidad de género, que promueve la equidad y participación de las mujeres en las faenas y los procesos productivos. Se está trabajando en una Mesa de la alianza Valor Minero en relación al diálogo con las comunidades, desarrollando un protocolo para tales efectos. En el Ministerio de Minería se comenta que se está trabajando en un enfoque de empoderar las comunidades, proveer herramientas para que se relacionen con mayor equidad con las empresas mineras.¹²⁹

3.2.2 Iniciativas en el sector energético

Hubo en su momento campañas de ahorro energético, pero según la información que pudimos recabar, no se han mantenido o renovado en el tiempo. Existe desde hace poco un Plan Nacional de Estrategia Energética, que tiene metas de cambio en la matriz energética, favoreciendo las energías renovables no-convencionales, e incluyendo elementos de participación ciudadana. En este último ámbito, se adoptó una "Guía de Estándares de Participación para el Desarrollo de Proyectos de Energía".¹³⁰

3.2.4 Iniciativas en el sector pesquero y silvoagropecuario

El Ministerio de Agricultura en general no usa una perspectiva de derechos humanos, pero ODEPA incluye elementos de ésta. Todas las iniciativas son voluntarias. Existe regulación mínima pero insuficiente en relación a trabajadores temporeros (mayoritariamente mujeres),¹³¹ en cuanto a seguridad alimenticia y residuos de agrotóxicos.

ODEPA implementa un enfoque de género en algunos aspectos de sus actividades, por ejemplo, a través de un boletín semestral.¹³² Además, participa del Grupo Asesor para el desarrollo de la Guía OECD-FAO sobre Cadena de Suministro Agrícola Responsable.¹³³

¹²⁷ El Mostrador.cl, "Proponen crear nuevas atribuciones ambientales para fiscalizar procesos mineros", 29 de febrero de 2016.

¹²⁸ María de la Luz Vásquez, Encargada de la Unidad Ambiental, Ministerio de Minería, noviembre de 2015.

¹²⁹ Asesora de Sociedad y Minería, Ministerio de Minería, octubre de 2015.

¹³⁰ Ministerio de Energía, Compromiso de Diálogo. Guía de Estándares de Participación para el Desarrollo de Proyectos de Energía, 2016.

¹³¹ ODEPA trabaja en un proyecto de ley para mejorar esta situación en conjunto con el Ministerio del Trabajo, Claudia Carbonell, Directora, ODEPA, Ministerio de Agricultura, enero de 2016, (por escrito).

¹³² Ver <http://www.odepa.cl/documentos-informes/?tema=&intra=259&sub=695&desde=&hasta=>.

¹³³ Claudia Carbonell, Directora, ODEPA, Ministerio de Agricultura, enero de 2016, (por escrito).

Recientemente, el Ministerio de Agricultura lanzó la elaboración de informes sectoriales de sustentabilidad.¹³⁴

Se ha creado una División de Protección de los Recursos Naturales Renovables del SAG, pero no trabaja con una perspectiva de derechos humanos. En cuanto a los recursos hídricos, la distribución del agua entre agroindustria y pequeños productores se regula según el sistema general de aguas y por lo tanto, no define prioridades para la producción de subsistencia. En el Norte de Chile, el estrés hídrico generado por la agroindustria y especialmente, la minería, ha causado la migración forzada de población rural a las ciudades.

Hay una Ley de Conservación y Manejo Sustentable del Bosque Nativo y Fomento Forestal (20.283), que sin embargo solo complementa el Decreto Ley 701 que está enfocada en facilitar el rol de Chile en la industria maderera y celulosa. Se creó además un Fondo de Conservación y Manejo Sustentable del Bosque Nativo, al que pueden postular quienes optan por bosque nativo en vez de especies exóticas. Esta ley fue adoptada durante la dictadura militar, y está criticada por varios grupos de interés, últimamente también por los consumidores por colusión en el mercado del papel higiénico, en manos de tres empresas de celulosa. Además de una mesa del bosque nativo, y un consejo consultivo sobre el bosque nativo, se creó recientemente un Consejo de Política Forestal con el encargo de elaborar una propuesta de política forestal hasta el 2035.¹³⁵

En el sector pesquero, Sernapesca indica dificultades de acceso a la información en caletas aisladas en Puerto Sydney y X región. Se elaboró un proyecto piloto 2015-2016 para entregar información, especialmente, a pescadores artesanales. Se ha identificado la vulnerabilidad de trabajadores extranjeros con estatus migratorio irregular que están empleados en la extracción de algas en el Norte de Chile. El Director de Sernapesca considera que "el tema del comercio justo es un tema que debiéramos avanzar también",¹³⁶ especialmente, por las diferencias en los precios que se pagan a los pescadores artesanales y los que se pagan en los mercados en Santiago. Sernapesca usa un discurso de derechos y considera que la pesca se ve como un derecho y está al mismo tiempo atentando contra un derecho, a saber, la sustentabilidad laboral y cultural para las futuras generaciones. En ese sentido, el desafío para Sernapesca traspasa el concepto del "derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación". Finalmente, se adoptó un Plan de Adaptación al Cambio Climático en Pesca y Acuicultura.¹³⁷

¹³⁴ Ver ODEPA, "Público y actores vinculados al negocio agrícola internacional presenciaron el lanzamiento de los reportes de sustentabilidad sectorial en Expo Milán", 04 de septiembre de 2015, www.odepa.cl.

¹³⁵ Ver <http://www.conaf.cl/nuestros-bosques/bosques-en-chile/consejo-de-politica-forestal/>.

¹³⁶ José Miguel Burgos, Director Nacional SERNAPESCA, noviembre de 2015.

¹³⁷ Ministerio del Medio Ambiente, "Consejo de Ministros para la Sustentabilidad aprueba Plan de Adaptación al Cambio Climático en Pesca y Acuicultura", 07 de diciembre de 2015, www.mma.gob.cl.

3.2.5 Iniciativas en MIDESO

El Ministerio de Desarrollo Social implementa desde el 2014 el sistema de cooperación público-privada (CPP),¹³⁸ en este contexto, por ejemplo, los programas Chile Cuenta, +Diversidad (con Acción), Alianzas por un Chile Inclusivo y Elige Vivir Sano, que incluye un convenio con las ferias libres.¹³⁹ En 2015, se desarrollaron las siguientes iniciativas:

1. "Estudio Caracterización, diagnóstico y estrategias de cooperación público-privada (recientemente terminado).
2. Estudio Diagnóstico de instrumentos de incentivo público a empresas privadas que potencian el involucramiento de estas en acciones de desarrollo social inclusivo desde la perspectiva de sus actores involucrados (en desarrollo).
3. Estudio Instrumento de sistematización y seguimiento de buenas prácticas empresariales de desarrollo inclusivo (en desarrollo).
4. Iniciativa de Formación para el Liderazgo Social Sostenible, dictada por directivos empresariales (desarrollado con más de 100 organizaciones participantes).
5. Seminario-Taller de Derechos Humanos y Empresa (realizado en noviembre)."¹⁴⁰

En 2014, se hizo un estudio en PYMEs, incluyendo prácticas laborales, de contratación/subcontratación, y toma en cuenta de grupos vulnerables.¹⁴¹ El MIDESO usa las directrices en sustentabilidad y derechos humanos proporcionadas por ChileCompra.¹⁴² (*Sobre asuntos de discriminación, ver sección 2.2*)

3.3 Protección y brechas de protección en la regulación de distintos sectores

Como se señaló arriba, no solamente no hay políticas sectoriales que faciliten el respeto corporativo a los derechos humanos. Además, existen leyes sectoriales que lo impiden o dificultan. En seguida se mencionan los más importantes sectores productivos en Chile.

3.3.1 Sector minero y energético

Según lo que hemos podido investigar, las políticas de participación en minería se trabajan con un insuficiente involucramiento de la sociedad civil y de las comunidades, a pesar de existir un pequeño proyecto piloto de mesas participativas que lleva adelante el Ministerio de Minería. Según los tratados de derecho internacional, y en virtud de los PRNU, el Estado debe, además de empoderar las comunidades y personas, asegurar que efectivamente las proteja de los impactos negativos que puedan tener los proyectos de inversión, o en caso de no ser posible mitigar, garantizar la reparación. También debe garantizar el debido proceso

¹³⁸ Danae Mlynarz, Jefa División Cooperación Público Privada, y Hugo Cabrera, Encargado Departamento Desarrollo Inclusivo, Ministerio de Desarrollo Social, diciembre de 2015 (por escrito).

¹³⁹ Id.

¹⁴⁰ Id.

¹⁴¹ Id.

¹⁴² Trinidad Inostroza, Directora ChileCompra y Elena Mora, Coordinadora Redes Intersectoriales ChileCompra, octubre de 2015. Ver también MIDESO, *Caracterización, diagnóstico y estrategias de cooperación público-privada*, 2015.

en las negociaciones y en los diálogos entre privados y comunidades haciéndose cargo de la desigualdad (PR 31).

Más específicamente, hay una serie de brechas relacionadas con los depósitos tóxicos de material de la minería. Primero, no son públicos los estudios de riesgo para los depósitos de relave.¹⁴³ Solo se pudo encontrar un resumen sobre faenas abandonadas que "constituyen pasivos ambientales mineros", en el caso que constituyen un "riesgo significativo" (18 instalaciones actualmente).¹⁴⁴ Segundo, los otros pasivos ambientales mineros no están clasificados como tales, contrario a la práctica internacional. Los catastros de depósitos relaves no contienen información sobre la peligrosidad de los relaves, solo sobre su ubicación, y si se encuentran abandonados o no. Las personas que viven cerca de los relaves no siempre fueron debidamente informados, ni ofrecido reasentamiento, a pesar del inminente riesgo sísmico en el país.¹⁴⁵ No existen experiencias de las autoridades de planificación territorial de reasentar poblados que se encuentren en cercanías de los depósitos de relaves. Tampoco encontramos planes públicos de evacuación o riesgos, como existen por ejemplo, para las erupciones volcánicas.

Aún no existe política pública para hacerse cargo de los pasivos ambientales históricos creados por la minería. Es emblemático el caso de Chañaral.¹⁴⁶ La Ley 20.551 solo aplica las garantías financieras para el cierre a faenas con una producción sobre 10 mil toneladas mensuales; además, la Ley no aplica a relaves abandonados. No existe política de prevención o (re-)asentamiento en relación a los relaves.¹⁴⁷

El Estado no tiene facultades de intervenir, en todos los casos necesarios, por depósitos de relaves que estén en predios de privados.¹⁴⁸ Finalmente, Codelco no tiene una política de relaves "ejemplar" como la debiera tener según el PR 4.

En cuanto al uso de los recursos, el gobierno no parece promover, más allá de los esfuerzos que la industria y Codelco están haciendo por iniciativa propia, el uso de agua desalinizada.¹⁴⁹

No existe evaluación alguna de criterios de sustentabilidad ambiental en cuanto a la evaluación costo ambiental - beneficio económico: no hay consideraciones algunas de considerar que bajo una cierta ley, la explotación del mineral es *ambientalmente* podría carecer de rentabilidad social/ambiental (solo se consideran los costos económicos).

En cuanto a la fiscalización de la actividad minera, Sernageomin revisa principalmente la seguridad de los trabajadores,¹⁵⁰ no otros ámbitos. Sin embargo, no logra prevenir

¹⁴³ Ver Cámara de Diputados, *Informe de la comisión investigadora sobre la situación en que se encuentran los depósitos de relaves mineros existentes en el país*, 2010, disponible en <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=3950&prmTIPO=INFORMECOMISION>.

¹⁴⁴ Ver <http://i2.wp.com/www.relaves.org/wp-content/uploads/2015/06/PAM-RIESGO.jpg>.

¹⁴⁵ Ver denuncia en Relaves.org, "Caso Las Palmas", sin fecha.

¹⁴⁶ Cortés, Manuel, *La Muerte Gris de Chañaral*, Agrupación Ecológica Chadenatur 2010.

¹⁴⁷ *Ibíd.*

¹⁴⁸ María de la Luz Vásquez, Encargada de la Unidad Ambiental, Ministerio de Minería, noviembre de 2015.

¹⁴⁹ La Segunda.com, "Cochilco: Mineras chilenas casi duplican el uso de agua de mar durante 2014", 16 de junio de 2015.

¹⁵⁰ Existe una superposición de competencias de fiscalización entre Sernageomin y Superintendencia de Seguridad Social (instalaciones de comedores, por ejemplo).

eficazmente accidentabilidad en pequeña y mediana minería.¹⁵¹ No hay claridad sobre si las fundiciones efectivamente rechazan la compra de minerales si los vendedores no pueden exhibir los permisos respectivos que corresponden a la pequeña y mediana minería, y la minería artesanal. Sus fiscalizaciones son conocidas de antemano por la empresa: "tampoco sacamos nada con ir de sorpresa".¹⁵² Sin embargo, no está claro si esta transparencia umenta, el cumplimiento de las empresas con la normativa.

3.3.2 Sector energético

A pesar de una Estrategia Nacional de Energía que recientemente se adoptó, persiste la insuficiente planificación del emplazamiento de proyectos energéticos y otras industrias de alto impacto, con la consecuencia de crear zonas de impacto acumulado y de saturación (zonas de sacrificio), donde la compatibilidad con otros usos del suelo, ya sea por ejemplo agricultura o vivienda, no se considera. La falta de participación ciudadana no corresponde a los estándares de derechos humanos. Además, el precio de energía tiende a ser más alto en las zonas de generación que en otras zonas del país que no sufren el impacto de la generación de energía, a causa de la regulación de precios y política de precios que se aplica. Esto constituye discriminación a la que debería responder el Estado, además de ser un incumplimiento con los PR de parte de las mismas empresas. Se han documentado, a lo largo de los años, violaciones de los derechos de los pueblos indígenas (especialmente, al territorio y a los recursos naturales, pero también a la CPLI) en el contexto de proyectos hidroeléctricos y mineros.¹⁵³ Según la evidencia que revisamos para la elaboración del presente estudio, estas violaciones constituyen violaciones estructurales, a saber, no tienen causas puntuales, sino causas sistémicas arraigadas en la regulación / legislación y eventualmente, también en la sociedad.

3.3.3 Sector pesquero, agropecuario y forestal

La Ley de Pesca favorece a solo unas pocas empresas y a pesar de imponer topes de captura, estos no corresponderían a criterios de sustentabilidad.¹⁵⁴ Desde una perspectiva de derechos humanos, además, se cuestiona la legitimidad del proceso de adopción de esta ley, por la incidencia de lobby indebido y corrupción; adicionalmente, la determinación del TC sobre la posibilidad de prescindir de la consulta previa, libre e informada sobre la Ley de

¹⁵¹ *Ibíd.*

¹⁵² Funcionario del Departamento de Seguridad Minera de SERNAGEOMIN, diciembre de 2015.

¹⁵³ Ver Sara Larraín y Pamela Poo (eds.), *Conflictos por el agua en Chile*, Santiago, Programa Chile Sustentable, 2010; recientemente, Observatorio Ciudadano, *Empresas y Derechos Humanos en Territorio Mapuche*, 2016 y de la misma entidad, *Informe de los impactos en derechos humanos de los proyectos de inversión hidroeléctrica en el territorio Mapuche de la Región de la Araucanía*, 2016.

¹⁵⁴ Ver por ejemplo, Greenpeace, <http://www.greenpeace.org/chile/es/blogs/monstruos-marinos/por-que-la-nueva-ley-de-pesca-no-es-sustentable/blog/42405/>; para una versión diferente que reconoce un objetivo de sustentabilidad pero debilidades en la implementación, ver por ejemplo, LyD, <http://lyd.org/centro-de-prensa/noticias/2016/01/ley-de-pesca-hacia-la-sustentabilidad-del-sector-pesquero-2/>.

Pesca no corresponde al derecho internacional.¹⁵⁵ Hay alegatos de inequidad en la imposición de multas por parte de Sernapesca, en relación a pescadores artesanales versus la pesca industrial, que según lo que pudimos averiguar, no han sido investigados de manera satisfactoria. Tal como en el sector de la minería, la fiscalización por parte de Sernapesca se avisa a los fiscalizados con considerable anticipación.¹⁵⁶

El fomento forestal en el marco actual del DS 701 no corresponde a los estándares de derechos humanos internacionales, además de violentar los principios de sustentabilidad. Específicamente, el marco normativo vigente no se hace cargo del consumo de agua de la industria que está llegando a coartar el derecho al agua de las comunidades indígenas y no-indígenas; no respeta ni garantiza el derecho al territorio de los pueblos indígenas; no garantiza la protección de los trabajadores forestales, muchos de los cuales están en condiciones de jornaleros y de trabajo informal.¹⁵⁷

El único órgano encargado de la fiscalización de los bosques es la SMA y la CONAF en cuanto al cumplimiento de protección de bosque nativo; considerando el bajo presupuesto entregado a la SMA, esto parece insuficiente para la segunda industria más grande del país. No hemos conocido iniciativas para el fomento estatal del diálogo entre empresas y comunidades en el sector forestal ni agrícola. El Ministerio de Agricultura considera que por ser voluntarias las iniciativas que promueve CODEPA, no es oportuno darle seguimiento.¹⁵⁸

Recomendaciones (en general, sobre todos los sectores):

- Efectuar una evaluación de impacto en derechos humanos de todas las normativas sectoriales mencionadas; incluir una perspectiva transversal de derechos humanos en las políticas y Estrategias Nacionales de energía, minería, pesca, agricultura y de bosques.
- Consultar a pueblos y comunidades indígenas susceptibles a ser directamente afectados sobre el impacto adicional que tendrán las regulaciones sectoriales sobre sus derechos (en ese sentido, extender obligación de CPLI a leyes generales en la medida que "particularmente" afectan a pueblos indígenas).¹⁵⁹
- Fiscalizadores: volver a introducir fiscalización sin avisos.
- Bancos y Fondos de Pensiones, en relación a proyectos de los sectores indicados: discutir propuestas sobre incentivos o regulación de la inversión ética, en

¹⁵⁵ Barros y Judith Schönsteiner, "Diligencia debida: proyectos de inversión, propiedad sobre los recursos naturales y consulta libre, previa e informada a los pueblos y comunidades indígenas concernidos", en Tomás Vial, Op. cit. (2014).

¹⁵⁶ José Miguel Burgos, Director Nacional SERNAPESCA, noviembre de 2015. Se observa que la crisis social y laboral en Chiloé se dio a conocer después del cierre de este informe.

¹⁵⁷ OIT, *El trabajo decente en la industria forestal en Chile*, 2012, pp. 44-50 especialmente.

¹⁵⁸ Claudia Carbonell, Directora, ODEPA, Ministerio de Agricultura, enero de 2016, (por escrito).

¹⁵⁹ Barros y Schönsteiner, Op. cit.

conformidad con los estándares de derechos humanos, en el marco de la inversión sustentable.

- Minería: transparentar los riesgos asociados a los depósitos de material tóxico y adoptar una política sobre pasivos mineros históricos, sean ellos creados por privados o por empresas estatales. Incentivar el uso de fuentes de energía renovables no-convencionales, y agua de mar.
- Crear legislación que permita a dueños de relaves antiguos a reprocesar o implementar clean-up, no excluyendo la expropiación sin compensación en caso de inactividad.
- Minería y energía: adoptar un sistema de repartición de beneficios en las municipalidades donde ocurre el impacto negativo de la industria, no solamente a nivel nacional donde está la casa matriz de la empresa que paga los impuestos.
- Revisar la Ley de Pesca por su posible origen contrario a la igualdad de votos.
- Reforzar incentivos, programas y eventualmente regulación que promueven el comercio justo para pescadores artesanales.
- Adoptar una matriz y política energética que priorice la garantía de igualdad de acceso y precios para todos los habitantes, independientes de su lugar de residencia.
- Bosques: discutir propuestas que se han publicadas recientemente, sobre compatibilización de derechos indígenas a sus territorios ancestrales y necesidades de la industria forestal.¹⁶⁰ Aumentar porcentaje de bosque nativo en todo el territorio nacional. Proteger napas subterráneas, y el derecho al agua. Promover comercio justo en relación a los trabajadores forestales.

¹⁶⁰ Ver por ejemplo, Huenchumilla, Op. cit.; a sentido contrario, Juan Pablo Lepín, Se debe hacer una revisión de las políticas públicas indígenas llevadas a cabo estos últimos 20 años, en: Revista LyD N° 269, enero 2016, pp. 5-8.

4. Servicios públicos privatizados: salud, pensiones, educación.

Los Principios Rectores abarcan en su Principio Rector 5, las actividades de empresas que proveen servicios públicos que el Estado privatizó. Chile es uno de los países del mundo con la mayor tasa de privatización de este tipo de servicios. Por tanto, la sección dedicada a este tema en la Línea Base es una de las más relevantes, considerando también que los servicios están directamente vinculados a la garantía de un derecho (por ejemplo, salud, educación, vivienda). En seguida, revisaremos algunos servicios privatizados.

4.1 Salud

El derecho internacional no se pronuncia sobre el sistema ideal (público, privado, mixto) de salud. Hace hincapié en los resultados de acceso sin discriminación a los distintos servicios. Como en Chile, los servicios de salud están entregados al mercado para quienes pueden pagarlo, se genera sin embargo un fenómeno de discriminación estructural: 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.¹⁶¹ La redistribución que se logra mediante impuestos, tampoco logra crear un pilar solidario, ya que Chile se basa en una política tributaria minimista. Esto significa que en Chile, el acceso a la salud no está suficientemente regulado como para garantizar que sea sin discriminación por razones económicas, condición de salud, u otras razones.¹⁶²

Así, en relación a la capacidad del sistema público de proporcionar servicios de salud, 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 incentivo a las personas de preferir los servicios pagados proporcionados por privados, que los gratuitos.¹⁶³ Los sistemas están intrínsecamente vinculados a través de los profesionales de salud que no pueden solamente trabajar en el sector público,¹⁶⁴ y la compra de servicios por FONASA al sector privado. Por tanto, las desventajas competitivas y el cobro excesivo que se da en el sistema, genera un perjuicio para las personas con menos recursos económicos. 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*,¹⁶⁵ 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.

¹⁶¹ 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/>.

¹⁶² 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.

¹⁶³ 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/>.

¹⁶⁴ Jaime Burrows, Subsecretario de Salud, agosto de 2015.

¹⁶⁵ Ver Comité DESC, OG No. 14, y PIDESC Art. 12.

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.

En relación a grupos históricamente discriminados, y usando los criterios 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.¹⁶⁶ 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.¹⁶⁷

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.

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 a 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.¹⁶⁸

¹⁶⁶ Consulta en curso, *Ibíd.*

¹⁶⁷ 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.

¹⁶⁸ 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

A futuro, el régimen de propiedad intelectual que impondría el TPP si no fuera 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.¹⁶⁹ La consecuencia es una menor accesibilidad y un mayor costo, resultando en discriminación indirecta para quienes se atienden en el sector público.

En relación al derecho a la privacidad, la protección de datos del paciente es ilusoria, ya que las clínicas no permiten acceder a las prestaciones sin el consentimiento obligatorio al traspaso de datos. Además, la cobertura de las Isapres en materia de medicamentos (“descuentos”) se condiciona a la entrega de consentimiento para el uso de los datos respectivos.

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.¹⁷⁰ No pudimos encontrar la resolución.

Finalmente, 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.

Recomendaciones:

- 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.
- 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.
- 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.
- Ofrecer mejores condiciones laborales, exclusivas, en el sistema público, para evitar la fuga de capacidades al sistema privado y evitar profundización de brecha de

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.

¹⁶⁹ Funcionario de la Superintendencia de Salud, septiembre de 2015.

¹⁷⁰ Funcionario de la Superintendencia de Salud, septiembre de 2015, no pudimos encontrar la resolución (los autores).

acceso a salud de calidad. Permitir y exigir a los trabajadores, en cambio, que estén en un 100% en el sistema público.

- 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.
- 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.
- 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.

4.2 Educación primaria y secundaria

El acceso al derecho a la educación es desigual, ya que la segregación en el ámbito educacional es incluso mayor que la territorial.

La legislación en materia de la garantía del derecho a la educación es insuficiente, porque no permite una garantía efectiva al acceso a una educación *de calidad*¹⁷¹ en igualdad de condiciones, independiente de las características socio-económicas de la familia. Especialmente, no existe garantía constitucional del derecho a la educación de calidad en igualdad de condiciones.

La Ley 20.845 sobre Inclusión Escolar no mejora las garantías de calidad de la educación escolar; no abarca las diferencias de calidad entre sistema público y privado (según capacidad de pago); excluye NNA con discapacidad y posiblemente tendrá dificultades de contrarrestar discriminación *de facto* (social y estructural) al momento de selección, ya que no hay garantía de que el criterio de aceptación o rechazo de un/a alumno/a 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 residencia¹⁷² y nivel socio-económico es suficientemente alta en Chile como para establecer la posibilidad significativa de discriminación directa en el acceso a la educación, incluso a pesar de la eliminación de cierta información personal o familiar de los procesos de postulación.

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

¹⁷¹ Ver, por ejemplo, Agencia de Calidad de la Educación, *Informe nacional resultados Chile PISA 2012*, marzo de 2014, disponible [aquí](#).

¹⁷² 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](#). 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.

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.

Finalmente, no hay garantía alguna que los curriculum privados cumplan con la obligación de enseñanza en derechos humanos.

Recomendación:

- 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 todos los alumnos.

4.3 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.¹⁷³ Así, un 93,8% de las mujeres que jubilaron en el sistema privado de AFP, lo están haciendo con menos de \$153.590.¹⁷⁴ Este monto no alcanza para financiar la canasta básica.

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 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. Según datos de la comisión Marcel,¹⁷⁵ los cinco años de diferencia en la edad de jubilación disminuyen 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

¹⁷³ Elisa Ansoleaga y Ester Valenzuela, "Envejecimiento y derechos humanos en Chile: Las personas mayores maltratadas", en Tomás Vial, Op. cit (2015).

¹⁷⁴ 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/>.

¹⁷⁵ A la cual le encargaron el estudio previo para la reforma del año 2008.

los afiliados no perciben la totalidad del monto publicado como rentabilidad bruta de los fondos.¹⁷⁶

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.¹⁷⁷

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.

Recomendación:

- 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.
- 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.

4.4 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), en 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. La regulación anti-tsunami no es completamente eficaz por falta de prohibición de construcción por parte de privados en zonas de riesgo del borde costero.

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. La falta de financiamiento de la Dirección de Obra en algunas comunas, resulta en problemas de fiscalización, especialmente, en relación al rubro inmobiliario y minero.¹⁷⁸

¹⁷⁶ Comisión Asesora Presidencial sobre el Sistema de Pensiones (en adelante, “Comisión Bravo”), *Informe Final*, septiembre de 2015.

¹⁷⁷ Comisión Bravo, *Informe Final*, septiembre de 2015, p. 55.

¹⁷⁸ *Ibíd.*

Además, el diseño universal en construcción para integración de PcD no es aplicable a toda la vivienda particular, con lo que se excluye a las PcD de desarrollar su vida normalmente en casas de familiares, vecinos u otros, y también de establecimientos de acceso público como colegios privados etc. 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.

Recomendación:

- Regular construcción y uso en el borde costero de manera preventiva y eficaz.
- Implementar diseño universal para TODA vivienda social, y como norma de construcción.
- 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.
- Erradicar, si es necesario en alianzas público-privadas, los campamentos.

4.5 Transporte

No se asegura que los precios del transporte público sean asequibles para los usuarios de los primeros quintiles de ingreso; especialmente, no guarda relación con el sueldo mínimo.

La conectividad de zonas rurales no es suficiente. En las zonas urbanas, hay considerables diferencias en la conectividad, lo que por la segregación socio-económica que presenta Chile, constituye discriminación. La accesibilidad para PcD al transporte público, especialmente el metro, es insuficiente y también constituye discriminación.¹⁷⁹

Recomendación:

- Evaluar y ponderar resultados de consulta ciudadana sobre el Transantiago según criterios de derechos humanos para formular términos de referencia de las concesiones.
- Efectuar una Línea Base Transporte Público regiones/ áreas rurales para asegurar conectividad y accesibilidad sin discriminación, considerando fomento PYMEs y apoyos para PcD para implementar normativa.

4.6 Servicios Sanitarios

Considerando los estándares en materia del derecho al agua, tal como reconocidos por la Asamblea General de la ONU en 2010, y en la Observación General No. 15 del Comité

¹⁷⁹ Comisión Asesora Presidencial sobre Inclusión de las Personas en situación de Discapacidad, Informe Final, marzo 2016.

DESC, la incapacidad del Estado de reaccionar a emergencias hídricas, sin pagar compensaciones a precio de mercado, es una falta de debida diligencia estatal. Dado la escasez del agua que hay por definición en una emergencia, podrían disparar hasta niveles que impedirían que el Estado provea agua potable esencial para consumo humano.

Incendios y deslizamientos en rellenos sanitarios pusieron en evidencia una falla sistémica de prevención de siniestros y riesgos inherentes a sistema de rellenos abiertos.

Está reconocida por actores gubernamentales y sociales la falta de reciclaje y separación de desechos, y conciencia sobre la necesidad de fomentar la participación ciudadana en esta tarea.

Se tramitó una ley sobre Responsabilidad Extendida del Productor (REP), pero la lista de materiales y productos incluidos ha ido disminuyendo considerablemente en la discusión parlamentaria.¹⁸⁰ La normativa no toma en cuenta el potencial rol de mi-pymes en el sistema de reciclaje; el potencial de crear trabajo formal para quienes en este momento trabajan en el rubro de manera informal ("cartoneros"); y el impacto negativo en el empleo informal que crearía un sistema de reciclaje que no incluye a este grupo de personas vulnerables como trabajadores.

Recomendación:

- Implementar obligación de reducción de desechos y de reciclaje para viviendas privadas, oficinas, y comercio, con las respectivas medidas de concientización de la sociedad.
- Efectuar un estudio de impacto del sistema de reciclaje en empleos informales y mi-pymes que hoy se dedican al reciclaje, con el fin de evitar y mitigar los impactos y evaluar posibilidades de mejora de las condiciones laborales.
- Adoptar plan de implementación paulatina y obligatoria de tecnología más moderna (quemadores), filtros y reciclaje de productos de quema / almacenamiento seguro de productos tóxicos en el tratamiento de residuos domésticos y del comercio.

4.7 Cuidado de NNA, personas con discapacidad y de adultos mayores

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

¹⁸⁰ Comentario al proyecto de ley y a recorte de lista de desechos cubiertos potencialmente, ver por ejemplo, *La Segunda*, “La corta lista de productos que serán obligados a la gestión de reciclaje”, 23 de enero de 2016, p. 12. También <http://www.mma.gob.cl/1304/w3-propertyvalue-16542.html>.

recursos para prevenir, investigar, fiscalizar o sancionar las vulneraciones de derechos humanos por parte de empresas y otros actores privados.¹⁸¹

No hay fiscalización eficaz del cuidado de personas con enfermedades de salud mental¹⁸² 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 (incluso, sin considerar las normas de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, que Chile firmó, pero aún no ratificó), especialmente, en relación al derecho a mantener su autonomía, la fiscalización de los establecimientos de cuidado, recibir información, privacidad, seguridad personal.¹⁸³

Recomendación:

- 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.

¹⁸¹ Solicitud de Acceso a la Información Pública, SENAME, AK004W0000804, solicitada el 18 de agosto de 2015, respondida el 23 de septiembre de 2015.

¹⁸² 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.

¹⁸³ Tania Mora, "Los Derechos Fundamentales de las Personas Mayores Institucionalizados en Establecimientos de Larga Estadía en Chile", Tesina de Magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, supervisada por Tomás Vial, 2015.

5. Análisis regímenes específicos

5.1 Inversión Extranjera, contratos de Estado y tratados económicos

El Comité de Inversión Extranjera (y así también la Agencia de Promoción de la Inversión Extranjera bajo la nueva ley) solo puede rechazar inversiones que contravienen la ley; no tiene discrecionalidad alguna de imponer incentivos adicionales, por ejemplo, sobre sustentabilidad.¹⁸⁴ De allí lo importante de una regulación general que garantice el respeto empresarial los derechos humanos, ya que de otro modo, podría darse curso a proyectos de inversión nacionales o internacionales a pesar de que éstos no cumplan con los estándares mínimos a los que Chile se comprometió en el derecho internacional. Además, en los casos donde hay un riesgo de conflicto social que haría inviable un proyecto, no hay política pública sobre cómo tratar el punto.

No hay tratado de inversión o de libre comercio vigente que incluya una referencia explícita a los derechos humanos. DIRECON indica que no cuenta con competencias para tomar en cuenta grupos vulnerables en su toma de decisiones, más allá de la difusión y capacitación. No obstante, Cancillería está facultada por la Ley que establece Medidas contra la Discriminación de adoptar políticas públicas contra la discriminación, y podría en la promoción de la exportación, aplicar tales criterios cuando decide cuáles productos promover afuera, y como hacerlo. Por ejemplo, según la información que pudimos obtener, a pesar de promover el comercio justo en materias ambientales, sociales, culturales y religiosas,¹⁸⁵ PROCHILE no ha adecuado el uso de patrones tradicionales indígenas a los estándares de derechos humanos sobre propiedad intelectual ancestral.

Según DIRECON, el acuerdo marco con la Unión Europea contiene una cláusula referente a la democracia, y el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales (Art. 12).¹⁸⁶ Revisando la normativa, sin embargo, se nota que este artículo podría referirse al diálogo político solamente; en el capítulo comercial que nos interesa para efectos de este estudio línea base, está ausente una similar referencia o un reenvío al otro capítulo. Ese capítulo solo se refiere positivamente a la privatización chilena (Art. 17.2c), a pesar de los problemas que ésta significa en su versión actual (ver PR 5). El Acuerdo de Complementación Económica Chile-MERCOSUR contiene una cláusula sobre la democracia, pero no sobre los derechos humanos.

Según investigaciones que se hicieron en el marco del mandato de John Ruggie, las cláusulas de estabilización pueden tener un efecto disuasivo o incluso prohibitivo para las políticas de mejora progresiva en materia de derechos humanos.¹⁸⁷ Chile en general, no ha suscrito tratados que contienen tales cláusulas. Sin embargo, el BTI con Malasia contiene una cláusula que amplía la discreción en relación a las medidas de estabilización, indicando: “En ningún caso los inversionistas malayos serán tratados, en lo que respecta a

¹⁸⁴ *Ibíd.*

¹⁸⁵ Funcionario, DIRECON, noviembre 2015 y febrero 2016, (por escrito).

¹⁸⁶ Funcionario, DIRECON, noviembre 2015 y febrero 2016, (por escrito).

¹⁸⁷ Para estándares y análisis, ver IFC/UN Special Representative on Business and Human Rights, *Stabilization Clauses and Human Rights*, 2009, disponible en <http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/9feb5b00488555eab8c4fa6a6515bb18/Stabilization%2BPaper.pdf?MO D=AJPERES>.

materias de transferencias, de manera menos favorable que los inversionistas de cualquier tercer Estado. Si subsecuentemente se elaboran nuevas leyes y reglamentos, esos inversionistas no podrán quedar en una situación peor a la que tenían en la fecha de inicio de la inversión”. (Protocolo letra c).” Los otros tratados de inversión no contienen cláusulas de este estilo, lo que es positivo desde la perspectiva de la capacidad del Estado de paulatinamente adoptar leyes de mejor implementación en materia de derechos humanos.

La influencia de la negociación chilena en la promoción de cláusulas sociales o ambientales, no se pudo establecer claramente por la dificultad metodológica que implica el secretismo de las negociaciones de este tipo de tratados. Consta sin embargo que Chile ha tenido una postura de promoción de cláusulas laborales.¹⁸⁸ El hecho que las cláusulas de derechos humanos o responsabilidad social no hayan sido promovidos por parte de Chile, coincide con el hecho que de los cuatro tratados ratificados en los últimos años (Malasia, Vietnam, Tailandia, Hong Kong), ninguno contiene cláusulas sobre responsabilidad social, ni sobre derechos humanos. Algunos tratados tampoco incluyen cláusulas sobre medioambiente. El único tratado que constituiría una excepción en este sentido sería el TPP. En ninguno de los tratados, no obstante, las cláusulas sociales o ambientales son justiciables, lo que da pie a presiones indebidas sobre la disposición de implementar fallos judiciales internos.¹⁸⁹

Transpacific Partnership

No se ha determinado el impacto en los derechos humanos que las medidas del TPP (reducción de barreras comerciales, de inversión) significará para los derechos humanos de los habitantes, especialmente, los grupos vulnerables. Desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos y de los Principios Rectores, es el impacto de las relaciones comerciales o de inversión desarrolladas al alero del tratado, y la eventual reducción en la capacidad regulatoria y de protección o prevención por parte del Estado, que más pueden dañar a los derechos humanos. Así, en la evaluación de si un tratado está conforme con las obligaciones internacionales en esta materia, hay que hacer un estudio de riesgos e impactos del tratado en los derechos humanos de las personas, en términos de derechos políticos, civiles, pero también económicos, sociales y culturales. Así, se debiera también evaluar el riesgo y el impacto que el TPP tendría sobre los derechos humanos, antes de ratificarlo.¹⁹⁰ Podemos adelantar las siguientes observaciones:

La definición de la normativa ambiental nacional en el TPP excluye a los decretos ministeriales y de los servicios, como el SEA, con lo que las normas sobre participación ciudadana y consulta previa, libre e informada, que no constan en una ley, no están explícitamente recogidas cuando se oponen normativa ambiental y económica. Además,

¹⁸⁸ Funcionario, DIRECON, noviembre 2015 y febrero 2016, (por escrito).

¹⁸⁹ Ver por ejemplo, caso Campiche, analizado en Hervé / Schönsteiner 2012.

¹⁹⁰ Para una valoración y crítica del mecanismo, ver Patricia Vargas y Judith Schönsteiner, “Respuestas al Cuestionario sobre el Sistema de la Unión Europea para la Evaluación del Impacto Sostenible de las Negociaciones Comerciales”, disponible en http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/images/Vargas_Sch%C3%B6nsteiner_Trade_Sustainability_Impact_Assessment_Handbook_EU.pdf.

aunque haya una referencia al principio de participación, lo redefine de facto como participación de expertos, no ciudadana, lo que es insuficiente en términos de derechos humanos.

Las normas sobre patentes y propiedad intelectual del TPP impedirían a Chile conseguir y proporcionar remedios de bajo costo (genéricos / bioequivalentes) a sus habitantes. Esto viola el derecho a la no-discriminación por razones económicas y sociales, en el acceso a la salud. El TPP obliga a Chile a ratificar el UPOV-91, tratado cuya implementación está pendiente por la imposibilidad de adoptar, hasta la fecha, una ley que regula los derechos de los obtentores vegetales (productos transgénicos). En 2014, el gobierno retiró un tal proyecto de ley en base a las críticas y el rechazo de la ciudadanía. La ratificación del TPP no debiera tener como resultado la aprobación de un tratado que claramente no cumple el principio precautorio ni cumple con los estándares de derechos humanos, específicamente, el derecho a la alimentación, y el derecho a la salud.¹⁹¹ Finalmente, hay preocupación que el TPP podría restringir el acceso a la información.

El capítulo sobre temas laborales en el TPP se restringe explícitamente a los cuatro temas tratados en la declaración (libertad de asociación y negociación colectiva; trabajo forzoso; trabajo infantil y eliminación de la discriminación). Aunque sean imprescindibles estas garantías, la exclusión explícita de medidas de salud y seguridad podrían dificultar o impedir la implementación a inversionistas de la normativa internacional de la OIT que obliga a Chile, así como de los Principios Rectores. En todo caso, se desaprovecha la oportunidad de constituir un incentivo internacional de cumplimiento al respecto.

El TPP contiene cláusulas que afectan directamente a los pueblos indígenas; sin embargo, su ratificación no ha sido consultada. Eso es contrario al Convenio 169.

En definitiva, sin entrar a evaluar en abstracto o en términos ideológicos el modelo económico que está detrás de los acuerdos de inversión y libre comercio, desde una perspectiva de derechos humanos se puede consignar que los tratados comerciales y de inversión no aseguran que el Estado de Chile tenga la discrecionalidad suficiente para poder cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos; el TPP recoge algunos aspectos que están relacionados con temas de derechos humanos, en la medida que incluye la “prevención de un peligro contra la vida o la salud humana” (Art. 20.1) en temas ambientales, y en la medida que la Declaración de la OIT de 1998 consigna derechos laborales, pero no garantiza la discrecionalidad del Estado de realmente cumplir todos los compromisos internacionales en materia de derechos humanos, por el impacto que tendría especialmente en materia de propiedad intelectual.

Recomendaciones:

- Efectuar, antes de la ratificación del TPP y de cualquier acuerdo comercial o de inversión, una evaluación de riesgos e impactos del instrumento, especialmente, en relación a los impactos en los derechos económicos, sociales y culturales, del derecho a la propiedad (especialmente, de subsistencia), y del derecho a un medioambiente sano de las personas que se hallen en su territorio.

¹⁹¹ Mewes, Op. cit.

- Consultar a los pueblos indígenas y favorecer la participación ciudadana en relación a los tratados y leyes requeridos para la ratificación.
- Si se ratificara el TPP a pesar de los riesgos a derechos humanos que implica, utilizar la discreción que el tratado le permite, además de su derecho de interponer reservas, para cumplir cabalmente con todas sus obligaciones internacionales ambientales, laborales y de derechos humanos, en materia de prevención, respeto y garantía de éstos.
- UPOV-91: garantizar protección de los derechos de consumidores, campesinos, pueblos indígenas. Se recomienda no ratificar ese tratado, por las graves implicancias que tendrá en materia de derechos humanos.

- En la negociación de los tratados y acuerdos, Chile debe vigilar siempre y de manera proactiva por la compatibilidad de los tratados comerciales con los de derechos humanos. No puede entrar en acuerdos que limitan su capacidad de cumplir con las obligaciones de derechos humanos adquiridas sin denunciar estos tratados, y debe renegociar tratados que contienen cláusulas de estabilización que restringen su facultad de adoptar políticas públicas para la protección progresiva de los derechos humanos y del medioambiente.
- Se espera que el Estado de Chile tome en consideración sus obligaciones en materia de derechos humanos cuando re-negocia el Acuerdo de Asociación con la Unión Europea, incluyendo lo que se establece sobre PYMEs y empresas medianas en la Comunicación “Trade for All” de 2015.
- Garantizar a través de PROCHILE y otros órganos que tengan competencia, que los productos chilenos cumplan con estándares de derechos humanos en cuanto al derecho a la salud de los consumidores, y los derechos de propiedad intelectual tradicionales / de los pueblos indígenas.
- Incentivar a los financistas de proyectos de inversión a considerar el riesgo social, de derechos humanos y de sustentabilidad en las evaluaciones de la confianza crediticia.

5.2 Extraterritorialidad

Chile no cuenta con una normativa general que implique responsabilidad civil, penal o administrativa extraterritorial de las empresas que estén radicadas en Chile y que tengan actividades en el extranjero, aunque eventualmente, los tribunales podrían interpretar los art. 5 y 6 del Código Orgánico de Tribunales en este sentido.

Sin embargo, se podría considerar como efecto extraterritorial “blando”, el hecho que el Punto Nacional de Contacto tiene competencia en relación a las actividades de empresas chilenas en el exterior, en la medida que reciba denuncias o representaciones de parte de actores extranjeros.¹⁹² El PNC de Chile, en tal supuesto, tiene competencia para actuar solo o en conjunto con el PNC del país respectivo donde ocurrieron los hechos para proveer un foro de mediación de acuerdo con el PR 31. El procedimiento, no obstante, cuenta con

¹⁹² Funcionario, DIRECON, noviembre 2015 y febrero 2016 (por escrito).

limitaciones importantes en relación a la accesibilidad del mecanismo de mediación por parte de personas afectadas en el extranjero, ya que los costos de viajes, correspondencia, etc. serían considerables, a menos que se tomen medidas al respecto.

Se pudo constatar mediante entrevistas y revisión de normativa y práctica, que no existe conciencia sobre la responsabilidad por acceso a la justicia en relación al impacto en derechos humanos que las empresas chilenas puedan tener en otros países. Así tampoco hay jurisdicción en Chile sobre impactos negativos en países receptores de inversión chilena, solo la posibilidad de contactar el PNC.

Recomendación:

- Instalar en las Embajadas de Chile en el exterior la competencia e infraestructura de recibir denuncias y solicitudes de mediación para el PNC de Chile, y difundir ampliamente la información sobre este mecanismo. Capacitar a un delegado /a por Embajada en las Directrices, para efectos de servir de punto focal para el PNC.
- Permitir el acceso a la justicia para personas naturales y comunidades extranjeras, siempre que la justicia del país de la inversión / del proyecto sea ineficaz o inexistente, por daños sufridos de parte de empresas chilenas en el contexto de sus inversiones en el exterior, en el caso de que sus gestiones en la justicia interna del país de inversión se frustren por una denegación del acceso a la justicia.

5.4 Empresas estatales, licitaciones y compras públicas

5.4.1 Empresas estatales

No existe una política consistente y uniforme de empresas y derechos humanos para todas las empresas estatales en el país; pueden encontrarse casos como el de CODELCO, en cuyo reporte de sustentabilidad –a lo menos desde el año 2012– en materia de desempeño laboral viene incluyendo un capítulo sobre derechos humanos y prácticas laborales donde identifica brechas de cumplimiento,¹⁹³ a obligaciones de reporte más generales como la inclusión de información sobre RSE según instruye el Código SEP.¹⁹⁴ Esto último, sin embargo, es solo una recomendación y no cuenta con aplicación obligatoria.

Los Estudios de Impacto de Codelco, siendo un claro avance, no parecen incluir una perspectiva de derechos humanos. Los estudios deberían ser públicos, para permitir la participación de la ciudadanía en conformidad con los estándares de transparencia del PR 4. Ciertamente, la transparencia de Codelco es mejor que de otras empresas (privadas y estatales) porque se rige parcialmente por la Ley de Acceso a la Información Pública. Sin embargo, en sus reportes de sustentabilidad, se extraña información detallada sobre la judicialización de conflictos con comunidades o vecinos.

Es positivo que los estándares de seguridad y salud en el trabajo apliquen también a todos los contratistas; sin embargo, no se extienden a los subcontratistas.

¹⁹³ Codelco, *Reporte de Sustentabilidad 2012*, sin fecha.

¹⁹⁴ SEP, *Código SEP*, sin fecha, disponible en <http://www.sepchile.cl/codigo-sep/>.

No existe política de clean-up de daños históricos de la minería estatal; sin embargo, hay iniciativas de re-explotación.

Por la información que hemos podido recabar al final del período de estudio, no hay exigencias obligatorias ni recomendaciones de procesos o políticas de debida diligencia en derechos humanos, pero había una norma en elaboración para las empresas SEP, que aún no ha sido aprobada por el Consejo.¹⁹⁵ La inclusión que se plantea no estaría acompañada de medidas que aseguren la eficacia, sino estarían solo a nivel de recomendaciones.

Finalmente, considerando el marco legal de funcionamiento y presupuestos, el Estado viola derecho internacional de los derechos humanos al destinar un 10% de las ganancias de Codelco, vía Ley 13.196 (Ley Reservada del Cobre) a, principalmente, la compra de armas. Esta normativa no está acorde con el compromiso de elaborar un presupuesto de protección de los DESC "hasta el máximo de los recursos disponibles", ni con la obligación de garantizar el acceso a la justicia (uno de los derechos más costosos de implementar), y el cumplimiento con otras obligaciones inmediatas de derechos civiles y políticos. Incluso si se lograran prevenir futuros escándalos de corrupción en relación a estos fondos,¹⁹⁶ esta violación persistiría.

Recomendación:

Codelco

- Incorporar riesgos en derechos humanos y debida diligencia en derechos humanos en Evaluación de Impactos Socioeconómico.
- Extender obligaciones contractuales de seguridad y salud de los trabajadores, y de medioambiente al segundo reglón de subcontratistas (no solo a contratistas).
- Incluir judicialización de conflictos sociales en reportes sobre relaciones de comunidad.
- Ponerse a disposición de capacitar a las otras empresas estatales de cómo usar los GRI4.
- Sumarse a estándares sociales y ambientales de Compras Públicas, adaptados a una industria de alto riesgo e impacto.

Ministerios y Congreso

- Seguir destinando y aumentar recursos de presupuesto a clean-up, y prevención y mitigación de riesgos en derechos humanos.
- Derogar la Ley Reservada del Cobre y liberar los recursos para la protección de los derechos humanos, especialmente, las reformas relacionadas con los DESC.

¹⁹⁵ Jorge Avendaño, Encargado de Sostenibilidad, Sistema de Empresas Públicas (SEP), octubre de 2015.

¹⁹⁶ Ver para un resumen de los hechos Cooperativa.cl, "Las millonarias defraudaciones con la Ley Reservada del Cobre", 31 de agosto de 2015.

Empresas SEP

- adoptar las medidas correspondientes a debida diligencia en derechos humanos, especialmente, evaluación de riesgos e impactos en derechos humanos y transparencia.
- Para las empresas que aún no lo hacen, iniciar procesos de reporte GRI; si es necesario, adoptar directivas para estos efectos.
- Sumarse a estándares sociales y ambientales de Compras Públicas

5.4.2 Compras Públicas

El Estado puede actuar de buen ejemplo para la sustentabilidad de la cadena de suministro poniendo estándares al contratar servicios de privados. Esta lógica también debería aplicarse para asegurar que los contratistas y proveedores del Estado respeten los derechos humanos tal como establecido por los Principios Rectores. Idealmente, se solicitaría una política de derechos humanos enfocada en la debida diligencia, la transparencia, y la prevención, mitigación y reparación de impacto en derechos humanos (Pilar II).

A pesar de apuntar en la dirección correcta en cuanto a su contenido, y constituir una de las buenas prácticas del Estado de Chile en relación a empresas y derechos humanos, las directrices de ChileCompra no constituyen un test de debida diligencia, no hay referencia a los derechos humanos en definición de los indicadores de cumplimiento. No todos los indicadores cumplen por lo tanto con los requisitos de derechos humanos. Además, en la evaluación que hace ChileCompra del cumplimiento de los compromisos (más allá de los laborales) es suficiente cumplir con un solo indicador para poder aplicar el porcentaje de puntaje – un sistema gradual y más detallado permitiría diferenciar entre cumplimiento puntual y la instalación de políticas de sustentabilidad o de derechos humanos en las empresas. Esto último es más costoso y se debiera poder diferenciar en la apreciación que se hace del grado de cumplimiento.

No se ha promovido aún eficazmente que haya fiscalización por parte de la sociedad civil, sino solo de competidores. El sistema no se puede aplicar a proveedores extranjeros.¹⁹⁷

Recomendación:

- Convertir en obligatorio para los ministerios (sin discrecionalidad) la inclusión de requisitos laborales, incluyendo los de género y de discapacidad, requisitos ambientales y respeto a los pueblos indígenas, en las licitaciones y compras públicas.
- Extender a cadena de suministro, especialmente, productos de alto riesgo de trabajo infantil y forzado, los estándares elaborados por ChileCompra. Buscar maneras de cómo mantener un registro de las sanciones extranjeras o los riesgos correspondientes.¹⁹⁸ Establecer colaboración embajadas extranjeras para estos

¹⁹⁷ Trinidad Inostroza, Directora ChileCompra y Elena Mora, Coordinadora Redes Intersectoriales ChileCompra, octubre de 2015.

¹⁹⁸ *Ibíd.*

efectos, basándose en la prohibición del trato más favorable y, con los Estados donde existen similares requisitos, en la reciprocidad.

- Incluir otros órganos, como corporaciones municipales, corporaciones de educación municipal, congreso, poder judicial al sistema de compras públicas.

Capacitar a la sociedad civil para poder participar en mecanismos de fiscalización / denuncias.

5.4.3 Licitaciones y fondos de desarrollo

SERCOTEC, CORFO y el Ministerio de Obras Públicas¹⁹⁹ no usan un enfoque de derechos humanos o de comercio justo en el diseño de sus convocatorias y proyectos. Sin embargo, hay elementos en las convocatorias de SERCOTEC que recogen los incentivos laborales (contractuales) de Chilecompra.

Recomendación:

- Creación de conciencia y capacitación en materia de derechos humanos para los órganos públicos, y posteriormente, en programas relevantes con empresas (CORFO, SERCOTEC, MOP).
- Explicitar legalmente o contractualmente (pero de forma obligatoria) la responsabilidad que las empresas que reciban apoyo del Estado en cualquier forma, deben respetar los derechos humanos. Además, se deben proporcionar orientaciones claras al respecto.
- Inclusión de estándares de derechos humanos en los concursos y licitaciones de MOP, CORFO y SERCOTEC, usando el modelo de Chilecompra, avanzando hacia la obligatoriedad de incluir los requisitos sociales y ambientales, e idealmente, exigir una evaluación de impacto en derechos humanos.²⁰⁰
- El Estado podría asumir el liderazgo en la revisión de productos cadena de suministro mediante legislación sobre rotulado de ingredientes, condiciones laborales en la producción, y otros sellos, para facilitar la tarea de PYMEs y mi-PYMEs en controlar los productos que utilizan. Se podría establecer una alianza público-privada, involucrando CORFO y SERCOTEC y empresas grandes que tienen experiencia en el control de la cadena de suministro.

¹⁹⁹ El Ministerio de Obras Públicas, CORFO y SERCOTEC no contestaron nuestras solicitudes de entrevista durante el período de estudio. Ver Anexo. Si nos llegara una respuesta de forma atrasada, se publicaría en www.derechoshumanos.udp.cl.

²⁰⁰ Con varias instituciones, Chilecompra tiene convenios sobre el uso (parcial) de los estándares voluntarios. La gran mayoría se refiere a estándares laborales. Así, hay convenios de Chilecompra con Carabineros, CENABAST, Conadi, CONAF, Conicyt, Consejo Nacional de Cultura y Artes, Contraloría, DGA, Dirección General Aeronáutica Civil, Direcon, DPP, DT, Fuerzas Armadas, Gendarmería, Hospitales, Intendencias y Gobiernos Regionales, IPS, Ministerio de Salud, MOP Vialidad, MOPTT, Municipios, Parque Metropolitano, SAG, SEA, Senadis, Senama, Sename, SERNAC, Sernam, Sernam, SERVIU, SII, SML, Subsecretaría de Medioambiente, Superintendencia de Educación, Superintendencia de Salud, SVS, Tesorería, Universidades públicas.

5.5 Consultas y consulta libre, previa e informada

La regulación de la “consulta indígena” en Chile no corresponde a las obligaciones que establece el derecho internacional al respecto, especialmente, el Convenio 169 de la OIT.²⁰¹ Sólo ciertos proyectos (que generan impacto de gran magnitud) requieren de un proceso de consulta (es el caso de los que se derivan en el reasentamiento de la población o que puedan afectar gravemente el patrimonio cultural o ambiental de los pueblos indígenas). Por tanto, quedan fuera del proceso de consulta todos los demás proyectos que ingresan al SEA y además, el DS 40 da cabida a la prospección, exploración y realización de proyectos sometidos al sistema como meras Declaraciones de Impacto Ambiental que en la práctica constante de los órganos administrativos, ha ido quedando eximida de CPLI,²⁰² aunque se encuentren cerca de áreas, poblaciones y/o recursos protegidos. Adicionalmente, el otorgamiento de derechos de aguas, u otros derechos que se establecen por actos reglados, así como las concesiones, no se someten nunca al SEA y por tanto, tampoco se consultan, en contravención con el Convenio 169.

La consulta del DS 40, antes de su aprobación, no tuvo participación representativa amplia y rechazó las observaciones que apuntaban correctamente a que el mismo era contrario a los estándares internacionales.

Se requiere que el Estado obtenga el *consentimiento* de los pueblos indígenas directamente afectados por el depósito de materiales tóxicos en o con impacto en sus territorios, tales como tranques de relaves, lo que está explícitamente prohibido por la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas del 2007 (adoptada con voto favorable de parte de Chile). La usual consulta previa, libre e informada, no es suficiente en estos casos. La actual normativa sobre consulta indígena no refleja ese estándar.

La jurisprudencia tiende a igualar la CPLI a la participación ciudadana; sin embargo, hay sentencias de la CS que indican una tendencia – no obstante en parte revertida – que aplica los criterios del Convenio 169 en la materia.²⁰³ La jurisprudencia del TC, indicando que las leyes generales/sectoriales no requerían CPLI, es contraria al Convenio 169.

Hubo noticias,²⁰⁴ que se confirmaron en una entrevista,²⁰⁵ que poco después de la adopción de los reglamentos, el gobierno habría convocado nuevamente una mesa – esta vez sin procesos formales de participación ni consulta, y sin transparencia de lo que estaba ocurriendo – para revisar la redacción y aplicación de estos reglamentos, en particular, el DS 40. El informe final de esta mesa no se pudo obtener al finalizar esta línea base. El

²⁰¹ Barros y Schönsteiner, op. cit.

²⁰² *Ibíd*, p.227.

²⁰³ Véase por ejemplo, Cristián Sanhueza, “La consulta previa en Chile: del dicho al hecho”, en Helena Olea, ed., *Derecho y Pueblo Mapuche*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2013, pp. 217-256; y en cuanto a las reformas regulatorias, Barros y Schönsteiner, Op. cit.

²⁰⁴ Emol.com, “Gobierno anuncia revisión de decretos 66 y 40 relacionados con pueblos indígenas”, 05 de noviembre de 2014.

²⁰⁵ Vicepresidenta de la Comisión de Entorno Social, Consejo Minero, noviembre de 2015, información confirmada en Diario Financiero.cl, “Reforma al SEIA: consulta indígena y participación ciudadana quiebran mesa”, 25 de enero de 2016.

gobierno había propuesto una fase de pre-aprobación para proyectos emblemáticos.²⁰⁶ En todo caso, no se podría tener un reglamento sobre la CPLI si éste fuera nuevamente contrario al Convenio 169 o si no fuera consultado debidamente.

Otras iniciativas de participación

La Subsecretaría del Trabajo implementa un Programa "Mesas de Diálogo Social", según el concepto de diálogo social de la OIT, que involucra gobierno, empleadores y sindicatos. En este programa, no hay participación de comunidades, lo anterior es un elemento que no puede faltar para un eficaz diálogo social alrededor de proyectos de inversión y derechos humanos.

Desde el Estado, no se promueve la participación eficaz de las comunidades como socios de los proyectos. Así, por ejemplo, a pesar de existir una guía de participación publicada por el Ministerio de Energía, no encontramos medidas de promoción de la participación en las ganancias,²⁰⁷ que debería existir según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por lo menos para los pueblos indígenas, y que constituye una buena práctica internacionalmente. La guía de participación en relación a proyectos energéticos no cuenta con estándares sobre esa temática.

Recomendación:

- Cualquier órgano que otorgue concesiones, licencias, o permisos para proyectos de inversión, que sepa o debiera saber de un proyecto de inversión, debe, en virtud de la debida diligencia, iniciar un proceso de CPLI, siempre que haya una comunidad o personas indígenas "susceptibles de ser afectados directamente".²⁰⁸
- Un título sobre territorio, predio de una comunidad indígena o el título ancestral, siempre deben gatillar una presunción de afectación por los proyectos que allí se pretenden instalar, independiente de la magnitud del impacto.
- Establecer que el depósito de materiales tóxicos y el reasentamiento en territorios indígenas o donde directamente les afecte, debe implicar consentimiento libre, previo e informado.
- Consultar las políticas sectoriales, en la medida que tengan una afectación directa diferenciada sobre los pueblos indígenas, según los estándares del Convenio 169, así como la ratificación de tratados comerciales que directamente afectan a los pueblos indígenas.
- Establecer el requisito de participación ciudadana también para proyectos presentados vía DIA.

²⁰⁶ Diario Financiero.cl, "Gobierno afina fórmula para evaluación especial de proyectos de alto impacto", 19 de octubre de 2015.

²⁰⁷ José Quidel Gajardo, Miembro de la Unidad de Participación y Diálogo, Ministerio de Energía, noviembre de 2015.

²⁰⁸ Se podría aplicar, con algunas enmiendas requeridas por el derecho internacional, el Compromiso de Diálogo del Ministerio de Energía.

5.6 Conflictos sociales – manejo y prevención: la situación en la región de la Araucanía

El conflicto social entre empresarios de compañías forestales y comunidades mapuche, y el conflicto entre Estado chileno y el pueblo mapuche, tiene causas históricas que han sido reconocidas por el Estado en el Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, de 2003.²⁰⁹ Las principales causas son el despojo de territorios indígenas y su entrega a colonos chilenos y extranjeros, a partir de la ocupación del territorio al Sur del Bío Bío en el siglo XIX, y posteriormente. Estos procesos fueron acompañados de violencia (especialmente, desalojo y quema de casas), y un empobrecimiento de la población mapuche. Adicionalmente, los efectos ambientales de la industria forestal, con fomento del Estado, ha sido una baja considerable de los recursos hídricos en las napas subterráneas, a causa de la plantación intensiva de especies exóticas, la pérdida del bosque nativo, y el deterioro de los suelos.

La industria hidroeléctrica, también de alto impacto por la inundación de territorios, de lugares sagrados, por desalojos, así como afectación a la pesca fluvial y al turismo (esto último también para las centrales de paso). Algunas organizaciones y comunidades mapuche han empezado una “lucha por la recuperación del territorio”, recurriendo a medidas comunicacionales, políticas, jurídicas, y la manifestación pacífica, pero también, por una creciente minoría de comunidades, la ocupación de predios forestales.

Otros actores (indígenas y no-indígenas) también recurre a la quema de maquinaria de las empresas forestales e hidroeléctricas, la quema de bosques, instalaciones públicas y en algunos casos, de vivienda. Algunos de estos delitos han sido reivindicados por la CAM u otros grupos que no excluyen actos violentos.

Como mostró la Encuesta de Opinión Pública en la Araucanía del ICSO-UDP de 2016, hay una diferencia de apreciación del conflicto de parte de personas indígenas y no-indígenas en la IX región. Destaca, además, que la mayoría de personas indígenas rechaza el uso de la violencia al igual como las personas no-indígenas. Concluye la encuesta que " Las únicas diferencias significativas entre mapuche y no mapuche, se observan respecto de justificar la violencia cuando las minorías reclaman sus tierras ancestrales: 71% entre los mapuche y 81% entre los no mapuche. Y cuando los pobres piden mejores condiciones de vida: 72% entre los mapuche y 80% entre los no mapuche."²¹⁰

El Estado ha reaccionado con medidas cautelares a favor de personas, vivienda, y predios forestales; allanamientos de comunidades, aumento masivo de la presencia policial (fuerzas especiales, principalmente). El INDH y los tribunales han constatado en reiterados casos, uso excesivo de la fuerza, especialmente contra NNA, incluyendo situaciones de tortura. En el año 2015, se intensificó la protesta social de camioneros, apoyados en general por las vocerías de la Corporación de la Madera, la Multigremial de la Araucanía, y algunos parlamentarios de la región.

Las violaciones a los derechos humanos que ocurren en la IX región de Chile (también en la VIII y X, por lo menos parcialmente), en territorios ancestrales del pueblo mapuche, se

²⁰⁹ Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas, *Informe*, octubre de 2008.

²¹⁰ ISCO-UDP, Encuesta de Opinión Pública en la Araucanía, Principales Resultados, marzo 2016.

pueden caracterizar como sigue. Se proporciona información sobre el acceso a la justicia considerando que el derecho internacional no tiene reclamo sobre un hecho particular, en la medida de que exista acceso a la justicia por parte de las víctimas, y que el Estado haya cumplido con la debida diligencia de prevención de las vulneraciones.

1. Violación al derecho a la propiedad ancestral, el derecho al agua y a los recursos naturales. Acceso a la justicia: Existe un programa estatal de restitución de tierras (CONADI, ver también sección 2.5) La protección judicial es limitada porque los títulos ancestrales no se reconocen en cuanto al derecho a la propiedad, pero en algunos casos aislados, como base para el derecho a la consulta indígena.²¹¹
2. Propiedad ancestral sobre los recursos naturales: industria forestal de monocultivos exóticos consume napas subterráneas y agota suelos. Acceso a la justicia: limitado, en el caso del agua, inexistente. No hay política de sustentabilidad eficaz en la regulación actual del fomento forestal. Se están discutiendo reformas a la normativa en un Consejo de Política Forestal que cuenta con representación de un consejero indígena de la CONADI que es representante de los indígenas urbanos (ver también Bosques, en leyes sectoriales, PR 3).
3. En cuanto al derecho al agua, no hay protección ni acceso a la justicia, a menos que los derechos de aguas estuvieran formalmente inscritos. Pero aún así, no hay prioridades para los distintos usos del agua. El Bosque Nativo se protege, y hay medidas de reforestación de bosque nativo, por ejemplo, en la XII región. Sin embargo, no hay medidas más proactivas que pongan incentivos para restituir al bosque nativo terrenos que sean dedicados a otro uso, incluyendo el forestal industrial.
4. Violación al derecho a la propiedad privada de particulares, empresarios y empresas, por parte de particulares.²¹² Acceso a la justicia: Medidas de protección.²¹³ Desalojos y restitución por parte de Ministerio del Interior (Carabineros y PDI). Ministerio Público investiga, aplica eventualmente Ley Antiterrorista, en casos de quema de predios, casas /cabañas, camiones y maquinaria. En 2015, se nombró un fiscal preferente para este tipo de delitos.²¹⁴ Condenas a integrantes de comunidades mapuche en varios casos estuvieron viciadas por falta de debido proceso (CorteIDH, caso Norín Catrimán). La tasa de impunidad de delitos contra la propiedad privada forestal, no pudo establecerse.²¹⁵

²¹¹ Sanhueza, Op. cit.

²¹² Se registro un aumento de tales actos en 2014 y 2015, ver Araucanía Noticias.cl, “Hitos 2015 presenta Asociación de Víctimas de Violencia Rural”, 18 de diciembre de 2015; Libertad y Desarrollo, “Según LyD, 23% han aumentado los hechos delictivos en La Araucanía este año”, 08 de junio de 2015, www.lyd.org. En enero 2016, varios delitos violentos contra la propiedad privada han sido reivindicados por la Coordinadora Arauco-Malleco (CAM), que se auto-define como una estructura "militar", ver Cooperativa.cl, “Coordinadora Arauco-Malleco se atribuyó ataques incendiarios en zona de conflicto”, 26 de enero de 2016.

²¹³ Funcionario de Carabineros, IX región, octubre de 2015.

²¹⁴ La Tercera.com, “Designan fiscal preferente por quema de camiones en La Araucanía”, 03 de septiembre de 2015.

²¹⁵ Se ha alegado "falta de servicio" por impunidad en contra del Estado, ver Cooperativa.cl, “Región de La Araucanía: Víctimas de violencia presentan demanda contra el Estado”.

- El presupuesto 2016 no permite comprar tierras a comunidades "violentas".²¹⁶ Reparación: Gobierno considera crear un programa de reparación.²¹⁷
5. Violación del derecho a la vida de integrantes de comunidades mapuche (operativos policiales) y empresarios (incendio intencional). Acceso a la justicia: contra Carabineros deficiente por aplicación de justicia militar contrario a compromisos internacionales de derechos humanos (persiste violación de derechos humanos, un caso pendiente en la CIDH - Alex Lemún); contra privado(s) acceso a la justicia eficaz (se procedió a condena efectiva del imputado según Código Penal aplicable, una vez probada la responsabilidad penal).
 6. Violación del derecho a la integridad de integrantes de comunidades mapuche, incluyendo NNA, en procesos de allanamientos y operativos policiales. Algunos hechos constituyen antecedentes de tortura. Acceso a la justicia: reducido, a pesar de querrelas del INDH en algunos casos. Aplicación de la Justicia Militar, a menos que víctimas sean NNA.²¹⁸ Reparación de daño psico-social: mínimo, usualmente a cargo de cooperación internacional o sociedad civil.²¹⁹
 7. Violación de los derechos humanos de presos mapuche condenados por delitos relacionados al conflicto territorial, especialmente, durante huelgas de hambre y por condiciones carcelarias.²²⁰ Acceso a la justicia: parcial. Existen medidas especiales en los recintos carcelarios, en relación al derecho a la cultura, y a la libertad religiosa.
 8. Violación del derecho a la consulta libre, previa e informada de las comunidades indígenas. Acceso a la justicia: parcial en relación a proyectos de inversión de mayor impacto (ver PR 3 para insuficiencias del proceso); inexistente en relación a regulación sectorial (por un fallo del TC que indicó que la CPLI no es necesaria para la adopción de leyes y regulaciones, ver PR 3), proyectos de menor impacto y actividades de municipios.
 9. Violación del derecho a la cultura y libertad religiosa de comunidades indígenas. Acceso a la justicia: parcial, ya que usualmente prima el título de tierras inscrito por sobre derechos ancestrales de uso ceremonial de un predio. Sin embargo, existen sentencias de los tribunales que reconocen este derecho y lo protegen de manera eficaz.

²¹⁶ Juan Pablo Lepín, Entrevista en Revista LyD N° 269, pp. 5-8, enero 2016.

²¹⁷ Diario Financiero.cl, "Gobierno elabora plan para víctimas de violencia en La Araucanía", 18 de enero de 2016.

²¹⁸ Ver para detalles, INDH, *Estudio exploratorio. Estado de Chile y Pueblo Mapuche: Análisis de tendencias en materia de violencia estatal en la región de La Araucanía*, febrero de 2014, disponible [aquí](#).

²¹⁹ Ver especialmente, DECS, *Uso de la fuerza pública hacia niños/as indígenas en los procedimientos policiales*, en Colección Derecho Indígena, disponible en <http://decs.pjud.cl/index.php/colecciones/71-colecciones/tendencias/indigena/procedimientos-policiales/429-uso-de-la-fuerza-publica-hacia-ninos-as-indigenas-en-los-procedimientos-policiales>. Ver también Fundación Anide y otras, *Informe Sobre Violencia Institucional Contra la Niñez Mapuche en Chile*, Santiago, Agosto de 2012; Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones finales sobre informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile, CRC/C/CHL/CO/4-5*, 30 de octubre de 2015, párr. 79-80, reiterando recomendaciones del Informe 2007.

²²⁰ Radio U. Chile.cl, "Denuncian torturas a presos mapuche en huelga de hambre y exigen al Gobierno pronunciarse", 27 de agosto de 2010.

10. Violación del derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Acceso a la justicia: el mismo que se presenta en las otras regiones del país (ver PR 25). Accesibilidad física: mediana. El tribunal se encuentra en Valdivia. No existe apoyo letrado gratuito para las causas ambientales.
11. Derechos de los campesinos pobres no-indígenas ante empresas están en parte protegidos por programas generales del gobierno nacional o regional. Existe una sensación de injusticia en relación a las medidas de la Ley 19.300 (entrega de tierras y becas, especialmente), ya que para personas no-indígenas, no hay ese tipo de apoyo estatal, solo él de las medidas generales contra la pobreza. La IX región es la más pobre de Chile, y la IX y X abarcan los municipios más pobres de Chile. La mayor preocupación entre los habitantes de la región es la falta de empleo.²²¹

Considerando estos tipos de violaciones, se encontraron las siguientes brechas estructurales: Primero, son inexistentes las políticas de reconocimiento constitucional y político de los pueblos indígenas. Además, el Estado no ha adoptado política pública que prevenga o mitigue eficazmente el conflicto. Desde el 1993, se ha desarrollado un programa de restitución de tierras, a cargo de la CONADI, con resultados insatisfactorios para todas las partes del conflicto.²²² Las causas son principalmente la mala administración del programa, ocurrencia de corrupción, especulación sobre los precios de parte de quienes venden a la CONADI, la inexistencia de un mecanismo de expropiación, entrega de tierras a comunidades que se toman predios o son denunciadas por delitos contra la propiedad privada. Falta de un catastro de tierras y territorios a restituir.²²³ Finalmente, el enfoque exclusivo de seguridad que el Estado le ha dado al conflicto, no ha logrado proteger a víctimas de violencia, ni a prevenir la escalación del conflicto, ni cumplir con el deber de prevención, ni a resolver el conflicto. Propuestas alternativas, de parte de personas o grupos indígenas, no han sido admitidas al diálogo político.²²⁴

En cuanto a las variables económicas de la situación, se encontró que no hay garantía eficaz de protección de los recursos naturales; no existe matriz de desarrollo diversificada y culturalmente adaptada para la región.

En relación a los daños y la seguridad en la región, vinculados a temas de conflictos entre empresas y comunidades, no hay acceso a la indemnización por pérdida de maquinaria, madera, ganado, propiedad o vivienda. Tampoco hay una investigación eficaz en pos de denuncias sobre la existencia de paramilitares en la región. El uso de fuerza por parte de las fuerzas públicas ha sido desproporcional y sin protección eficaz de NNA. Hay una marcada falta acceso a la justicia por violaciones a los derechos de vida e integridad de miembros de comunidades mapuche víctimas de violencia policial que ocurre en relación con la protección de actividades empresariales.

No existe fiscalización eficaz de las condiciones laborales de personas indígenas, especialmente en empleos informales o independientes vinculados con el sector forestal.

²²¹ ICSO-UDP, Encuesta, op. cit.g

²²² Rivas, Op. cit.

²²³ Rivas, Op. cit; Lepín op. Cit.

²²⁴ Ver, por ejemplo, propuesta del exintendente Francisco Huenchumilla, que no fue discutida sino que resultó en su remoción del cargo.

Para condiciones laborales y sueldos de personas miembros de los pueblos indígenas, ver en la sección "derecho laboral y discriminación".

Falta la instalación de un diálogo de todas las partes, considerando las distintas propuestas que se han ido haciendo sobre la solución del conflicto social.

Recomendación:

- El Estado debe hacerse cargo del problema de fondo, además de la violencia en el conflicto social: la falta de reconocimiento político y constitucional, la discriminación y expropiación histórica y actual, la pobreza y la falta de desarrollo, el desconocimiento de la cosmovisión y cultura mapuche. Debe prevenir cualquier escalación del conflicto social.
- Elaboración de un catastro de territorios ancestrales a entregar, y considerar mecanismos de expropiación (no solamente venta voluntaria) para restituir territorios ancestrales dentro de un plazo preestablecido.
- Garantizar la protección de recursos naturales, especialmente, el bosque nativo y el agua, en territorio indígena, predios fiscales y privados.
- Garantizar el cumplimiento con estándares de consulta previa, libre e informada, incluyendo para las medidas que se tomen para solucionar el conflicto.
- Asegurar la proporcionalidad en el uso de la fuerza y la intervención de las policías. Protección de NNA.
- Definir un marco para Impact-Benefit-Agreements, incluyendo la participación en las ganancias de los proyectos, o la co-propiedad en ellos. Asegurar igualdad de armas en las negociaciones entre comunidades y empresas.
- Adoptar una matriz de desarrollo más diversa y participativa, y con alternativas al modelo actual.
- Fiscalización de condiciones laborales de indígenas y no-indígenas en las industrias forestal, piscicultura, y pesca (jornaleros, honorarios, contratos).
- Seguir asegurando acceso a la justicia para víctimas de violencia indígenas o no-indígenas, por parte de terceros.
- Discutir, con todas las partes interesadas, las diferentes propuestas concretas para la solución del conflicto que se han publicado en los últimos años, asegurando que el debate no se reduzca a la seguridad pública, ya que sería un reflejo limitado de los derechos humanos que están en juego.

6. Acceso a la justicia

En Chile, los recursos que puedan lograr la prevención del daño son escasos y poco accesibles. El sistema de justicia "llega tarde".²²⁵

La reparación / indemnización es necesariamente civil en Chile, no administrativa; solo el derecho del consumidor y el derecho laboral abarcan excepcionalmente un sistema de

²²⁵ Experto en Acceso a la Justicia, agosto de 2015.

indemnización directa. La reparación no-monetaria se reduce al fuero maternal, y casos de discriminación grave.

Considerando que el acceso a la justicia civil es casi inexistente para personas naturales que tengan reclamos relacionados con vulneraciones de sus derechos, ya que un 90% de la justicia civil está copada por causas de cobranza, principalmente, de empresas de retail contra consumidores morosos de los tres primeros quintiles de ingresos,²²⁶ la inexistencia de medidas administrativas a favor de las víctimas de vulneraciones de derechos humanos, tiene consecuencias considerables para el acceso eficaz a la reparación.

Adicionalmente, en relación al acceso a la justicia, se observa en general una "atomización" de un hecho en diferentes vulneraciones de derechos que "son conocidas en distintas instancias e instituciones".²²⁷ Esta atomización tiene como consecuencia la dificultad de plantear situaciones vulneratorias complejas - como ocurren en el ámbito de empresas y derechos humanos - ante la justicia.

Esta sección revisa distintos aspectos del acceso a la justicia, especialmente, en relación a la prevención de la violación del derecho; la inexistencia de recursos judiciales; y las barreras sociales y procesales para un eficaz acceso a la justicia.

6.1 Prevención

La lógica del acceso a la justicia en Chile es reparatoria o reactiva; no existen recursos eficaces de prevención. Cuando existan herramientas administrativas con efectos preventivos, como la Evaluación de Impacto Ambiental, éstas parecen insuficientes ya que no logran establecer soluciones respetadas a los conflictos.

Por razones probatorias, el recurso de protección por amenazas al derecho tiene una más baja tasa de éxito que un recurso por una situación en la que ya ha ocurrido daño. Esto resulta peculiar, ya que es una acción cautelar, no indemnizatoria.

Aún no está establecido procesalmente que en la acción judicial de no-discriminación (en paralelo de lo que ocurre con la tutela laboral), la carga de la prueba se invierte después de dar por acreditado los indicios necesarios.

6.2 Inexistencia de recursos o medidas de restitución

En principio, Chile tiene un sistema de administración de justicia eficaz y sin corrupción. Sin embargo, en algunos ámbitos, se constató la inexistencia de recursos eficaces e idóneos: así, algunos derechos humanos no están reconocidos, y otros no están justiciables, a pesar de que la Constitución los reconozca. En cuanto a normas particulares insuficientes, la sanción solo por discriminación *intencionada* contra personas indígenas es una garantía insuficiente para la reparación por discriminación culturalmente aceptada, arraigada y estructural.

La Ley que establece Medidas contra la Discriminación no contempla un mecanismo de solicitar indemnización; al contrario, establece una multa para quien denuncie una supuesta discriminación que "carece de todo fundamento" (Art. 12). Esta multa asciende, en lo

²²⁶ Ver Lillo, op. cit.

²²⁷ Experto en Administración de la Justicia, enero 2016.

mínimo, a casi la mitad de un sueldo mínimo, lo que constituye un desincentivo considerable de denunciar para todas las personas que no pueden acceder consejo letrado, y no tengan una situación económica buena.

La reincorporación o reintegro del trabajador es una medida que en nuestra legislación sólo está prevista para el caso de despido discriminatorio grave.

No se promueve la existencia de mecanismos flexibles de cumplimiento ordenados por los tribunales que permitan establecer garantías de no-repetición estructurales, y que mejoren las relaciones sociales, instalando una cultura de derechos humanos.²²⁸

No son públicos los criterios con los que el CDE define su estrategia anual.²²⁹ Por lo tanto, no podemos evaluar si consideraciones de derechos humanos tengan un rol en este proceso.

En cuanto a la institucionalidad en materia de acceso a la justicia, se pueden observar las siguientes brechas sistemáticas: hay una falta de coordinación entre Superintendencias. No existe Comisión de Igualdad u órgano similar que fiscalizaría medidas de no-discriminación. No existe órgano que tenga financiamiento, profesionalización y capacidad suficiente para atender necesidad de representación legal gratuita. La formación de los jueces en materia de empresas y derechos humanos es casi inexistente.

Recomendación:

- Mejorar la existencia, la accesibilidad y eficacia de recursos judiciales y administrativos para lograr una eficaz prevención del daño.
- Garantizar la independencia y eficacia de la fiscalización, y la coordinación entre agentes fiscalizadores.
- Aumentar la capacidad fiscalizadora de los organismos responsables.
- Capacitar al poder judicial en materia de empresas y derechos humanos, especialmente, en relación a la prueba de indicios y la argumentación en materia de derechos humanos y sus efectos horizontales.
- Asegurar acceso eficaz de la víctima a la indemnización del daño que sufrió, especialmente, en relación a mecanismos sancionatorios, y ante la existencia de medidas alternativas como la capacitación.
- Dentro de la reforma de la justicia civil que se está diseñando, asegurar que sea un sistema que pueda efectivamente proveer accesibilidad y solución para demandas por indemnización, incluso de pequeña cuantía o de daño ambiental, y no solamente de juicios de cobranza (bancos, retail, tarjetas de crédito no-bancarias).
- Incluir criterios de priorización por violación a los derechos humanos en el Consejo de Defensa del Estado.
- Crear un mecanismo de coordinación entre órganos fiscalizadores.
- Proveer representación legal gratuita en relación a conflictos en materia de empresas y derechos humanos.

²²⁸ Experto en Acceso a la Justicia, agosto de 2015.

²²⁹ Por razones de eficacia de la fiscalización, no se publican estos criterios.

6.3 Barreras procesales y sociales

En Chile, existe una importante falta de formación en derechos para la ciudadanía.²³⁰ No hay educación obligatoria sobre derechos en los colegios. Solo existen campañas piloto de capacitación en derechos, por parte de la Corte Suprema.

Las reglas probatorias no toman en cuenta eficazmente que el dominio de una de las partes sobre la información no puede ser superado la potencial víctima.

Sin embargo, adicionalmente, el apoyo para las personas de los primeros cuatro quintiles para acceder a la justicia es claramente insuficiente y no corresponde a un servicio de calidad. Así, la justicia civil no es accesible para la gran mayoría de la población, ya que no cuenta con buenos abogados ni con los recursos para hacer las investigaciones necesarias para producir la prueba.

La Corporación de Asistencia Judicial, a cargo de entregar el servicio de ayuda legal gratuita, no cuenta con la autonomía requerida, carece de lineamientos nacionales de acción, tiene una cartera de temas que no incluyen materias relacionadas con empresas y derechos humanos, y cuyo éxito depende casi exclusivamente de los abogados que trabajan en tales instituciones. Sin embargo, los abogados/as están sobrepasados por la supervisión de estudiantes en práctica. Además, hay requisitos de acceso (focalización en base a la renta y cuantía del juicio) que, en general, dejan fuera de la asesoría jurídica gratuita a un número importante conflictos en materia de empresas y derechos humanos, de índole laboral, ambiental u otra.

En relación a la restitución o indemnización por violaciones al derecho a la propiedad o por daño extracontractual, se requiere asesoría letrada para una protección efectiva, por la tecnicidad de la argumentación jurídica; asesoría que en general, no está disponible.

No existe consideración procesal por cumplir un papel de defensor/a.

Finalmente, dado el escaso desarrollo doctrinario y jurisprudencial en materia de acceso a la justicia en el ámbito laboral, los principales obstáculos a que se ven enfrentados los trabajadores para obtener una tutela efectiva ante lesiones de sus derechos fundamentales por parte de las empresas, se pueden resumir de la siguiente forma:

1. Falta de acceso a asesoría jurídica gratuita y especializada, lo que se genera principalmente por los criterios de focalización de las Oficinas de Defensa Laboral y las exigencias probatorias para patrocinar este tipo de causas;
2. Dificultades probatorias, sobre todo ante lesiones generadas en la intimidación (acoso laboral y sexual), a lo que se debe sumar el escaso desarrollo jurisprudencial en materia de prueba indiciaria;
3. Escaso impacto de las medidas reparatorias ordenadas por el Tribunal en caso de haberse verificado la existencia de indicios de la vulneración alegada, las que generalmente se reducen a la dictación de cursos de capacitación en las empresas.

Así, la cobertura de las Oficinas de Defensa Laboral es limitada, ya que el Ministerio de Justicia impuso criterios de focalización para los efectos de que los trabajadores puedan acceder a estos servicios. Estos criterios, vigentes en la actualidad, son los siguientes:

²³⁰ Experto en Administración de la Justicia, enero 2016.

1. Trátarse de trabajadores regidos por el Código del Trabajo, con lo que se excluye de atención gratuita a los funcionarios públicos;
2. Que su ingreso líquido no supere los \$380.000 (aprox. \$ 485.000 bruto), sin considerar que muchos de los trabajadores que recurren a las oficinas pudieron haber tenido un ingreso mayor, pero encontrarse actualmente en cesantía, y
3. Que el monto total a demandar no supere los \$2.700.000, sin considerar intereses, reajustes ni la sanción por nulidad de despido.

Como se puede advertir, son criterios que dejan fuera de la gratuidad a un número importante de trabajadores que no pueden asumir los costos que conlleva la defensa particular, lo que en materia de tutela de derechos fundamentales se ve más agravado aun por los altos requisitos probatorios que se exigen a los trabajadores a fin de patrocinar la causa, y además, porque generalmente la indemnización adicional y eventuales indemnizaciones por daño moral que se soliciten, harán subir la cuantía, de modo tal que trabajadores de escasos recursos quedarán excluidos de la defensa jurídica gratuita que otorga la Defensoría Laboral.

La estructura y el uso de la justicia civil en Chile (más del 90% son causas de cobranza por parte de empresas del retail, principalmente a pequeños deudores) no logra garantizar el acceso a la justicia en materia de empresas y derechos humanos.

No hay medidas adicionales para garantizar que obstáculos sociales no sean un impedimento de acceso a la justicia:

Los mecanismos gratuitos de apoyo jurídico, no resultan ser eficientes a la hora de garantizar un acceso a la justicia en igualdad de condiciones. En el caso de la CAJ esto se debe a que quienes llevan las causas son egresados o licenciados de Derecho, y no abogados con más experiencia.²³¹ En ambos casos, especialmente si la contraparte en un conflicto es una empresa con su división jurídica o asesoría jurídica de mayor calidad, se genera un problema de igualdad de armas en el proceso, en perjuicio de la supuesta víctima de una violación de derechos humanos.²³²

El reembolso de gastos de representación legal (costas) solamente corresponde, si la acción en contra de la discriminación (Ley 20.609) termina a favor de la persona que accionó por una eventual violación de sus derechos humanos. Si ésta no se acredita, debe pagar las costas del abogado de la empresa. Esto desincentiva la presentación de casos en los que la violación no es manifiesta u obvia desde un inicio.

Aunque haya recursos como el recurso de protección que no requiere patrocinio por un abogado, el conocimiento necesario para tener un recurso eficaz solo lo tienen los abogados. Existe entonces, una considerable barrera cognitiva de acceso a la justicia.²³³

En definitiva, hay casos en los que ningún órgano estatal cuenta con la facultad de proporcionar defensa jurídica eficaz e independiente a las supuestas víctimas de violaciones de derechos humanos por parte de empresas.

²³¹ Funcionario, Ministerio de Justicia, octubre de 2015. Entrevista otorgada a título personal.

²³² *Ibíd.*

²³³ Experto en Acceso a la Justicia, agosto de 2015.

Recomendación:

- Capacitación y educación en derechos y su ejercicio, partiendo por la educación media y en las instituciones de educación superior.
- Capacitación a fiscalizadores y jueces sobre empresas y derechos humanos.
Revisar las reglas probatorias en derecho civil, no-discriminación y ambiental, para que equilibren la situación de desigualdad de armas, especialmente, en relación a quien detenta la información.
- Garantizar acceso a la justicia eficaz, con apoyo profesional, accesible físicamente y gratuito o a costo abarcable, para la ciudadanía que necesita resolver conflictos en materia de empresas y derechos humanos.
- Garantizar la asesoría jurídica gratuita por parte de un órgano independiente e imparcial, a personas naturales, organizaciones de interés público en materia de empresas y derechos humanos, y a sindicatos. Garantizar la representación también en casos contra el Estado. Disociar la evaluación de los/las funcionarios/as a quienes se asignan casos más complejos, de la medición cuantitativa del desempeño.
- Hacer un estudio de acceso a la justicia desde las situaciones típicas de abusos en materia de empresas y derechos humanos, para elaborar recomendaciones concretas sobre la eliminación de barreras prácticas y legales en el acceso a la justicia. La presente línea base identifica muchas de estas barreras.

6.4 Mecanismos alternativos de solución de conflictos y cultura jurídica

Uno de los primeros sistemas de mediación surgió en el año 2005 mediante la reforma que creó el AUGÉ. Según un funcionario de la Superintendencia de Salud, es un sistema que no tiene una tasa de éxito importante. Las mediaciones generalmente fracasan porque ni siquiera alcanzan a ponerse de acuerdo en el nombre del mediador, que es una causal para que fracase la mediación."²³⁴

Esta falta de información relevante para los respectivos casos deja en una posición debilitada al consumidor a la hora de obtener una solución satisfactoria cuando recurren al mecanismo de la mediación.²³⁵

Aparte del PNC, no hay mecanismos extrajudiciales que cumplan con el PR 31. Sin embargo, el PNC carece de financiamiento suficiente para promover su servicio de mediación entre los posibles interesados en denunciar una violación de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales.

A pesar del aumento de instancias específicas en los últimos años, el PNC aún es poco conocido entre la sociedad civil (ONGs, comunidades, sindicatos).

El Estado no incentiva a las empresas privadas para tener una oficina de quejas o reclamos a menos que tengan contacto directo con consumidores.

²³⁴ Funcionario de la Superintendencia de Salud, septiembre de 2015.

²³⁵ Funcionaria SERNAC, diciembre de 2015.

En relación a la accesibilidad de la información sobre la existencia de mecanismos de solución de controversias, la información disponible se encuentra en español. Son muy pocas las veces en las que se contempla otro idioma (por ejemplo, indígena). Es necesario que se cuente con información en idiomas indígenas para resguardar los derechos de los pueblos originarios; y eventualmente, en créole, si sigue aumentando la población migrante haitiana. En todo caso, el lenguaje en algunos casos es sumamente técnico y por lo tanto, no es accesible.

Varios mecanismos de mediación solo están disponibles en Santiago (especialmente, Corte Suprema). Queda pendiente averiguar si en regiones, los servicios de otros órganos responden a los mismos requisitos de calidad que en la capital.

Los acuerdos extrajudiciales en materia civil no cuentan con mecanismos contra la desigualdad de armas; no hay campañas de concientización; solo en materia laboral hay asesoría especializada. No existen medidas para proteger los defensores / defensoras.

En la mediación laboral, hay una presión de facto de llegar a acuerdos bajo los derechos a reparación en materia laboral, porque los trabajadores no pueden sostener largas negociaciones, por falta de ingresos para subsistir. La empresa tiene la capacidad de sostener largas negociaciones, por lo cual existe una desigualdad de condiciones que el Estado no está remediando.

No existe órgano estatal que pueda cubrir las funciones de defensoría para comunidades y personas que sufren violaciones de sus derechos humanos por parte de empresas (el SERNAC, después de la reforma que se tramita, ya no cumpliría esta función tampoco).²³⁶ Falta que un organismo autónomo de derechos humanos pueda asumir esta defensa, especialmente, para poder equiparar la desigualdad de armas entre los actores.

Recomendación:

- Considerar dotar al INDH con capacidad de representación de presuntas víctimas en materia de empresas y derechos humanos, en casos complejos.
- Desde el INDH, establecer una línea de trabajo sobre empresas y derechos humanos, con el enfoque en las obligaciones estatales en la materia. Más específicamente, elaborar un informe de autoría del INDH, profundizando esta línea base, sobre medidas concretas de acceso a la justicia para personas afectadas negativamente en sus derechos humanos, por parte de las empresas.
- Dotar al INDH con las facultades de defensa y representación para equiparar la desigualdad de armas de personas y comunidades ante las empresas o proyectos de inversión. Instituir al INDH como coordinador entre los distintos órganos estatales que pueden brindar apoyo puntual a las comunidades (como CONADI, CAJ, etc.).

²³⁶ Ver, por ejemplo, Ricardo Lillo, “Proyecto de fortalecimiento de los derechos del consumidor, comentarios desde el acceso a la justicia”, Academia de Derecho y Consumidor (ADECO), Boletín N° 6, julio de 2015. Ver para otras críticas a la reforma del SERNAC, LyD, Susana Jiménez, SERNAC: ¿En qué estamos?, disponible en: <http://lyd.org/centro-de-prensa/noticias/2015/06/sernac-en-que-estamos/>

- Fortalecer el PNC, especialmente, mediante la inyección de recursos humanos y recursos para poder celebrar sesiones y mediaciones en regiones.
- Fortalecer mecanismos alternativos de solución de controversias, con las debidas garantías de igualdad de condiciones por parte del Estado

7. Conclusiones generales y necesidades de investigación

El Estudio Línea Base es el primero que se efectúa en Latinoamérica. El Estudio abarca por un lado las actividades económicas del Estado propiamente tales – empresas estatales, Chilecompra, SERCOTEC, los fondos de emprendimiento como CORFO, y las concesiones. Por otro lado, y ésta es la mayor parte del Estudio, se dedicó a analizar si el Estado contaba con regulación eficaz para garantizar el respeto a los derechos humanos en las actividades económicas de las empresas chilenas y extranjeras en el país, así como en las actividades de empresas chilenas en el exterior. Todas estas preguntas se derivaron de los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos del 2011 y de las obligaciones de tratados de derechos humanos que Chile ha contraído.

Los principales hallazgos del Estudio Línea Base se relacionan con la falta de regulación de materias relacionadas con las actividades empresariales; las debilidades en la fiscalización de las actividades empresariales, especialmente, las extractivas; y el impacto grave de la falta de planificación territorial. Además, los tratados de inversión y comercio ratificados por Chile y por ratificar como el TPP, no contienen las suficientes garantías en materia de derechos humanos. Finalmente, el acceso a la justicia y reparación en materia de empresas y derechos humanos es claramente deficiente, tal como en general, la capacidad de prevención de las violaciones mediante recursos judiciales, políticas públicas o medidas administrativas. Sin embargo, existen iniciativas puntuales de buenas prácticas que deberían ser fortalecidas e integradas en una política transversal en materia de empresas y derechos humanos.

En cuanto al primer punto, la regulación (Principio Rector 1), especialmente, la sectorial, no garantiza que las empresas respeten el derecho a la salud de las comunidades aledañas, los derechos laborales individuales y colectivos de los mismos trabajadores, o los derechos a la participación o consulta previa, libre e informada de las comunidades, particularmente, las indígenas. En ese sentido, las normativas de emisiones en general, y de calidad de aire no corresponden a los estándares requeridos de la Organización Mundial de Salud; no existe normativa sobre la calidad y contaminación de los suelos, ni sistema moderno de tratamiento y reciclaje de la basura; la regulación minera no garantiza la seguridad minera en relación a los tranques de relave y otros depósitos mineros, con graves consecuencias actuales o posibles en el evento de acontecimientos naturales o errores humanos; la regulación forestal no prevé la compatibilidad de la actividad industrial con otras actividades productivas (actuales o futuras) sobre los mismos suelos o suelos aledaños, por no regular el uso de agua y la permanencia de la agricultura de subsistencia. La pesca industrial y acuicultura no están reguladas de forma que garanticen el derecho al trabajo de los pescadores artesanales. La agricultura no respeta el derecho a la salud de los y las trabajadore/as, y comunidades aledañas, en cuanto al uso de pesticidas y herbicidas. Además, el trabajo de temporeros y temporeras no se encuentra regulado conforme a los

estándares internacionales en derechos humanos, especialmente, en cuanto a un pago justo, el derecho a formar sindicatos, y el derecho a la seguridad social.

Además, mientras la garantía de los derechos individuales de los trabajadores ha mejorado considerablemente en los últimos años, la regularización en relación a los derechos colectivos no corresponde al derecho internacional. Tampoco existe garantía eficaz alguna para contrarrestar la discriminación en el acceso al trabajo, a saber, al momento de postular y ser rechazado por razones de origen social o nivel socio-económico, de actividades anteriores en sindicatos u organizaciones, por discapacidad, género, o por ser indígena. Finalmente, no existe mecanismo eficaz para garantizar la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, indígenas y no-indígenas, personas con o sin discapacidad.

La regulación es más completa, pero deficiente en puntos clave en relación a los servicios públicos privatizados, como la salud, la educación escolar,²³⁷ el transporte público, el cuidado, vivienda, el agua potable y los servicios sanitarios (Principio Rector 5 y Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales). El problema transversal que surge en relación a estas áreas, es doble: primero, la reducida capacidad de fiscalización de los órganos del Estado, por falta de recursos pero también por falta de coordinación entre sí y por falta de competencias; y segundo, en relación a los ámbitos de salud y educación, la incapacidad del Estado, por la estructura de competitividad del sistema en relación a los profesionales, de proveer servicios de calidad al 80% de la población que se atiende en la salud pública, y más del 90% de alumnos que asiste a colegios públicos o particulares subvencionados. En relación al agua potable, y los sistemas sanitarios incluyendo los residuos, el Estado ha sido incapaz de garantizar que las empresas reaccionen de manera preventiva a los riesgos externos al suministro de los servicios, lo que constituye una violación a la garantía del derecho humano al agua potable, y a la sanitación. En el transporte público se evidencia, lo que en mayor o menor medida es correcto para todos los servicios privatizados: en regiones, el acceso es considerablemente reducido en comparación a la región metropolitana. Esto constituye discriminación en el derecho internacional.

En relación a la fiscalización preventiva y la reacción al incumplimiento de normativa por parte de los actores empresariales, Chile cuenta con un sistema en continua mejora, pero aun sumamente deficiente (Principio Rector 3). Esto se evidencia por falta de recursos, falta de competencias, y falta de coordinación entre las Superintendencias. En cuanto a la falta de competencias, destaca por ejemplo la falta de competencia del SERNAC en relación al ámbito de salud; o la completa falta de fiscalización preventiva en relación a casas de cuidado ilegales donde podrían estar encerradas personas con discapacidad postradas o adultos mayores. Finalmente, la fiscalización parece considerablemente menos eficaz en los ámbitos de pesca y minería, donde por política de los servicios a cargo, las fiscalizaciones se anuncian previamente a los fiscalizados.

Sobre el impacto grave que tiene la falta de planificación territorial en el goce y la garantía de los derechos humanos para las personas que habitan en Chile, el Estudio identifica que

²³⁷Por formar parte de una institución de educación superior, los autores consideraron que pudiera parecer que existen conflictos de interés en relación a una evaluación de las universidades. Por tanto, no se desarrolló esta parte del estudio.

no hay armonización eficaz de los distintos usos de suelo; no hay planificación territorial de inversiones energéticas, mineras, forestales, o inmobiliarias por ejemplo. Como evidenciaron, además, casos como Campiche en la Corte Suprema o Curtido Blas en el Tribunal Constitucional, no existe acceso a la justicia eficaz conforme al derecho internacional de los derechos humanos en relación a posibles situaciones puntuales que podrían violar los derechos a vivir en un medioambiente sano, el derecho a la salud, o a la privacidad. En este contexto, también se constató un deficiente régimen de propiedad de subsistencia y propiedad ancestral indígena, en cuanto a la falta de garantías de acceso a la justicia para su protección, especialmente, la falta de asesoría legal gratuita y de calidad (Principio Rector 25 y Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 25), y la deficiente regulación de la consulta previa, libre e informada.

En relación a los tratados económicos internacionales que Chile ha ratificado o pretende ratificar, éstos no pasan por una evaluación de impacto en materia de derechos humanos. Eso significa que su efecto tiende a limitar la capacidad del Estado de Chile de hacer políticas y tomar decisiones a favor de la garantía de los derechos humanos en materia de inversiones. Por ejemplo, el TPP obligaría a Chile – a menos que el Congreso exigiera introducir una reserva al respecto – ratificar el UPOV-91, un tratado sobre propiedad intelectual que perjudicaría gravemente la capacidad de los pequeños agricultores y comunidades indígenas y campesinas de seguir sustentándose.

El acceso a la justicia para personas que no tienen los recursos económicos para solventar los gastos de un abogado particular, es estructuralmente limitado en Chile. Eso es verdad para todos los ámbitos civiles, ambientales, de consumidores, constitucionales y económicos, aunque haya diferencia de grados. La mayor falta de acceso existe en materia civil, que sería el foro idóneo para resolver una gran parte de los juicios por acceso a la reparación. La única institución estatal que provee asesoría legal gratuita es la Corporación de Asistencia Judicial, que trabaja con estudiantes en práctica y una falta considerable de personal con experiencia, y solamente en relación a ciertas temáticas, lo que reduce la calidad del servicio, y el acceso a la justicia. Por ejemplo, existe oficina de derechos humanos solamente para la región metropolitana. Mientras hay apoyos adicionales para grupos especialmente vulnerables, éstos no son suficientes y generalmente, se basan igualmente en la CAJ, con su problema estructural antes mencionado. El sistema pro bono es casi inexistente en materia de empresas y derechos humanos, por los conflictos de interés que tendrían muchos estudios de abogados que podrían participar de un sistema pro bono, ya que las empresas son sus principales clientes.

Al mismo tiempo, existen iniciativas puntuales que constituyen buenas prácticas en materia de sustentabilidad y derechos laborales, que se pueden considerar un avance en la promoción de los derechos humanos en el sector empresarial. Estas iniciativas son en general voluntarias para las empresas; así, existen iniciativas en el Consejo de Producción Limpia de incentivar acuerdos entre empresas para fomentar la sustentabilidad, y un piloto para acuerdos de pre-inversión que adelantan el involucramiento de las comunidades en los procesos de inversión. Los Acuerdos de Producción Limpia, sin embargo, no contemplan aún lenguaje de derechos humanos. En el Ministerio de Energía, se desarrolló una guía sobre participación de las comunidades en el desarrollo de proyectos energéticos, que recoge algunos estándares de derechos humanos. El Ministerio de Desarrollo Social ha llevado adelante varios estudios sobre “desarrollo social inclusivo” en iniciativas público-

privadas y en las empresas. Codelco como empresas estatal, tiene una política de derechos humanos, y de relacionamiento con las comunidades, incluyendo las indígenas, que se refieren a derechos humanos. La empresa está en parte sujeta a la Ley de Acceso a la Información Pública (Principio Rector 4). El Ministerio de Minería está empezando a evaluar qué estrategia adoptará para hacer más seguros los cientos de relaves abandonados en el país. La Superintendencia de Valores y Seguros incorporó una normativa interna de “reportar o explicar” para la presencia de mujeres en directorios, gerencias y fuerza laboral. Adicionalmente, Chilecompra promueve entre los distintos ministerios, la incorporación de estándares ambientales, laborales y sociales en las licitaciones de compras públicas (Principio Rector 6). Una vez que los ministerios se comprometen con ellos, pasan a ser obligatorias para las empresas que responden a las licitaciones. Finalmente, Chile ha adquirido el compromiso de crear un Punto Nacional de Contacto para la promoción e implementación de las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, que incluyen también un capítulo sobre derechos humanos. Este Punto de Contacto ha mejorado su procedimiento en cuanto a la transparencia en la tramitación de las instancias específicas de mediación que lleva adelante, y el seguimiento a los acuerdos de las partes que hayan buscado su servicio de mediación. Por falta de recursos, y por la falta de coordinación de este mecanismo de mediación con políticas más transversales de promoción de la inversión en otros ministerios, sin embargo, es aún poco conocido entre los actores privados, y entre la sociedad civil.

Cabe destacar que en general, ninguna de estas iniciativas responde a una política coordinada o transversal en materia de derechos humanos. En este sentido, el esfuerzo del Ministerio de Relaciones Exteriores y del Ministerio de Economía de coordinar estos esfuerzos a través de un Comité Interministerial, y un Consejo para la Responsabilidad Social para el Desarrollo Sostenible, respectivamente, son iniciativas muy necesarias en esa dirección. La coordinación interministerial es imprescindible si se pretende avanzar hacia el respeto y la garantía de los derechos humanos en materia empresarial.

En cuanto a futuras necesidades de investigación, se pudieron identificar las siguientes, por lo menos:

- Elaborar, con participación de los grupos de interés, y de la Dirección de Estudios de la Corte Suprema, el PNC y la Unidad de Empresas y Derechos Humanos, un mecanismo reconocido por los gremios y la sociedad civil, que facilite la negociación y mediación con garantías procesales, para conflictos en materia de empresas y derechos humanos. El PNC podría ser parte de este mecanismo más amplio.
- Efectuar un estudio sobre acceso a la justicia en materia de empresas y derechos humanos, en el contexto de los desafíos estructurales del sistema de administración de la justicia chileno.
- Elaborar estudio sobre inversiones del Estado en bancos, e instrumentos financieros: ¿debida diligencia? en principio, Pilar 2 - ¿está el Estado invirtiendo en su política de reservas y fondos respetando los derechos humanos, invirtiendo en fondos sustentables y respetuosos de los derechos humanos?
- Efectuar un estudio de impacto en empleos informales y mi-pymes que hoy se dedican al reciclaje, con el fin de evitar y mitigar los impactos y evaluar posibilidades de mejora de las condiciones laborales.

- Efectuar un estudio de impacto y riesgos a los derechos humanos para el TPP, antes de su ratificación.

Se espera que el Estudio no solo sirva como insumo a los diálogos participativos sobre el Plan de Acción Nacional que el gobierno convocará, para que los distintos stakeholders puedan comentar, complementar o criticar sus conclusiones. Sino también, que sea un insumo para el Comité Interministerial sobre Empresas y Derechos Humanos que deberá adoptar durante este año, el Plan de Acción Nacional.