

Responsabilidad social corporativa, derechos humanos y diálogo social

Insumos para la discusión

Compilado por: Judith Schönsteiner



UNION EUROPEA

**Seminario
Derechos Humanos
Sociedad Civil
Unión Europea - Chile
12 - 13 Octubre de 2011, Santiago de Chile**

Co-organizan:



Centro Derechos Humanos
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES



OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO

Santiago de Chile, Septiembre 2011

La presente publicación ha sido elaborada con la asistencia de la Unión Europea y con el apoyo de la Organización Internacional del Trabajo. El contenido de la misma es responsabilidad exclusiva de los autores y en ningún caso debe considerarse que refleja los puntos de vista de la Unión Europea o de la Organización Internacional del Trabajo.

Introducción

Comúnmente los derechos humanos, ya sean derechos económicos, sociales, culturales, civiles o políticos, se consideran asuntos del Estado. Es parte de su obligación internacional el respetar, proteger y realizar dichos derechos. No obstante, se ha formado la convicción a nivel internacional, siguiendo la doctrina constitucional de una gran variedad de países, que los derechos fundamentales y humanos deberían ser respetados por todos los actores de la sociedad (llamado “efecto horizontal” por los constitucionalistas). Esta idea, de hecho, tiene un precursor en la misma Declaración Universal de los Derechos Humanos en cuanto se dirige no sólo a los Estados sino a todas las personas de buena voluntad.

Durante los últimos años, marcados por los efectos de la globalización, se han cristalizado más claramente las responsabilidades de las personas jurídicas, especialmente de las empresas. Lo anterior, en pos del respeto de los derechos humanos en el ejercicio de las actividades empresariales, o en su defecto, permitir remediar posibles abusos a los derechos humanos. Estas responsabilidades se extienden, según el Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para Empresas y Derechos Humanos, el profesor John Ruggie, a todos los derechos humanos reconocidos a nivel internacional.

Mientras estas responsabilidades no pueden ser internacionalmente reivindicadas o demandadas en tribunales internacionales, se debería impulsar a los Estados a adoptar legislación civil, comercial, constitucional o penal para que se pueda concretar la responsabilidad de las empresas por los derechos humanos y para que así se generen obligaciones jurídicas claras, con la consecuente seguridad jurídica para las mismas empresas y garantías para los titulares de los derechos humanos, especialmente grupos vulnerables y comunidades aledañas.

El marco elaborado por John Ruggie muestra claramente la interacción entre responsabilidades corporativas de “respetar” los derechos humanos y obligaciones estatales de “garantizarlos”. Esto último, regulando los ámbitos que pueden negativamente impactar el goce de los derechos humanos y fiscalizando el cumplimiento cabal de la normativa. Este marco se ha reflejado, por ejemplo, en el ampliamente consultado estándar sobre responsabilidad social ISO 26000 y en la revisión de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales en Mayo del año 2011. Se ha encontrado entonces, respaldo por dos foros de partes interesadas (*multi-stakeholder forum*), después de haber sido desarrollado a través de una intensa agenda de consultas con el empresariado y la sociedad civil así como rondas de expertos que están documentadas en la reconocida página www.business-humanrights.org que el citado representante especial escogió para presentar el vasto material recibido y generado durante sus dos mandatos.

En esta oportunidad, queremos aprovechar la convocatoria por parte de la Unión Europea en la primera conferencia internacional en Chile sobre “empresas y derechos humanos”, para invitar a reflexionar acerca del diálogo social sobre derechos humanos en el ámbito energético chileno. Esta compilación de trabajos no constituyen las actas de la conferencia, sino que más bien, insumos adicionales a las discusiones que se estarán dando durante el desarrollo de esta. Contribuyen a este esfuerzo un representante de la sociedad civil, de la

academia y de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), reflexionando sobre diferentes aspectos del debate acerca de la economía y derechos humanos y sobre el diálogo social que constituye una vía para resolver los conflictos que surgen a partir de las opciones energéticas que se han tomado en Chile. Lo anterior, amén de las consecuentes inversiones privadas en proyectos de gran, mediano y pequeño tamaño.

Por su parte, el diálogo social será una opción interesante siempre y cuando los actores involucrados se resuelvan a respetar y a buscar activamente una igualdad de condiciones para propiciar esta instancia. Así, podría generarse un método de resolución de controversias más allá de las vías judiciales, las que muchas veces han sido las únicas para expresar demandas o alegatos sobre violaciones o amenazas a los derechos humanos. En este mismo marco, podría ser un mecanismo más allá de las actividades informativas organizadas por las propias empresas que a veces no merecen el nombre de diálogo, en la medida que las partes involucradas no se encuentran en un plano horizontal o libre de obstáculos que permitan el intercambio de ideas esperado; sea por falta de información, carencia de conocimientos idóneos o desinterés sobre la discusión.

La práctica muchas veces está distante del discurso en referencia a los derechos humanos que podemos leer en las secciones sobre sustentabilidad de las empresas. Dicha situación antes mencionada dificulta el trabajo de los que tienen buena fe y tratan seriamente en las empresas - la sociedad civil, las organizaciones internacionales y el gobierno-, de promover la prevención y mitigación de impactos sociales y ambientales, incluyendo los impactos al ejercicio de los derechos humanos, en la medida que se produce una dicotomía entre el ideal que la empresa propugna y los desafíos y las situaciones reales en terreno.

El diálogo de la Unión Europea con la sociedad civil busca la discusión entre variados actores sociales acerca del tema de los derechos humanos en el quehacer empresarial y en los proyectos de inversión energética. Para estos efectos se pretende, además de reflejar a través de las discusiones con el público las diferentes posiciones que existen en la sociedad chilena al respecto, presentar una serie de herramientas que han comprobado ser útiles en Chile y en Europa al momento de evaluar, prevenir, mitigar y remediar el impacto de la actividad económica sobre los derechos humanos de las comunidades aledañas. Así se discutirán en marco de la conferencia, la contribución del representante espacial John Ruggie, las evaluaciones de impacto a los derechos humanos, las directrices de la OCDE, las técnicas de inversión responsable y el diálogo social como método de la OIT que podría ser útil en el momento que empresas y comunidades se quieren sentar a negociar sobre un acuerdo impacto-beneficio. En definitiva, presentamos una versión del concepto de diálogo social que incorpora un enfoque de derechos humanos, para que pueda ser discutido, probado y testeado por las empresas y comunidades interesadas.

En este contexto, la colección de ensayos que ponemos a disposición, proporciona reflexiones adicionales para profundizar algunos de los puntos discutidos durante la conferencia. En particular, las tres contribuciones son *working papers* que proponen insumos para una discusión que profundice aspectos complejos del debate. Por una parte, José Aylwin analiza cual ha sido la experiencia de los grupos vulnerables, especialmente, los pueblos indígenas de Chile con referencia a los grandes proyectos energéticos y cómo ha reaccionado el Estado frente a estas experiencias. Luego, Alicia Díaz indaga sobre qué podemos aprender del diálogo social bipartito y tripartito promovido por la OIT, para el diálogo y la negociación entre comunidades y empresas en rubros de gran impacto. En seguida, Alberto Coddou discute sobre algunos de los desafíos del actual sistema de inversión extranjera, desde una perspectiva de los derechos humanos y desde la contribución que pueden generar las empresas hacia su respeto. Finalmente, Andrés Romero y Andrea Olea revisan y critican cómo la nueva normativa sobre

participación ciudadana, como elemento procesal clave desde un enfoque de derechos humanos, se ha ido reflejando en las instituciones de regulación energética en Chile.

Una versión electrónica de esta publicación está disponible en la página del área de investigación *Empresas y derechos humanos* del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales.

Agradezco especialmente el apoyo de la Comisión de la Unión Europea a la realización de la conferencia y esta colección de insumos, así como el apoyo de Dinka Benítez, Valentina Maturana y Rébecca Steward en la edición. El contenido de cada uno de los ensayos es exclusiva responsabilidad del autor. Esperamos que sea útil y genere el diálogo al que estamos aspirando.

Dra. Judith Schönsteiner
Facultad de Derecho
Universidad Diego Portales

Índice

Introducción, <i>por Judith Schönsteiner</i>	1
Empresas en el sector energético, grupos vulnerables y derechos humanos en Chile, <i>por José Aylwin</i>	5
Aporte del mundo sindical al dialogo social sobre derechos humanos y empresas, <i>por Alicia Díaz</i>	22
Dos desafíos de derechos humanos bajo el actual régimen de inversión extranjera, <i>por Alberto Coddou</i>	31
Diseño de Políticas Públicas y Participación Ciudadana: el caso del sector energético en Chile, <i>por Andrés Romero y Andrea Olea</i>	46

Empresas en el sector energético, grupos vulnerables y derechos humanos en Chile

José Aylwin*

Introducción

En este artículo se entregan antecedentes sobre el crecimiento de la actividad de las empresas vinculadas a la energía en Chile, sobre los problemas más críticos que dicha actividad enfrenta en la actualidad, así como sobre las implicancias ambientales y sociales que ésta genera y sus efectos en los derechos humanos de sectores vulnerables. Se analizan en particular los proyectos hidroeléctricos, termoeléctricos y geotérmicos en desarrollo y sus impactos en pueblos indígenas, comunidades campesinas y aisladas y comunidades costeras. Se revisan algunos marcos legislativos domésticos, concluyendo que éstos no permiten garantizar los derechos de estas comunidades.

Se revisa también la evolución de los instrumentos internacionales del sistema de Naciones Unidas y del sistema Interamericano de derechos humanos, así como la responsabilidad que en ellos se establece para los Estados frente a la violación de derechos humanos como consecuencia de proyectos de inversión impulsados por empresas. Se analiza la forma en que estos instrumentos han sido interpretados por órganos de tratado, las directrices que emergen de instancias especializadas de la ONU en materia de empresas y derechos humanos, así como en materia de derechos de los pueblos indígenas. Se revisa también las directrices que sobre la materia emergen de instancias como la OCDE y el Banco Mundial, las que establecen orientaciones para una mayor fiscalización de las actividades de las empresas que resulten en la violación de derechos humanos. Se da cuenta finalmente de la metodología para la evaluación del impacto de las inversiones extranjeras en derechos humanos elaborada desde la sociedad civil por Derechos y Democracia (Rights and Democracy) de Canadá.

Se concluye que el Estado chileno ha fallado en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales de derechos humanos en relación con las empresas de energía, al no adoptar las medidas necesarias para proteger a las comunidades afectadas por los abusos que éstas cometen. Se concluye también que las empresas del sector no han tenido la debida diligencia que se requiere para prevenir y responder por los efectos negativos que su actividad ha provocado en comunidades. Se sostiene que las comunidades afectadas por esta actividad no han utilizado todas las herramientas hoy existentes a nivel internacional para impedir o prevenir la violación de derechos humanos o para obtener reparación frente a los daños que éstas generan. Se termina identificando algunos desafíos tanto para el Estado como para las empresas de energía, así como para las comunidades afectadas por estas empresas, a objeto de establecer una protección más efectiva de sus derechos humanos.

La actividad de la energía en Chile y sus crecientes impactos

La demanda por energía en Chile ha crecido sostenidamente en las últimas dos décadas¹, lo que ha llevado a un rápido desarrollo de la actividad de las empresas vinculadas a la energía². La privatización de que fuera objeto la actividad energética en Chile en los 80, y su desregulación creciente, ha determinado que a lo largo de las últimas tres décadas hayan ido surgiendo diversos problemas en el sector entre los que destacan la importante concentración de la generación en pocas empresas, incluyendo empresas transnacionales, que dominan el

* Co Director Observatorio Ciudadano. Ponencia a ser presentada a las Jornadas sobre Derechos Humanos. Un encuentro entre Europa y Chile, organizado por la Universidad Diego Portales y Unión Europea, en Santiago Chile, 12 a 14 de octubre de 2011.

¹ Se estima que el crecimiento de la demanda energética ha alcanzado al 8% anual, muy por encima del PIB cuyo crecimiento anual promedio fue de 5%. Gran parte de dicha demanda proviene del sector industrial y minero, así como del transporte. Liberona, Flavia *et al.*, *Catastro de Proyectos de Generación Eléctrica en Chile*, 2009, en www.terram.cl.

² De acuerdo a la Comisión Nacional de Energía, a la fecha existen en el país un total aproximado de 40 empresas generadoras, 10 empresas transmisoras y 31 empresas distribuidoras de electricidad. Comisión Nacional de Energía, en http://www.cne.cl/cnewww/opencms/03_Energias/Electricidad/mercado/index.html

desarrollo eléctrico y la política energética en el país, lo que distorsiona el mercado³. A ello se agrega la escasa diversificación de las fuentes de generación, las que hoy se sustentan mayoritariamente en la hidroelectricidad (35%) y en el carbón (30%), lo que junto con provocar problemas de seguridad en el abastecimiento eléctrico y dependencia de importaciones, ha incidido en la contaminación de impacto local y global. A ello se agrega el hecho de que la inversión en planes de eficiencia energética es muy precaria, planes que, de haber sido impulsados, habrían permitido evitar la construcción de centrales de generación y sus impactos adversos⁴.

Paralelamente, la actividad energética ha generado fuertes impactos sociales, en especial en los sectores más vulnerables, entre ellos los pueblos indígenas, las comunidades campesinas y aisladas, y las comunidades costeras. En efecto, las inversiones de empresas, generalmente privadas, con la autorización del Estado, en centrales hidroeléctricas, termoeléctricas y geotérmicas, entre otras, y la operación de las mismas en las tierras y territorios de estas comunidades, han resultado en ocasiones en relocalización de población, y ha alterado gravemente sus ecosistemas tradicionales, impactando seriamente sus vidas y culturas, resultando en la violación - o amenaza de violación - de sus derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales ratificados por Chile. Los impactos más conocidos han sido aquellos que esta actividad ha provocado en pueblos indígenas, tanto en comunidades mapuche en el sur del país como en comunidades andinas en el norte.

El caso Ralco y los mapuche pehuenche del Alto Bío Bío

Parte importante de las centrales hidroeléctricas en el país se han establecido, o se prevé establecer, en las tierras de propiedad legal y/o ancestral de comunidades mapuche. Uno de los proyectos más emblemáticos en este sentido fue el impulsado por Endesa, empresa pública privatizada en los 80, para la construcción de seis centrales en la cuenca superior del río Bío Bío, en el territorio mapuche-pehuenche. La primera central, Pangué, inaugurada en 1996, se emplazó en tierras ancestrales pehuenche⁵, fue impulsada sin un marco legislativo de protección ambiental e indígena, y resultó en la relocalización obligada de cerca de 100 personas. La segunda represa, Ralco, fue inaugurada el 2004, inundando cerca de 3.500 hectáreas, la mayoría de las cuales eran de propiedad legal pehuenche. Dicha central obligó a la relocalización de 675 personas, 500 de las cuales pertenecían a comunidades pehuenche⁶.

Ralco fue el primer “megaproyecto” que dejó de manifiesto las insuficiencias del marco legal existente a la época para garantizar los derechos de las comunidades locales e indígenas frente a este tipo de iniciativas. En efecto, si bien su construcción fue aprobada por las instancias ambientales e indígenas entonces creadas para supervisar estas iniciativas, los procesos de consulta de las comunidades afectadas estuvieron lejos de asegurar que su visión y derechos fuesen resguardados. Su estudio de impacto ambiental (EIA) fue aprobado no sólo contra la voluntad expresa de las dos comunidades directamente afectadas, sino que con la oposición de 20 servicios públicos⁷.

Ralco, así como otros proyectos similares que le siguieron permitieron constatar que la ley de Bases del Medio Ambiente (N° 19.300 de 1994), no garantizaba una efectiva participación ciudadana e indígena en los procesos de evaluación de impacto ambiental en ella establecidos⁸. Tampoco aseguraba que los impactos sociales y

³ Sólo tres empresas (Endesa, Colbun y Gener) generan y comercializan el 84% de la energía en el Sistema Interconectado Central (SIC) y otras tres (E-CL, Gener y Gas Atacama) tienen el 94% de la participación en el mercado eléctrico del Sistema Interconectado Norte Grande (SINC). Valgesta 2011, en Comisión Ciudadana Técnica Parlamentaria para el Desarrollo de la Matriz Eléctrica, *Desafíos para la Seguridad y Sustentabilidad del Desarrollo Eléctrico en Chile: Razones de la Inseguridad y las Distorsiones de la Política Vigente*, en <http://www.energiaciudadana.cl/diagnostico>.

⁴ Comisión Ciudadana Técnica Parlamentaria para el Desarrollo de la Matriz Eléctrica, *op. cit.*

⁵ La propiedad de la tierra, sin bien legalmente no les pertenecía, era reivindicada por los pehuenche.

⁶ Quepuca Ralco y Ralco Lepoy.

⁷ La autorización de CONADI a las permutas de las tierras pehuenche por tierras no indígenas de similar valor comercial de acuerdo con la ley vigente (art. 13 Ley 19.253) fue otorgada en 1999 luego de la abierta intervención del ejecutivo.

⁸ La participación ciudadana establecida en esta ley era tardía, puesto a que se iniciaba cuando las principales decisiones de localización y tecnológicas de los proyectos ya habían sido tomadas; limitada en el tiempo a 60 días; y de carácter meramente

culturales fuesen mitigados, o que los daños provocados por este tipo de iniciativas fuesen adecuadamente compensados. Lo mismo ocurrió con la legislación sobre indígenas (Ley sobre Fomento, Protección y Desarrollo de los Indígenas N° 19.253 de 1993), la que no consideraba mecanismos de consulta vinculantes a las comunidades afectadas, y no pudo impedir la expropiación de las tierras consideradas como “indígenas” en base a la Ley general de Servicios Eléctricos (DFL 1 de 1982). Dicha ley tampoco protegió los derechos de las comunidades indígenas sobre recursos naturales, en este caso el agua, la que fue concedida por el Estado a Endesa para el desarrollo de este proyecto al amparo del Código de Aguas⁹.

La oposición de los pehuenche y de otras organizaciones mapuche a las centrales fue criminalizada por el Estado, tanto a través de la acción represiva de los agentes policiales en el área, como mediante acciones judiciales que persiguieron la protesta social generada por la central Ralco, las que resultaron en persecución de líderes mapuche¹⁰.

La inundación de las tierras de ocupación ancestral, incluyendo un cementerio y varios sitios de significación cultural, la reubicación de la población en otras tierras en las que la continuidad de las actividades agro-pastoriles de los pehuenche no fue posible, generó fuertes impactos socio culturales en el mundo pehuenche – migración, aculturación, empobrecimiento, división interna – entre otros. Los planes de mitigación y las medidas de compensación previstos por la empresa y su Fundación Pehuén no lograron atenuar los impactos socio-ambientales de las centrales. De hecho la nueva comuna de Alto Bío Bío en la que se encuentran estas centrales, con un 49% de su población en condiciones de pobreza, sigue siendo la comuna más pobre del país¹¹, lo que demuestra que los beneficios que generan las centrales en poco o nada se comparten con las comunidades. Las centrales Pangué y Ralco no sólo impactaron a las comunidades pehuenche, sino también incidieron en la inundación, en varias ocasiones, de poblaciones ubicadas aguas abajo, en comunas pobres de la región del Bío Bío. Ello al liberarse las aguas del embalse en épocas de invierno, sin aviso previo a la comunidad y poblaciones aledañas. El episodio más crítico ocurrió el invierno de 2006, cuando debido a la acumulación de aguas lluvias la empresa liberó agua de los embalses, resultando en la inundación de poblaciones urbanas, causando cuantiosos daños materiales. Una demanda civil indemnizatoria en contra del Estado y la empresa por su responsabilidad en estos hechos fue interpuesta por las familias ribereñas afectadas por dichas inundaciones el 2008, sin que a la fecha haya sido resuelta por los tribunales¹².

Otros proyectos hidroeléctricos y sus impactos en pueblos indígenas y comunidades rurales

El déficit de generación de energía para satisfacer la creciente demanda proveniente en especial de la minería y la industria en el norte y centro del país, han incrementado en los últimos años la presión sobre los ríos del centro sur del país. Sólo en las regiones de la Araucanía y Los Ríos hoy existen alrededor de 30 proyectos de generación hidroeléctricos, tanto de pasada como de embalse, parte importante de los cuales se emplazan en tierras de comunidades mapuche o tierras colindantes a ellas. De éstos a la fecha la mitad ha sido aprobada por la autoridad ambiental.

Muchos de estos proyectos han sido sometidos a evaluación de impacto ambiental en forma paralela a la ratificación por Chile el año 2008 del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, así como de la reforma aprobada a la legislación ambiental (Ley N° 20.417 de 2010). No obstante la normativa que el Convenio

informativo y no vinculante, con escasa capacidad de incidir en las decisiones, independientemente de la solidez de los argumentos. *Recomendaciones Ciudadanas a la Reforma Ambiental de Chile*, Valdivia Temuco, 23 septiembre de 2009.

⁹ D.F.L. N° 1.222 de 1981. En jurisprudencia de los últimos años (Toconce 2004 y Chusmiza – Usmagama, 2009), la Corte Suprema ha reconocido los derechos de carácter consuetudinario de comunidades indígenas andinas sobre el agua, así como el deber de hacer restitución de dichas aguas. Tal jurisprudencia, sin embargo, hasta ahora no se aplica al caso mapuche.

¹⁰ Un dirigente mapuche fue condenado por la justicia el 2004 a 5 años y un día por el delito de “incendio terrorista” por su supuesta participación en atentados a maquinarias de la empresa ENDESA.

¹¹ MIDEPLAN, *Encuesta CASEN 2009*.

¹² La demanda fue interpuesta por 270 familias las que reclaman una indemnización de 60 millones de dólares. La demanda está aún en fase probatoria.

establece en materia de consulta de medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas (art. 6.1)¹³, y a la reforma a la ley ambiental en materia de participación ciudadana¹⁴, tales proyectos han sido aprobados por la autoridad sectorial y ambiental sin procesos de consulta adecuados, muchas veces en contra de la opinión de las comunidades.

Varios de estos proyectos han sido aprobados en violación de los derechos de propiedad y posesión sobre las tierras que estos pueblos tradicionalmente ocupan (art. 14)¹⁵, y de los derechos sobre sus recursos naturales – incluyendo derechos de uso y conservación, y de participación en los beneficios e indemnización por daños (art.15).

Varios de los proyectos de generación hidroeléctrica afectan también a comunidades no indígenas, muchas veces rurales, que también se encuentran en situación de vulnerabilidad. El caso más emblemático es el del proyecto HidroAysén que prevé la construcción de 5 centrales que inundarán 6 mil hectáreas en los ríos Baker y Pascua, aprobado el primer semestre del presente año por la autoridad ambiental (Comisión de Evaluación Ambiental) de la región de Aysén. Se trata de un proyecto impulsado por Endesa y Colbún, dos de las tres empresas que concentran el 90 por ciento de los derechos de aguas no consuntivos para generación de hidroelectricidad en Chile¹⁶. Los impactos ambientales a ser generados por este proyecto con la instalación de presas y embalses y de torres de alta tensión en sitios prístinos – en una región que se definió como “Reserva de Vida” en su Estrategia de Desarrollo Regional 2000-2006, estableciendo el turismo, el desarrollo silvo-agropecuario y la pesca y acuicultura como sus vocaciones productivas – generaron la oposición mayoritaria de la población regional. A los impactos ambientales se unen aquellos de carácter social, los que incluyen la contratación de más de 5 mil trabajadores durante sus 10 años de construcción, cuya presencia prolongada en zonas rurales alterará de modo significativo las formas de vida locales¹⁷.

HidroAysén obtuvo el permiso ambiental regional desoyendo la voz de las comunidades planteada en el proceso de participación ciudadana previsto en la ley ambiental. Este proyecto además, dejó en evidencia la persistencia de la negociación incompatible, ya que las empresas involucradas comenzaron a proveer financiamiento a los habitantes de las localidades en que se instalará el proyecto en forma paralela al EIA, financiamiento que claramente distorsiona la participación ciudadana en este proceso de derecho público¹⁸. En este caso, además, la autoridad ambiental permitió el fraccionamiento del proyecto para la construcción de las centrales en los ríos Baker y Pascua con el proyecto de construcción de las líneas de transmisión, las que tienen una extensión de más de dos mil kilómetros, afectan siete regiones, y entre 4 a 5 mil propietarios, cuyo impacto ambiental acumulativo,

¹³ Al respecto la OIT ha señalado que las consultas con pueblos indígenas, si bien no constituyen un veto indígena, deben producir “...un verdadero diálogo entre los gobiernos y los pueblos indígenas y tribales caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo, la buena fe y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo.” *Conferencia Internacional del Trabajo, 100.ª reunión, 2011, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución, en http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/100thSession/reports/reports-submitted/WCMS_151559/lang-es/index.htm.*

¹⁴ La reforma a la ley ambiental el 2010, si bien posibilita la extensión de la participación ciudadana por 30 días en los EIA cuando esta fuese objeto de alteraciones que afecten sustantivamente los impactos del proyecto, e hizo extensiva en ciertas circunstancias – cuando sea solicitado por dos organizaciones con personería legal y autorizado por la autoridad ambiental- la participación ciudadana a las Declaraciones de Impacto Ambiental, no establece la participación ciudadana vinculante.

¹⁵ Los órganos de interpretación de la OIT han sido reiterativos en señalar que el artículo 14 del Convenio 169 no sólo protege los derechos de propiedad que estos pueblos sobre las tierras que le han sido reconocidas legalmente por los Estados, sino también aquellos que tienen sobre sus tierras de ocupación ancestral sobre las cuales no tienen título legal.

¹⁶ Larrain, Sara, “Agua, derechos humanos y reglas del mercado”, en Larrain Sara y Pamela Poo ed., *Conflictos por el agua en Chile. Entre los derechos humanos y las reglas del mercado*, Santiago, Gráfica Andes, 2010, pp. 15-49.

¹⁷ Segura, Patricio, “HYDROAYSEN y ENERGIA AUSTRAL quieren represar la Patagonia para convertirla en la gran pila de Chile”, en Larrain Sara y Pamela Poo ed., op. Cit. pp. 349- 360.

¹⁸ Junto con proponer el reasentamiento y planes de apoyo, incluyendo becas de estudio, para las 14 familias propietarias de las tierras a ser inundadas, la empresa destinaba en el 2010 fondos concursables para el apoyo a 100 iniciativas de desarrollo turístico y emprendimientos productivos para los habitantes de las localidades en que se emplazan las centrales (Cochrane, Villa O’Higgins y Tortel) como parte de su propuesta de responsabilidad social empresarial. En http://www.hidroaysen.cl/site/PDF/Prensa/2010/23_03_2010.pdf.

por lo mismo, es enorme. A pesar de su evidente vinculación, tales proyectos, de acuerdo a la legislación vigente, siguen siendo evaluados por la autoridad ambiental en forma separada.

HidroAysén, es un ejemplo de cómo las decisiones sobre iniciativas de desarrollo energético siguen siendo adoptadas por el poder central. Las autoridades regionales que componen la Comisión de Evaluación Ambiental de Aysén, son funcionarios públicos nombrados por el Presidente de la República, y no por la ciudadanía regional. En caso de materializarse este proyecto, HidroAysén no tributará en la región, sino lo hará fundamentalmente en Santiago. Las centrales previstas se nutrirán de las aguas de la región, e impactarán la vida de las comunidades locales, pero éstas no recibirán, salvo las compensaciones mínimas para las ganancias que ellas generaran, beneficio alguno de ellos.

A diferencia de las comunidades indígenas antes referidas, las comunidades afectadas por este proyecto no cuentan con procedimientos de consulta frente a este tipo de iniciativas como las que el Convenio 169 establece, aplicándoseles exclusivamente la participación ciudadana de la evaluación de impacto ambiental, cuya insuficiencia para garantizar el respeto a la visión de las comunidades locales ya fue señalada. Por otro lado sus tierras y recursos tampoco cuentan con una protección especial, por lo que están más expuestas aún que las de propiedad indígena. Sus niveles de organización suelen ser más precarios que los de los pueblos indígenas, todo lo cual determina que muchas veces se encuentren en situaciones de indefensión y vulnerabilidad aún mayor que los de estos últimos.

Muchas de las comunidades rurales afectadas por proyectos hidroeléctricos, no cuentan con luz eléctrica, o deben pagar tarifas superiores en un 30% a un 70% a las del resto del país¹⁹. La ley vigente no establece mecanismos para que tales comunidades, o las comunas en que se instalan estos proyectos, se beneficien de las inversiones²⁰.

La exploración geotérmica y sus impactos en pueblos indígenas y comunidades rurales

En el caso del norte, el gobierno licitó el 2009, sin consulta previa, 20 concesiones de exploración geotérmica en el país, 15 de las cuales comprometen territorios y recursos hídricos de los pueblos andinos en el norte de Chile. A ello se suma el proyecto geotérmico Géiseres del Tatio en el territorio lickanantai, cuya exploración se inició el 2009. Además, están en tramitación 5 concesiones geotérmicas que también comprometen territorios indígenas aymara²¹. La gravedad de los impactos de los proyectos geotérmicos ha quedado en evidencia en el caso Géiseres del Tatio, atracción turística administrada por las comunidades lickanantai de Toconce y Caspana. En el desarrollo de los trabajos de exploración por parte de la empresa Geotérmica del Norte S.A.²², se produjo un derrame de fluido geotérmico como consecuencia de la realización de pruebas de perforación. De dicho pozo emanó por un mes una columna de fluido geotermal de 100 metros de altura. El derrame generó la disminución de la presión del reservorio y de la actividad de los Géiseres de El Tatio y la extinción de algunos géiseres. También impactó a las comunidades andinas ubicadas aguas abajo, cuyas actividades agropastoriles dependen del agua proveniente de este reservorio. Las exploraciones geotérmicas fueron suspendidas por la autoridad ambiental. El recurso de protección interpuesto por las comunidades afectadas, sin embargo, fue rechazado por la Corte de Apelaciones de Antofagasta en enero de 2010.

¹⁹ Comisión Ciudadana Técnica Parlamentaria para el Desarrollo de la Matriz Eléctrica, *op cit*.

²⁰ Una iniciativa legal presentada el 2009 (Diputados (N° 1650-357), de 4 de noviembre de 2009) para enfrentar esta realidad propuso el establecimiento de un impuesto específico en beneficio de las municipalidades en que dichos proyectos se emplacen equivalente a un monto específico de dinero por cada megawatt de potencia que estos generen. El proyecto, sin embargo, ha sido retirado del Congreso por la actual administración.

²¹ Cabe señalar que en virtud de la Ley 19.657 del año 2000 el titular de una concesión de energía geotérmica tiene por el sólo ministerio de la ley, y en la medida necesaria para el ejercicio de la concesión, el derecho de aprovechamiento, consuntivo y de ejercicio continuo, de las aguas subterráneas alumbrada en los trabajos de exploración y explotación.

²² Constituida por la empresa estatal chilena ENAP y la Transnacional Italiana ENEL.

En el caso del sur, la geotermia amenaza también a 17 comunidades mapuche de las comunas de Melipeuco y Curarrewé en la Araucanía, dada la inclusión en la licitación de 2009 como área de exploración geotérmica de la zona Sollipulli, parte importante de, la cual se encuentra ubicada además en un área protegida (Reserva Nacional Villarrica). Las comunidades afectadas han iniciado acciones administrativas y judiciales para la defensa de sus derechos territoriales, sin resultados a la fecha.

La termoelectricidad y sus impactos en comunidades costeras

Finalmente, otra actividad energética que está teniendo un impacto socio-ambiental de envergadura en el país, es la termoelectricidad. Si bien se trata de una actividad antigua, ésta ha experimentado un fuerte incremento en los últimos años. Así entre el 2005 y el 2009 ingresaron a Evaluación de Impacto Ambiental 22 proyectos para la construcción de 44 termoeléctricas de carbón y petcoque, de las cuales 11 con 19 plantas ya habían sido autorizados y otros 11 con 25 plantas más estaban en trámite²³. Para el 2009 las plantas termoeléctricas generaban más de la mitad de la electricidad en Chile (54.9%). A la misma fecha las plantas termoeléctricas se alimentaban preferentemente con carbón (44.1%), petróleo y diesel (29%) y coke (7%), lo que determina que sus impactos ambientales, en especial las plantas de carbón, se haya incrementado sustancialmente²⁴. Muchas de las termoeléctricas en operación (44%) no cuentan con evaluación ambiental por haber sido construido antes de la entrada en vigencia de la Ley 19.300. Hasta hace poco (enero de 2011) no existía una norma sobre emisiones de aire de las termoeléctricas, y hasta la fecha no existe una normativa sobre emisiones de aguas por estas plantas²⁵.

Uno de los casos más críticos es el de la bahía de Quinteros, en la región de Valparaíso, donde a contar de 1964 se han instalado tres termoeléctricas que operan a carbón (Ventanas I en 1964, Ventanas II a contar de 1977 y Nueva Ventanas a contar de 2010) hoy administradas por AES Gener (antes Chilectra), y se encuentran aprobadas cuatro nuevas centrales a carbón para ser construidas por diversas empresas (Campiche de la misma empresa y tres centrales más de Energía Minera (Codelco))²⁶. Las emisiones por estas plantas de altos niveles de material particulado, anhídrido sulfuroso, óxido de nitrógeno, entre otros contaminantes, han generado graves daños a la salud humana, incluyendo a la salud de los niños que allí habitan, y a los ecosistemas marinos y terrestres. Los impactos generados en los ecosistemas marinos han afectado la actividad pesquera tradicional en la bahía, según lo han determinado diversos estudios en la última década²⁷. A pesar de esta situación, la autoridad ambiental ha seguido aprobando la instalación en esta bahía de los proyectos termoeléctricos antes referidos, así como de otros proyectos productivos (refinerías), en un área ambientalmente saturada. Los daños en la población, incluyendo en la pesca artesanal, no han sido sancionados por la justicia ni compensados por las empresas o el Estado²⁸.

Estándares internacionales y mecanismos de protección de derechos humanos

Los estándares, así como los mecanismos, domésticos en materia ambiental y social han sido en general muy insuficientes para proteger los derechos de los sectores afectados por los proyectos de energía aquí referidos. La

²³ CONAPACH, *Acta de acuerdos Primer Conclave Nacional de Organizaciones de Pescadores y comunidades Costeras afectadas por Proyectos e Instalaciones termoeléctricas*, Quintero, octubre 2009, en <http://www.conapach.cl/home/index.php?linkid=67>.

²⁴ Los proyectos sometidos a procesos de evaluación determinan que las plantas termoeléctricas a carbón se proyecten a futuro como la principal forma de generación eléctrica en Chile hacia el futuro (al 2030 se estima que un 60% de la generación total de electricidad en el país corresponderá a plantas termoeléctricas a carbón. Terram, *Cartilla Ciudadana sobre Termoeléctricas*, Lo que debemos saber. 2011, disponible en www.terram.cl.

²⁵ *Ibid.*; Terram, *Minuta: Energía termoeléctrica e institucionalidad ambiental. Las lecciones del caso Barrancones*, 2011, en www.terram.cl.

²⁶ Otras centrales han sido propuestas para el área no han encontrado acogida por el sistema de evaluación de impacto ambiental.

²⁷ En el Congreso de 2009 se demandó el fin a la instalación de nuevas plantas en particular en la Bahía de Quinteros por tratarse de una Bahía saturada. Conferencia Nacional de Pescadores Artesanales de Chile, en <http://www.conapach.cl/home/index.php?linkid=67>.

²⁸ Sindicato de Pescadores Artesanales Caleta Ventanas, *Carpeta Informativa Situación Ambiental Caleta Ventanas*. Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente, 1 septiembre 2011, inédito.

impugnación por vía administrativa de las resoluciones de calificación ambiental mediante las cuales la administración aprueba estos proyectos habitualmente no ha encontrado acogida. Lo mismo cabe señalar a la impugnación judicial basada en el derecho constitucional al medio ambiente libre de contaminación (Art. 19.8), la que salvo excepciones, no ha resultado exitosa como estrategia para cautelar los derechos vulnerados²⁹. Tampoco la legislación doméstica ha permitido la compensación frente a los daños ambientales y sociales provocados en comunidades locales aquí descritos.

Un escenario nuevo es el generado en el caso de los pueblos indígenas con la aprobación del Convenio 169 de la OIT. Aunque no recaída en casos directamente vinculados con proyectos de generación eléctrica, en una jurisprudencia reciente de la Corte Suprema ha comenzado a dar acogida a los reclamos de pueblos indígenas frente a proyectos de inversión o medidas administrativas adoptadas por la autoridad sin procesos de consulta establecidos en este tratado internacional. En dos fallos recientes³⁰, el 2011 la Corte Suprema ha dictaminado que los pueblos indígenas directamente afectados por estas medidas administrativas de órganos del Estado deben ser consultados de conformidad con lo dispuesto por este Convenio, lo que no se compatibiliza con el procedimiento de participación ciudadana de la ley ambiental.

Los mecanismos internacionales existentes para la protección de derechos humanos han sido subutilizados en estos casos. Una excepción a este respecto ha sido el caso Ralco, donde los pehuenche, tras agotar las instancias internas, recurrieron ante diversas instancias para la protección de los derechos vulnerados por este proyecto. Fue así como interpusieron una queja ante el Banco Mundial para alegar el incumplimiento por parte de ENDESA en el caso de la central Pangue de los requerimientos ambientales y sociales del Banco Mundial. A pesar de rechazar la queja, el Banco Mundial ordenó a la Corporación Financiera Internacional (IFC) que apoyó este proyecto, elaborar un informe independiente sobre el caso, en el que se demostró que ENDESA incumplió las directivas ambientales y sobre pueblos indígenas del Banco³¹.

Además, 5 mujeres pehuenche denunciaron al Estado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) el 2002 por la violación de derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en el contexto de la construcción de Ralco³². El 2004 las denunciadas y el gobierno de Chile suscribieron un acuerdo de solución amistosa conviniendo un conjunto de compensaciones colectivas para los pueblos indígenas y para los pehuenche, así como compensaciones individuales para las denunciadas³³. También relacionado con Ralco, el año 2005 Víctor Ancalaf, quien fuera condenado por la justicia chilena por la comisión del supuesto delito de incendio terrorista en contra de maquinaria de la central, presentó ante la CIDH una denuncia alegando la violación del derecho a la igualdad ante la ley y al debido proceso establecidos en la CADH. Recientemente, en agosto de 2011, la CIDH sometió el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sosteniendo que este procesamiento, así como de otros condenados mapuche por esta ley por hechos de protesta social, es contrario al principio de legalidad, afectó el debido proceso, es discriminatorio, y habría sido aplicada en consideración a su origen étnico mapuche. La CIDH solicitó a la Corte la eliminación de

²⁹ Una excepción parcial es la reciente admisibilidad, así como la orden de no innovar adoptada por parte de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt del recurso de protección interpuesto por el Consejo de Defensa de la Patagonia y por parlamentarios frente al proyecto HidroAysén.

³⁰ Sentencia de 4 de enero de 2011 de la Corte Suprema, "*Faumelisa Manquepillán y otros C/ COREMA XIV Región*", causa Rol 6062-2010; y Sentencia de 13 de julio de 2011 de la Corte Suprema, "*Asociación Indígena Consejo De Pueblos Atacameños Con Comisión Regional Del Medio Ambiente Región Antofagasta*", causa Rol 258-2011.

³¹ Hair, Jay D. et al., *Pangue Hydroelectric Project (Chile): An Independent Review of the International Finance Corporation's Compliance with Applicable World Bank Group Environmental and Social Requirements*, 1997.

³² El derecho a la vida, la integridad personal y la libertad de conciencia y religión; el derecho a la propiedad; y el derecho a un justo proceso y protección judicial.

³³ El Acuerdo Definitivo estableció, entre otras medidas, el perfeccionamiento de la institucionalidad indígena; la creación de una comuna en el sector Alto Bío Bío; la solución de los problemas de tierras de comunidades pehuenche; y la participación en administración de Reserva Forestal Ralco. *Solución amistosa Mercedes Julia Huenteao Beroiza y otras vs. Chile*, 11 marzo de 2004, en <http://www.cidh.org/annualrep/2004sp/chile.4617.02.htm>.

los efectos de las condenas, la posibilidad de que la condena sea revisada y la reparación tanto material como moral de la víctima³⁴.

Otros estándares de derechos humanos aplicables

El derecho internacional de los derechos humanos ha evolucionado significativamente en los últimos años, generando instrumentos que hacen responsables a los Estados frente a la violación de derechos humanos en el marco de proyectos de inversión -como los relacionados con la generación de energía-, incluyendo aquellas violaciones que son consecuencia de los abusos cometidos por empresas y que son tolerados por los Estados. Igualmente, como veremos a continuación, los órganos de tratado encargados de la interpretación de estos instrumentos, han subrayado la responsabilidad que cabe no sólo a los Estados en estos abusos, sino también a los actores privados. Además han dado creciente acogida a los reclamos de pueblos indígenas y de otros sectores vulnerables frente a dichos abusos, instando a los Estados a dar protección y reparación frente a ellos.

El sistema interamericano de derechos humanos

El sistema interamericano de derechos humanos, si bien no cuenta con un desarrollo normativo específico sobre la materia, ha desarrollado una jurisprudencia relevante en este sentido, en especial referida a los pueblos indígenas cuyos derechos se ven vulnerados por entre otras situaciones, proyectos de inversión. Así en la última década la Corte IDH junto con reconocer la validez de la posesión de la tierra basada en la costumbre indígena, aún a falta de título, como fundamento de su propiedad sobre ellas³⁵, ha afirmado los derechos de estos pueblos a usar y gozar de los recursos naturales que se encuentren en las tierras que tradicionalmente ocupan y que son necesarios para su propia sobrevivencia, desarrollo y continuidad de su estilo de vida. Además, ha sostenido en relación con los planes de desarrollo o inversión de gran escala que provocan impacto mayor en los territorios indígenas, que los Estados tienen la obligación no sólo de consultarlos de manera apropiada³⁶, sino también de obtener su consentimiento libre previo e informado, según sus costumbres y tradiciones³⁷. La Corte ha dispuesto también que los pueblos indígenas tienen derecho a participar, en forma razonable, de los beneficios derivados de la restricción o privación del derecho al uso o goce de sus tierras y de los recursos naturales necesarios para su supervivencia, entendiendo esta participación como una forma de indemnización que deriva de la explotación de las tierras y recursos naturales³⁸.

Más recientemente la Comisión IDH ha brindado protección a los pueblos indígenas afectados por la construcción de presas hidroeléctricas en sus tierras de propiedad y/o posesión ancestral. Así el 2009 otorgó medidas cautelares a favor de los miembros de las comunidades del pueblo Ngöbe de Panamá asentadas a lo largo del río Changuinola sobre el cual el Estado panameño otorgó en favor de una empresa privada (AES Changuinola) una concesión para la construcción de represas hidroeléctricas. La CIDH otorgó estas medidas con el fin de evitar daños irreparables al derecho de propiedad y la seguridad del pueblo indígena Ngöbe, solicitando al Estado panameño suspender las obras de construcción y demás actividades relacionadas con la concesión hasta tanto

³⁴ *Ancalaf vs. Chile*, en <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2011/94-11sp.htm>.

³⁵ La comunidad de Awas Tingni fue afectada por la concesión de explotación forestal en sus tierras de ocupación ancestral otorgada en los 90 por el Estado nicaragüense a una empresa extranjera. Corte IDH, Sentencia *Caso Awas Tingni vs. Nicaragua*, 2001, para. 148-151.

³⁶ El pueblo denunciante – Saramaka- había sido objeto en la década de los 60 de desplazamiento de sus tierras de ocupación antigua en virtud de la construcción de una reserva hidroeléctrica por Surinam. Corte IDH, Sentencia caso *Saramaka vs. Surinam*, 2008, para. 134.

³⁷ En relación al consentimiento, la Corte IDH sostiene: “Asimismo, la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones”, *Ibid.* para. 135

³⁸ Al respecto concluye: “En este contexto, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención, se puede entender la participación en los beneficios como una forma de indemnización razonable y en equidad que deriva de la explotación de las tierras y recursos naturales necesarios para la supervivencia del pueblo Saramaka”, Corte IDH, Sentencia caso *Saramaka vs. Surinam*, 2008, para. 141.

no se adoptase una decisión definitiva frente a la denuncia que le fue planteada por este pueblo³⁹. Más tarde, el 2011, otorgó una medida similar a favor de comunidades indígenas de la cuenca del río Xingú, en Para, Brasil, cuya vida e integridad personal fue puesta en riesgo por el impacto de la construcción por una empresa pública (Electronorte) de la central hidroeléctrica Belo Monte. La CIDH solicitó al Gobierno de Brasil suspender el proceso de licencia del proyecto de esta central e impedir la realización de cualquier obra material hasta que se observen, entre otras condiciones; la realización de procesos de consulta “previa, libre, informada, de buena fe, culturalmente adecuada, y con el objetivo de llegar a un acuerdo, en relación con cada una de las comunidades indígenas afectadas, beneficiarias de las presentes medidas cautelares”; y la adopción de medidas para proteger la vida e integridad personal de los miembros de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario de la cuenca del Xingú⁴⁰.

Dichas medidas reafirman la responsabilidad de los Estados frente a la actuación de empresas, exigiendo, al amparo de la Convención Americana y de otros cuerpos jurídicos internacionales aplicables a pueblos indígenas, el derecho a la consulta orientada al acuerdo y consentimiento con los pueblos indígenas, en forma previa a este tipo de proyecto, así como la necesidad de que los Estados garanticen su vida e integridad amenazada por ellos.

El sistema de Naciones Unidas

El sistema de Naciones Unidas ha desarrollado directrices de protección de los derechos de las personas y de los pueblos, en especial de grupos más vulnerables, incluyendo a los pueblos indígenas, mujeres, niños – frente a actividades de empresas que resultan en la violación de derechos humanos que son pertinentes de reseñar aquí. Los primeros instrumentos posteriores a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no abordaron específicamente las obligaciones de los Estados en relación con las empresas, sino más bien impusieron obligaciones generales de garantizar el ejercicio de derechos e impedir abusos no cometidos por el Estado⁴¹. Instrumentos posteriores, como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), la Convención sobre Derechos del Niño y la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, han sido más explícitos en hacer referencia a las actividades comerciales, y en establecer el deber del Estado de regular los abusos cometidos por actores no estatales.

De especial interés en este sentido resulta la interpretación de los órganos de tratado referida a los alcances de la responsabilidad de las empresas en la violación de derechos humanos y las obligaciones de los Estado al respecto. El Comité de Derechos Humanos, por ejemplo, en su Observación General N° 31, reconoció esta responsabilidad al señalar que “las obligaciones positivas de los Estados Partes de velar por los derechos del Pacto sólo se cumplirán plenamente si los individuos están protegidos por el Estado, no sólo contra las violaciones de los derechos del Pacto por sus agentes, sino también contra los actos cometidos por personas o entidades privadas...”. El Comité dispuso además que los Estados deben actuar con debida diligencia y que pueden infringir las obligaciones impuestas por el Pacto sino adoptan las medidas adecuadas “para evitar, castigar, investigar o reparar el daño causado por actos de personas o entidades privadas”⁴².

³⁹ MC 56/08 – *Comunidades Indígenas Ngöbe y otras, Panamá*, 19 junio 2009. Más tarde, en enero de 2010, la CIDH solicitó a la Corte IDH la aprobación de medidas cautelares en favor de la comunidad Ngöbe, alegando que el derecho a la vida, la libertad de movimiento y el derecho de propiedad de los miembros de esta comunidad estaban amenazados. La Corte IDH, sin embargo, rechazó la medida señalando que la urgencia y gravedad de las alegaciones no estaban probadas. *Comunidades Indígenas Ngöbe vs. Panamá* (2010), véase para una discusión Schönsteiner et al., *Reflections on the Human Rights Challenges of Consolidating Democracies: Recent Developments in the Inter-American System of Human Rights*, en: *Human Rights Law Review* (2011), 11:2.

⁴⁰ MC 382/10 - *Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingú, Pará, Brasil*, 1 de abril de 2011.

⁴¹ Es el caso del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, todos ellos de Naciones Unidas.

⁴² Comité de Derechos Humanos, *Observación General N° 31*, para. 8. En Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie, *Las empresas y los derechos humanos: catálogo de normas internacionales sobre responsabilidad y rendición de cuentas por actos cometidos por empresas*, Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/4/35, 19 de febrero de 2007.

También importantes son los comentarios realizados por otros órganos de tratado sobre los efectos de proyectos de inversión de empresas, ya sean públicas o privadas, o en sectores específicos, o en recursos fundamentales para la subsistencia humana que deben ser garantizados. Cabe destacar en este sentido la Recomendación General XXIII del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (1997) relativa a derechos de pueblos indígenas. En ellas el Comité reconoce que en muchas regiones del mundo los pueblos indígenas son discriminados y se les priva de sus derechos a las tierras y recursos por empresas comerciales y las empresas de Estado. Para hacer frente a esta realidad exhorta a los Estados a “que reconozcan y protejan los derechos de los pueblos indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales, y en los casos en que se les ha privado de sus tierras y territorios, de los que tradicionalmente eran dueños, o se han ocupado o utilizado esas tierras y territorios sin el consentimiento libre e informado de esos pueblos, que adopten medidas para que les sean devueltos”⁴³.

Más tarde el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU estableció en su Observación General N° 15 de 2002 sobre el derecho al agua, recurso fundamental para muchos proyectos de generación eléctrica, que “la obligación de proteger exige que los Estados Partes impidan a terceros que menoscaben en modo alguno el disfrute del derecho al agua”⁴⁴. Tomando nota de la obligación establecida en el párrafo 2 del artículo 1 del Pacto, que dispone que puede privarse a un pueblo de sus medios de subsistencia, el Comité señaló que los Estados Partes deberían garantizar un acceso suficiente al agua para la agricultura de subsistencia y para asegurar la de subsistencia de los pueblos indígenas”⁴⁵.

El Comité además instó a los Estados a poner especial atención a las personas y grupos de personas que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho, incluyendo en ellos a las mujeres, los niños, los grupos minoritarios y los pueblos indígenas⁴⁶. Finalmente aclaró que los Estados violan el derecho al agua no sólo cuando desarrollan acciones directas en este sentido, sino que cuando no adoptan todas las medidas necesarias para garantizar el disfrute del derecho al agua, entre ellas no adoptar o ejecutar una política nacional sobre el agua encaminada a garantizar a todos el derecho al agua; no adoptar medidas contra la distribución no equitativa de las instalaciones y los servicios de agua; no establecer mecanismos de socorro de emergencia; no lograr que todos disfruten del derecho al agua en el nivel mínimo indispensable⁴⁷.

Aunque no tengan el carácter vinculante de las decisiones y observaciones de los órganos de tratado, no son menos relevantes las directrices que sobre la misma materia han sido establecidas en años recientes por el Representante Especial de la ONU sobre Derechos Humanos y Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales, John Ruggie. Dicho Representante Especial (RE) ha intentado establecer un marco conceptual y de políticas con el objeto de orientar el accionar del Estado y de las empresas en la relación con las implicancias de

⁴³ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (1997), Recomendación General XXIII para. 5. El Comité agrega al respecto que “únicamente cuando, por razones concretas, ello no sea posible, se sustituirá el derecho a la restitución por el derecho a una justa y pronta indemnización, la cual, en la medida de lo posible, deber ser en forma de tierras y territorios”.

⁴⁴ Observación General N° 15, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, para. 23. El Comité agrega que “Por terceros se entiende particulares, grupos, empresas y otras entidades, así como quienes obren en su nombre. La obligación comprende, entre otras cosas, la adopción de las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias y efectivas para impedir, por ejemplo, que terceros denieguen el acceso al agua potable en condiciones de igualdad y contaminen o exploten en forma no equitativa los recursos de agua, con inclusión de las fuentes naturales, los pozos y otros sistemas de distribución de agua.”

⁴⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *op. cit.*, para. 7

⁴⁶ Así dispone que: a) “No se excluya a las mujeres de los procesos de adopción de decisiones sobre los recursos y los derechos en materia de agua”.... b) “No se impida a los niños ejercer sus derechos humanos por falta de agua potable en las instituciones de enseñanza y los hogares o a causa de la carga que supone la obtención de agua”.... c) “Las zonas rurales y las zonas urbanas desfavorecidas tengan acceso a servicios de suministro de agua en buen estado de conservación. Debe protegerse el acceso a las fuentes tradicionales de agua en las zonas rurales de toda injerencia ilícita y contaminación”...d) “El acceso de los pueblos indígenas a los recursos de agua en sus tierras ancestrales sea protegido de toda transgresión y contaminación ilícitas. Los Estados deben facilitar recursos para que los pueblos indígenas planifiquen, ejerzan y controlen su acceso al agua”. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *op. cit.*, para. 16.

⁴⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *op. cit.*, para. 44.

la acción de estas últimas para con los derechos humanos. Dicho marco contiene tres principios fundamentales cuales son: el establecimiento del deber del Estado de proteger frente a los abusos de derechos humanos cometidos por terceros, en particular las empresas; la obligación y responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos; y la necesidad de establecer recursos efectivos para la reparación de los abusos de derechos humanos cometidos por estos terceros⁴⁸.

De acuerdo al RE Ruggie, el deber de los Estados de proteger, implica que estos deben tomar “todas las medidas necesarias para proteger frente a tales abusos, en particular el deber de prevenir, investigar y castigar los abusos, y el deber de proporcionar vías de reparación”⁴⁹. Este deber – que se aplica a las actividades de todos los tipos de empresas nacionales y transnacionales, grandes y pequeñas – incluye el fomento a una cultura empresarial de respeto de derechos humanos, el impulso a una política pública conducente a ese fin, y la reglamentación y resolución judicial de las actividades empresariales con respecto a los derechos humanos.

La responsabilidad de respetar los derechos humanos requiere de la debida diligencia de las empresas. Este concepto describe “las medidas que debe tomar una empresa para tener conocimiento, prevenir y responder a los efectos negativos sobre los derechos humanos”⁵⁰. Según el RE Ruggie, las empresas deben considerar los problemas específicos de derechos humanos que se plantean en el contexto en que desarrollan sus actividades empresariales; analizar los efectos que tienen sus actividades en estos derechos humanos; y ver si pueden contribuir al abuso de los derechos por medio de relaciones vinculadas a sus actividades⁵¹.

El Relator Especial de la ONU sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Indígenas, James Anaya, por su parte, basado en el marco conceptual construido por el RE Ruggie ha intentado determinar la debida diligencia de las empresas en relación con el deber de respetar los derechos de los pueblos indígenas⁵². Así Anaya ha sostenido en relación con los derechos de estos pueblos sobre sus tierras, territorios y recursos, que las empresas no pueden considerar la ausencia del reconocimiento oficial de la propiedad indígena sobre ellas como una excusa para su desconocimiento, planteando que la mera existencia de dichos grupos en las áreas geográficas donde piensan desarrollar sus actividades, debería ser asumida como una presunción de que éstos poseen algún tipo de derechos sobre ellas⁵³. Agrega que el deber de consulta con los pueblos indígenas previo a la adopción de medidas susceptibles de afectarles, de conformidad con las normas internacionales aplicables, requiere en algunos casos del consentimiento de los pueblos afectados. Aclara que se trata de una obligación fundamental del Estado, y que las empresas, incluso actuando de buena fe, carecen de los conocimientos adecuados para el desarrollo de estas consultas. No obstante ello, sostiene que las empresas pueden impulsar, con la supervisión del Estado, diálogos con las comunidades afectadas en especial en relación

⁴⁸ *Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie, Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos*, Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/8/5, 7 de abril de 2008.

⁴⁹ *Ibid.*, para. 18.

⁵⁰ *Ibid.*, para. 56.

⁵¹ *Ibid.*, para. 57. No obstante el avance que este marco introduce en determinar la responsabilidad del Estado y las empresas en la violación de derechos humanos que resulta de las actividades de estos últimos, dicho marco ha sido cuestionado por organismos de derechos humanos. Así la FIDH ha señalado que el marco propuesto por Ruggie no establece con claridad las obligaciones extraterritoriales de los Estados, más allá de sus fronteras, en relación con los daños causados a las personas por actores no estatales; no considera adecuadamente la responsabilidad de los Estados frente a los acuerdos comerciales que disminuyen la capacidad de los Estados de cumplir con sus obligaciones de derechos humanos; considera que la debida diligencia de las empresas para ser efectiva requiere de ser integrada en las legislaciones nacionales; y finalmente no establece un recurso efectivo integrado en un instrumento jurídico internacional de carácter vinculante para hacer efectivo el deber de protección de los derechos humanos por las víctimas de la actuación de las empresas. Federación Internacional de Derechos Humanos, *Derechos Humanos y empresas: defender los derechos humanos y garantizar la coherencia. Contribución de la FIDH al Representante Especial de los Derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, 2009, en <http://www.fidh.org/Derechos-humanos-y-empresas-defender-los-derechos>.

⁵² *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya*, Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/15/37 19 de julio de 2010.

⁵³ *Ibid.*, para.53 a 59.

con la realización de estudios de impacto social, la adopción de medidas de compensación y el reparto de beneficios derivados de los proyectos⁵⁴.

En relación a los estudios de impacto el Relator Especial (RE) sostiene que éstos deben basarse en criterios de derechos humanos y estar enfocados a adoptar todas las medidas para prevenir los posibles impactos negativos de las actividades proyectadas al medio ambiente y la vida económica, social y cultural de los pueblos indígenas⁵⁵. En relación a la participación en los beneficios, consecuencia del derecho a la limitación o privación de la propiedad indígena sobre la tierra y los recursos, el Relator Anaya señala que ésta debe ser justa y equitativa y que la misma debe ser entendida como una forma de cumplimiento de un derecho y no como una concesión caritativa que busque el apoyo social del proyecto o minimizar los conflictos. Por último, el Relator propone a este respecto la necesidad de superar los enfoques basados únicamente en pagos monetarios, los que pueden ser negativos y tener implicancias adversas para estos pueblos, y explorar otros mecanismos de participación en los beneficios que fortalezcan la capacidad de estos pueblos de afianzar sus instituciones y prioridades de desarrollo⁵⁶.

Directrices voluntarias relativas a la actividad empresarial

Aunque de un carácter no vinculante, cabe hacer una referencia finalmente a algunas directrices y propuestas que sobre la materia han emergido en años recientes de instancias multilaterales, también referidas como directrices voluntarias o de derecho blando (*soft law*), así como de instancias de sociedad civil o no gubernamentales.

Es el caso de las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales⁵⁷, que han sido suscritas por Chile, las que tienen importancia para el país no sólo por integrar esta entidad, sino por la evaluación crítica que la OCDE ha hecho del país en los últimos años (2005, 2011) en materia ambiental y social. Adoptadas en 1976, y revisadas el 2000 y el 2011, entre sus principios generales establece que las empresas deberán “respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos de las personas afectadas por sus actividades.”⁵⁸ Un capítulo sobre derechos humanos especifica estas responsabilidades. En materia ambiental dispone que las empresas deberán “Las empresas deberán tener debidamente en cuenta, en el marco de las disposiciones legales y reglamentarias y de las prácticas administrativas de los países en los que ejercen su actividad y teniendo en consideración los acuerdos, principios, objetivos y normas internacionales relevantes, la necesidad de proteger el medio ambiente, la salud y la seguridad públicas y de realizar, en general, sus actividades de una manera que contribuya al objetivo más amplio del desarrollo sostenible.”⁵⁹ En el mismo ámbito agrega que estas deberán “mantener planes de emergencias destinados a prevenir, atenuar y controlar los daños graves para el medio ambiente y la salud derivados de sus actividades, incluidos los casos de accidentes y de situaciones de emergencia”⁶⁰.

Si bien estas Directrices incorporan temáticas relevantes, establecen un procedimiento para la queja (a través de los Puntos Nacionales de Contacto) y tienen una aplicabilidad extraterritorial para los Estados, han sido criticadas por cuanto la forma en que está escrita debilita su alcance, los procedimientos de queja que establece son confidenciales, las sanciones que plantean son mínimas, y los mecanismos para su operatividad son en muchos

⁵⁴ *Ibid.*, Para 60-70.

⁵⁵ *Ibid.*, para.71-75.

⁵⁶ *Ibid.*, para. 76-80.

⁵⁷ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *Líneas Directrices de la OCDE para empresas multinacionales*, en http://www.oecd.org/document/28/0,3746,en_2649_34889_2397532_1_1_1_1,00.html. Versión en castellano: http://www.direcon.gob.cl/sites/www.direcon.gob.cl/files/bibliotecas/DIRECTRICES_2011.pdf.

⁵⁸ OCDE *op cit*, para. II 2.

⁵⁹ *Ibid.*, V.

⁶⁰ *Ibid.*, V 5.

países débiles⁶¹. Esto parece deberse a la particularidad de que el procedimiento de queja establecido es más de mediación que de determinación de responsabilidades.

También de interés en este sentido es la Política Operacional OP 4.10 y Normas de Procedimiento del Banco Mundial sobre Pueblos Indígenas BP 4.10⁶². En ellas se establece un procedimiento para la financiación de proyectos que afectan a pueblos indígenas. Entre los requisitos establecidos por el Banco para estos efectos se encuentra el desarrollo de un estudio preliminar para determinar la presencia de estos pueblos en la zona del proyecto, una evaluación social de cargo del prestatario, y de una consulta previa, libre e informada que dé lugar a un amplio apoyo al proyecto por parte de la comunidad indígena afectada.⁶³

Por otro lado, esta política dispone además que, en los proyectos financiados por el Banco se incluyan medidas para “a) evitar posibles efectos adversos sobre las comunidades indígenas, o b) cuando éstos no puedan evitarse, reducirlos lo más posible, mitigarlos o compensarlos”⁶⁴. La misma política establece que los proyectos financiados por el Banco deben diseñarse de manera que los pueblos indígenas reciban beneficios sociales y económicos que sean culturalmente apropiados, e inclusivos desde el punto de vista inter generacional y de género. Finalmente, considera la necesidad de dar protección a los derechos sobre las tierras y los recursos indígenas⁶⁵, y a evitar el reasentamiento físico de sus tierras y territorios de ocupación habitual, salvo en circunstancias excepcionales en que éste, de conformidad con las directrices internacionales de derechos humanos, cuente con amplio apoyo de las comunidades afectadas luego de procesos de consulta adecuados⁶⁶.

Por último, aunque emanado de una instancia de sociedad civil, resulta de interés referirse a la metodología para la evaluación del impacto de las inversiones extranjeras en derechos humanos elaborada por Derechos y Democracia (Rights and Democracy) de Canadá. Impulsada a contar del 2004, y puesta en práctica en proyectos de inversión extranjera en diversos contextos del mundo, incluyendo la región, a través de esta metodología se pretende determinar, con la participación de las comunidades afectadas, los impactos que un proyecto de inversión tiene sobre los derechos humanos. A través de este mecanismo se analiza la situación generada por una inversión desde la perspectiva de los derechos humanos garantizados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en otros tratados e instrumentos, permitiendo esclarecer el papel de los responsables (gobiernos) así como de los titulares de derechos que viven en la jurisdicción de un Estado⁶⁷.

La metodología ha sido aplicada en la región en el caso de la privatización de las aguas en Argentina, las que fueron adjudicadas a un consorcio de empresas europeas y argentinas (Aguas Argentinas S.A.). El estudio determinó que esta inversión tuvo un impacto negativo en la capacidad de los habitantes de Buenos Aires de disponer de acceso suficiente y seguro al agua (2007)⁶⁸. Más recientemente (2009-2011), la metodología se aplicó en Ecuador para el estudio del impacto en derechos humanos de una empresa (Corriente Resource Inc.) que adquirió y explotó depósitos mineros en la zona amazónica. Los resultados del estudio realizado con contrapartes locales y la comunidad permitieron concluir que el proyecto, junto con contar con irregularidades en

⁶¹ OECD Watch, en <http://oecdwatch.org/sobre-ocde/guidelines>.

⁶² Aprobadas el 2005 en reemplazo de sus antiguas directivas operacionales sobre la materia, en <http://siteresources.worldbank.org/OPSMANUAL/Resources/210384-1170795590012/OP4.10.July1.2005.Spanish.pdf>.

⁶³ *Ibid.*, para. 6.

⁶⁴ *Ibid.*, para. 1.

⁶⁵ *Ibid.*, para 16 y sigts.

⁶⁶ *Ibid.*, para. 20 y sigts.

⁶⁷ Entre los principios de derechos humanos que orientan esta metodología se encuentran la participación y acceso a información de decisiones que afectan sus derechos; la obligación del estado de implementar sus compromisos de derechos humanos y el derecho de los ciudadanos a tener recursos eficaces; la igualdad y la especial atención a los grupos más vulnerables para evitar su discriminación; y la indivisibilidad de los derechos humanos. Derechos y Democracia, *Estudio de los Impactos de los Proyectos de Inversión extranjera en los derechos humanos*, Derechos y Democracia, Montreal, 2007, en http://www.dd-rd.ca/site/_PDF/publications/es/globalizacion/spanishreport_final.pdf.

⁶⁸ *Ibid.*

el proceso de consulta y de adquisición de tierras, generó criminalización de la protesta social. El estudio identificó los riesgos e la minería en gran escala en las comunidades indígenas cercanas⁶⁹.

La aplicación de esta metodología para el estudio de impactos en derechos humanos de inversiones extranjeras en energía en Chile, podría tener gran potencial como forma de monitoreo ciudadano de este tipo de iniciativas. Ella posibilitaría mayores niveles de identificación, socialización, y por lo mismo de prevención, de los impactos que este tipo de proyectos generan en comunidades locales e indígenas y en aquellos existentes a la fecha.

Conclusiones

En estas páginas hemos visto cómo la creciente actividad de las empresas de energía en Chile, desregulada por el Estado y hoy controlada por el sector privado, ha impactado adversamente a sectores vulnerables de la población, entre ellos a los pueblos indígenas, las comunidades campesinas, y las comunidades costeras, afectando sus tierras y ecosistemas, alterando sus vidas y culturas, y resultando en la violación - o amenaza de violación - de sus derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales ratificados por el país.

Hemos analizado también como la normativa jurídica vigente en el país en materia ambiental no permite a las comunidades afectadas por este tipo de iniciativas, incidir en la toma de decisiones en relación a ellas, ni impedir los impactos ambientales y sociales que ellas generan. Dicha normativa tampoco les permite obtener una compensación por los daños que ellas provocan, y menos participar de los beneficios que generan. Hasta ahora la situación no ha sido diferente para los pueblos indígenas, cuyas comunidades han sido particularmente afectadas por el desarrollo de iniciativas hidroeléctricas y termoeléctricas en sus tierras y territorios. La ratificación del Convenio 169, sin embargo, establece un nuevo escenario jurídico en que, de conformidad a la reciente jurisprudencia doméstica, sus comunidades deben ser consultadas por el Estado, a través de procedimientos especiales y de buena fe, con el objeto de llegar a acuerdos cada vez que éste adopte medidas administrativas para la autorización de dichas iniciativas. También sería esperable que sus tierras y recursos fuesen objeto de mayor protección frente a las medidas que adopte el Estado, así como que los daños que éstas provoquen les sean compensados.

Es evidente que el Estado ha fallado en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales de derechos humanos en este campo. Ello al no adoptar las medidas necesarias para proteger a las comunidades afectadas por los abusos cometidos por empresas de energía en el desarrollo de sus actividades. Lo mismo cabe decir en relación a dichas empresas, las que claramente no han tenido la debida diligencia que se requiere para prevenir y responder por los efectos negativos que su actividad ha provocado en dichas comunidades. Igualmente podemos concluir que las comunidades afectadas, así como la sociedad civil en general, no obstante su movilización en contra de los abusos de las empresas de energía, no ha utilizado todas las herramientas hoy existentes a nivel internacional para impedir o prevenir la violación de derechos humanos o para lograr reparación frente a los daños que generan.

Es en este contexto en que las directrices internacionales provenientes tanto de tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile, como de la interpretación que de éstos hacen los órganos encargados de su supervisión, adquieren gran relevancia. Lo mismo cabe decir de las directrices que sobre la materia han emergido en años recientes tanto desde instancias especiales de las Naciones Unidas existentes en materia de empresas y derechos humanos, así como de aquellas abocados a la situación de derechos de los pueblos indígenas. No menos importantes son aquellas directrices que emergen de instancias multilaterales como la OCDE y el Banco Mundial, las que a pesar de no ser vinculantes, establecen orientaciones para una mayor fiscalización de las actividades de las empresas de energía que violen derechos humanos.

⁶⁹ Oxfam y Derechos y Democracia, *Evaluaciones de impacto en los derechos humanos basadas en la comunidad. Informe de una reunión internacional, Canadá, 2010*, en http://www.dd-rd.ca/site/PDF/publications/COBHRA_Report_Esp.pdf.

De estas directrices surgen orientaciones claves para los actores involucrados en la actividad de la energía en Chile, incluyendo el Estado y a las empresas del rubro. No obstante los cuestionamientos formulados desde las organizaciones de derechos humanos por sus insuficiencias en diversos aspectos antes señalados, el marco “proteger, respetar y remediar” propuesto por el Representante Especial Ruggie para las actividades empresariales y los derechos humanos permite establecer algunas de las responsabilidades que pensamos corresponden a dichos actores en el país. En base a este marco podemos identificar como desafíos para el Estado en este sentido la adopción de medidas legislativas que regulen adecuadamente el actuar de las empresas, que impidan que dicha actuación pueda realizarse en desmedro de los sectores vulnerables, así como de sus tierras, recursos y formas de vida, y que posibiliten que estos sectores vulnerables puedan incidir en la toma de decisiones en relación a sus planes. Dicha legislación debería, además, permitir la investigación y castigo de los abusos cometidos por estas empresas, como también la reparación de los daños que causen.

En el caso de las empresas de energía, la debida diligencia que el representante especial Ruggie propone que éstas adopten para el adecuado respeto de los derechos humanos, supondría por parte de ellas una preocupación mucho mayor que la que hasta ahora han tenido para con la población afectada por sus actividades. Ello en, entre otros aspectos, la identificación previa a sus planes de inversión de los potenciales impactos que éstos puedan tener en la población local; en la determinación de alternativas a dichos planes o lugares de emplazamiento en caso de identificarse potenciales impactos sociales y culturales; en la consulta a las comunidades afectadas sobre dichos planes; en la compensación de los daños que sus actividades provoquen en la población, evitando las modalidades de cooptación anticipada de población que hasta ahora han desarrollado a través de mecanismos como la negociación incompatible; y en la generación de modalidades de participación razonable en los beneficios que dichas actividades generen.

En el caso de los pueblos indígenas, y tomando en consideración las directrices establecidas por el RE James Anaya, la debida diligencia de las empresas de energía en el país debería significar además el que éstas deban ceñir su actuación al respeto de las normas internacionales aplicables, incluyendo el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de Pueblos Indígenas. La debida diligencia implicaría además una especial preocupación de dichas empresas por la identificación y protección de las tierras, territorios y recursos de estos pueblos susceptibles de ser afectados por sus iniciativas; el desarrollo de procesos de consulta por el Estado orientados hacia el logro de su consentimiento previo, libre e informado sobre los planes propuestos; la prevención de los impactos negativos de dichos planes y la participación en los beneficios que reportan estas actividades a través de enfoque que no sólo basados en pagos monetarios.

Del análisis aquí efectuado surgen también desafíos para las comunidades afectadas por la actividad de las empresas de energía, las que podrían hacer un uso más intenso de las instancias y herramientas internacionales que hemos reseñado en este trabajo. Ello en particular en el caso de los pueblos indígenas, cuyos derechos amenazados o violados por grandes proyectos de inversión han encontrado creciente protección tanto en el sistema Interamericano de derechos humanos como en el sistema de Naciones Unidas. A las mismas comunidades, así como a la sociedad civil en general, se le plantean también desafíos relacionados con el monitoreo de las obligaciones internacionales del Estado y los abusos de estas empresas. Ello a través de la utilización de mecanismos como los estudios de impacto en derechos humanos de inversiones extranjeras que Derechos y Democracia propone. Su aplicación en otros contextos nos demuestran que la utilización de este tipo de herramientas puede ser clave en la identificación de los impactos que este tipo de actividades generan en estos derechos, así como en el desarrollo de acciones que permitan evitar dichos impactos o reparar los daños que éstos generan.

Bibliografía

Comisión Ciudadana Técnica Parlamentaria para el Desarrollo de la Matriz Eléctrica. *Desafíos para la Seguridad y Sustentabilidad del Desarrollo Eléctrico en Chile: Razones de la Inseguridad y las Distorsiones de la Política Vigente*, en <http://www.energiaciudadana.cl/diagnostico>

CONAPACH. 2009. *Acta de acuerdos Primer Conclave Nacional de Organizaciones de Pescadores y comunidades Costeras afectadas por Proyectos e Instalaciones termoeléctricas*, Quintero, en <http://www.conapach.cl/home/index.php?linkid=67>

Conferencia Internacional del Trabajo, 100.ª reunión, 2011. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución)*, en http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/100thSession/reports/reports-submitted/WCMS_151559/lang-es/index.htm.

Derechos y Democracia. 2007. *Estudio de los Impactos de los Proyectos de Inversión extranjera en los derechos humanos*, Derechos y Democracia, Montreal, en http://www.dd-rd.ca/site/PDF/publications/es/globalizacion/spanishreport_final.pdf

Federación Internacional de Derechos Humanos. 2009. *Derechos Humanos y empresas: defender los derechos humanos y garantizar la coherencia. Contribución de la FIDH al Representante Especial de los Derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, en <http://www.fidh.org/Derechos-humanos-y-empresas-defender-los-derechos>.

Hair, Jay D. et al. 1997. *Pangué Hydroelectric Project (Chile): An Independent Review of the International Finance Corporation's Compliance with Applicable World Bank Group Environmental and Social Requirements*.

Larraín, Sara. 2010. "Agua, derechos humanos y reglas del mercado". Larraín Sara y Pamela Poo ed., *Conflictos por el agua en Chile. Entre los derechos humanos y las reglas del mercado*, Santiago, Gráfica Andes, pp. 15-49.

Liberona, Flavia. 2009. *Catastro de Proyectos de Generación Eléctrica en Chile*, en www.terram.cl

MIDEPLAN. *Encuesta Casen 2009*.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *Líneas Directrices de la OCDE para empresas multinacionales*, en http://www.oecd.org/document/28/0,3746,en_2649_34889_2397532_1_1_1_1,00.html.

Versión en castellano:
http://www.direcon.gob.cl/sites/www.direcon.gob.cl/files/bibliotecas/DIRECTRICES_2011.pdf

Oxfam y Derechos y Democracia. 2010. *Evaluaciones de impacto en los derechos humanos basadas en la comunidad. Informe de una reunión internacional, Canadá*, en http://www.dd-rd.ca/site/PDF/publications/COBHRA_Report_Esp.pdf

Schönsteiner et al. 2011. *Reflections on the Human Rights Challenges of Consolidating Democracies: Recent Developments in the Inter-American System of Human Rights*, en: Human Rights Law Review, 11:2.

Segura, Patricio. 2010. "HYDROAYSEN y ENERGIA AUSTRAL quieren represar la Patagonia para convertirla en la gran pila de Chile". Larraín Sara y Pamela Poo ed., *Conflictos por el agua en Chile. Entre los derechos humanos y las reglas del mercado*, Santiago, Gráfica Andes, pp. 349- 360.

Sindicato de Pescadores Artesanales Caleta Ventanas. 1 septiembre 2011. *Carpeta Informativa Situación Ambiental Caleta Ventanas*. Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente, inédito.

Terram. 2011. *Cartilla Ciudadana sobre Termoeléctricas, Lo que debemos saber*, en www.terram.cl.

Terram. 2011. *Minuta: Energía termoeléctrica e institucionalidad ambiental. Las lecciones del caso Barrancones*, en www.terram.cl.

Derecho chileno

Código de Aguas (D.F.L. N° 1122 de 1981)

Ley general de Servicios Eléctricos (D.F.L. N° 1 de 1982).

Ley sobre Fomento, Protección y Desarrollo de los Indígenas (N° 19.253 de 1993)

Ley de Bases del Medio Ambiente (N° 19.300 de 1994)

Ley 19.657 del año 2000.

Jurisprudencia chilena

Sentencia de 4 de enero de 2011 de la Corte Suprema, "*Faumelisa Manquepillán y otros C/ COREMA XIV Región*", causa Rol 6062-2010

Sentencia de 13 de julio de 2011 de la Corte Suprema, "*Asociación Indígena Consejo De Pueblos Atacameños Con Comisión Regional Del Medio Ambiente Región Antofagasta*", causa Rol 258-2011.

Jurisprudencia interamericana

Corte IDH, Sentencia *Caso Awas Tingni vs. Nicaragua*, 2001.

Solución amistosa Mercedes Julia Huenteao Beroiza y otras vs. Chile, 11 marzo de 2004, en <http://www.cidh.org/annualrep/2004sp/chile.4617.02.htm>.

Ancalaf vs. Chile, en <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2011/94-11sp.htm>

Corte IDH, Sentencia caso *Saramaka vs. Surinam*, 2008.

MC 56/08 – *Comunidades Indígenas Ngöbe y otras, Panamá*, 19 junio 2009.

Comunidades Indígenas Ngöbe vs. Panamá (2010)

MC 382/10 - *Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingu, Pará, Brasil*, 1 de abril de 2011.

Informes y decisiones internacionales

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (1997), Recomendación General XXIII

Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General N° 15

Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 31

Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie, *Las empresas y los derechos humanos: catalogo de normas internacionales sobre responsabilidad y rendición de cuentas por actos cometidos por empresas*, Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/4/35, 19 de febrero de 2007.

Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie, *Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos*, Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/8/5, 7 de abril de 2008.

Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/15/37 19 de julio de 2010.

Sitios web

Comisión Nacional de Energía: www.cne.cl

Conferencia Nacional de Pescadores Artesanales de Chile: www.conapach.cl

Hidroaysen: www.hidroaysen.cl

OECD Watch: www.oecdwatch.org

Aporte del mundo sindical al dialogo social sobre derechos humanos y empresas

Alicia Díaz Nilo⁷⁰

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) es un organismo especializado de las Naciones Unidas, cuya misión es fomentar la justicia social, los derechos humanos y laborales internacionalmente reconocidos. Su originalidad radica en el hecho de que es la única organización mundial con bases en una estructura tripartita con igual representación de gobiernos, trabajadores y empleadores. Los medios principales de los cuales dispone la OIT, para alcanzar los objetivos de progreso económico y justicia social, son las actividades normativas y la cooperación técnica. Desde su fundación en 1919 a raíz de la Conferencia de Paz convocada al término de la Primera Guerra Mundial ha establecido el nexo entre la paz y la justicia social al declarar que “la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social”. La creación de la OIT y en su actuar en el tiempo ha estado preocupada por proteger los derechos fundamentales de todos y todas los trabajadores y trabajadoras para construir una sociedad más humana y evitar modelos negativos en el ámbito de la competencia internacional producto de los cambios económicos y sociales. La adopción de Convenios y Recomendaciones que surgen del consenso y diálogo social entre los países son prueba de esta trayectoria humanitaria.

En la región, recientemente la CEPAL a través de su publicación “La Hora de la Igualdad” (2010), plantea la necesidad de construir una agenda para la igualdad como una tarea ineludible para los países de América Latina. Las razones que esgrime para convocar a esta Agenda se basan en que la cohesión social resulta clave para sostener el crecimiento, aumentar la legitimidad y gobernanza en los Estados así como disminuir la conflictividad. En segundo lugar se afirma que una sociedad más integrada favorece lo que tiende a llamar la “competitividad auténtica”, espacio donde se ponen en juego el uso de las capacidades de la fuerza de trabajo, se aumenta el acceso y las oportunidades para los habitantes, se trata de una confluencia virtuosa entre desarrollo económico e igualdad social. En tercer lugar se señala que ante mayor igualdad en el ámbito de los derechos sociales se abre una ventana para una mayor democratización de las decisiones políticas. Aumentan y se diversifican los grados de representatividad en las sociedades. En cuarto lugar, señala la CEPAL en su documento que “la mayor igualdad constituye un referente normativo que orientará la acción pública en aras de reducir la vulnerabilidad y traducir el crecimiento económico en un acceso más difundido al bienestar” (CEPAL, 2010).

Esta invitación y llamado de la CEPAL es coincidente con el desafío de Trabajo Decente de la OIT y con la idea de actores sociales comprometidos con el desarrollo de las naciones, lo que pone énfasis sobre la urgencia y necesidad de profundizar todas aquellas actuaciones que faciliten alcanzar la igualdad, acciones que tienen un carácter sistémico en su manifestación y en los resultados que ellas generan para las sociedades.

Para el Programa Regional de Diálogo y Cohesión Social en América Latina de la Organización Internacional del Trabajo, este desafío de contribuir a la justicia social y de avanzar en igualdad se alinea con el logro de avanzar hacia el Trabajo Decente en un marco de entendimiento, paz social y cooperación entre los actores. Es por ello,

⁷⁰ Oficial Programa Regional de Diálogo y Cohesión Social para América Latina, Organización Internacional del Trabajo. OIT.

que adquiere centralidad la acción del actor sindical al ejercer un papel activo en la corrección de las desigualdades que el funcionamiento del mercado de trabajo genera e impulsando los cambios para que el desarrollo sea posible en un ambiente de pleno ejercicio de los derechos humanos.

Chile

La situación del sindicalismo en Chile (SEHNBRUCH, 2011) es similar a lo que ocurre en otros países que han sufrido los efectos de la desindustrialización, privatización, legislación y acción antisindical, tales como en el Reino Unido o en Estados Unidos. Sin embargo, el sindicalismo en Chile es aún más débil que en estos países, la regulación laboral es una de las más desfavorables en el mundo, en segundo lugar, y las prácticas antisindicales son ampliamente extendidas, especialmente los despidos ilegales de los organizadores de sindicatos y la existencia de listas negras para evitar la asociatividad de los trabajadores y trabajadoras. Sehnbruch señala que además de estas condiciones, en el período de post-transición a la democracia en Chile, las políticas públicas concibieron al mundo sindical como un actor que en última instancia afecta negativamente el crecimiento económico más que ser un aporte al positivo al desarrollo y el proceso productivo.

En Chile la reforma laboral aprobada a fines de 2001 actuó reparando los conculcados derechos laborales del período de la dictadura, encareció el costo de los despidos para los trabajadores que tenían una antigüedad inferior a cinco años, pero sin cambiar lo dispuesto en 1979 en relación a las causales de despido, que siguieron siendo tan vagas como lo habían sido hasta ese momento, especialmente debido a que el empleador mantuvo el derecho a despedir sin causa alguna. En ese período se otorgó el derecho a las confederaciones sindicales a existir, seguridad en el trabajo y fuero a sus dirigentes.

Las condiciones laborales, la legislación laboral que ha desfavorecido su organización y actuación han debilitado el accionar sindical, impidiendo que se constituyan como contrapartes con poder en los espacios de negociación que se han creado durante los últimos 20 años. Las grandes negociaciones han recaído hasta ahora en los partidos políticos y en el parlamento que representa a los ciudadanos. El sindicalismo en América Latina ha perdido también influencia sobre el funcionamiento del mercado laboral. En el caso de Chile, los espacios privilegiados para el diálogo social y de discusión con los gobiernos, desde la Concertación a la Coalición por el cambio, ha recaído sobre el salario mínimo y las asignaciones familiares, así como también, sobre los salarios del sector público sin entrar en mayores reformas al sistema de relaciones laborales.

Si bien este debilitamiento y atomización de la organización sindical es un fenómeno extendido en América Latina, su reaparición como fuerza social clave a la hora de debatir sobre desarrollo y futuro de la sociedad, sigue intacta. En Chile, las últimas encuestas de opinión reflejan la baja progresiva de credibilidad, apoyo y confianza en los partidos políticos y el parlamento, y un alza sostenida en el mundo sindical y sus sindicatos. La demanda de aumento de la representación del sindicalismo de los asuntos del trabajo se comienza a rediseñar en el actual contexto. Uruguay muestra una tendencia interesante donde las reformas laborales permitieron y estimularon un fuerte crecimiento en la tasa de sindicalización.

Sin embargo, los temas preocupantes que el sindicalismo nacional enfrenta es la baja de la tasa de afiliación de la población a los sindicatos (12,5%) y de negociación colectiva que alcanza apenas al un 5%, se exigen apenas ocho trabajadores para formar un sindicato generando la proliferación de los mismos con escaso poder de influencia, se mantiene la prohibición de la sindicalización para los trabajadores y las trabajadoras del sector

público y la limitación de organizar sindicatos inter-empresas, lo que obstaculiza la actuación sindical conjunta. Lo que no ocurre en otros países de la región como Argentina, Brasil y Uruguay en donde predominan los sindicatos por ramas.

El sindicalismo y los nuevos temas del mundo del trabajo

La capacidad del sindicalismo de influencia sobre el gobierno y las políticas públicas se ha estado debilitando en las últimas décadas, no obstante persiste en Chile y en toda América Latina la capacidad de movilizar a los sectores y de apoyar a nuevas y variadas formas de descontento social. El sindicalismo se ha logrado mantener visible y con capacidad de interlocución política, diversificando su accionar, estableciendo nuevas alianzas e incorporando temas de representación del sentir ciudadano, mostrando cada vez mayor sensibilidad cívica sobre materias que requieren un tratamiento sistémico e integral y en donde el mundo del trabajo y sus trabajadores pueden jugar un rol central a la hora de corregir las desigualdades generadas por las relaciones laborales asimétricas. Se les presenta un reto sindical de conseguir mayores derechos de ciudadanía, cautela por los derechos humanos fundamentales y derechos laborales, sin transar la preocupación por el mercado del trabajo.

En la Declaración de la Justicia Social para una Globalización más Justa, acordada en la 97ª Conferencia Internacional del Trabajo de junio de 2008, la OIT promueve una vez más el diálogo social y el tripartismo como los métodos apropiados para traducir el desarrollo económico en progreso social y el progreso social en desarrollo económico.

En la reciente Reunión de las Américas realizada en Santiago de Chile en diciembre del año 2010, concurrieron las organizaciones de empleadores, gobiernos y trabajadores a debatir los temas de mayor preocupación para el mundo del trabajo. Se trató en extenso la necesidad del fortalecimiento de los actores sindicales para mejorar su actuación en las cada vez más frecuentes situaciones de crisis que tienen lugar en los países de la Región, pero también para constituirse en una voz informada de todos aquellos asuntos que las sociedades y sus actores – especialmente a los excluidos – están demandando de las organizaciones sociales.

Es decir, el sindicalismo tiene retos de enorme magnitud: su fortalecimiento y renovación⁷¹, acrecentar el control sobre aspectos de funcionamiento del mercado del trabajo (crisis del empleo, incorporación de las mujeres al mercado del trabajo, erradicación del trabajo infantil, asegurar mayores oportunidades para los jóvenes, seguridad social y dignidad, lucha contra la pobreza), ampliar su política de alianzas para vincular los temas permanentes de su razón de ser con nuevos desafíos sociales(energía, medio ambiente, hábitat, etc..) y profundizar el diálogo social para alcanzar mayor cohesión social, gobernanza y gobernabilidad en la Región.

Es en este marco que la relación de empresas y trabajadores resuena favorablemente hacia una mayor integración. El Trabajo Decente al que convoca la OIT permite ampliar los espacios de participación social, más allá de la actuación en las organizaciones políticas y sindicales. El diálogo social y el acceso a la información, extiende el conocimiento para el ejercicio pleno de los derechos y para el intercambio cultural.

Diálogo social como método de interacción. Una contribución del sindicalismo

En este último desafío es que nos parece central ubicarnos para ofrecer un acercamiento entre los nuevos temas del mundo del trabajo, las alianzas estratégicas con otros actores de la sociedad civil, sean éstos las clases

⁷¹ El sindicalismo se encuentra actualmente en un proceso de auto- reforma . Ver CSA disponible en: www.csa.org .

populares con quien siempre el sindicalismo ha tenido una relación privilegiada, como con otras realidades organizativas sociales y de orden territorial⁷², su incidencia en la promoción de los derechos humanos , como también una mayor participación y responsabilidad del Estado en su actuación hacia las empresas.

Hemos ido observando un cambio en el paradigma en las prácticas empresariales y en la forma de hacer negocios. Los elementos comunes en este proceso de cambio, se expresan en la necesidad de que se incorpore a la práctica habitual y gestión de las empresas, aspectos económicos, sociales y ambientales, con la participación de distintos sectores, como: empresas, sociedad civil, trabajadores y gobierno.

El Diálogo Social ofrece al sindicalismo un instrumento que desempeña un papel crucial en el logro del objetivo de promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres para conseguir un trabajo productivo y decente, en condiciones de libertad, seguridad y dignidad y es un buen vaso comunicante con otros. En este sentido, lo aprendido en los mecanismos bipartitos y tripartitos de la OIT puede ser un insumo muy valioso al momento de buscar formas de diálogo y negociación entre comunidades y empresas, donde se repite un gran desafío que conocemos desde el sindicalismo: la desigualdad de las partes en el diálogo.

La definición de diálogo social con que trabaja la OIT incluye dentro del mismo todo tipo de negociación, consulta o simple intercambio de informaciones entre representantes de gobiernos, empleadores y trabajadores sobre cuestiones de interés común relacionadas con la política económica y social. Puede cobrar la forma de un proceso tripartito donde el gobierno es parte oficial en dicho diálogo o consistir en relaciones de carácter bipartito entre trabajadores y empleadores, o sea, entre organizaciones de trabajadores y de empleadores, con o sin intervención indirecta del gobierno. La concertación puede ser oficiosa u oficial, siendo con frecuencia una combinación de ambos tipos. Puede tener lugar en los planos nacional, regional o de la empresa. También puede ser interprofesional, intersectorial o una combinación de tales formas.

El principal objetivo del diálogo social es el de promover el logro de un consenso y la participación democrática de los principales interlocutores presentes en el mundo del trabajo. Las estructuras del diálogo social, así como los procesos que se han desarrollado con éxito, han sido capaces de resolver importantes cuestiones de índole económica y social, han alentado el buen gobierno, el progreso y la paz social, la estabilidad e impulsado el desarrollo económico y pueden contribuir a identificar y superar las lagunas de gestión relacionadas con los derechos humanos que surgen de la actuación de las empresas en el mundo global, problema fundamental que nos señalaba , John Ruggie, en su Informe sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales⁷³ . El Diálogo Social con un actor sindical y comunitario fuerte permite gestionar las consecuencias adversas del actuar empresarial, prevenirlas, hacer que se respeten los derechos humanos sobre los cuales la empresa tiene responsabilidad y exigir acciones remediales adecuadas y justas.

Caso Sector Energético

Si bien el sector energético chileno ha tenido un enorme desarrollo en los últimos veinte años, no es menos cierto, que su impulso ha sido parte de las decisiones del sector empresarial en alianza con los gobiernos. Este sector pujante de la economía nacional se ha encontrado influenciado por un contexto internacional marcado por el agotamiento de las fuentes fósiles en particular el petróleo, el calentamiento global que empuja hacia la búsqueda de energías verdes y la mayor conciencia ecológica que la humanidad ha ido adquiriendo, en la cual

⁷² ONGs indígenas, grupos ambientalistas, estudiantes, consumidores, etc.

⁷³ Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de derechos humanos y las empresas transnacionales, John Ruggie. Asamblea General de Naciones Unidas. 7 de Abril 2008.

se busca un desarrollo compatible con el medio ambiente. En el contexto nacional la participación y asentamiento democrático genera la oportunidad para que la ciudadanía organizada y no organizada se exprese abiertamente. Estamos entonces ante un tema de interés ciudadano que interpela al mundo sindical en su relación con la exigibilidad del cumplimiento de derechos por las empresas. El mundo sindical comprende que el debate sobre energía como materia prima fundamental no es técnico, sino político, referido al desarrollo económico del país. Debatir en Chile sobre energía es hacerlo sobre el estilo de desarrollo que se busca, sobre la inversión extranjera, sobre la participación de empresas nacionales, sobre el ingreso de capitales extranjeros, sobre la fiscalización y el rol del Estado y sobre el efecto que cualquier decisión acerca de Energía y Empresas tengan en derechos laborales, derechos ambientales y derechos humanos.

Al igual que en el sector energético, el campo de Derechos Humanos y Empresa presenta un campo de actuación para los sindicatos y trabajadores, en al menos tres niveles: **el nivel nacional, el nivel regional y en nivel sindicato – empresa** para discutir y acordar asuntos de interés para los trabajadores y la ciudadanía.

El nivel nacional es donde los líderes sindicales deben acordar y pronunciarse sobre qué país es el que se quiere construir, con qué modelo de desarrollo.

Si se debate socialmente sobre Desarrollo Energético, entonces el mundo sindical deberá pronunciarse sobre la matriz energética y si ésta pone al centro de los objetivos de futuro de un país construido en consenso y donde los derechos humanos de las personas no son transables. Es esta instancia la que ofrece el espacio para que el sindicalismo se exprese –en representación de los trabajadores y trabajadoras – pero también de aquellos excluidos socialmente, sobre cuáles son los beneficios en lo referido a la dignidad y los derechos que una matriz energética y el uso que se le asigna a la energía en la matriz productiva.

Este Diálogo Social, requiere de habilidades de orden político, de legitimidad democrática y de una visión de futuro. En este nivel de discusión se aborda el funcionamiento de las instituciones del mercado laboral y su rol en la matriz energética, qué empresas se benefician, con estas decisiones, cuántas, cuáles. De existir incidencias negativas respecto a la vulneración de derechos humanos, incluyendo los laborales, respecto de la pobreza y del medio ambiente, existe la posibilidad que la institucionalidad pública y la laboral, corrijan con políticas públicas y sociales para la ampliación de oportunidades y fortalecimiento de los derechos de los trabajadores y sus comunidades. En Chile existe un Consejo Consultivo en el Ministerio de Medio Ambiente, al que asisten representantes de gobierno, de los empresarios, de los sindicatos⁷⁴, académicos vinculados a materias medioambientales y organizaciones no gubernamentales, quienes se pronuncian sobre todos los proyectos e inversiones en materias medioambientales a ejecutarse en el país. Este Consejo Consultivo tiene expresión tripartita en todas las 15 regiones del país.

Es a nivel nacional, dotado de Diálogo Social, los gobiernos, las empresas nacionales, transnacionales quienes deben garantizar transparencia y acceso a las decisiones sobre la formulación, la ejecución y la evaluación de políticas y programas nacionales e internacionales que impacten sobre los derechos humanos de las comunidades y de los trabajadores, sobre el medioambiente, las estrategias industriales en debate, los programas de ajuste laboral que la inversión extranjera y el ingreso de capitales y de nuevas energías traen

⁷⁴ Central Unitaria de Trabajadores.

consigo, la transferencia tecnológica a quienes beneficia y a qué actores del mundo del trabajo y de las comunidades aledañas a la empresa afecta.

En el nivel nacional se debate el tipo de sociedad que se quiere construir, el modelo de desarrollo que la explica, la distribución de la riqueza en la sociedad, los objetivos de las políticas tributarias, y los modos que se proponen corregir el funcionamiento de un mercado globalizado que no genera igualdad ni equidad. La meta de Trabajo Decente, sostenida en el mero cumplimiento y ejercicio de los derechos humanos universales, ofrece una batería de indicadores que permiten medir cuánto el país avanza hacia la meta propuesta. Serán los trabajadores, las trabajadoras y sindicatos quienes podrán encontrar mejores fórmulas para establecer la relación entre la institucionalidad laboral, la institucionalidad de justicia, y la institucionalidad ambiental, la política económica y los roles de cada una de ellas en la protección y el respeto de derechos humanos.

A **nivel nacional**, los sindicatos deben estar conscientes del vínculo entre seguridad laboral, derechos humanos, derechos laborales, desarrollo sostenible, en donde la seguridad, en sentido amplio, es una necesidad fundamental que comparten las personas, las comunidades, las empresas y los gobiernos por igual. En este nivel se acuerda reconocer que la seguridad y el respeto por los derechos humanos pueden y deben ser consistentes; en el plano nacional los trabajadores y sus sindicatos inciden en la comprensión que los gobiernos tienen la obligación fundamental de promover y proteger los derechos humanos y que todas las partes en un conflicto social están obligadas a observar las normas del derecho internacional de los derechos humanos. La promulgación de leyes nacionales y la promoción de los convenios de la OIT se trabajan en este nivel y son socios claves para la actuación sindical en este campo su relación con los parlamentarios, con las organizaciones sociales, y la unidad sindical.

El nivel regional ofrece la oportunidad de un diálogo social informado sobre las oportunidades de desarrollo de las regiones vinculándolas a las necesidades estratégicas para que un territorio alcance el crecimiento económico acompañado de oportunidades para que hombres y mujeres tengan mayores ofertas y alcancen el bienestar. Este nivel, territorial, donde tiene lugar la actividad productiva de empresas multinacionales y nacionales permite el establecimiento de mecanismos de colaboración bipartitos (entre trabajadores y empleadores) tripartitos entre trabajadores, empleadores y gobiernos regionales para formular políticas de prevención y promoción de derechos humanos en su conjunto.

Es a nivel regional, donde se puede ajustar y hacer exigible el papel de Estado como vigilante del interés territorial y nacional, tanto en las instancias judiciales, cuando se trate de resolver controversias, como en el uso extensivo e informado de los mecanismos no- judiciales (negociación, acciones conjuntas, incidencia en el gobierno o el parlamento) . En el nivel regional se debe considerar el efecto que las actividades de las empresas pueden tener sobre las comunidades locales, se debe reconocer el valor del compromiso con la sociedad civil y se ha de exigir a los gobiernos regionales, locales y extranjeros su contribución al bienestar de estas comunidades, así como el establecimiento de las acciones de mitigación que pudieran existir ante cualquier posibilidad de vulneración de derechos en el marco de un conflicto social. A nivel territorial los sindicatos participan con mayores niveles de información de sus representados, vinculando las actividades empresariales con la cadena de suministro, subcontratación y de servicios de pequeñas y medianas empresas asociadas, estableciendo acuerdos para hacer que las empresas cumplan los derechos laborales y los derechos humanos, y que desarrollen su actividad económica en un marco socialmente responsable.

La unidad de los sindicatos en torno a la misma actividad productiva, como respecto de la red social de actores presentes en los territorios, será su principal fortaleza para sostener un diálogo y gestionar acuerdos con el mundo empresarial. Leyes que aseguran la protección de los trabajadores, las trabajadoras y ciudadanos además contribuyen a un diálogo fructífero.

A nivel empresa – sindicato los instrumentos de negociación colectiva, los comités de trabajo tales como los comités paritarios y los comités de capacitación son de enorme utilidad para la protección, el respeto y la exigencia de acciones remediales en derechos humanos. El establecimiento de mecanismos bipartitos que reduzcan los accidentes, las lesiones, enfermedades laborales, abusos laborales y medidas que promuevan la igualdad de oportunidades para hombres y mujeres ante incumplimientos de contratos, son posibles en el marco de las negociaciones. La Negociación Colectiva debe velar porque los trabajadores y las trabajadoras dispongan de información actualizada, oportuna y completa de modo de suscribir acuerdos que consagren el ejercicio de los derechos humanos de los trabajadores y sus familias así como el de las comunidades.

El sindicato en su relación con la empresa, debe exigir la evaluación de riesgos de las actividades que se desarrollen, tanto al interior de la empresa como en el territorio donde opera. La habilidad para evaluar los riesgos en el ambiente operativo de una Empresa es crucial para la seguridad de los trabajadores, para su acción con las comunidades locales; para el éxito de las operaciones de la compañía en el corto y el largo plazo; y para la promoción y protección de los derechos humanos. En esta tarea el sindicato debe estar presente y en este sentido, pueden ser interlocutores muy importantes, compartiendo su experiencia e incidiendo directamente en el mejoramiento del respeto a los derechos humanos.

Así como existen auditorías financieras, el sindicato debe participar activamente en auditorías de “derechos humanos”, auditorías de desarrollo sostenible, en los centros de trabajo, como también, ser informados y activos en las evaluaciones de impacto ambiental.

Condiciones que favorecen el actuar de las organizaciones sindicales

Para que los trabajadores y sindicatos puedan desempeñar su papel, los gobiernos y los empleadores deben cautelar y vigilar por su libertad y autonomía, consagrados en los Convenios Fundamentales de la OIT.

- La existencia de políticas públicas, de un sistema de relaciones laborales y de un sistema democrático pueden contribuir a fortalecer el actuar sindical y vice-versa.
- El mundo sindical es un aliado clave en la formación de bases de acuerdo para que así pueda influir decisivamente en la concepción y el desarrollo de políticas públicas.
- Necesidad de fortalecimiento del sindicalismo y ampliación de la cobertura de la negociación colectiva.
- Considerar un valor público la acción sindical y estar dispuesto a invertir todos los esfuerzos de la sociedad por aumentar el número de trabajadores y trabajadoras sindicalizados.
- Promover una nueva cultura en las relaciones laborales lo que significa estar dispuesto a invertir en fortalecer el diálogo. Esto supone recursos, metodología, seguimientos, proyectos estratégicos, personal idóneo, formación de todos los actores, especialmente de los que tengan menos acceso a este recurso, responsabilidad y una ética del trabajo colaborativo. Los resultados darán cuenta de que la inversión tiene éxito.

El país y sus instituciones deben invertir todo lo necesario para que los trabajadores y las trabajadoras estén en igualdad de condiciones para proteger, respetar y hacer remediar las actuaciones empresariales y los derechos

humanos, para ello la formación sindical, la asistencia técnica y las competencias laborales son pilares fundamentales.

En este sentido, los trabajadores deben recibir suficiente capacitación para incrementar su conciencia sobre Derechos Humanos y Empresas y desarrollar herramientas e instrumentos para que su actuar tenga resultados en todos los campos donde ocurra, especialmente en los sectores más vulnerables.

Los gobiernos y las empresas deberían cooperar en la evaluación de las necesidades de capacitación en derechos humanos para los trabajadores y trabajadoras, dentro de sus respectivas esferas de actuación. Los sindicatos por su parte, deben involucrarse en la formulación de planes, proyectos y programas de capacitación para sus trabajadores.

Ventajas del Diálogo Social sobre Derechos Humanos y Empresas

El hecho de que los trabajadores y las trabajadoras cuenten con las herramientas adecuadas y suficientes para abordar las materias que se tratan –políticas, planes o programas-, impone la necesidad de un proceso de fortalecimiento hacia el interior de las organizaciones que les imprima mayor cohesión, representatividad y por sobre todo, autonomía.

Se dispone de una plataforma compartida en todos los niveles de la acción sindical otorgando densidad al trabajo sindical.

Ofrece un campo de colaboración extramuros. El mundo sindical tendrá como aliados naturales en el ámbito de derechos humanos a las organizaciones sociales, a las organizaciones no gubernamentales, a los estudiantes, a los municipios en donde la influencia mutua refuerza el rol sindical al interior de la empresa así como su gestión regional y nacional.

El Diálogo Social en este campo promueve la cohesión territorial en pos del desarrollo de regiones y comunidades, en pos del desarrollo productivo. Facilita la negociación por sectores y por ramas.

Introduce nuevos temas a incorporar en la Negociación Colectiva, ampliando la visión de la dirigencia sindical. Ofrece una nueva agenda con temas de alta sensibilidad social, especialmente para los grupos más vulnerables.

Propone un nuevo espacio para la formación y la humanización de la acción social. Los derechos humanos entendidos no solamente cómo la vulneración de éstos en situaciones de guerra, represión, dictadura o persecución sindical. Los Convenios Fundamentales de la OIT y los Derechos Humanos ofrecen a los sindicatos un set de indicadores para medir el progreso y el desarrollo.

Sindicatos, trabajadores y trabajadoras preparados para colaborar con las empresas en la promoción y protección de los derechos humanos, mitigando los efectos que la globalización y la expansión tecnológica y productiva traen consigo.

Bibliografía

Ruggie, John. 2008. *Informe sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales ante la Asamblea General de Naciones Unidas*.

Sehnbruch Kirsten. 2011. *Unable to Shape the Political Arena: The Impact of Poor Quality Employment on Unions in Post-Transition Chile. Documento de Trabajo*. Santiago de Chile.

CEPAL. 2010. *La Hora de la Igualdad. La Hora de la igualdad. Brechas por cerrar, caminos por abrir*. Brasilia.

OIT. Organización Internacional del Trabajo. Principales Convenios sobre Diálogo Social, disponibles en www.ilo.org.

- Convenio sobre el derecho de asociación (agricultura), 1921 (núm. 11)
- Convenio sobre el derecho de asociación (territorios no metropolitanos, 1947 (núm. 84)
- Convenio sobre el la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm.87)
- Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98)
- Convenio sobre los representantes de los trabajadores, 1971 (núm. 135)
- Convenio sobre las organizaciones de trabajadores rurales, 1975 (núm.141)
- Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (núm.151)
- Convenio sobre la negociación colectiva, 1981 (núm.154)

OIT. Organización Internacional del Trabajo. Principales Recomendaciones sobre Diálogo Social.

- Recomendación sobre los contratos colectivos, 1951 (núm. 91)
- Recomendación sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios, 1951 (núm. 92)
- Recomendación sobre la colaboración en el ámbito de la empresa, 1952 (núm. 94)
- Recomendación sobre la consulta (ramas de actividad económica y ámbito nacional), 1960 (núm. 113)
- Recomendación sobre las comunicaciones dentro de la empresa, 1967 (núm.129)
- Recomendación sobre el examen de las reclamaciones, 1967 (núm. 130)
- Recomendación sobre los representantes de los trabajadores, 1971 (núm. 143)
- Recomendación sobre las organizaciones de trabajadores rurales, 1975 (núm. 149)
- Recomendación sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (núm.159)
- Recomendación sobre la negociación colectiva, 1981 (núm.163)

Dos desafíos de derechos humanos bajo el actual régimen de inversión extranjera

*Alberto Coddou*⁷⁵

Introducción

Todo país en vías de desarrollo enfrenta procesos de modernización institucional que deben lidiar con la atracción de capital extranjero, con miras a lograr el tan anhelado objetivo. La necesidad de flujos frescos de capital para realizar nuevos proyectos cambió el discurso dominante, que décadas atrás clamaba por una “soberanía permanente sobre los recursos naturales”. Como lo postula Dolzer, “el debate dominante en las capitales del tercer mundo ya no gira en torno a la soberanía, sino acerca de la competencia por el capital extranjero y nuevas tecnologías, y por tanto, acerca de los ingredientes necesarios de una política nacional de inversiones que pueda servir para atraer al inversionista extranjero” (2005, 955).

Antes, en la década de los 70, se discutía acerca del control sobre las EMNs como una forma de proteger la soberanía de los países. Hoy, el debate acerca del control del poder de las EMNs se da en el contexto de la preocupación por el impacto que éstas pueden tener sobre los derechos humanos de los habitantes de un país (Zerk 2006). Como lo ha mostrado gran parte de la literatura especializada en el tema, el régimen de protección de la inversión extranjera ha otorgado una primacía desproporcionada a los intereses del inversionista por sobre los intereses y derechos de los Estados receptores de la inversión de mantener un espacio regulatorio abierto a la evolución y al desarrollo (Van Harten 2007). En efecto, en agosto de 2010, más de 30 académicos con destacado prestigio en el tema, emitieron un comunicado público expresando la falta de legitimidad del actual régimen de inversión extranjera⁷⁶ (Schill 2010).

En resumidas cuentas, este régimen internacional, formado por más de 2.500 tratados bilaterales de inversión (TBIs), y por capítulos de inversión contenidos en los tratados de libre comercio, otorga una posición privilegiada al inversionista extranjero con respecto al Estado receptor, quien puede ver restringido su espacio regulatorio: su capacidad de tomar medidas en respuesta a las preocupaciones por el desarrollo humano y la sostenibilidad ambiental. La eventualidad de que una medida regulatoria pueda llegar a ser disputada por un inversionista ante un tribunal arbitral internacional -desincentiva la adopción de medidas en pro del desarrollo. Los tribunales arbitrales que más frecuentemente se usan en estos contextos son la comisión arbitral ad-hoc de acuerdo a las reglas de CNUDMI, o bajo los arreglos institucionales que ofrece el CIADI, la Cámara de Comercio Internacional o la Corte de Estocolmo⁷⁷, en donde los Estados tienen altas probabilidades de terminar pagando compensaciones millonarias. El número de disputas ha ido subiendo en el último tiempo, y a pesar de que nuestro país tienen pocas causas en el CIADI (sólo tres), nada nos asegura que el salto al desarrollo no deba pasar por litigios que implicarán grandes costos económicos para Chile⁷⁸. Finalmente, a veces parece ser la sola amenaza de llevar un caso al CIADI que pareciera ser suficiente para cambiar el rumbo a un proyecto de inversión en Chile.

Para salir de la crisis de legitimidad, se postula, por muchos, que el sistema debiera incluir la preservación de un espacio regulatorio para que los Estados tomen medidas que favorecen el interés público, siempre que se hagan de buena fe, de forma transparente, y tomando en cuenta un propósito legítimo. Se han

⁷⁵ Alberto Coddou, abogado de la Universidad de Chile, es investigador del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales. Además, posee un LL.M. de la Universidad de Nueva York (2010-2011).

⁷⁶ Disponible en www.osgoode.yorku.ca/. Véase también una declaración del Vale Center on Sustainable Development de la Universidad de Columbia, disponible en www.vcc.columbia.edu/.

⁷⁷ CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional); CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Disputas de Inversión).

⁷⁸ Para una estadística de las causas ingresadas al CIADI, véase www.icsid.worldbank.org.

propuesto diversas reformas al sistema, que van desde la inclusión de una cláusula general de excepciones a las violaciones de expectativas legítimas de inversionistas contenidas en TBIs (Kalderimis 2009), pasando por una ampliación de las posibilidades de participación de las comunidades afectadas por los proyectos de inversión (Ortino 2009), hasta la creación de una nueva corte internacional de derecho internacional económico capaz de equilibrar los derechos del Estado y los del inversionista (Van Harten 2008). En consideración a lo antedicho, podemos concluir, con cierto grado de consenso, que estamos ante un régimen económico global que disciplina las posibilidades de desarrollo y que, de no mediar una reforma importante, restringirá las posibilidades soberanas de que sean las propias naciones quienes democráticamente vayan fijando sus pautas de desarrollo (Schneiderman 2008).

El modelo de desarrollo chileno ha sido testigo, entre otros tantos ejemplos, de la dificultad de articular las políticas de desarrollo económico con las nuevas demandas y expectativas de una sociedad que está siendo cada vez más consciente de sus derechos. El problema más grande consiste en que, al mismo tiempo que el Estado busca desesperadamente competir en una economía global y ser beneficiario de una porción cada vez mayor del PIB global, las obligaciones no económicas – por ejemplo, relativas a la protección del medio ambiente o a los derechos humanos- pueden pasar a un segundo plano. Ello puede revelar una tensión que fije los futuros puntos de conflicto: los intereses por el crecimiento económico a corto plazo pueden pujar en sentido contrario a los compromisos que los Estados adquieren por promover y asegurar ciertos estándares mínimos en relación a sus habitantes.

El actual régimen de protección de las inversiones extranjeras consiste en un conjunto de instrumentos jurídicos que permiten al inversionista recurrir a tribunales arbitrales internacionales, evitando las jurisdicciones domésticas, para la protección de sus intereses en contra de hechos o medidas que puedan afectarlos. En otras palabras, este régimen está diseñado para que los inversionistas puedan recurrir a la resolución imparcial de los conflictos que surjan a propósito de situaciones que puedan afectar sus inversiones, en general, de medidas administrativas que adoptan los Estados en ejercicio de sus potestades públicas. En términos generales, este diseño institucional no contempla la participación de las comunidades afectadas directamente por los proyectos de inversión, cuyos intereses pueden contradecir el propósito estatal de asegurar y fortalecer un clima de inversión económica seguro y estable. Por ello, se ha señalado que este régimen de protección adolece de una 'crisis de legitimidad', ya que no incorpora la participación de aquellos directamente afectados por proyectos de inversión extranjera directa. Además, el régimen de arbitraje internacional precluye o dificulta en muchos casos el acceso a la justicia o a recursos idóneos de parte de terceros afectados por el proyecto de inversión, especialmente el acceso a recursos preventivos, a pesar de una preferencia general a la prevención que está contenida en los Estándares sociales y ambientales de la Corporación Internacional Financiera que da préstamos a muchísimos proyectos de inversión extranjera en el mundo (Schönsteiner 2011).

Hasta el momento, los intentos por realizar reformas estructurales que le otorguen voz a estas comunidades dentro del sistema de inversión extranjera han sido infructuosos. Considerando este escenario, es crucial analizar el rol que las propias empresas multinacionales (EMNs), los principales tipos de inversionistas extranjeros, pueden jugar en el logro de los objetivos del desarrollo, del cumplimiento de ciertos estándares mínimos, y en la inclusión de la participación de este nuevo tercer actor. En ese contexto, y en lo que sigue, me gustaría plantear dos desafíos para las empresas que operan más allá de las fronteras de su nacionalidad corporativa, desafíos que permitirán comprender dos cosas: primero, el rol que pueden jugar las iniciativas privadas como soluciones inmediatas ante la crisis de legitimidad del régimen de protección de las inversiones extranjeras; segundo, las nuevas perspectivas que las empresas deberán enfrentar en un escenario global complejo, asumiendo deberes y responsabilidades tanto a nivel nacional como internacional. Es importante recalcar que los dos desafíos que voy a plantear no agotan la discusión, pues existen diversos ámbitos que permiten derivar múltiples y variados desafíos que pueden enfrentar los actores privados en el contexto de una economía globalizada.

El primer desafío busca fortalecer las actuales iniciativas privadas que buscan vincular a las EMNs con todos los actores involucrados en procesos colaborativos de diálogo constante. Ello, con el objeto de buscar posibles válvulas de escape ante la actual 'crisis de legitimidad' del régimen de protección de las inversiones extranjeras. Para ello, además, se buscará reflexionar acerca del modo en que los discursos corporativos deben tener un efecto real en los impactos externos y la organización interna de una empresa. Sólo así podremos tomarnos en serio aquellos discursos que, desde los sitios webs corporativos, dicen respetar cuanto derecho humano esté reconocido a nivel internacional.

El segundo desafío busca comprometer a las empresas con la obligación de cumplir con ciertos estándares de transparencia en tanto precondiciones del acceso, por parte de los inversionistas extranjeros, a tribunales arbitrales internacionales. Ello importa uno de los desafíos más importantes en la actualidad: la transparencia. La razón por aquello consiste en que una actitud transparente de las EMNs puede ayudar a configurar ciertas exigencias mínimas de conducta privada como parámetro de análisis para cualquier foro jurídico, ya sea a nivel nacional o internacional.

Ambos desafíos serán ilustrados por ejemplos judiciales recientes. A pesar de que el análisis puede contemplar cierto lenguaje técnico-jurídico, se intenta mantener un discurso abierto a lectores no expertos en materias jurídicas.

Por último, es relevante señalar en esta introducción que toda esta discusión es importante para Chile no sólo como Estado receptor de inversiones, sino porque muchas de sus empresas más exitosas han comenzado a ver a los mercados de países vecinos o en otros continentes como atractivos polos de inversión⁷⁹. Como marco general, los desafíos abordados en este trabajo buscan visibilizar formas en que se puede comprometer el rol de las empresas como promotores privilegiados en materias de derechos humanos y protección del medioambiente.

Estándares industriales (empresariales): iniciativas, discurso y estructura

En principio, resulta difícil comprender por qué una empresa, una industria, o un sector de la actividad económica puedan voluntariamente decidir cumplir con ciertos estándares de derechos humanos o ambientales cuando no hubiera una rentabilidad privada, ya sea en el corto o largo plazo. Dicho eso, hay una variedad de estudios hoy en día que comprueben que la RSE genera y mejora la rentabilidad económica (AGREGAR). De todos modos, en la actualidad resulta imposible negar el potencial efecto negativo o positivo que las conductas empresariales pueden generar en una sociedad. Al mismo tiempo que potenciales agentes de peligro para el desarrollo de comunidad, las empresas son vistas por la opinión pública como actores que, por su posición privilegiada en torno al conocimiento y el desarrollo tecnológico, y su capacidad económica, pueden respetar altos estándares en materia de derechos humanos y protección del medio ambiente.

Los estándares de derechos humanos contenidos en los documentos del derecho internacional, en sus nuevas formas de comprensión, buscan constituir un piso mínimo desde el cual los actores públicos y privados puedan desarrollar sus actividades. En otras palabras, se busca que los derechos humanos constituyan los requisitos mínimos para el tratamiento de cualquier persona, ya sea en relación con el Estado, una empresa o con sus pares. Ello, sin perjuicio de que los principales sujetos de obligaciones internacionales sigan siendo los Estados y no los actores privados.

⁷⁹ A finales del año 2010, la inversión de empresas chilenas en el exterior registró US\$1.402 millones en el tercer trimestre del año, acumulando US\$4.587 millones en lo que va del año. Según indicó la Cámara de Comercio de Santiago, estas cifras asegurarían que el año se cerrará con el registro máximo de la última década. Véase www.diariopyme.com/2010/11/inversion-chilena-en-el-extranjero-alcanza-su-maximo-en-la-decada/.

Los intentos por integrar dimensiones de derechos humanos en la actividad del inversionista extranjero tuvieron frutos solamente recién. Así, por ejemplo, la referencia a estándares laborales, ambientales, o relativos a derechos humanos en tratados bilaterales de inversión es un tema relativamente reciente. Como demuestra un estudio preparado para la OCDE, ningún tratado bilateral de inversión celebrado entre 1958 y 1985 contenía alguna referencia a materias ambientales; entre 1985 y 2001, sólo un 10% de los tratados celebrados contuvo alguna referencia general; las referencias a materias de protección ambiental comenzaron en 2002, y recién a partir de 2005, más de la mitad de los TBIs firmados contienen referencias explícitas a la materia, alcanzado un peak de 89% en 2008 (Gordon & Pohl 2011). Por su parte, todos los tratados de libre comercio que contienen capítulos relativos a la inversión, contienen referencias más integrales que incluyen estándares laborales o ambientales en su lenguaje.

Más allá de los instrumentos internacionales, que en principio obligan solamente a los Estados, los actores privados se declaran explícitamente a favor del cumplimiento de ciertos estándares mínimos, haciendo referencias al derecho nacional o internacional de los derechos humanos. Sin embargo, el desafío no está tanto en declarar la adhesión a ciertos estándares, sino en el real cumplimiento. Si las empresas están preocupadas de su imagen y credibilidad ante financistas, clientes, la sociedad, y el Estado, el discurso corporativo no puede servir como una excusa, como un abandono a evaluar, prevenir y mitigar los efectos que la actividad de los privados tiene sobre el cumplimiento de las normas mínimas.

Para evaluar la fuerza normativa de estos estándares, el grado de respeto que un cierto estándar puede observar, es necesario mirar a la realidad y evaluar cuáles son las formas que mejor ayudan a la conformidad de la conducta empresarial con estos estándares. Hasta el momento, se ha entendido que el poder estatal es el mejor preparado para intervenir en aquellos casos en que la libre interacción de las fuerzas sociales al interior de un país pueda generar efectos nocivos para los derechos humanos. Por ello, se cree que el Estado posee el grado de autoridad necesario y suficiente para regular y obligar a aquellos que no cumplen con las regulaciones o directivas que se dictan. Sin perjuicio de ello, esta manera tradicional de enfrentar el problema ha sido complementada por diversas iniciativas que reclaman tener una mayor o adicional efectividad en el cumplimiento y el compromiso de los actores privados con los mentados estándares mínimos.

Y este reclamo adquiere mayor fuerza en aquellas áreas en donde los problemas de acción colectiva (coordinación entre los diversos actores interesados) se tornan altamente complejos. Entre estas iniciativas, la responsabilidad social empresarial (RSE) constituye uno de los focos centrales de atención. En lo que sigue, me interesa ahondar en algunas reflexiones generales sobre la posibilidad de **integración** de la RSE con los estándares mínimos, tal como han sido definidos por el derecho internacional de los derechos humanos.

La RSE pretende que el cumplimiento de estándares y códigos de conducta asumidos voluntariamente constituyen una manera idónea de conformar la conducta de las empresas con los estándares internacionales. De algún modo, disputan la idea tradicional de que el derecho debe ser obligatorio y que debe respaldar sus órdenes con la amenaza de una sanción. Como consecuencia, el mero cumplimiento con la ley no se puede declarar como una evidencia de una política de RSE. Tradicionalmente, muchas de las políticas de RSE han trabajado sobre el concepto de 'licencia para operar', que requiere tomar en cuenta a todos los grupos de interés involucrados con una determinada actividad empresarial (Cunningham 2007). Todas las partes tienen una cierta racionalidad y persiguen ciertos intereses, ya sean públicos o privados. Así, por ejemplo, los accionistas de una empresa buscan maximizar las ganancias, y para ello utilizan todas sus prerrogativas para intentar que ello se logre. En esa medida, y por lo general, están preocupados de la contabilidad de la empresa y del modo en que ello afecta al valor de la acción, independiente del modo en que se han logrado esas ganancias⁸⁰. Por su parte,

⁸⁰ De todos modos, actualmente existen modelos de sociedades anónimas que promueven una inversión responsable, de manera tal que el valor de la acción no pueda crecer a través de técnicas ilegítimas. Existen fondos de pensión que, para decidir acerca del destino de sus inversiones, toman en cuenta estándares sociales, laborales o medioambientales. Véase, por ejemplo, el *California Public Employees' Retirement System* (CalPERS). En el mismo sentido, la última ley de sociedades en el Reino Unido ha incluido el

las comunidades afectadas, por iniciativa propia o en conjunción con organizaciones de la sociedad civil, buscan proteger los intereses de las propias comunidades locales. El gobierno, a través de sus entes reguladores, busca en lo ideal hacer efectiva la normativa que el mismo ha dictado, así como los compromisos internacionales que ha adquirido, generando, evidentemente, ciertas tensiones entre sus obligaciones de respetar la actividad empresarial, y de proteger a su población de efectos perniciosos. De este modo, y considerando la complejidad de relaciones e intereses entre una empresa y los diversos actores interesados, el concepto de 'licencia para operar' va más allá de lo estrictamente legal. Por ello, la 'licencia para operar' en un determinado país, dependerá de la conjunción de diversos factores.

Para intentar lograr un cierto consenso, una comprensión común desde la cual evaluar los diferentes intereses, los estándares contenidos en el derecho internacional de los derechos humanos ayudan a fijar las garantías para la consideración de los actores involucrados: comunidades, trabajadores, propietarios, inversionistas, bancos, organizaciones internacionales, etc. El problema actual es que la gran mayoría de los discursos corporativos dicen estar comprometidos con el cumplimiento de ciertos estándares, a pesar de no existir un parámetro transversal o uniforme desde el cual evaluar el grado de consistencia de los mismos. En otras palabras, no existe una práctica y/o una institucionalidad, es decir, reglas comunes que nos permitan establecer qué empresas internacionales, más allá de sus discursos, están efectivamente cumpliendo lo que dicen.

Históricamente, la apertura de nuevos mercados para el comercio y la inversión implicaban que el libre juego de marcos regulatorios a nivel global podía ofrecer bajos costos regulatorios que indirectamente podían generar una carrera hacia el debilitamiento de los estándares humanitarios mínimos (*race to the bottom*). Ya en el preámbulo de la Constitución de la OIT se consideraba que el desafío debía enfrentarse a nivel internacional, pues si alguna nación "no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países"; en otras palabras, los bajos estándares laborales presentes en países exportadores afectarían estándares más altos en países importadores, precipitando una carrera por la disminución de los costos regulatorios que implica la legislación laboral, cuestión que solo podría ser remediada por los acuerdos internacionales (Howse & Trebilcock 2005, 561). De este modo, la necesidad de uniformar estándares laborales mínimos se consideraba esencial para una justa competición de mercados abiertos al comercio y la inversión. A pesar de estos esfuerzos, el libre flujo de capitales siguió motivando a las empresas a buscar países en que no sólo la mano de obra fuera comparativamente más barata, sino en marcos regulatorios significativamente más favorables a la maximización de las ganancias. Más allá de analizar si efectivamente fuimos testigos de una 'carrera hacia abajo', es evidente que, la falta de ciertos consensos mínimos, contradice nuestra visión del respeto por los derechos humanos.

Las actuales políticas de RSE han buscado tímidamente incorporar ciertos estándares mínimos, pero no ha existido una voluntad real de construir parámetros comunes para elaborar el piso mínimo de respeto a los derechos humanos, y los mecanismos no-judiciales para la solución de conflictos en este ámbito. Sólo a partir de ciertas iniciativas de organizaciones internacionales, principalmente la ONU, ha existido una voluntad por comprometer a las EMNs con la satisfacción de estándares mínimos. El trabajo del Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para el asunto de derechos humanos en las empresas, John Ruggie, ha contribuido, por ejemplo, a un mejor entendimiento de este punto.

Más allá de la gran fragmentación de iniciativas privadas, actualmente existen pocos estudios empíricos que concluyan que las políticas de RSE, como la creación de 'códigos de conducta' o de 'buenas prácticas', son más efectivas que otros métodos tradicionales. En efecto, muchas veces, como lo sostiene Neil Cunningham, analizando casos en que es la propia industria quien se autoimpone estándares que van más allá de lo

cumplimiento de ciertos estándares de transparencia y derechos humanos en algunos ámbitos de la empresa. Véase la *Companies Act* de 2006.

legalmente requerido por el derecho doméstico de un país, lo reflejado en los 'códigos de conducta' constituye un acuerdo entre los distintos competidores por fijar un techo, un límite para la evolución de la regulación doméstica de acuerdo a los estándares de desarrollo de un país. De este modo, al tiempo de presentarse como actores socialmente responsables, los competidores de una industria pueden proteger sus intereses privados, impidiendo la progresiva modernización de los estándares regulatorios de los países en vías desarrollo (2007). Y ello sucede porque la autorregulación industrial a través de 'códigos de conducta' o 'buenas prácticas', muchas veces implica el establecimiento de estándares más débiles de los que se derivan de una interpretación correcta del derecho internacional de los derechos humanos; a eso se suma, en algunos casos, una fiscalización ineficiente, sometida únicamente a la presión de pares, entidades crediticias, consumidores, o de la sociedad civil y a la contingencia del poder de los competidores; y la aplicación de castigos secretos, para no perjudicar la imagen de la industria como un todo (Cunningham 2007).

Considerando lo antedicho, es de vital importancia hacer esfuerzos por integrar enfoques de derechos humanos no sólo en los discursos, sino en las diversas arquitecturas corporativas de las empresas, así como en sus operaciones cotidianas. Uno de los esfuerzos más significativos en ese sentido lo constituyen las iniciativas de la ONU, a través de su Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas 'sobre la cuestión de los derechos humanos y otras empresas comerciales', que ha ejercido sus funciones desde 2005 y será ampliado este año a un grupo de trabajo del Consejo de Derechos Humanos de la ONU. La idea principal busca relacionar el deber de los Estados de regular de acuerdo al interés público, y la obligación de los privados de cumplir con las regulaciones requeridas, en el marco de una concepción amplia de los derechos humanos, que va mucho más allá de la prohibición del trabajo infantil, trabajo forzado, o la no discriminación. De este esfuerzo, sobresale el interés por detallar las responsabilidades de los privados condensadas en el estándar de la diligencia debida (*due diligence*), que implican la adscripción de una política de derechos humanos, la evaluación del impacto real o potencial de la actividad empresarial, la integración de esta política en toda la estructura de la empresa, y el establecimiento de un proceso de monitoreo y auditorías que debe expresarse a través de reportes periódicos (Ruggie 2010).

Ante este panorama, las iniciativas que surgen de la RSE deben ser evaluadas críticamente, de modo que se reorienten hacia una mayor integración de diversas dimensiones: económicas, sociales, ambientales, laborales, etc. En suma, las políticas de derechos humanos de las empresas deben estar enfocadas, primero, en lograr integrar estos estándares mínimos como condiciones básicas para la operación económica, y, segundo, en el mejoramiento progresivo de estos mínimos.

Uno de los despliegues más exitosos de las políticas de RSE consiste en el involucramiento colectivo de todos los actores interesados en una determinada actividad económica, respetando ciertos principios mínimos que garanticen la cooperación (enfoque *multi-stakeholder*, o que involucra a todos los grupos interesados o afectados por una actividad). Este mecanismo será útil al momento de evaluar, prevenir y mitigar el impacto a los derechos humanos. Definidos como iniciativas colectivas entre organizaciones intergubernamentales, gobiernos, sector privado y organizaciones de la sociedad civil, este tipo de enfoques busca presentarse como un "modo alternativo de regulación, y como una posible plataforma para construir una rendición de cuentas democrática en aquellos lugares en que las instituciones y procesos democráticos tradicionales han probado ser débiles" (Koechlin & Calland 2009, 84). En otras palabras, parten de la base de que el derecho, como disciplina normativa que busca afectar la acción de los entes regulados, no siempre es el mejor camino para lograr los resultados deseados.

Estas nuevas formas de cooperación, que ciertamente involucran a los organismos estatales, van más allá de la diplomacia tradicional, y buscan comprender y hacer frente a los nuevos desafíos de una economía de procesos productivos transnacionales en que las acciones de todos los interesados están en relación de interdependencia. Por ello, las iniciativas privadas, por mucho que partan involucrando solamente a las empresas, deben ser reforzadas para su progresiva apertura al diálogo con los otros actores involucrados. Este tipo de iniciativas no son la solución a todos los problemas, sino que sólo representan un punto de partida más inclusivo

y dialogante, que permita complementar los esfuerzos que se realizan al nivel de la institucionalidad pública a nivel internacional por generar parámetros mínimos de evaluación.

Entre los principios que guían la acción de este enfoque *multi-stakeholder* se encuentran la idea de que los socios en estos procesos colaborativos son iguales, y que están abiertos a la persuasión no coercitiva. Como consecuencia de su carácter inclusivo y comprensivo, estos enfoques están bien posicionados para llenar vacíos regulatorios, sobreponerse a aparentes dilemas de políticas entrampados en juegos de suma cero, y tomar en cuenta el déficit democrático que, en general, afecta a los regímenes de gobernanza global, sean públicos o privados. Una tendencia que matiza de alguna manera esta conclusión es la incipiente admisión de *amicus curiae* enviados por la sociedad civil a tribunales de arbitraje en derecho internacional económico. Ante la poca receptividad del régimen internacional de la protección extranjera a las demandas por mayor participación de los directamente afectados, el enfoque o las iniciativas multi-stakeholder constituyen una alternativa plausible para lograr, a través de la construcción de confianzas mutuas, mejores resultados en cuanto al cumplimiento de estándares mínimos.

Por lo general, el enfoque *multi-stakeholder* parte como un foro de diálogo, como una manera de enriquecer los puntos de vista respecto a un tema controversial, para ir progresivamente constituyendo una institucionalidad capaz de dotar de estándares o reglas voluntarias que, al ser implementadas, permitan retroalimentar los procesos de creación, implementación y monitoreo de los mismos. En estos procesos, no obstante, es importante equilibrar una cierta cantidad de factores que podrían perjudicar un diálogo *multi-stakeholder* fructífero. Así, por ejemplo, en ciertas actividades económicas, el poder económico y social de los actores privados puede ser desproporcionadamente grande en comparación con el resto de los actores; los regímenes regulatorios domésticos pueden ser débiles o poco sofisticados para enfrentar poderes privados; y los cambios gatillados por la globalización económica van demasiado rápido en comparación a la lentitud de la negociación de estándares o principios vinculantes. En estos casos, la complejidad del problema de acción colectiva nos debe llevar a buscar formas alternativas de lograr lo que todos deseamos: el mejoramiento en el cumplimiento de los estándares mínimos de derechos humanos por parte de los actores privados.

En Chile, aún no existen iniciativas que vinculen a todos los actores involucrados en una actividad económica desarrollada por una empresa o industria determinada. Sí se ha colaborado, desde todos los sectores de la sociedad, en la elaboración de las observaciones del “capítulo chileno” al estándar ISO 26000 sobre Responsabilidad social que ha sido aprobado como estándar no certificable en 2010. A pesar de esta experiencia positiva, no existen, según nuestro conocimiento, mesas *multi-stakeholder* que se dediquen a discutir los desafíos de una industria en específico. Se están desarrollando, no obstante, iniciativas incipientes en el rubro forestal y salmonero. El caso de la minería, que involucra a una gran cantidad de inversionistas extranjeros, es uno de los más avanzados en la adopción de políticas de RSE. Esas políticas tímidamente comienzan a incluir diálogos de la empresa con el gobierno y las comunidades afectadas por los proyectos mineros. El Informe de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales (2010) contiene, en su capítulo sobre responsabilidad empresarial y derechos humanos, un detallado estudio de las políticas de RSE de la gran minería chilena. Entre otras cosas, se concluye que las empresas mineras, en su mayoría inversionistas extranjeros, incorporan, a grandes rasgos, estándares de derechos humanos en sus políticas de RSE. De todos modos, se da cuenta de la necesidad de cumplir con el resto de los elementos incluidos en el estándar de la ‘debida diligencia’, tal como ha sido recomendado por el Representante Especial, John Ruggie. Una de las cosas más interesantes de este estudio es destacar la gran diversidad de estándares, mecanismos de denuncia corporativa, y incipientes estudios de impacto en derechos humanos que actualmente adoptan las empresas mineras. Diversidad que genera

dificultades a la hora de evaluar críticamente el comportamiento y el contraste de las políticas declaradas públicamente con las conductas reales⁸¹.

De las firmas que componen el Consejo Minero, cuatro de ellas no han adscrito al Pacto Global, iniciativa voluntaria por la cual las empresas se comprometen a adecuar sus políticas y operaciones con al menos 10 principios universalmente reconocidos en cuatro diferentes áreas temáticas: derechos humanos, estándares laborales, medio ambiente y anticorrupción⁸². De todos modos, existen algunas de ellas que se han adscrito, y que aceptan estructurar sus informes de sustentabilidad según los indicadores del *Global Reporting Initiative* (Iniciativa Global de Memorias de sustentabilidad)⁸³. Esta iniciativa, que cuenta con estándares más detallados y en general más demandantes que el Pacto Global, busca entregar parámetros de evaluación de los informes de responsabilidad social o de sustentabilidad, incluyendo una dimensión de derechos humanos. Estos estándares, cuya evaluación se expresa en la posibilidad de que la empresa use un logo GRI con una determinada calificación, favorecen una actitud transparente y una apertura a ser evaluado por procesos de revisión externa. En el caso de la minería en Chile, destacan algunas iniciativas de las empresas Codelco y AngloAmerican, que han incorporado procesos de consulta con grupos de interés para mejorar la calidad de los informes de responsabilidad social (Schönsteiner 2010).

Más allá del impacto positivo de estas iniciativas, es necesario que los procedimientos de diálogo vayan progresivamente incorporando a entidades de gobierno y comunidades, en igualdad de condiciones. Reconocer el rol mediador del Estado, o garantizar una mínima simetría de información entre las empresas y las comunidades afectadas representa uno de los grandes desafíos de las políticas de derechos humanos de los inversionistas extranjeros en Chile. De otro modo, este tipo de iniciativas corren el peligro de transformarse en un obstáculo para el desarrollo de entidades reguladoras modernas. En otras palabras, se estaría privando la posibilidad de que las instituciones domésticas se modernicen debido a la falta de contacto con las personas o grupos involucrados en una determinada actividad económica. Sólo a partir de diálogos que cumplan con mínimas garantías de igualdad de participación, dando un lugar significativo al Estado, podremos esperar que este tipo de iniciativas no se realicen a espaldas de quienes gozan de mayor legitimidad democrática para establecer regulaciones de la conducta empresarial.

Por ello, se hace necesario, tal como se recomendó en el capítulo sobre empresas y derechos humanos del informe del Centro de Derechos Humanos de la UDP de 2010, que “el Gobierno chileno promueva la inclusión efectiva de estándares laborales, ambientales y de derechos humanos en los tratados bilaterales de inversión y libre comercio, así como en los contratos internacionalizados que se suscriban con empresas extranjeras” (Schönsteiner 2010, 435). Del mismo modo, y tal como se dijo en el párrafo anterior, se hace imperativo adoptar procedimientos de diálogo preestablecidos y conocidos por todos los actores involucrados, guardando un lugar especial al rol de las entidades reguladoras.

Del mismo modo, es importante asegurar la efectiva incorporación de mecanismos de cumplimiento interno, mecanismos de denuncia y seguimiento. Sin embargo, es importante no olvidar que es muchas veces la propia arquitectura corporativa la que impide una adecuada comprensión de la RSE, o que reproduce los patrones abusivos presentes en una sociedad civil, ya sea por ignorancia o desconocimiento. El caso *Wal-Mart* contra *Dukes*, decidido por la Corte Suprema de Estados Unidos en el 2011, constituye un ejemplo de la necesidad de tomarse en serio las declaraciones voluntarias en que las propias empresas manifiestan estar comprometidas con el cumplimiento de estándares mínimos, en este caso, de no discriminación por condiciones de género. Aunque el

⁸¹ Véase http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2010/11/udp_ddhh_2010_xiv.pdf?utm_source=web&utm_medium=web&utm_content=es&utm_campaign=Informe+Anual+2010+Capitulo+14

⁸² Véase www.unglobalcompact.org

⁸³ GRI, por sus siglas en inglés, véase www.globalreporting.org/home/languagebar/spanishpage.htm

caso jurídico se base en una ley, el Civil Rights Act, y no una política empresarial, hace referencia explícita a los estándares de no-discriminación que la empresa había declarado para todas sus operaciones.⁸⁴

He aquí, por tanto, el último desafío para el inversionista: preocuparse que su arquitectura corporativa, que el diseño de su gobierno corporativo coincida con sus políticas declaradas de RSE, de modo que la estructuración del primero permita la operatividad de las segundas (Muchlinski 2008). En otras palabras, no basta con declararse a favor de ciertos estándares mínimos y proceder a la creación de un departamento especializado en temas de derechos humanos, o, lo que es más frecuente, de incorporar una cierta preocupación por los derechos humanos en la descripción de cargo del responsable de RSE o de asuntos públicos. Es importante recalcar que la empresa debe estructurarse de modo que articule todas las diferentes dimensiones involucradas en una actividad económica. Esta transversalidad debería reflejarse entonces en cuanto a decisiones estratégicas, adquisiciones, subcontrataciones, finanzas, relaciones humanas, etc. (Schönsteiner 2010). Así, la disciplina de los gobiernos corporativos debe comenzar a reflexionar acerca de los modos en que la organización empresarial, la estructura corporativa, puede generar potenciales impactos negativos, ya sea a su propio personal, o a la comunidad directamente afectada por la actividad.

Obligaciones de transparencia: Tratados Bilaterales de Inversión y Contratos de Inversión Extranjera

La inversión extranjera busca entregar beneficios al país receptor de la inversión que van mucho más allá de una pura dimensión económica. Así, por ejemplo, muchas inversiones generan positivos impactos en la transferencia de tecnologías limpias, en el desarrollo del capital humano, o en la construcción de una cultura empresarial respetuosa de los derechos humanos. Sin embargo, ninguno de estos efectos positivos ha sido tradicionalmente incorporado como referencia explícita en los tratados bilaterales de inversión o en los contratos celebrados entre el inversionista extranjero y el Estado receptor. Justo cuando somos testigos de un auge del derecho al desarrollo, es decir, del derecho de los países en desarrollo a definir sus propias pautas de evolución o modernización, debemos intentar reflexionar acerca de la tradicional falta de consideración de dimensiones no economicistas en los instrumentos jurídicos que vamos a comentar.

En este contexto, cobra relevancia la posibilidad de incorporar códigos de conducta para empresas transnacionales como una manera de mejorar la dimensión social o ambiental de los instrumentos jurídicos – tratados o contratos- que protegen la posición del inversionista extranjero en un país. Para ello, en lo que sigue, me centraré en uno de los énfasis en los que se enfocan estos códigos de conducta, que exigen a las empresas favorecidas por esta posición jurídica privilegiada, tanto a nivel nacional como internacional, conducir sus asuntos de manera transparente. De este modo, argumentaré, de acuerdo a una literatura bastante avanzada para nuestros días, la necesidad de que una conducta transparente constituya una precondition para la activación de los mecanismos de protección de la inversión extranjera presentes en tratados internacionales o contratos domésticos. Para ello, explicaré las diferentes dimensiones en que podemos incorporar la transparencia de las empresas transnacionales como una mínima exigencia a su conducta en los países del Estado receptor de las inversiones.

El problema es que, como ya dijimos, los tratados bilaterales de inversión, por regla general, no contienen menciones a las obligaciones de derechos humanos que podrían situarse en contradicción con las obligaciones que el Estado tiene con el inversionista extranjero. Del mismo modo, los tribunales arbitrales que deciden las disputas entre los inversionistas y los estados receptores no toman en cuenta esta posible contradicción (Davarnejad 2008, 9). Por tanto, actualmente se sostiene que una de las mejores maneras de someter a control las conductas de las EMNs sería la inclusión de códigos de conducta en los documentos jurídicos que protegen al

⁸⁴ Wal-Mart Stores Inc. v. Dukes, 564 U. S. Supreme Court (2011).

inversionista extranjero, que obliguen a este último a ser transparente⁸⁵. Ello, se argumenta, sería la mejor manera de balancear los derechos del Estado y los de inversionista.

Es interesante advertir que las directrices de la OCDE para EMNs exigen que sus firmantes (Estados) garanticen que las empresas que operan en sus territorios observen los estándares que allí se contienen, de modo que encuentren expresión en aquellas políticas públicas, programas o regulaciones dirigidas a la actividad empresarial. Pero podríamos ir un paso más allá en nuestra reflexión: Si los inversionistas debieran cumplir con las regulaciones domésticas como un paso previo al acceso a la justicia arbitral internacional, y si de acuerdo a la regulación doméstica las empresas deben cumplir con ciertos estándares mínimos de transparencia, entonces el régimen de protección de las inversiones podría comenzar a considerarse como estableciendo obligaciones no sólo para el Estado, sino también para el inversionista extranjero. Esto favorecería la consideración de la conducta del inversionista por parte de los tribunales arbitrales de inversión, quienes se verían obligados a efectuar una ponderación de los intereses en juego en cada disputa. No implicaría convertir a los tribunales arbitrales en foros de derechos humanos, sino establecer ciertas precondiciones para que los inversionistas puedan acceder a entablar acciones de protección de sus inversiones, tal como señala uno de los reportes del Alto Comisionado para los Derechos Humanos del Consejo Económico y Social⁸⁶. Tal como lo dice el viejo principio de equidad (maxim of equity) del derecho común: “One who comes to equity must come with clean hands.”, lo que significa que quién solicita un recurso jurídico bajo esta área de derecho, no debería haber él mismo violado la ley.

En lo que sigue, me gustaría considerar la responsabilidad que pesa sobre las empresas de transparentar la información relativa a su personalidad jurídica y al proyecto que pretenden desarrollar, en el contexto de la institucionalidad chilena sobre inversión extranjera. El estudio de esta institucionalidad cobrará mucha relevancia pues implicará sostener que, actualmente en Chile, existen buenas razones para argumentar que sobre los inversionistas extranjeros deberían pesar algunas obligaciones relativas a la necesidad de transparentar información que se considera de interés público. Para ello, analizaré el caso *Claude Reyes*, decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisdicción ha sido reconocida por el Estado de Chile.

El proyecto industrial Río Cóndor consistía originalmente en la construcción de una planta forestal en el sur de Chile. El Comité de Inversiones Extranjeras (CIE), órgano del estado, aprobó la inversión firmando un contrato con el inversionista extranjero en el mes de Diciembre de 1991. Como era esperable, aquello motivó una serie de preocupaciones de interés público, que tempranamente gatillaron una movilización social en los primeros años de la recién recuperada democracia chilena. Después de algunos años, Marcel Claude Reyes, en aquel entonces director de la Fundación Terram (una organización no gubernamental enfocada en temas ambientales), realizó un requerimiento de información al CIE, con la intención de conducir sus propias evaluaciones acerca del impacto económico y social del proyecto, así como los efectos sobre el medio ambiente. Claude inquirió acerca de la identidad de los inversionistas extranjeros y nacionales involucrados en el proyecto, del monto total de la inversión autorizada, de cualquier información relacionada que el CIE haya tenido en consideración al momento de tomar la decisión, y de información en poder del CIE respecto de las obligaciones de las compañías involucradas en el proyecto. El órgano administrativo del CIE (la Vice-Presidencia Ejecutiva) proveyó información acerca del nombre de los inversionistas y del monto implicado, pero se negó a entregar mayor información, sin justificación alguna. Una acción ante las Cortes superiores para la revelación de esta información también resultó infructuosa.

Habiendo agotado las instancias locales, y junto a un diputado (Arturo Longton) y un representante de otra ONG (Sebastián Cox), Claude Reyes realizó una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos

⁸⁵ Véase, por ejemplo, el Modelo de Tratado de Inversión propuesto por el Instituto Internacional del Desarrollo Sustentable (disponible en www.iisd.org).

⁸⁶Alto Comisionado para los Derechos Humanos del Consejo Económico y Social, de Derechos Humanos, Comercio e Inversión (E/CN.4/Sub.2/2003/9).

Humanos, alegando la violación, por parte del estado de Chile, de los derechos de acceso a información pública y protección judicial, establecidos en los artículos 13 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respectivamente. Después de algunas negociaciones y de la entrega de ciertas recomendaciones por parte de la Comisión, ésta decidió llevar el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Julio de 2005⁸⁷. En la etapa judicial de los procedimientos, se acompañaron diversos *amicus curiae* por distintas organizaciones de la sociedad civil⁸⁸. En Septiembre de 2006, la Corte Interamericana publicó su sentencia, declarando, unánimemente, que el Estado violó el derecho de la libertad de pensamiento y expresión contenida en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación a las obligaciones generales de respetar y garantizar las libertades y adoptar las medidas necesarias para su protección (párr. 174). En 2008, la Corte Interamericana declaró que mediante adopción de la Ley 20.285 (Ley de Transparencia, Chile había cumplido con el fallo (Resolución del 24 de noviembre de 2008).

En general, este caso ha sido analizado sólo en el campo de los derechos humanos, por su importancia en afirmar que la libertad de expresión incluye el derecho de acceso a la información pública. Sin embargo, los hechos de este caso muestran que hay muchos otros aspectos que están directamente relacionados con el marco institucional que el estado de Chile ha creado para el fomento de la inversión extranjera, principalmente el CIE. Creado durante la dictadura de Pinochet a través de un decreto ley (n°600), se trata de la única agencia con competencia para autorizar, en nombre del Estado, la entrada de capital extranjero y establecer los términos y condiciones de los contratos de inversión.

Aunque está compuesto por los ministros de Economía, Finanzas, Relaciones Exteriores, Planificación y Cooperación, el que corresponda al sector implicado (en el caso de solicitudes de inversión que involucren áreas no representadas en el Comité), y el Presidente del Banco Central, las funciones administrativas son realizadas por su Vice-Presidencia Ejecutiva. Dentro de sus funciones, este último órgano debe estudiar las solicitudes, preparar los materiales y estudios relevantes, recolectar información, coordinar a los organismos públicos relacionados con el proyecto e investigar en Chile o en el extranjero la veracidad y plausibilidad de la información entregada por el inversionista⁸⁹.

Para el caso en consideración, es relevante notar que el diseño institucional del CIE, en especial su composición, parece expresar el compromiso del país con un modelo de desarrollo que ubica a la inversión extranjera como una de sus principales prioridades. Sin embargo, el trabajo real es llevado por su Vice-Presidencia Ejecutiva y su personal administrativo. Son ellos los que recolectan la información que provee el inversionista extranjero, en orden a investigar los datos aportados y aprobar la importación de capital. Durante los 90, este órgano administrativo adoptó la práctica de garantizar al inversionista extranjero un alto grado de confidencialidad respecto no solo a la información financiera, sino a sus actividades económicas en el exterior y en lo relativo a los detalles del proyecto a realizar. Tal como declaró un ex asesor jurídico del CIE ante la Corte Interamericana, “la expansión significativa de muchos de los sectores productivos del país no hubieran sido posibles si el CIE no hubiera sido prudente respecto a cómo maneja la información técnica, financiera y económica relacionada con los proyectos de inversión extranjera”. En otras palabras, ex funcionarios del CIE reconocieron que la confidencialidad estaba justificada, ya que proveer información sería contrario al interés público, que ese interpreta, a fin de cuentas, como el desarrollo económico del país (párras. 48, 49).

⁸⁷ La Comisión Inter Americana de Derechos Humanos es un órgano de la Organización de los Estados Americanos creado para promover la observancia y la defensa de los derechos humanos que, además de servir como órgano consultivo de la OEA en esta materia, es el único autorizado para llevar los casos ante la Corte Inter Americana de Derechos, el órgano propiamente jurisdiccional.

⁸⁸ El término *amicus curiae* es una expresión latina que se refiere a presentaciones realizados por tercero que no son parte directa en un litigio, pero que sin embargo tienen un interés relevante. Ofrecen voluntariamente su opinión frente a algún punto de derecho u otro aspecto relacionado, para colaborar con el tribunal en la resolución de la materia objeto del proceso. En los tribunales internacionales, este mecanismo es frecuentemente utilizado para fortalecer la legitimidad del resultado final.

⁸⁹ Artículo 15 del Decreto Ley n°600 que establece el estatuto de inversión extranjera.

El análisis de esta situación resalta el hecho de que el inversionista extranjero está autorizado a importar capital aún antes de que obtenga los permisos y autorizaciones de las autoridades domésticas, de acuerdo al tipo de proyecto planeado. En el caso de proyectos con impacto ambiental, el inversionista debe contar con una resolución de calificación ambiental. En este caso, de una autorización inicial por \$180 millones de dólares, \$33 millones habían sido importados antes de que se contara con una resolución de calificación ambiental. Los inversionistas extranjeros, tal como lo ilustra este caso, eran autorizados a mantener su información y los detalles del proyecto aislados de los ojos de la opinión pública. Mientras transferían capital a territorio nacional, recibían la ayuda de la Vice-Presidencia Ejecutiva, a cargo de llevar a cabo y facilitar los procedimientos necesarios ante las diferentes entidades administrativas que debían lidiar con el proyecto. En otras palabras, los inversionistas extranjeros son 'apadrinados' por el CIE, compuesto por algunas de las más altas autoridades del Estado, las que después deben aprobar los proyectos respectivos, garantizándose un importante grado de confidencialidad aún antes de los procedimientos administrativos que abren los detalles del proyecto a la discusión con la sociedad civil (en nuestro caso, el proceso de evaluación de impacto ambiental).

Para algunos académicos, las reglas del régimen internacional de inversión extranjera no sería un obstáculo, sino una contribución a 'prácticas de buen gobierno', especialmente en cuanto a los principios de transparencia y al respeto por un debido proceso (Newcombe 2007; Kingsbury and Schill 2009). De este modo, señalan, el régimen internacional de inversiones podría contribuir a transparentar las conductas del Estado con respecto al inversionista extranjero, cuyas legítimas expectativas podrían asegurarse con medidas públicas y transparentes. Este argumento, no obstante, se refiere usualmente a Estados con altos grados de corrupción que daña a la misma competitividad entre los inversionistas. No toma en cuenta, de igual manera, los derechos de terceros como lo son las comunidades. En este caso, las reglas de inversión eran administradas por autoridades administrativas domésticas, que garantizaban al inversionista un alto grado de confidencialidad, ilustrando así el patrón de conducta de países en desarrollo que compiten por atraer capital extranjero, cuestión que pone en duda los altos estándares de transparencia que prometen los regímenes internacionales. En algunos casos, y tal como fue remarcado por los funcionarios del CIE, el estándar de transparencia puede no ser el factor crucial para lograr el resultado económico más eficiente, al menos desde el punto de vista de las partes que negocian el contrato de inversión. A pesar de las crecientes demandas por mayor transparencia, especialmente por grupos de la sociedad civil (IISD 2010; Van Harten 2008), la transparencia puede ser un estándar bastante incómodo para el Estado receptor y el inversionista extranjero.

Como dice José Álvarez, "no está muy claro si los implicados en el régimen desean mayor apertura" (2010). Hay una racionalidad económica detrás de estas razones: los gobiernos pueden querer otorgar un tratamiento privilegiado a los inversionistas extranjeros, aún cuando éstos no tengan un respaldo positivo en sus países de origen; pueden también querer mantener a los proyectos alejados de la sociedad civil o de los activistas ambientales que podrían poner en peligro el desarrollo de un proyecto.

Las dudas acerca de los nuevos estándares están presentes no solamente a nivel doméstico, sino también a nivel internacional. Estados e inversionistas pueden querer evitar litigios que se dan en contextos conflictivos, o quizás quieren mantener su conducta alejada de la sociedad civil, especialmente de ONGs que participan en estos procesos como *amicus curiae*. Las diferentes opciones que están disponibles para arbitrar este tipo de disputas, son un claro ejemplo de los variados grados de confidencialidad que son demandados por estas partes: las diferentes reglas de arbitraje que operan bajo el régimen de UNCITRAL, CIADI, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, y la Cámara de Comercio Internacional, reflejan los diferentes estándares de transparencia y apertura disponibles en el 'mercado' de los procedimientos de resolución de disputas entre inversionistas y estados receptores (Ortino 2008). Si bien estas reglas "han evolucionado en el contexto del arbitraje comercial, las mismas dinámicas que favorecen la transparencia sólo cuando las partes en disputa consienten (como muchas de estas reglas lo establecen) pueden continuar prevaleciendo en algunos foros ajenos al CIADI. A nadie debería sorprender si algunas de estas reglas de arbitraje continúan resistiéndose

a la transparencia – en orden a responder a las necesidades de aquellos que han construido estas mismas reglas” (Alvarez 2010).

En el caso *Claude Reyes*, la Corte Interamericana resaltó el valor de la transparencia respecto a la conducta pasada y futura del inversionista extranjero en relación a las preocupaciones públicas de la sociedad civil que será afectada por un proyecto en particular. Ciertamente, la corte estaba sólo analizando la conducta del Estado, pero también estaba indirectamente preocupada con la conducta del inversionista extranjero, quien puede ser obligado por el derecho interno, o por compromisos voluntarios, a desclasificar cierta información que provee al CIE aún antes de que requiera los permisos administrativos (Muchlinski 2006, 535). Aquí, los deberes del inversionista extranjero provienen de una sede ajena al régimen de inversiones extranjeras⁹⁰, ilustrando la carencia de ‘publicidad’ y ‘apertura’ de este régimen. Otros regímenes parecen estar más al tanto de que, muy frecuentemente, las disputas de inversión involucran a terceras partes que pueden tener intereses directos en el caso⁹¹. La Corte determinó que el deber de desclasificar información o de abrir sus registros al escrutinio público, puede ser la primera obligación que todo inversionista debiera realizar cuando decide importar capital extranjero a territorio chileno. Si el estándar de tratamiento que requiere de los Estados una conducta ‘justa y equitativa’ exige de los funcionarios una conducta transparente, libre de ambigüedad o incertidumbre (Tecmed, parr. 164), este caso, indirectamente, demanda mayor transparencia de los actores privados sobre datos que son de interés público. Es importante recordar que, en este caso, los ciudadanos que estaban preocupados por los impactos sociales y ambientales del proyecto intentaron usar las cortes domésticas para obtener la información deseada. Como último recurso, llegaron a instancias internacionales, alegando que sus reclamos no habían sido considerados por el Estado. Esto nos muestra que una inversión no sólo debe lidiar con los intereses económicos del Estado receptor, sino usualmente con los intereses de todo tipo de las partes directamente afectadas por los proyectos.

Por último, es importante enfatizar la necesidad de que sean las propias empresas las que pongan la información a disposición de la sociedad civil. Uno de los casos más emblemáticos en este sentido es el de la empresa British Petroleum (BP), quien puso a disposición de la opinión pública los contratos de inversión extranjera que había celebrado con diversos estados en los que operaba. Sólo de este modo se pudo conocer la existencia de cláusulas de estabilización que impedían la evolución de las regulaciones domésticas, convirtiéndose en verdaderas ‘cláusulas de congelamiento’. Gracias a esta actitud de BP, hoy en día existen una serie de iniciativas que buscan comprometer a las empresas en procesos de transparencia activa, que las obliguen a publicar los contratos de inversión. Del mismo modo, ello ayuda para quienes se dedican a la investigación y evaluación del régimen de protección de las inversiones, los que han visto dificultado su oficio por trabas burocráticas de gobiernos y actores privados (Shemberg 2008). Actualmente, existe casi nulo conocimiento de los detalles de los contratos de inversión, instrumentos jurídicos que son celebrados en ejercicio de potestades públicas. Tratándose de información de interés público, es imperativo poner a disposición de la sociedad los detalles de los proyectos de inversión que planean hacerse en un país. Es cierto que deben tomarse los resguardos necesarios para asegurar que la libre competencia no se vea afectada por esta necesidad, pero no por ello debemos renunciar a ir progresivamente mejorando las asimetrías de información que actualmente existen entre las EMNs y las comunidades directamente afectadas.

⁹⁰ La ‘publicidad’ puede ser descrita como un elemento crucial en el concepto de derecho, tal como es entendido en las condiciones democráticas modernas. Fundamentalmente, “se refiere a la demanda de que el derecho debe ser manejado por toda la sociedad, por el público, y la demanda de que el derecho debe hacerse cargo de las preocupaciones de la sociedad civil” (Schill 2009, 6).

⁹¹ En el 2007, en el caso *Pueblo Saramaka v. Surinam*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, decidió que concesiones mineras y forestales otorgadas por Surinam a un inversionista extranjero sin la plena y efectiva consulta al pueblo indígena Saramaka implicaba una violación de los derechos incluidos en la Convención Americana. Éste es otro ejemplo de las demandas por mayor legitimidad que realizan las partes directamente afectadas por los proyectos y que usualmente no son consideradas por el régimen de protección de los inversionistas extranjeros.

Hoy en día, hay que hacer demasiados esfuerzos para conocer los contratos de inversión que celebra el estado de Chile con los inversionistas. Más aún, el CIE ni siquiera tiene publicados los TBIs en su sitio web⁹². Difícilmente podremos avanzar en el mejoramiento de la calidad de nuestros diálogos si apenas tenemos información. He aquí, también, un desafío para nuestros gobiernos.

Bibliografía

- Álvarez, José. 2010. "My Summer Vacation (Part II): More on the Transparency of the International Investment Regime" *Opinio Juris Blog*, 27 de Septiembre de 2011, <http://opiniojuris.org/2010/09/27>
- Cunningham, Neil. 2007. "Corporate Environmental Responsibility: law and the limits of voluntarism", en D. McBarnet, A. Voiculescu, y T. Campbell, eds., *The New Corporate Accountability*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Davarnejad, Leyla. 2008. "Strengthening the Social Dimension of International Investment Agreements by Integrating Codes of Conduct for Multinational Enterprises", artículo presentado en el VII Global Forum de Inversión Internacional.
- Dolzer, Rudolf. 2005. "The impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law". *International Law and Politics* 37: 953-972.
- Gordon, Kathryn, y Pohl, Joachim. 2011. "Environmental Concerns in International Investment Agreements: a Survey", OECD Working Papers on International Investment, No. 2011/1, OECD Investment Division, www.oecd.org/daf/investment.
- Howse, Robert, y Trebilcock, Michael. 2005. *The Regulation of International Trade*. London: Routledge.
- Kalderimis, Daniel. 2009. "Investment Treaties and Public Goods", artículo presentado en la conferencia inaugural de la Asian Economic International Law Network.
- Kingsbury, Benedict, and Schill, Stephen. 2009. "Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law". IILJ Working Paper, Administrative Law Series 2009/5.
- Koechlin, Lucy, y Calland, Richard. 2009. "Standard setting at the cutting edge: an evidence based-typology for multi-stakeholder initiatives", en A. Peters, L. Koechlin, T. Förster y G. Fenner Zinkernagel, eds., *Non-State Actors as Standard Setters*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Leader, Sheldon, Muchlinski, Peter. 2006. "'Caveat Investor'? The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard". *International and Comparative Law Quarterly* 55:527-558.
- Newcombe, Andrew. 2007. "Sustainable Development and Investment Treaty Law". *The Journal of World Investment & Trade* 8: 357-407.
- Ortino, Federico. 2008. "External Transparency of Investment Awards", artículo presentado en la Sociedad de Derecho Económico Internacional (SIEL), conferencia inaugural.
- Ortino, Federico. 2009. "The Impact of Amicus Curiae Briefs in the Settlement of Trade and Investment Disputes: An Analysis of the Shrimp/Turtle and Methanex Decisions", en Karl M. Meessen, ed., *Economic Law as Economic Good*. Munchen: Sellier Publishing.
- Ruggie, John. 2010. "Further steps toward the operationalization of the 'protect, respect and remedy' framework".

⁹² Actualmente, la única información sobre instrumentos jurídicos relativos a inversión extranjera están publicados en la página web de la Dirección Económica del Ministerio de Relaciones Exteriores, donde están disponibles los tratados de libre comercio, que contienen capítulos relativos a inversión.

- Shemberg, Andrea. 2008. "Stabilization Clauses and Human Rights", proyecto de investigación para la Corporación Financiera Internacional.
- Schneiderman, David. 2008. *Constitutionalizing economic globalization: investment rules and democracy's promise*. New York: Cambridge University Press.
- Schill, Stephen. 2010. "Crafting the International Economic Order: The Public Function of Investment Treaty Arbitration and its Significance for the Role of the Arbitrator". *Leiden Journal of International Law* 23: 401-430.
- Schönsteiner, Judith. 2010. "Responsabilidad Empresarial y Derechos Humanos: el caso de la gran minería", en *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2010*, Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales.
- Schönsteiner, Judith. 2011. "Irreparable damage, project finance and access to remedies by third parties", en Leader, Sheldon/Ong, David (ed.), *Global Project Finance, Human Rights and Sustainable Development*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Van Harten, Gus. 2007. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Van Harten, Gus. 2008. "The case for an International Investment Court", artículo presentado en la Sociedad de Derecho Económico Internacional (SIEL), conferencia inaugural.
- Zerk, Jennifer. 2006. *Multinationals and Corporate Social Responsibility*. Cambridge: Cambridge University Press.

Jurisprudencia

- Saramaka People v. Suriname*, Corte Inter Americana de Derechos Humanos, Sentencia de 28 de Noviembre de 2007.
- Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States* (Caso CIADI, No. ARB (AF)/00/2), Laudo del 29 de Mayo de 2003.
- Claude Reyes Et Al. v. Chile*, Corte Inter Americana de Derechos Humanos, Sentencia de 19 de Septiembre de 2006.
- Wal Mart Stores, Inc. Versus Duke et al*, Corte Suprema de Estados Unidos, caso nº 10-277, sentencia de 20 Junio de 2011.

Diseño de Políticas Públicas y Participación Ciudadana: el caso del sector energético en Chile

Andrés Romero Celedón⁹³

Andrea Olea⁹⁴

El desarrollo de las sociedades contemporáneas demanda una profundización de sus sistemas democráticos, en particular, una complementación al sistema democrático representativo, entendiéndose que ello implica un aumento de la participación ciudadana y el mejoramiento de la gestión pública.

Desde este enfoque, entendemos que mientras mayor sea la participación ciudadana, mayor será la eficiencia de los servicios públicos y la legitimidad de sus decisiones, toda vez que los programas y proyectos no serán elaborados e implementados por agentes externos, sino que por sus protagonistas, incorporando sus intereses en temas de índole público.

En este sentido se pronuncia el mensaje del proyecto de ley que dio origen a la Ley 20.500, publicada a principios del presente año en nuestro país: “Resulta evidente que las asociaciones desempeñan un papel fundamental en los diversos ámbitos de la actividad social y pública, toda vez que contribuyen al ejercicio activo de la ciudadanía y a la consolidación de una democracia avanzada, representando los intereses de los ciudadanos ante los poderes públicos, velando por la transparencia y probidad de las decisiones públicas y desarrollando una función esencial e imprescindible en lo que se refiere al diseño y ejecución de las políticas de desarrollo, medio ambiente, superación de la pobreza, promoción de los derechos humanos, juventud, salud pública, cultura, empleo y otras de similar naturaleza”. (Mensaje del Ejecutivo, ley 20.500 Sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública).

Marco Normativo

En junio de 2009, en la ciudad de Lisboa, fue aprobada la Carta Interamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública, en donde se entiende por participación ciudadana “el proceso de construcción social de las políticas públicas que, conforme al interés general de la sociedad democrática, canaliza, da respuesta o amplía los derechos económicos, sociales, culturales, políticos y civiles de las personas, y los derechos de las organizaciones o grupos en que se integren, así como los de las comunidades y pueblos indígenas”, y que establece que “los Estados iberoamericanos deberán garantizar la participación ciudadana en la gestión pública en todos los ámbitos sectoriales y niveles territoriales”.

No obstante ello, antes de la publicación de la Ley 20.500 el 16 de Febrero de 2011, la participación ciudadana en la gestión pública no estaba expresamente regulada y el mayor avance en este sentido estaba en el ámbito municipal. En efecto, la Ley Orgánica de Municipalidades contemplaba un Consejo Económico y Social Comunal (CESCO), la instancia de Audiencias Públicas, las Oficinas de Reclamos y los Plebiscitos Comunales.

En relación al sector energético, no hay norma legal particular que comprenda una participación ciudadana activa ni en la gestión ni en la implementación de políticas públicas. El trasfondo de esta situación es que se encuentra asentada la idea de que se trata de temas eminentemente “técnicos”, de manera tal, que el ciudadano tiene

⁹³ Abogado de la Universidad de Chile, Máster en Gobernabilidad y Gestión Pública por el Instituto Ortega y Gasset, España.

⁹⁴Estudiante 5° año Derecho, Universidad de Chile

acceso a hacer observaciones o reclamos, ex post, sólo en su calidad de consumidor. Sin embargo, actualmente, temas tales como la composición de la matriz energética, los costos reales de la generación, y el mercado eléctrico, son temas de creciente interés ciudadano, y que en la medida que sean escuchados ayudarán a generar un planteamiento que complemente y mejore las iniciativas relacionadas con la Política Energética de nuestro país.

La única instancia de participación que contiene la ley eléctrica la incluyó la ley 19.940 en el artículo 85 de la Ley General de Servicios Eléctricos, el que contempla la posibilidad de que usuarios e instituciones interesadas, previo registro, puedan tener acceso a los antecedentes y resultados del estudio de planificación tarifaria y hacer sus respectivas consultas.

A nivel de norma general para toda la administración pública, el 8 de Junio de 2004 el Gobierno envió un Mensaje para iniciar la tramitación de la que será la Ley 20.500, Sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública, y cuyos principales objetivos son: 1. Fijar un marco legal común para todas las asociaciones que no se rigen por un estatuto jurídico especial; 2. Incentivar la creación de asociaciones de interés Público; 3. Establecer una regulación básica para el trabajo del Voluntariado; y 4. Modificaciones a diversos cuerpos legales con el objeto de fortalecer la participación de la ciudadanía en la gestión pública.

Una de las principales modificaciones que establece la mencionada ley es la incorporación de un nuevo título “De la participación ciudadana en la gestión pública” en la Ley 18.585, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, y por tanto aplicable al Ministerio de Energía y la Comisión Nacional de Energía. En este sentido, establece que se reconoce a las personas el derecho a participar en las políticas, planes, programas y acciones de los órganos de la Administración del Estado, los cuales deberán decidir las modalidades formales y específicas de participación que tendrán las personas y organizaciones dentro del ámbito de su competencia. Establece que cada órgano del Estado deberá entregar en conocimiento público aquella información que considere relevante acerca de sus políticas, planes, programas, acciones y presupuestos, asegurando que ésta sea oportuna, completa y ampliamente accesible. Mandata que los órganos de la Administración rindan una cuenta pública participativa a la ciudadanía de la gestión de sus políticas, planes, programas, acciones y de su ejecución presupuestaria, permitiendo que la ciudadanía formule observaciones, planteamientos o consultas. Finalmente, señala que deberán establecer consejos de la sociedad civil, de carácter consultivo, que estarán conformados de manera diversa, representativa y pluralista por integrantes de asociaciones sin fines de lucro que tengan relación con la competencia del órgano respectivo.

Implementación de la Ley 20.500 en el sector energético.

La Comisión Nacional de Energía (CNE).

A raíz de la dictación de la ley 20.500, la CNE por intermedio de su Secretario Ejecutivo, dicta la Resolución Exenta Nº 440 del 8 de Agosto de 2011, Norma General de Participación Ciudadana de la Comisión Nacional de Energía. Su objetivo es establecer los mecanismos formales y específicos de participación, entre los que destacan:

- La publicación en la página web institucional de aquella información que considere relevante acerca de sus políticas, planes, programas, acciones y presupuestos.
- La Cuenta Pública Participativa de la gestión de sus políticas, planes, programas, acciones y de su ejecución presupuestaria. Cuya publicación en la página web institucional deberá realizarse antes del término del primer trimestre del año siguiente al que se refiere la Cuenta, estableciéndose un plazo no inferior a 15 días corridos, a partir de la publicación, para opiniones, consultas y críticas ciudadanas. Y un plazo no inferior a 45 días corridos, a partir del cierre del período de consultas, para que la CNE dé sus respuestas.

- La posibilidad que el Jefe de Servicio, mediante resolución fundada, disponga de Procesos de Consulta Ciudadana respecto de políticas, planes, programas y/o proyectos que desarrolle.
- El establecimiento de un Consejo de la Sociedad Civil de la Comisión Nacional de Energía, que tendrá una composición diversa, pluralista y representativa, integrada por asociaciones sin fines de lucro que tengan relación con la competencia de la CNE y con, al menos, un representante de los consumidores de los mercados energéticos.

El Ministerio de Energía.

Por su parte, el Ministerio de Energía, mediante la Resolución Exenta N° 463 del 16 de Agosto de 2011, dicta la Norma General de Participación Ciudadana del Ministerio de Energía, cuyo objetivo es regular la forma en que las personas y las organizaciones de la sociedad civil podrán incidir en el desarrollo de las políticas que son competencia del ministerio en cuestión y cuyos mecanismos centrales son:

- Acceso a la información relevante. Se establece que el Ministerio pondrá a disposición de la ciudadanía aquella *información que considere relevante* acerca de sus políticas, planes, programas, acciones y presupuestos. Lo anterior, mediante la publicación en la página web institucional, mediante la consulta directa contemplada en la Ley 20.285, Sobre Acceso a la Información Pública, y mediante un formulario para todas aquellas consultas no contempladas en la última ley mencionada (V.gr. sugerencias y reclamos).
- Cuenta pública Participativa. Anualmente, la autoridad máxima del Ministerio presentará, de manera presencial, la Cuenta Pública. La cual a su vez, deberá publicarse en el portal web institucional disponible para su lectura y en formato vídeo. Luego de su publicación, se establece un plazo de 15 días hábiles para que la ciudadanía realice consultas y uno de 60 días extensibles a 10 días para las respuestas por parte del Ministerio.
- Consulta ciudadana. Dispone que el Ministerio, al menos una vez al año, de oficio o a petición de parte, señalará las materias de interés ciudadano en el que se requiere conocer la opinión de las personas. Este mecanismo contempla expresamente un período de “Apertura” durante el cual se dará difusión al proceso, un período de “Recolección”, en el cual el Ministerio deberá seleccionar al menos dos de los temas propuestos (incluyendo siempre el propuesto por el Ministerio y el más repetido durante el período de apertura) y un período de “Consolidación y Respuesta”, consistente en la recolección de los temas propuestos por la ciudadanía y en la elaboración de sus respectivas respuestas.
- Consejos de la Sociedad Civil. Dispone que el Ministerio establecerá dichos consejos, los cuales tendrán carácter consultivo y que estarán conformados por asociaciones sin fines de lucro relacionadas con las competencias del Ministerio.

Adicionalmente, durante el año 2010 el Ministerio implementó, entre otros mecanismos de participación ciudadana:

- *Medición de la satisfacción y evaluación de los sistemas de electrificación rurales de autogeneración*, para lo cual encuestó a los municipios involucrados, no obstante no están disponibles los resultados de dicha encuesta en la web institucional, ni se hace mención de que en dicha encuesta haya participado activamente la ciudadanía, pues se señala que para participar se debe ser representante del respectivo municipio.
- *Mesas Regionales de Eficiencia Energética*, implementadas en seis regiones del país con el objetivo de fomentar las capacidades en eficiencia energética e identificar los potenciales para desarrollo de acción en pos de ellas. En dicha instancia participan regularmente organismos ligados al gobierno regional, institucionalidad ambiental, representantes de empresas ligadas al sector energético y académicos. En la web institucional se puede acceder a la información y proyectos de cada una de las mesas.

Implementación práctica y análisis crítico.

Ambos Órganos de la Administración del Estado, el Ministerio de Energía y la Comisión Nacional de Energía, han cumplido formalmente con el mandato de la ley 20.500 en orden a establecer las modalidades de participación que tendrán las personas y organizaciones en el ámbito de cada una de sus competencias.

No obstante lo anterior, entendemos que el fin de la ley fue poner en práctica los principios de la Carta Interamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública, que entiende por participación ciudadana “el proceso de construcción social de las políticas públicas que, conforme al interés general de la sociedad democrática, canaliza, da respuesta o amplía los derechos económicos, sociales, culturales, políticos y civiles de las personas, y los derechos de las organizaciones o grupos en que se integren, así como los de las comunidades y pueblos indígenas”. Desde esta perspectiva, el modelo de participación implementado por el Ministerio de Energía en el marco de la ley 20.500, se trata de un modelo lejos de facilitar la incidencia en la toma de decisiones por parte de los ciudadanos en las temáticas del sector eléctrico.

Las instancias planteadas por el Ministerio de Energía entienden la participación ciudadana como un acceso a la información más expedito, como un complemento a lo no cubierto por la ley 20.285 (Ley de transparencia), en la medida en se mandata a los Órganos de la Administración a responder las consultas ciudadanas, lo cual no puede entenderse como una real injerencia ciudadana en la implementación de políticas públicas.

Por otro lado, los órganos de la administración sólo están obligados a escuchar las propuestas ciudadanas, pues ellas no son vinculantes, como tampoco lo son los Consejos de la Sociedad Civil. De esta manera, la participación ciudadana, mediante los mecanismos de la ley 20.500, no siempre incidirá en la toma de decisiones, ni en la implementación ni evaluación de las políticas públicas.

Adicionalmente, el propio Ministerio no ha cumplido con su propio mandato, al establecer una “Comisión Asesora para el Desarrollo Eléctrico”⁹⁵, mecanismo no contemplado en la Resolución Exenta N° 463/2011 (Norma General

⁹⁵Los integrantes de la comisión son:

1. Renato Agurto. Ingeniero Civil Eléctrico de la Universidad de Chile. Actualmente es socio director de la Consultora Synex y Presidente del Consejo Directivo de la Comisión Chilena de Energía Nuclear. Ha sido consultor del BM y BID, fue coautor de la ley general de servicios eléctricos de 1982 y sus modificaciones.
2. Ignacio Alarcón Arias (Secretario). Ingeniero Civil Electricista Universidad de Chile con más de veinte años de experiencia en el sector eléctrico en Chile, Argentina y República Dominicana. Fue integrante del Panel de Expertos. Actualmente es socio asociado de Electronet Consultores.
3. Sebastián Bernstein. Ingeniero Civil de la Universidad de Chile. Fue Secretario Ejecutivo de la Comisión Nacional de Energía y coautor de la ley general de servicios eléctricos de 1982 y sus modificaciones. Actualmente es socio director de la Consultora Synex.
4. VivianneBlanlot. Licenciada en Economía de la Pontificia Universidad Católica de Chile y magíster en Economía de la American University. Fue Directora Ejecutiva de la CONAMA, Secretaria Ejecutiva de la Comisión Nacional de Energía y Ministra de Defensa. Actualmente es socia y gerente general de VBS Consultores.
5. Nicola Borregaard. Doctora en Economía de Recursos Naturales de la Universidad de Cambridge, Inglaterra y Máster en Economía de la State University New York de Estados Unidos. Fue directora del Programa País de Eficiencia Energética del Gobierno de Chile. Actualmente es Directora Ejecutiva del Centro de Investigación y Planificación del Medio Ambiente y miembro del Consejo Consultivo del Ministerio de Medio Ambiente.
6. Sergio del Campo. Ingeniero comercial de la Universidad de Concepción y MBA de la Universidad Adolfo Ibáñez, con más de 20 años de experiencia en el sector eléctrico. Se ha desempeñado en altos cargos gerenciales en empresas como Eléctrica Guacolda Chile, Hidroeléctrica Piedra del Águila Neuquén, en Argentina, e Itabo Sociedad Gener-El Paso, en República Dominicana. Fue nombrado Subsecretario de Energía en febrero de 2011.
7. Ronald Fischer. Ingeniero Civil Matemático de la Universidad de Chile y Doctorado en Economía de la Universidad de Pennsylvania. Es profesor titular del Departamento de Ingeniería Industrial de la Universidad de Chile. Ha sido consultor del FMI, BM y del BID e integrante del Panel de Expertos.
8. Juan Antonio Guzmán (Presidente). Ingeniero Químico de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Doctorado en Ingeniería Química de la Polytechnic of North London. Fue Presidente de CONICYT y Gerente General de Gener. Actualmente es Consejero de SOFOFA, Presidente de Cementos Polpaico y de Clínica Indisa, entre otras empresas.

de Participación Ciudadana del Ministerio de Energía), cuyo objetivo general es “crear una instancia técnica transversal validada por diferentes sectores de la sociedad que genere recomendaciones, lineamientos, orientaciones de largo plazo, que proponga los incentivos necesarios para el desarrollo del sistema eléctrico nacional, de forma sustentable, competitiva, diversificada y confiable que permita alcanzar el desarrollo y derrotar la extrema pobreza”.

De esta manera, el propio Ministerio de Energía no ha formado un “Consejo de la Sociedad Civil” para generar las recomendaciones para un nuevo modelo de desarrollo eléctrico para Chile, sino que ha formado una comisión ad hoc ajena al modelo implementado al amparo de la ley 20.500. Por el contrario, la conformación de la comisión no refleja a la sociedad civil, sino que por el contrario incluye a expertos del sector eléctrico, muchos de los cuales han sido parte del diseño del modelo vigente. Ninguna de las presentaciones o documentos de la comisión se encuentran, a septiembre de 2011, disponibles en el sitio web del Ministerio de Energía, lo que genera un problema de transparencia en la discusión de la señalada comisión.

Frente a esta situación, parlamentarios de gobierno y oposición convocaron la formación de una “Mesa ciudadana – parlamentaria para el desarrollo eléctrico”⁹⁶ integrada por académicos, técnicos, ONGs y parlamentarios, la que busca generar un espacio diverso al contemplado por el ejecutivo.

De esta manera, ciertamente los fines que plantea la ley 20.500 no se encuentran institucionalizados debidamente en las regulaciones de ejecución dictadas por el Ministerio de Energía, ni tampoco son cumplidas por esta entidad.

-
9. Alejandro Jadresic. Ingeniero Civil Industrial de la Universidad de Chile y Doctorado en Economía de la Universidad de Harvard. Ex Secretario de la Comisión Nacional de Energía durante el mandato del Presidente Frei Ruiz-Tagle. Es Decano de la Facultad de Ingeniería y Ciencias de la Universidad Adolfo Ibáñez.
 10. Juan Pablo Montero. Ingeniero Civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Doctorado en Economía del Industrial Instituto Tecnológico de Massachusetts (MIT). Es Profesor Asociado del Instituto de Economía de la Pontificia Universidad Católica de Chile e Investigador Asociado del Centro de Investigación de Políticas Públicas en Energía y Medioambiente del MIT.
 11. Rodrigo Palma Behnke. Ingeniero Civil de Industrias con mención en electricidad y Magister en Ciencias de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Doctor en Ingeniería de la Universidad de Dortmund de Alemania. Fue miembro del Panel de Expertos. Actualmente es Profesor Asistente del Departamento de Ingeniería Eléctrica y director del Centro de Energía, FCFM, de la Universidad de Chile.
 12. Jorge Quiroz. Ingeniero Comercial de la Universidad de Chile y Doctor en Economía de la Universidad de Duke. Consultor con vasta experiencia en asesorías a empresas en materias económicas de regulación y de organización industrial, política de competencia, negociación, litigios comerciales y disputas de comercio exterior.
 13. Hugo Rudnick. Ingeniero Civil Electricista de la Universidad de Chile, Master en Ciencias y Doctor en Filosofía de la Universidad de Manchester en el Reino Unido. Es profesor titular del departamento de Ingeniería Eléctrica de la Facultad de Ingeniería de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
 14. Marcelo Tokman. Ingeniero Comercial de la Pontificia Universidad Católica de Chile, máster y doctorado en Economía de la Universidad de California, Berkeley. Ex Ministro Presidente Comisión Nacional de Energía. Actualmente es Vicepresidente Sudamérica y Vicepresidente de Relaciones Gubernamentales de América Latina de Vestas.
 15. Sebastián Vicuña. Ingeniero Civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Máster en Políticas Públicas y Doctorado en Ingeniería Ambiental de la Universidad de California, Berkeley. Actualmente es Director Ejecutivo del Centro de Cambio Global UC.
 16. Jorge Zanelli. Físico de la Universidad de Chile y Doctorado de la State University of New York. Fue integrante del Consejo Directivo de la Comisión Chilena de Energía Nuclear y Presidente del Grupo de Trabajo en Nucleoelectricidad. Hoy se desempeña como investigador del Centro de Estudios Científicos (CECS).

⁹⁶ Integran la comisión: los senadores Carlos Cantero, Ximena Rincón, Isabel Allende de la Comisión de Energía del Senado, y los diputados Patricio Vallespín, junto al ex diputado Alejandro Sule; los académicos Pedro Maldonado, Stephen Hall, Andrés Romero. Oddo Cid y Rodrigo García de ACERA; Sara Larraín de Chile Sustentable, Flavia Liberona de Fundación Terram, Juan Pablo Orrego de Ecosistemas, Matías Asun de Greenpeace, Manuel Baquedano y Alicia Esparza de Instituto de Ecología Política, Sebastián Ainzúa de Fundación HenrichBöll, Ramiro Plaza de Pymemad, entre otros.

**Responsabilidad social
corporativa, derechos
humanos y diálogo social**



**Seminario
Derechos Humanos
Sociedad Civil
Unión Europea - Chile**
12 - 13 Octubre de 2011, Santiago de Chile

Los ensayos reunidos en esta compilación pretenden entregar a las personas interesadas, especialmente a las que están trabajando en el área de responsabilidad social corporativa, insumos para la discusión del impacto que pueden tener las actividades económicas en el sector energético sobre el goce de los derechos humanos de las comunidades aledañas.



UNION EUROPEA



CentroDerechosHumanos
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES



OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO