



INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE 2016



**CENTRO DE DERECHOS
HUMANOS **udp****

FACULTAD DE DERECHO

Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales;
Tomás Vial Solar (editor general) / Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile
2016

Santiago de Chile: la universidad: Centro de Derechos Humanos, Facultad de
Derecho de la universidad, 2016, 1ª edición, p. 380, 15 x 23 cm.

Dewey: 341.4810983

Cutter: In38

Colección Derecho

Incluye presentación de los Dres. Tomás Vial Solar y Judith Schönsteiner
directora del Centro de Derechos Humanos de la universidad, notas al pie de página
y biografías de los autores del informe 2016.

Materias:

Chile. Derechos Humanos.
Programas de vivienda. Chile.
Empresas, aspectos sociales.
Derechos del niño. Chile
Homosexuales. Aspectos jurídicos.
Chile. Esterilización sexual. Aspectos jurídicos.
Esterilización involuntaria.
Inmigrantes, situación jurídica.
Multiculturalismo, Chile.
Indígenas, educación.
Identidad cultural. Chile.
Funcionarios públicos. Disciplina.

INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE 2016

©VV.AA.

©Ediciones Universidad Diego Portales, 2016

Primera edición: noviembre de 2016

ISBN 978-956-314-374-4

Universidad Diego Portales
Facultad de Derecho
Av. República 105
Teléfono (56-22) 676 2601
Santiago de Chile
www.derecho.udp.cl

Editor general: Tomás Vial

Edición: Vicente Parrini

Diseño: Marisol González

Impreso en Chile por Salesianos Impresores S.A.



Licencia Creative Commons: Reconocimiento – No comercial – Compartir igual: Los artículos de este libro se distribuyen bajo una Licencia Creative Commons. Pueden ser reproducidos, distribuidos y exhibidos bajo la condición de reconocer a los autores / las autoras y mantener esta licencia para las obras derivadas.

Las opiniones, análisis, conclusiones o recomendaciones expresadas en los artículos corresponden a las y los autores.

BRECHAS DE CUMPLIMIENTO: EL ESTADO, EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS¹

1 Capítulo elaborado por Judith Schönsteiner, con la colaboración de Fernando Araya, Pablo Soto Delgado, Karla Varas.

SÍNTESIS

Este capítulo, a la luz de los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos del 2011, y las obligaciones internacionales contraídas por Chile en materia de garantizar los derechos humanos en el contexto de las actividades económicas de los actores empresariales, revisa los siguientes aspectos, que son parte de un estudio línea base en materia de empresas y derechos humanos elaborado por los autores del capítulo entre 2015 y 2016: la iniciativa de promover y elaborar un Plan de Acción Nacional en materia de empresas y derechos humanos, según una recomendación del Consejo de Derechos Humanos de la ONU; el sistema constitucional-económico, la regulación de la prohibición de discriminación, igualdad de remuneraciones, planificación territorial, medioambiente, pensiones, tratados de libre comercio, el sistema de fiscalización, y temas de acceso a la justicia por potenciales violaciones a los derechos humanos por parte de actores empresariales. Antes de analizar estos temas, a modo ejemplar –considerando la imposibilidad de tratar a todos los aspectos relevantes en un capítulo de esta índole– se identifican los estándares internacionales que le son aplicables al Estado de Chile y se responde la pregunta de por qué las empresas tienen responsabilidades en la materia.

INTRODUCCIÓN

El concepto “empresas y derechos humanos” puede parecer ecléctico para algunos, e incluso un oxímoron para otros que, por definición, creen que solo los Estados pueden violar los derechos humanos. No obstante, además de la responsabilidad empresarial por el respeto a los derechos humanos que se ha ido definiendo en el marco de Naciones Unidas en los últimos años, el Estado tiene un rol clave en la regulación y fiscalización de los actores económicos y las empresas para prevenir vulneraciones de los derechos humanos por parte de los privados o asegurar el acceso a la justicia y reparación para quienes han sufrido violaciones en este ámbito. Pensemos por un momento en el trabajo de los guardias privados, en la contaminación ambiental, los accidentes laborales, pero también, en las manifestaciones producidas por las pensiones administradas exclusivamente por empresas privadas en Chile; en los actores privados como proveedores de educación o salud; en la protesta social contra proyectos de inversión; la reforma laboral, o el debate sobre la reforma constitucional. Finalmente, en la actualidad, estamos confrontados a descubrir de qué manera la corrupción y el financiamiento de campañas políticas por empresas/empresarios ha o podría haber desvirtuado el *accountability* de los representantes ante sus representados. En todas estas dimensiones, finalmente, estamos dialogando como país para ver cómo se pueden ponderar los distintos intereses, en este caso, los derechos humanos, por un lado, y los intereses de las empresas, por otro. Que en algunas circunstancias y lugares estos intereses puedan coincidir, no le resta validez al debate de cómo alcanzar un balance justo entre los factores en análisis.

Desde 2010, este *Informe* ha incluido, cada dos años, capítulos sobre algún aspecto relativo a las empresas y los derechos humanos.² En

2 Véase Judith Schönsteiner, “Responsabilidad empresarial y derechos humanos: el caso de la gran minería”, en Jorge Contesse (ed.), *Informe 2010*, Santiago, Ediciones UDP, 2010, pp. 407-448. Dominique Hervé y Judith Schönsteiner, “Empresas, medio ambiente y derechos humanos: La zona industrial de Quintero-Puchuncaví”, en Alberto Coddou, (ed.), *Informe 2012*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2012, pp. 131-162. Alonso Barros y Judith Schönsteiner, “Diligencia debida: proyectos de inversión, propiedad sobre los recursos naturales y consulta libre, previa e informada a los pueblos y comunidades indígenas concernidos”, en Tomás Vial (ed.), *Informe 2014*, Santiago, Ediciones Diego Portales, 2014, pp. 203-244.

esta oportunidad, el artículo presenta un análisis de datos que fueron recogidos en la Línea Base sobre Empresas y Derechos Humanos³ levantada por los autores –entre abril de 2015 y marzo de 2016– en función de los pilares I y III de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, también denominados ‘Principios de Ruggie’ por el encargado a elaborarlos, el profesor John Ruggie en su mandato de Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas.⁴ Se trata de un estudio que, replicable en el tiempo, identifica brechas de cumplimiento en relación a la obligación que tiene el Estado de Chile de prevenir y proteger a las personas ante vulneraciones de derechos humanos que podrían ser cometidas por parte de actores empresariales.⁵

La Línea Base abarca una variedad de temas, los cuales no pueden ser tratados en su totalidad en el presente trabajo. En consecuencia, se escogieron algunos de los aspectos más relevantes del estudio para presentarlos en un relato que muestra, al mismo tiempo, los estándares del derecho internacional de los derechos humanos y la situación chilena en la materia. Mientras el capítulo se refiere por ejemplo, a regulación constitucional, comercial, ambiental o de planificación territorial; los temas de acceso a la información pública, empresas estatales, corrupción, y derechos del consumidor, así como los servicios privatizados, excepto-pensiones, exceden las temáticas que puede abarcar este artículo.⁶ Algunos de los temas se tratarán en publicaciones futuras, y otros ya han sido analizados recientemente.⁷

Este capítulo parte por revisar las razones para introducir el discurso de empresas y derechos humanos, resume los estándares internacionales aplicables; y después, presenta los resultados de la Línea Base en materia de: coordinación política, regulación constitucional, de no discriminación, laboral, ambiental, comercial y corporativo, de planificación territorial y en relación con los servicios privatizados de

3 Encargada y financiada por el Danish Institute of Human Rights, elaborada en base a Matriz de ICAR/DIHR, y dos matrices UDP sobre estándares internacionales. Disponibles en www.derechoshumanos.udp.cl.

4 Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos*, junio 2011.

5 Ver sobre brechas de gobernanza, en general, Penelope Simons, “The Governance Gap: Domestic Laws and Other Governance Mechanisms”, en id. y Audrey Macklin, *The Governance Gap. Extractive Industries, Human Rights and the Home State Advantage*, New York, Routledge, 2014, pp. 178-271.

6 Ver Judith Schönsteiner y otros, *Informe de Conclusiones y Recomendaciones*, Julio 2016, y *Línea Base sobre Empresas y Derechos Humanos en Chile*, Santiago, Centro de Derechos Humanos UDP, Marzo 2016.

7 Véase Alonso Barros y Judith Schönsteiner, “Diligencia debida: proyectos de inversión, propiedad sobre los recursos naturales y consulta libre, previa e informada a los pueblos y comunidades indígenas concernidos”, en Tomás Vial (ed.), *Informe 2014*, Santiago, Ediciones Diego Portales, 2014, pp. 203-244. También, Antonia Rivas “Territorios indígenas y política pública de entrega de tierras en Chile”, en Tomás Vial (ed.) *Informe 2014*, Santiago, Ediciones Diego Portales, pp. 157-202. La Línea Base tiene una sección especial sobre Araucanía, ver Schönsteiner y otros 2016, op cit, pp. 159-163.

salud y pensiones; respecto a las iniciativas puntuales en el Consejo de Producción Limpia; Dirección de Compras y Contratación Pública (Chilecompra); el Punto Nacional de Contacto; y los tratados de libre comercio. Finalmente, plantea logros y desafíos en materia de acceso a la justicia.

1. ¿POR QUÉ LAS EMPRESAS TIENEN RESPONSABILIDADES DE DERECHOS HUMANOS?

1.1. El business case

Una de las más reiteradas argumentaciones que se han esgrimido a favor de un marco de derechos humanos para las empresas desde una perspectiva de negocios, es un argumento económico: adoptar un marco de derechos humanos conviene porque es más eficiente en cuanto a los costos.⁸ Sin embargo, como explica el académico y ahora miembro del Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos (en adelante, GT), Michael Addo, este argumento no es el único que se subsume bajo el término. El concepto ha sido presentado en distintas formas no siempre coherentes entre sí y en virtud del mandato del GT de promover el *business case*, esto resultaría “extremadamente complejo” y requiere un trabajo de profundización por parte del GT.⁹

En este sentido, el discurso actual ha cambiado: hoy escuchamos de obligaciones y responsabilidades legales cuya legitimidad, en principio, ya no se cuestiona. El debate post mandato de Ruggie ha girado hacia el alcance y contenido de estas responsabilidades empresariales, y los mecanismos de implementación / gestión para esta operación.¹⁰

- 8 Ver Dorothy Baumann-Paully y Michael Posner, “Making the business case for Human Rights: an Assessment”, en: id. y Justine Nolan, *Business and Human Rights. From Principles to Practice*, New York, Routledge, 2016, pp. 11-21. En relación a políticas de sustentabilidad, http://www.hbs.edu/faculty/Publication%20Files/SSRN-id1964011_6791edac-7daa-4603-a220-4a0c6c7a3f7a.pdf, y también http://www.ussif.org/files/Publications/USSIF_ImpactofSRI_FINAL.pdf, y finalmente, http://www.ihrb.org/pdf/IHRB_Speech_2011_04_28_John_Morrison_The_Business_Case_for_Human_Rights.pdf.
- 9 Michael Addo, “The Mandate of the UN Working Group on Business and Human Rights Preliminary Thoughts”, en *The Special Procedures of the Human Rights Council: A brief look from the inside and perspectives from outside*, 2015, pp. 97-98.
- 10 David Nersessian, “Business Lawyers as Worldwide Moral Gatekeepers? Legal Ethics and Human Rights in Global Corporate Practice”, en: *28 Georgetown Journal of Legal Ethics* 1135, 2015; Sarah Altschuler, “Advising Corporate Clients on Human Rights and the Challenges of Integrating Human Rights into Corporate Management Systems”, en: *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, Vol. 105, 2011, pp. 305-307. See also critically, Robert Blitt, “Beyond Ruggie’s Guiding Principles on Business and Human Rights: Charting an Embrasive Approach to Corporate Human Rights Compliance”, en: *48 Texas International Law Journal*. Volumen 48, 2012-2013. Finalmente, Jena Martin, “Business and Human Rights: What’s the Board Got to Do with It?”, en: *University of Illinois Law Review* 959, 2013.

1.2. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Así, aunque el respeto a los derechos humanos no fuera una ventaja económica, representa una “responsabilidad”¹¹ en virtud del artículo 30 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que reza: “Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.” Además, según la interpretación del Comité de Derechos Humanos y del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de los respectivos Pactos Internacionales, los actores privados, especialmente, las empresas, deben asegurarse de no impedir que el Estado cumpla con sus obligaciones en materia de derechos humanos, y deben ellas mismas respetar los derechos humanos.¹²

Finalmente, se ha propuesto por muchos el argumento de que quienes poseen derechos –y las empresas transnacionales poseen varios derechos en función de los tratados bilaterales de inversión, los acuerdos comerciales bilaterales o multilaterales, y especialmente de poder demandar a los Estados ante tribunales arbitrales– deberían asumir sus deberes de la misma forma. Esta lógica domina el trabajo de negociación y redacción de un borrador de tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos, en el marco del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, pero no puede ser profundizado acá.¹³

1.2.2. Los Principios Rectores

En las Naciones Unidas, se han consolidado las responsabilidades empresariales para con los derechos humanos en los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, adoptados por el Consejo de Derechos Humanos en junio de 2011. Se ha creado un grupo de trabajo que está a cargo de promover y facilitar la implementación de los Principios Rectores entre Estados y empresas, a través de Planes de Acción Nacional y otras herramientas políticas. Al mismo tiempo, los órganos de supervisión de varios tratados de derechos humanos se han pronunciado sobre la temática, tales como el Comité de los Derechos del Niño, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁴ y

11 Ver sobre la diferencia entre “responsabilidad” versus “obligaciones” de los Estados, Schönsteiner 2010.

12 Ver especialmente, Comité DESC Observaciones Generales N° 13, 14, 15, 19, 20. Véase también Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 31, párr. 8, que excluye un efecto horizontal directo en el derecho internacional, pero lo afirma como obligación para el derecho interno.

13 Ver por ejemplo, Larry Catá Backer, “Moving Forward the UN Guiding Principles for Business and Human Rights: Between Enterprise Social Norm, State Domestic Legal Orders, and the Treaty Law that Might Bind them All”, en: *38 Fordham International Law Journal*, 2015, p. 457.

14 CIDH, Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo, 2016 y la jurisprudencia allí referenciada, especialmente, CIDH, *La Oroya versus Perú* (Admisibilidad), Informe N° 76/09, petición 1473-06, 5 de agosto de 2009.

la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este último organismo desde hace muchos años está siendo requerido en casos de violaciones de derechos humanos en los que los hechos indican un involucramiento de empresas¹⁵ que por definición del *ius standi* activo y pasivo en el Sistema Interamericano, no pueden ser ni víctimas (solo personas naturales) ni responsables (solo Estados).¹⁶ En un reciente caso, además, la Corte ha mencionado los mismos Principios Rectores.¹⁷

Los Principios Rectores (en adelante PR) se dividen en tres pilares: la obligación del Estado de proteger (Pilar I); la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos (Pilar II) y la obligación / responsabilidad que es proveer acceso a la justicia y mecanismos de solución de controversias (Pilar III) que estuvieran conformes con los estándares de debido proceso, definidos en el derecho internacional de los derechos humanos, y en el PR 31, para los mecanismos no-judiciales y privados.

De las empresas se espera que respeten los derechos humanos y ejerzan la debida diligencia empresarial (PR 11-13). Esto implica que, tal como lo hemos desarrollado en el *Informe 2010*, las empresas adopten una política pública de derechos humanos, apliquen la debida diligencia –a saber, prevengan las violaciones a los derechos humanos– y de no ser esto posible, mitiguen los impactos de sus actividades en los derechos humanos, provean de un mecanismo de denuncia, transparenten anualmente su impacto en dichos derechos e instalen mecanismos de reparación e indemnización.

Aunque este capítulo solamente revisa las obligaciones estatales, logramos determinar más concretamente aquellas solo si conocemos con suficiente precisión las responsabilidades empresariales que los Estados deben ayudar a las empresas a implementar, respetar, incentivar y, eventualmente, obligarlas. En este sentido, los pilares del marco de Ruggie están claramente entrelazados.

1.2.3. ¿Qué obligaciones le competen al Estado en relación al desempeño de las empresas en materia de derechos humanos?

A diferencia de las empresas, el Estado tiene *obligaciones* (incluso justiciables) en materia de empresas y derechos humanos. Estas obligaciones no emanan de los Principios Rectores, sino de los tratados de derechos humanos que el Estado ha ratificado, y de la costumbre internacional. En el caso de Chile, son todos los tratados de derechos humanos en los sistemas de Naciones Unidas, de la OIT y del sistema interamericano

15 Ver por ejemplo, Corte IDH caso *Saramaka versus Surinam*, 28 de noviembre de 2007 y *Sarayaku versus Ecuador*, 27 de junio de 2012.

16 Corte IDH, Opinión Consultiva Titularidad de Derechos de las Personas Jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (interpretación y alcance del Artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del Artículo 8.1.a y b del Protocolo de San Salvador), OC 22-16, del 26 de febrero de 2016.

17 Corte IDH, caso *Kaliña y Lokono*, sentencia del 25 de noviembre de 2015, párr. 224.

que ha ratificado.¹⁸ Los Principios Rectores recogen estas obligaciones con una referencia en el PR 1; derivan, por ejemplo, de los artículos 1.1 y 2 CADH, 2 PIDESC o 2 PIDCP. El Estudio Línea Base sobre Empresas y Derechos Humanos en Chile ha explicitado estas obligaciones a la luz de la jurisprudencia internacional.¹⁹

En seguida, se detallarán las obligaciones generales que competen al Estado independientemente del sector productivo, del tamaño de la empresa, o de quienes serían los dueños de la empresa (personas privadas, otras personas jurídicas, o empresas estatales). Las obligaciones tomaron un enfoque específico para cada derecho, pero la lógica descrita se aplicará transversalmente.

Cuando el derecho internacional de los derechos humanos establece que los Estados deben garantizar, con debida diligencia,²⁰ los derechos consagrados en los tratados que han ratificado (por ejemplo, el PIDESC, la CADH, el PIDCP, la CDN, etc.), se refiere al efecto horizontal de los derechos humanos, a saber, la obligación de los Estados de regular, fiscalizar y proveer acceso eficaz a la justicia y reparación para afectaciones a los derechos humanos entre privados, que mediante la inactividad del Estado, o ante su complicidad, se convertirían en violaciones de los derechos humanos atribuibles al Estado. En este sentido, su obligación tiene una faceta preventiva –muchas veces subestimada²¹– y una reparatoria, en el caso de que, a pesar de haber cumplido con los requisitos de la debida diligencia, un privado transgredió los derechos de los demás. Esta lógica ha sido desarrollada con consistencia y sin mayores divergencias por parte de la Corte Interamericana y los órganos de supervisión de los tratados de la ONU. Extender esta lógica a la regulación de actores económicos no ha sido una sorpresa, y de hecho se ha desarrollado sin mayor oposición doctrinaria. La única excepción ha sido el derecho penal y la responsabilidad penal de personas jurídicas. En 2012, hemos construido un marco de análisis para la situación en la Bahía de Quintero-Puchuncaví a partir de un raciocinio similar.²² Así, sin identificar preferencia alguna por uno u otro

18 Schönsteiner y otros, *Línea Base*, op. cit., pp. 8-11.

19 Orielle Ahumada y otros, Matriz de estándares de la OIT, working paper 2016, y Schönsteiner y otros, Matriz de estándares del SIA y de la ONU, working paper 2016.

20 Por primera vez, el concepto se aplicó en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos en el primer caso de la Corte IDH, *Velásquez Rodríguez versus Honduras*, Fondo, 29 de julio de 1988, párr. 173. Para el desarrollo posterior en la jurisprudencia de derechos humanos, véase por ejemplo, De Olivier de Schutter y otros, *La Debida Diligencia en Materia de Derechos Humanos: El Papel de los Estados*, 2012. No figura editorial ni lugar de edición.

21 Judith Schönsteiner, “Irreparable damages, project finance and access to remedies by third parties”, en: Leader Sheldon (ed.), *Global Project Finance, Human Rights, and Sustainable Development*, Cambridge University Press, 2011, pp. 278-315.

22 Dominique Hervé y Judith Schönsteiner, “Empresas, medio ambiente y derechos humanos: La zona industrial de Quintero-Puchuncaví”, en Alberto Coddou, (ed.), *Informe 2012*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2012, pp. 131-162.

sistema económico –esto queda a discreción de los Estados– el derecho internacional de los derechos humanos establece delimitaciones. En su gran mayoría, son obligaciones de resultado. En algunos aspectos de prevención y de debido proceso, se trata de obligaciones de proceso, de garantizar un piso mínimo en la ponderación de los intereses que resguarde los derechos humanos de todos los habitantes de un país, especialmente de los grupos más vulnerables y de quienes se ven afectados/as por actividades empresariales extraterritoriales.

Los Principios Rectores de Naciones Unidas identifican, dentro de esta lógica y con un enfoque preventivo, varias áreas de especial sensibilidad para esta regulación de actividades económicas. Destacan las actividades extraterritoriales de empresas que tienen su casa matriz en el Estado en cuestión (Principio Rector 2); la regulación sectorial y transversal de actividades económicas, y la adopción de políticas públicas para garantizar los derechos humanos (Principios Rectores 1 y 3), por ejemplo, la regulación ambiental, laboral, de salud y seguridad en el trabajo, del uso de los recursos naturales, de no-discriminación, o de propiedad, tierras y territorios; la regulación de las empresas estatales (Principio Rector 4); la regulación de todos los servicios tercerizados (Principio Rector 5), especialmente, los que corresponden a la provisión de algún derecho humano en particular, como por ejemplo, el derecho humano al más alto nivel de disfrute de salud física y mental. También destacan el derecho a la educación; o el derecho a la seguridad social; la regulación y actuación conforme a los derechos humanos por parte de las empresas estatales o las empresas con participación significativa del Estado (Principio Rector 6); el manejo de conflictos armados o sociales (Principio Rector 7); la adopción de políticas públicas que promueven y posibilitan el respeto empresarial a los derechos humanos (Principio Rector 8), incluyendo la planificación territorial, la coordinación entre órganos y ministerios, pero también la política tributaria, la política de libre competencia, y las políticas sectoriales como la energética; de recursos naturales renovables y no renovables; de comercio y consumo etc. Finalmente, se considera la proporción de mecanismos ordinarios o alternativos de acceso a la justicia en igualdad de condiciones para personas que sienten que sus derechos humanos han sido violados por parte de una empresa (Principios 25-27; 31).

En lo particular, los Estados deben revisar si la regulación existente viola directamente las normas de los tratados y si tiene efectos violatorios a los derechos humanos, ya sea por la falta de regulación (vacíos legales o administrativos) o por efectos indirectos de la regulación. En los órganos internacionales de derechos humanos se ha insistido desde los inicios en la preferencia de que los Estados regulen ciertos aspectos de manera inequívoca, para lograr que los derechos humanos se protejan y garanticen efectivamente.

2. CUMPLIMIENTO E INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL ESTADO DE CHILE

2.1. El Plan de Acción Nacional y la coordinación interministerial

En virtud de la recomendación del GT, Chile se ha propuesto elaborar un Plan de Acción Nacional (PAN), y lanzó su fase preparatoria en marzo de 2015. En julio de 2016, se organizaron diez diálogos participativos, por estamento, que cubrieron tres regiones del país (Antofagasta, Temuco y Santiago) para recabar información e insumos sobre las prioridades y medidas asociadas a este Plan. El proceso de diálogos participativos registró 118 asistentes de la sociedad civil, 124 del empresariado, y 121 de pueblos indígenas; se llevó a cabo en Antofagasta, Santiago y Temuco durante julio de 2016 y fue facilitado por expertos externos.²³

En el intertanto, y como insumo al proceso de elaboración del Plan, el Instituto Danés de Derechos Humanos (DIHR, por sus siglas en inglés) encargó al Centro de Derechos Humanos de la UDP elaborar un estudio independiente, en formato de una línea base en materia de derechos humanos y empresas, que fue publicada íntegramente en mayo 2016.²⁴ Esta transparencia permitió que todos los actores, públicos y privados, pudieran contrastar la línea base con su propia información y opinión. Las autoridades gubernamentales decidieron no difundir el estudio entre los participantes de los diálogos, porque constituía “un insumo más” para el proceso de elaboración del Plan de Acción Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos, y para evitar posibles distorsiones durante el proceso de participación,²⁵ que podrían surgir, por ejemplo, al circunscribir las materias sobre las que los participantes debatieran. Esta medida, a la luz de los criterios de imparcialidad y transparencia, tiene ciertamente ventajas y desventajas. Considerando la desigualdad de información entre distintos *stakeholders*, existe la posibilidad que se haya generado un considerable desbalance de información al no poner a disposición el estudio, ya que es posible que ciertos actores lo hayan conocido por sus propios medios –porque tienen empleados que sistemáticamente investigan sobre la materia– y otros no pudieron tener la información al no contar con esos recursos.

En otro ámbito, más transversal, la falta o dificultad de coordinación entre los servicios y ministerios es una debilidad general del Estado de Chile, y también ocurre en materia de empresas y derechos humanos. En varios órganos se escuchó que uno de los mayores obstáculos a un plan nacional podría ser el desafío de coordinación en razón de que las instituciones tienden a evitar la limitación de sus facultades y potestades.²⁶ La falta de coordinación en las políticas públicas e iniciativas

23 Respuesta a consulta, *op. cit.*

24 Disponible en http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/images/empresadhdh/Schönsteiner_Estudio%20Linea%20Base%20Chile%202016.pdf.

25 Respuesta a consulta sobre los diálogos participativos, Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores, Agosto 2016.

26 Según varias entrevistas, ver Schönsteiner, Línea Base, *op.cit.*, p. 166.

es una situación que recién se empezó a remediar en el plano político, con la creación un Comité Interministerial para el PAN en Empresas y Derechos Humanos.

En términos generales, no hay transversalización de una política o un enfoque de derechos humanos en las políticas públicas, y no existe aún un Plan Nacional de Derechos Humanos,²⁷ lo que dificulta la inserción de un enfoque de empresas y derechos humanos, ya que no existe la estructura base de un sistema transversalizado de derechos humanos. Recientemente, sin embargo, se empezó a relacionar la agenda en empresas y derechos humanos con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, iniciativa que parece propicia, ya que varias de las metas de esta Agenda están diseñadas con un enfoque de derechos humanos. Esto significa que, por un compromiso de Estado ante Naciones Unidas, todos los ministerios y órganos estatales, incluida la Presidencia de la República, están comprometidos a contribuir con lo suyo para el alcance de estas metas.²⁸

En el Congreso no existe un compromiso con la temática empresas y derechos humanos. Lo anterior sumado a la ausencia de un compromiso presidencial explícito, así como a la falta de consideración del tema por parte de los tribunales, debilita y dificulta la coordinación interministerial. Hay, además, ministerios claves que a nivel político no están representados en el Grupo de Trabajo Interministerial para elaborar un Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos. Por ejemplo, no están los ministerios de Obras Públicas ni de Agricultura.²⁹ El ministerio de Hacienda se incorporó recién en octubre de 2016. Junto a lo anterior, la Dirección de Derechos Humanos de Cancillería, por sus facultades, solo puede promover el PAN, pero no puede “obligar a nadie”.³⁰

Considerando las dificultades de coordinación tradicionales en el gobierno chileno, sería preocupante si el compromiso con el tema de empresas y derechos humanos dependiera solamente de las personas u oficinas concretas que promuevan la iniciativa, sin desmedro del mérito, profesionalismo³¹ y entusiasmo que ellas tienen en su promoción. No es factible que actores individuales puedan reemplazar una política de Estado que sea capaz de proyectarse, por lo menos, a mediano plazo.

27 Estará a cargo de la Subsecretaría de Derechos Humanos, según Ley 20.885, promulgada el 16 de diciembre de 2015, una vez que empiece a funcionar.

28 Ver para más detalle, <http://www.cepal.org/es/temas/agenda-2030-desarrollo-sostenible>. El documento mismo está disponible en http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40155/1/S1600682_es.pdf.

29 Los miembros son Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Ministerio de Economía, Fomento y Turismo; Ministerio de Desarrollo Social, Ministerio de Justicia, Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Ministerio de Minería, Ministerio de Energía, Ministerio de Medio Ambiente, Punto Nacional de Contacto, DIRECON.

30 Abogada asesora, Dirección de Derechos Humanos, Ministerio de Relaciones Exteriores, octubre de 2015.

31 Varias de las oficinas especialmente encargadas de la temática han capacitado a sus funcionarios, así, por ejemplo, la Dirección de Derechos Humanos de Cancillería; DIRECON (en temas de Sustentabilidad, y Responsabilidad Social y Comercio Justo, principalmente, y tres funcionarios en empresas y derechos humanos, cuestionario por correo, noviembre 2015).

2.2. Regulación

La regulación es la herramienta privilegiada de un Estado de Derecho para alcanzar objetivos colectivos o para resolver problemas de acción colectiva. Todos los tratados de derechos humanos consideran la regulación –constitucional, legal o reglamentaria– como un medio idóneo y necesario para adecuar el marco jurídico interno a los compromisos internacionales.³² Sin embargo, si en una situación específica se lograra el cumplimiento eficaz con herramientas no regulatorias, el derecho internacional se mostraría neutral al respecto, porque lo que interesa es que se cumpla la garantía y prevención en igualdad de condiciones.

Esta sección revisa el derecho constitucional, la prohibición de la discriminación, aspectos de la regulación laboral, la regulación ambiental, comercial y corporativa, y de modo ejemplar, algunos elementos de servicios privatizados: los regímenes de pensiones y salud.³³

2.2.1. Régimen constitucional-económico

La Constitución consagra un modelo económico que opta en general por la reducción de la regulación a un mínimo, con excepciones como los derechos colectivos de los trabajadores que están sobrerregulados.³⁴ Lo propio acontece con la protección del derecho de propiedad. Este modelo está inserto en un sistema legal sin la figura de precedente jurídico, y en el que la responsabilidad por los derechos humanos (Art. 5.2) aún no se toma en cuenta en todos los poderes del Estado.³⁵ En el Congreso todavía no se hace una revisión sistemática de los proyectos de ley y mociones en cuanto a su compatibilidad con el derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, el Art. 5.2 de la Constitución obligaría a esta revisión. La falta de legislación aumenta el riesgo de que ocurran violaciones a los derechos humanos por parte de privados, y la eventual incerteza para los inversionistas y empresarios en cuanto a la labor de los tribunales, que deciden, por mandato legal, caso a caso.³⁶

Aunque la Constitución establezca explícitamente el efecto horizontal de los derechos fundamentales (Art. 6.2),³⁷ existen importantes

32 Es explícito este compromiso en Art. 2 CADH, pero en virtud del Art. 27 CVDT se ha interpretado por parte de todos los órganos de supervisión de tratados, que el cambio legislativo y la protección constitucional y legal de los derechos humanos es parte de las obligaciones convencionales.

33 La selección de los ámbitos discutidos, a partir de la Línea Base sobre Empresas y Derechos Humanos, se hizo con el objetivo de poder mostrar los desafíos estructurales en la regulación a las empresas, e informar sobre los distintos ámbitos, a modo de ejemplo, en los que se conjuga la obligación estatal.

34 Ver por ejemplo, Karla Varas y César Toledo, “La huelga como un derecho fundamental”, en: Tomás Vial (ed.), *Informe 2014*, Ediciones UDP, 2014, pp. 63-108.

35 Ver literatura en Judith Schönsteiner, “El derecho internacional de los derechos humanos en el Tribunal Constitucional chileno: El mínimo común denominador”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 29, N°1, 2016, pp. 200-203.

36 Ver por ejemplo, Luis Cordero, “Corte Suprema y medio ambiente: ¿Por qué la Corte está revolucionando la regulación ambiental?”, en: Javier Couso (ed.), *Anuario de Derecho Público 2012*, Ediciones UDP, 2012, pp. 359-375.

37 Manuel Núñez estima que incluso, es un efecto horizontal especialmente fuerte, ver Manuel

brechas en la definición y consagración de estos derechos; por lo tanto, la protección y el respeto de los derechos humanos ante las actividades económicas de las empresas no siempre se garantiza. Así, la mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales no está cabalmente resguardada o definida en el catálogo de derechos fundamentales del Art. 19 de la Constitución. Específicamente, el derecho al agua, a una vivienda adecuada y los derechos laborales colectivos (especialmente, a sindicalizarse libremente y a la huelga) no están consagrados. Varios de los que sí lo están son definidos de una manera distinta a como lo hace el derecho internacional (derecho a la salud, o educación, por ejemplo) y así no pueden ser eficazmente invocados en todo su alcance (definido por el derecho internacional de los derechos humanos) a través del litigio que se ha empleado hasta ahora, como sucede con el derecho a la propiedad o vía argumentos de no-discriminación.

La Constitución resguarda preferentemente el derecho a la propiedad privada.³⁸ Como los mecanismos de acceso a la justicia *de facto* son más accesibles para medianos o grandes propietarios quienes pueden financiar el litigio asesorado, el derecho a la propiedad de la gran mayoría de las personas no se protege eficazmente. Esta es una discriminación indirecta, en un país que presenta una alta desigualdad económica y altísima segregación espacial.³⁹ La anterior, si bien ha disminuido después del regreso a la democracia,⁴⁰ aún es muy alta, y está acompañada de una masiva segregación social, y una tasa tributaria baja que se nutre principalmente por el IVA y el impuesto a la renta.⁴¹ Sin embargo, revisando el acceso a servicios que sean de calidad en materia de derechos, especialmente, en educación⁴² y pensiones,⁴³ en salud⁴⁴ y ambientes verdes,⁴⁵

Núñez, "La Función del Derecho Internacional de los Derechos de la Persona en la Argumentación de la Jurisprudencia Constitucional", en: *Revista de Derecho*, (PUC Valparaíso), N° XXXII, 2009, pp. 487-529, p. 510.

- 38 Ver especialmente, Javier Couso, "Trying Democracy in the Shadow of an Authoritarian Legality: Chile's Transition to Democracy and Pinochet's Constitution of 1980", en *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 29, No. 2, 2012, pp. 393-415 y, especialmente, p. 400.
- 39 Sonia Reyes y Margarita Figueroa, "Distribución, superficie y accesibilidad de las áreas verdes en Santiago de Chile, Eure, volumen 36, 2010.
- 40 El coeficiente de Gini en 1990 era 57,3 en 2013, el coeficiente marcaba 50,5.
- 41 Crítico a la conclusión de masiva desigualdad, ver documento de Libertad y Desarrollo, "10 años de AUGÉ: el valor de la libertad de elección en salud", Santiago, 2015. El artículo mide el acceso a salud y educación de manera solamente formal, sin referencia a la calidad de dicho acceso.
- 42 Ver OCDE, PISA. Estudiantes de bajo rendimiento, 2012, disponible en <http://www.oecd.org/pisa/keyfindings/PISA-2012-Estudiantes-de-bajo-rendimiento.pdf>, y Luis Gajardo Ibáñez, "Desigualdad en el Acceso a la Educación Superior en Chile", en: *Revista de Sociología*, Universidad Central, 2006.
- 43 Ver sección pensiones, y cómo la desigualdad de remuneraciones se repercute en las pensiones.
- 44 Ver Vivienne Bachelet, "Las cifras de la desigualdad de Chile en salud", en: *Medwave*, 2011, Septiembre 11(09), disponible en: <http://www.medwave.cl/link.cgi/Medwave/Perspectivas/Editorial/5128> y Danae Sinclair, "Segregación, lucro y desigualdad - el sistema de salud chileno a 40 años del golpe", 2013, disponible en: <https://cl.boell.org/es/2013/09/07/segregacion-lucro-y-desigualdad-el-sistema-de-salud-chileno-40-anos-del-golpe>, y Álvaro Jiménez Molina y María Luisa Marinho, "El Sistema de Salud en Chile. ¿Qué puede significar hoy protección social?", Ciper Chile, disponible en: <http://ciperchile.cl/2013/09/10/el-sistema-de-salud-en-chile-%C2%BFque-puede-significar-hoy-proteccion-social/>.
- 45 Ver por ejemplo, Daniela Trucco, *Educación y Desigualdad en América Latina*, CEPAL, 2014.

pero también el masivo endeudamiento de los primeros quintiles de la población⁴⁶ por bienes, a veces de consumo diario, indica que la reducción tiene que interpretarse con matices, desde un punto de vista del goce de los derechos humanos. A través del poder judicial y la justicia sancionatoria-administrativa, el Estado ha reaccionado ante los abusos en materia de créditos;⁴⁷ sin embargo, para asegurar que el régimen crediticio no tenga un impacto negativo en el goce de los derechos humanos de las personas con niveles de ingresos más bajos, el Estado debiera regular más ese mercado. Estas reformas debieran estar coordinadas con la reforma de la justicia civil, ya que la gran mayoría de los casos que se tramitan en foro civil –y literalmente “tapan” el sistema de tal forma que otros casos no logran resolverse– son juicios de ejecución por impago, presentados por parte de las empresas del retail (sección 3.4).

2.2.2. Prohibición de la discriminación

En cuanto a las garantías de no-discriminación, la Constitución no contiene una cláusula general que prohíba la discriminación, conforme al reconocimiento de categorías sospechosas que hace el derecho internacional. La cláusula general de igualdad no proporciona las garantías requeridas de no-discriminación directa, indirecta y estructural,⁴⁸ incluyendo el efecto horizontal de los derechos ante otros particulares, ya que estas categorías generalmente no se recogen en la interpretación judicial. En esta materia, además, hace falta el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, para lograr el efectivo resguardo de sus derechos consagrados en el Convenio 169 de la OIT e interpretados según la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas, de 2007.

La razón de discriminación que probablemente afecta a la mayor cantidad de habitantes en Chile, es la que se produce por el nivel socio-económico de una persona. Nuestro país muestra una histórica desigualdad entre las personas y familias que poseen y las que no. El sueldo mínimo que está fijado por ley no alcanza para los gastos básicos de alimentación, movilización y vivienda, empeora el acceso a una salud y educación de calidad, y repercute en bajísimas pensiones para la gran mayoría de las personas.⁴⁹ Hay además, un muy alto endeudamiento con tarjetas no-bancarias,⁵⁰ utilizadas para cubrir, incluso, los costos básicos de vida.

46 Radio Universidad de Chile: 78% de los morosos tienen ingresos inferiores a \$500.000, Fundación Sol, *Los tiempos de la deuda*, 06.06.2016.

47 Ver por ejemplo Corte Suprema, 24.04.2013, Rol 12.355-2011 “SERNAC con Cencosud” sobre aumento unilateral de comisiones tarjetas de crédito comerciales. Comentarios de Rodrigo Monberg y de Francisca Barrientos, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* N°20, (julio 2013) pp. 245-253 y 255-261, respectivamente.

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

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

50 Servicio Nacional del Consumidor (Sernac), “Ranking del retail segundo semestre 2014: Ministerio de Economía y Sernac presentaron radiografía del comportamiento de los pro-

A esta discriminación indirecta se suma la directa en relación al uso de estereotipos y a la exclusión, contraria al derecho internacional de los derechos humanos en virtud de los tratados, interpretados como lo indica la Observación General N° 20 del Comité de DESC.⁵¹ Así, por ejemplo, para las mujeres la situación es más difícil. La considerable brecha salarial entre hombres y mujeres, la desprotección de mujeres que trabajan en el sector informal, y de las temporeras,⁵² son contrarias a los estándares internacionales. Por ejemplo, la Ley de Igualdad de Géneros (Ley 20.820) es más simbólica que real, ya que apunta a exigir igual salario por trabajo de similar valor en hombres y mujeres, sin embargo, lo que la ley realmente dice es “igual trabajo, igual salario” y no “trabajo de igual valor”. La consecuencia de esta interpretación es que las mujeres siguen ganando menos porque tienen un acceso minoritario a las jefaturas.⁵³ La norma se promulgó sin que haya habido un trabajo de sensibilización en torno al tema ni una fiscalización respecto de qué es lo que exige la normativa. Sumado a lo anterior, ni el SERNAM ni el Ministerio de la Mujer tienen potestades para investigar y sancionar.⁵⁴

Las personas migrantes son especialmente vulnerables, (no solamente en el ámbito laboral; ver sección 2.2.3, en especial, sobre temporeros/as), ya que no existe ley de migración conforme a los estándares internacionales de derechos humanos.⁵⁵ Las personas migrantes con estatus migratorio irregular tienden a ser más vulnerables ante los abusos de sus empleadores, especialmente, en los rubros de la pesca, agricultura y trabajo en casa particular. Sin contrato laboral, las personas extranjeras que carecen de un vínculo familiar con un/a chileno/a no pueden acceder a la legalización de su estatus migratorio y están más expuestas a abusos laborales, incluyendo el trabajo forzado. De los datos analizados en el Estudio Línea Base se puede desprender que el Estado no es suficientemente diligente en la prevención y fiscalización, ante el hecho que muchas veces, es el empleador quien niega el contrato, pero es la persona migrante la que sufre la expulsión por estatus migratorio, en el caso de que haya ejercido algún trabajo informal. Esta discriminación aumenta si la persona migrante pertenece además a una etnia indígena, o es afrodescendiente.⁵⁶

veedores de tarjetas de crédito no bancarias”, 2015.

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

52 Lidia Casas, “Derechos humanos de las mujeres y las niñas”, en Alberto Coddou, ed., *Informe 2012*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2012; pp. 79-108; y María Ester Feres, “Análisis al proyecto de Ley del Ejecutivo que Modifica las Normas de los Trabajadores Agrícolas Establecidas en el Código del Trabajo”, *Revista Laboral Chilena*, Santiago, 2011, pp. 63-77.

53 Ver por ejemplo, Ana Cárdenas, *Mujeres y Poder Participación en espacios de decisión*, ICSSO-UDP, Santiago, 2013. Los efectos de las iniciativas voluntarias impulsadas por la SVS aún no se pueden conocer, por el poco tiempo que la normativa interna está en vigencia.

54 Funcionarias SERNAM, agosto de 2015.

55 Helena Olea, “Derechos Humanos de los Migrantes y Refugiados. Análisis del proyecto de Ley de Migración y Extranjería”, en: Tomás Vial (coord.), *Informe 2013*, Ediciones UDP, Santiago 2013, pp. 123-164.

56 Ver, por ejemplo, Comité CERD, Observaciones finales a los informes 19° a 21°, CERD/C/

En cuanto a la discriminación de las personas con discapacidad (en adelante PcD), se han definido lineamientos estratégicos vinculados al ámbito de la educación de PcD y en la Política Nacional de Inclusión 2013-2020.⁵⁷ A pesar de esto, la Ley de Inclusión Escolar de 2015 no abarca una obligación de incorporar a los niños, niñas y adolescentes (NNA) con discapacidad. Además, la falta de diferenciación entre PcD y niños y niñas con necesidades educacionales especiales en la inclusión, significa que muchos colegios llenan los cupos inclusivos con NNA que tienen dificultades temporales. Mientras tanto para la PcD permanente la búsqueda de un colegio puede ser eterna, existiendo casos de más de 50 rechazos en los planteles educacionales.⁵⁸ En materia de salud, se observa la exclusión sistemática de las PcD o de padres de hijos con discapacidad, de los planes de salud privados⁵⁹ y no existe una normativa específica que prohíba esta práctica. Adicionalmente, en el ámbito laboral, los incentivos de inclusión no son suficientes, probablemente incluso después de la eventual adopción de una medida legislativa para aumentar la inclusión laboral, anunciada hace poco, que constituiría un paso en la dirección correcta si se lograra aprobar en términos conformes a la Convención de los Derechos de Personas con Discapacidad.⁶⁰

Por último, sufren discriminación principalmente en el mercado laboral, las personas mayores que tienden a no tener acceso a dicho mercado,⁶¹ y las personas privadas de libertad. En este sentido hay que considerar que Chile tiene una población carcelaria de alrededor de 40.000 reclusos, –una de las tasas per cápita más altas de Latinoamérica– y un gasto mensual por persona privada de libertad de casi \$600.000.⁶² Una de las principales razones de la baja tasa de programas de reinserción es la falta de empresas colaboradoras.⁶³ Existe también un sesgo de género ya que una menor proporción de mujeres accede a este derecho, pero tienen, en cambio, programas de cuidado infantil durante el primer año de vida de su hijo/hija.⁶⁴ Sobre las cárceles concesionadas, una encuesta de percepción sobre violaciones a los derechos humanos, por parte de los mismos internos, no reveló diferencias

CHL/CO/19-21, 30 de agosto de 2013.

- 57 Servicio Nacional de la Discapacidad, *Política Nacional para la Inclusión Social de las Personas con Discapacidad, 2013-2020*, pp. 25-27.
- 58 Pilar Muñoz y Liliána Ramos, “Hablar de diversidad sexual también es hablar de educación inclusiva: discriminación por orientación sexual e identidad de género en la educación chilena”, en Tomás Vial, ed., *Informe 2015*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2015, pp. 251-278.
- 59 Informe Comisión Asesora Presidencial sobre Inclusión de Personas en situación de Discapacidad, 2016, p. 119.
- 60 La Presidenta de la República anunció una política de inclusión laboral, 21 de mayo de 2016.
- 61 Directora Nacional de SENAMA, octubre de 2015.
- 62 *Emol.com*, “Gendarmería gastó casi \$600 mil mensuales en promedio para mantener a cada preso en 2015”, 26 de julio de 2016.
- 63 Patricio Navarro (coord.), *Informe final de evaluación programas de reinserción y rehabilitación 2012*, Santiago, Gendarmería de Chile, 2012, p. 112.
- 64 referencia.

significativas entre cárceles públicas y privatizadas en cuanto al trato; sin embargo, las cárceles concesionadas tenían mejor infraestructura –lo más probable, por ser de más reciente data–, pero también, de manera significativa, menor acceso al trabajo remunerado (no así para capacitaciones carcelarias).⁶⁵

2.2.3. Acceso al trabajo e igualdad de remuneraciones

Según el PIDESc, y la interpretación autoritativa que, por delegación, hizo el Comité de DESC de su Art. 6, el derecho al trabajo tiene como finalidad que toda persona pueda “vivir con dignidad”.⁶⁶ Este derecho no se cumple en Chile, por el nivel insuficiente de la gran mayoría de los sueldos,⁶⁷ y por la precariedad de los empleos. Así, un 33% de los ocupados gana menos de \$210.000 mensuales, un 53,5% (acumulado) menos de \$300.000, y 79% (acumulado) menos de \$500.000 al mes, siendo la línea de pobreza por persona de \$146.400.⁶⁸ La Tasa de Desempleo Integral con un 10,75%⁶⁹ casi duplica la tasa de desocupación (un 6,06% en el último trimestre del 2015, según MIDESO, y un 5,8%, según el INE). La tasa de subempleo se calcula en un 50,6%. El aumento de empleo en los últimos 5 años corresponde en un 68,5% a trabajos con alta probabilidad de precariedad, especialmente subcontratación o condición de asalariado externo. Únicamente un 53,7% de los empleos en el sector privado está protegido por el Código del Trabajo, y “solo el 57,6% [de éstos] tiene un contrato laboral indefinido con cotizaciones, salud y seguro de cesantía.”⁷⁰ Como un 30,9% (2013) de quienes trabajan lo hacen en el sector informal (40,5% para el sector de construcción),⁷¹ con ausencia de contratos, de seguridad social o previsión, y donde la inobservancia de la legislación es sub fiscalizada, muchísimos habitantes de Chile aún trabajan en condiciones precarias. Asimismo un 6,6% de los NNA laboran en trabajo infantil prohibido.⁷²

65 Ver Olga Espinoza y otros, “El Impacto del Sistema Penitenciario en los Derechos Humanos: la Percepción de las Personas Privadas de Libertad”, en: *Informe 2014*, Santiago, Ediciones Diego Portales, 2014, pp. 274 y 277-278; ver también recientemente, Mauricio Sánchez y Diego Piñol, *Condiciones de vida en los centros de privación de libertad en Chile*, Santiago, Instituto de Asuntos públicos y CESC de Universidad de Chile, 2015.

66 Comité DESC, OG N°18, párr. 1.

67 24 horas.cl: “Fundación Sol, ¿cuáles son los verdaderos sueldos en Chile?”, 29 de enero de 2015. Los porcentajes fueron elaborados con datos Nueva Encuesta Suplementaria de Ingresos del INE (enero 2015).

68 Ministerio de Desarrollo Social, “Valor de la canasta básica de alimentos”, Santiago, junio de 2015.

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

70 Fundación Sol, IMCE, p. 7.

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

72 Ver OIT y Ministerio del Trabajo y Previsión Social de Chile, op. cit, p. 19.

Adicionalmente, se observa una muy significativa brecha salarial entre hombres y mujeres, (las mujeres ganan en promedio 30% menos que los hombres);⁷³ y entre personas que pertenecen a un pueblo indígena, y quienes no. “Un trabajador que no pertenece a pueblos originarios, percibe un 43,4% más en relación a aquel que es integrante de pueblos originarios (brecha salarial bruta).”⁷⁴ Incluso si “se compara a dos trabajadores que trabajan igual cantidad de horas y que tienen la misma edad, experiencia laboral, escolaridad, nivel de capacitación y que trabajan en el mismo sector o rama económica, en una empresa de similar tamaño, en la misma región y comparten igual categoría ocupacional, grupo ocupacional u oficio, se puede concluir que una persona que no pertenece a un pueblo originario gana entre un 29,8% y un 35,4% más. Si se considera solo a los hombres, se observa que la brecha se ubica entre un 38% y un 49,1 %.”⁷⁵

Finalmente, no hay garantías de no-discriminación para los procesos de selección de los trabajadores, lo que vulnera el Convenio N° 111 sobre no discriminación en el empleo y ocupación, además del PIDESC. No habiendo una protección específica contra actos de discriminación en la contratación, por ejemplo, por participación o liderazgo en un sindicato, por género, pertenencia a un pueblo indígena, por discapacidad, por origen social (demostrado usualmente por apellido o lugar de residencia), por haber estado privado/a de libertad, o por otras causales prohibidas, la acción de tutela de derechos fundamentales no tiene cabida antes de iniciar la relación laboral, según lo dispone el artículo 485 inciso 2° del Código del Trabajo.⁷⁶ Por tanto, en un país con creciente pero todavía poca movilidad social,⁷⁷ no existe acceso a la justicia, ni medidas sistemáticas que enfrenten esta discriminación directa o indirecta.⁷⁸ El recurso de protección cubre estos hechos, pero suele fallar por falta de pruebas.

73 Dirección del Trabajo.cl, “El sueldo de una mujer es en promedio un tercio más bajo que el de un hombre”, 30 de julio de 2016.

74 Gonzalo Durán y Marco Kremerman, *Despojo salarial y pueblos originarios*, Santiago, Fundación Sol, diciembre de 2015.

75 *Ibid.*

76 No se pudieron encontrar datos actualizados sobre acceso (sobre diferencias en remuneración hay datos en el sector público, pero no sobre acceso). Sobre acceso, ver el interesante estudio de David Bravo, Claudia Sanhueza y otros, “An Experimental Study of Labor Market Discrimination: Gender, Social Class and Neighborhood in Chile”, BID, *Research Network Working Paper R-541*, 2008. En cuanto a la remuneración, en 2004, la variable socio-económica era tres veces más influyente que la apariencia, y dos veces más influyente que el género, ver Javier Núñez y Roberto Gutiérrez, “Classism, Discrimination and Meritocracy in the Labor Market: The Case of Chile”, Santiago, Documento 208, Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Universidad de Chile, 2004.

77 Francisco Ferreira y otros, *La movilidad económica y el crecimiento de la clase media en Latinoamérica y el Caribe*, Estudios del Banco Mundial sobre América Latina y el Caribe, 2013.

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

2.2.4. Medioambiente

El sistema de justicia ambiental ha experimentado considerables cambios y mejoras en los últimos años, que permiten por primera vez hablar de un sistema de justicia especializado en la materia.⁷⁹ Los importantes avances en la institucionalidad contrastan, sin embargo, con una escasez regulatoria en términos sustantivos en algunos ámbitos relevantes para los derechos humanos como máximos de contaminación, planificación territorial⁸⁰ en cuanto a emplazamiento de actividades empresariales, ubicación de vivienda, y en la falta de capacidad de fiscalización. Considerando además las herramientas de carácter voluntario que el Estado podría incentivar, queda un importante espacio para la mejora de la protección de los derechos a un medioambiente libre de contaminación,⁸¹ el derecho a la salud,⁸² el derecho a una vivienda adecuada,⁸³ todos en relación a la prohibición de discriminación.⁸⁴ Así, se han constatado desventajas informativas, de recursos y de tiempo para poder ejercer el derecho a la participación en el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA). Según el lugar de residencia, y de acuerdo con la segregación territorial asociada al nivel socio-económico, existe un impacto diferenciado de externalidades ambientales que se debe calificar como discriminatorio.⁸⁵ Algunos han hablado de “zonas de sacrificio”.⁸⁶ Considerando una regulación aún permisiva, se deja la ponderación de derechos a la determinación caso a caso, con el correspondiente esfuerzo en litigio, desafíos de prueba y de causalidad, y de reparación de daños, en lugar de prevenir la afectación de derechos a través de una regulación más exigente y sistemáticamente fiscalizada (ver sección 2.3).

Así, por ejemplo, en relación a los niveles permitidos de emisión y de saturación, la exigencia de las normas ha aumentado en los últimos años, existiendo también planes de descontaminación para

79 Ver por ejemplo, Paloma Infante, “Principales desafíos de la Superintendencia del medio Ambiente a un año de su entrada en funcionamiento”, en: Javier Couso (coord.), *Anuario de Derecho Público 2014*, Santiago, Ediciones UDP, 2014, pp. 375-392, y Edesio Carrasco, “Tres años de Jurisprudencia desde la creación de los Tribunales Ambientales (2013-2015)”, en: Javier Couso (coord.), *Anuario de Derecho Público 2016*, Santiago, Ediciones UDP, 2016, pp. 283-315.

80 Ver especialmente, Pablo Soto Delgado, “El poder de la Administración del Estado para planificar las ciudades: Reposición de las declaratorias de utilidad pública en la Ley General de Urbanismo y Construcciones”, en Javier Couso (coord.), *Anuario de Derecho Público 2015*, Santiago, Ediciones UDP, 2015, pp. 370-404.

81 Reconocido a través de Art. 19.8 de la Constitución y el Art. 29a CADH.

82 Art. 14 PIDESC y OG N° 12.

83 Art. 25.1 DUDH, Art. 11 PIDESC y OG N° 4 y 7.

84 Art. 1.1 CADH, Art. 2.2 PIDESC, OG N° 20 Comité PIDESC, así como Corte IDH, Sentencias *Atala y Norín Catrimán, ambas contra Chile*, 2012 y 2015, respectivamente.

85 Dominique Hervé, “Noción y elementos de la justicia ambiental: Directrices para su aplicación en la planificación territorial y en la evaluación ambiental estratégica”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 28, N°1, 2010, pp. 9-36.

86 Ver, por ejemplo, <http://chile.oceana.org/nuestro-trabajo/zonas-de-sacrificio/campa%C3%B1a> o <http://www.terram.cl/2016/03/16/infografias-conoce-las-zonas-de-sacrificio-ambiental-del-pais/>.

algunas ciudades, pero aún por debajo de los estándares requeridos por la OMS.⁸⁷ Sin embargo, no existen normas de calidad para los suelos. Se aduce el argumento de que el Derecho administrativo exigiría poner valores universales para todo el territorio nacional, lo que por la geografía y geología diversa del país, no tendría sentido.⁸⁸ No obstante, si el objetivo es la limitación de la contaminación a futuro y para las generaciones venideras, podría ser factible una ley basada en una línea base actual, con un porcentaje permitido de aumento de contaminación. Las normas sobre protección de glaciares,⁸⁹ biodiversidad, y cuidado del bosque nativo, son inexistentes o deficientes,⁹⁰ lo que impacta negativamente en el derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación, y en el derecho a la salud.

Finalmente, cabe destacar que los órganos fiscalizadores están sub-financiados; solamente pueden proceder a una fiscalización estratégica, que identifica ciertos rubros a fiscalizar por año (prioridades nacionales y regionales),⁹¹ con lo que las otras industrias pueden saber que no serán objeto de fiscalización preventiva en el respectivo año.

2.2.5. Regulación comercial y corporativa

En materia de comercio y derecho corporativo, hay muchísimos ámbitos que podrían dar espacio para mejoras e incentivos con el fin de lograr una mejor protección y respeto de los derechos humanos. Aunque la relación entre derecho corporativo y derechos humanos parezca inicialmente un poco obvia, excepto tal vez el trabajo infantil y/o forzado, hay múltiples formas en las que el comercio podría evitar impactos o generar incentivos positivos a la protección de los derechos humanos en la cadena de suministro: por ejemplo, el comercio justo y su posibilidad de mejorar las condiciones laborales para los trabajadores y la huella de contaminación que generan los productos con el impacto sobre el derecho a vivir en un medioambiente sano; las políticas de no-discriminación y de género en la administración de las empresas, la responsabilidad efectiva de gerentes y personas jurídicas por violaciones a los derechos humanos, las políticas de sustentabilidad y de derechos

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

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

89 Críticas al proyecto de ley de protección de glaciares están resumidas en: El Mostrador.cl: "Según informe de coordinadora de ONG en nueva ley ningún glaciar chileno quedaría protegido", 8 de enero de 2016. Ver también: Diario U de Chile.cl: "Diputados: ley de glaciares estaría cruzada por intereses de minería y energía", 10 de octubre de 2015.

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

91 Entrevista, Funcionario Superintendencia del Medio Ambiente, 2015.

humanos de las empresas, la transparencia de datos sociales, además de los financieros, etc. (Principio Rector 8).

En Chile, la ley no contempla la obligación ni incentivos de reportar las prácticas y políticas de sustentabilidad y responsabilidad social empresarial de las empresas, salvo cuando afectaciones a estas pudiesen traducirse en un impacto en los estados financieros de las compañías. En este sentido, son solamente algunas empresas con sus buenas prácticas, y la auto-regulación incipiente de la Bolsa de Comercio de Santiago que promueven los reportes.

Los hechos esenciales (HES) y la memoria anual es el lugar donde las compañías debieran consignar esta información. Los HES recaen sobre información que “un hombre juicioso consideraría importante para sus decisiones sobre inversión” (art. 9 Ley del Mercado de Valores). La comparación con la información entregada en otros países, señala que la legislación chilena no es eficaz para lograr la inclusión de información social relevante para comprobar el respeto a los derechos humanos. Muchos de los escándalos empresariales se han destapado en Chile gracias a que se han conocido previamente en mercados extranjeros donde empresas chilenas cotizan sus valores y la regulación de transparencia es más exigente.⁹² Sin embargo, al respecto, hay cambios incipientes en la jurisprudencia administrativa nacional: cuando SQM determinó los pagos sin respaldo efectuados a personas políticamente expuestas no lo informó inmediatamente como HES, y la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) sancionó a los directores de esa compañía por dicha omisión.⁹³

La insuficiencia legislativa en el ámbito comercial y corporativo ha sido suplida parcialmente por el regulador (SVS) mediante el ejercicio de sus atribuciones normativas que introducen un mecanismo de *declare or explain* para la participación de mujeres en los directorios y la adopción de políticas o medidas de desarrollo sostenible.⁹⁴ No existe tampoco obligación para las empresas en Chile de divulgar las relaciones contractuales que mantengan o hayan tenido con empresas que puedan haber vulnerado o estén violando derechos humanos. Tampoco existe para los órganos fiscalizadores de la administración de la empresa una obligación efectivamente supervisada de denunciar a las autoridades competentes las violaciones a los derechos humanos de que conozcan en el ejercicio de sus funciones (ver sección 3.3 y nota 122, especialmente).

92 Ver Celulosa Arauco y Constitución SA. Memoria Anual-¿s, Superintendencia de Valores y Seguros, 2013. Ver en cambio, la descripción de infracciones ambientales en reporte a la SEC de EE.UU. http://investor.empresascopec.cl/wp-content/uploads/2014/01/file_42_arauco_20f_2012.pdf (pp. 9-11).

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

94 Superintendencia de Valores y Seguros, normas NCG 385 y 386, de junio del 2015.

En general, la cadena de suministro o cadena de valor, como algunos la suelen llamar, no se regula aparte de la legislación general aplicable a todos los procesos productivos. Por lo tanto, existe una falta de transparencia que dificulta a las empresas garantizar que sus productos, por ejemplo, cumplan con los derechos humanos. Mientras en principio, esta información podría obtenerse, para el mercado nacional, a través de la regulación, es más difícil o imposible si se trata de insumos o productos extranjeros. Se deja de aprovechar el efecto de *trickle-down* de la demanda que suele ser un motor importante para el cumplimiento de los derechos humanos en la cadena de producción⁹⁵ en otros países, o en sectores informales en nuestro propio país. No se pudo encontrar evidencia de políticas que fomenten respeto de los derechos humanos en la cadena de suministro de las empresas privadas. La normativa nacional regula y fiscaliza la producción en algunos sectores,⁹⁶ y no necesariamente el comercio de los productos.

Uno de los sectores donde existe regulación, es en relación a la calidad de los productos alimenticios en el comercio interno, que representa un avance para intentar combatir la obesidad, uno de los mayores problemas de salud pública. En ese contexto, la Ley 20.606 (vigente desde junio 2016) regula el etiquetado de alimentos e ingredientes dañinos para la salud. Su art. 6º prohíbe su venta, promoción o publicidad dentro de establecimientos educacionales de parvularia, básica y media. Con todo, el sistema de rotulado de alimentos y productos, y sellos de información alimenticia está incompleto en cuanto a sustancias potencialmente dañinas para el total de la población, a pesar de los avances técnicos en el rotulado de alimentos. Son relativamente pocas las sustancias prohibidas, pero sí existe un mecanismo de implementación (aunque judicial y por ende costoso y de efecto particular): a partir de los artículos 23 y 47 de la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, la doctrina ha interpretado que el régimen de responsabilidad por productos o servicios defectuosos en Chile establece una presunción de culpa desvirtuable por la demandada.⁹⁷

Dicho esto, el uso de otros ingredientes como antibióticos u hormonas está regulado de manera insuficiente para cumplir con el derecho a la salud, que impone al Estado el deber de prevenir el impacto de sustancias nocivas, principalmente, por la falta de transparencia respecto a los ingredientes.

95 Pero ver evidencia de que estos efectos no se generan de manera automática, OCDE 2014, "Does income inequality hurt economic growth?", diciembre de 2014.

96 Normativa sobre el uso de antibióticos, hormonas y otros remedios veterinarios en la industria alimenticia. Ver Resolución Exenta N°551 del Ministerio de Salud. ACHIPIA publica un informe anual sobre procesos de queja y rechazo de productos por falta de cumplimiento, con estándares nacionales y de otros países. Ver <http://www.achipia.cl/documentos/>, especialmente Reporte de Notificaciones 2014 y Red de Información y Alertas Alimentarias (RIAL).

97 Hernán Corral, "Implantes mamarios defectuosos", blog *Derecho y Academia*, 9 de enero de 2012.

Tampoco existe transparencia, ni etiquetado ni regulación del comercio y de la producción en cuanto a los alimentos genéticamente modificados. No hay una evaluación de impacto en derechos humanos en relación a los productos transgénicos, que debiera tratarse según el principio de precaución, aspecto que no está incorporado en la legislación. Por su parte, la propuesta de regulación sobre transgénicos (UPOV-91) viola los derechos de los pueblos indígenas, de los campesinos, y de los consumidores.⁹⁸

A pesar de iniciativas puntuales en CORFO y SERCOTEC,⁹⁹ no existe fomento sistemático al comercio justo o a productos sustentables. Los dos órganos, sin embargo, se han sumado a los incentivos de la Dirección de Compras y Contratación Pública en materia laboral y generan así un estímulo importante en relación al fomento de las actividades económicas que les corresponden. Adicionalmente, PRO-CHILE apoya la exportación de productos orgánicos o de comercio justo, a países donde los consumidores exigen este tipo de estándares.¹⁰⁰

Un rol fundamental en la cadena de suministro, lo tiene el inversionista o acreedor de la empresa productora o distribuidora.¹⁰¹ En este sentido, definir que ciertos inversionistas –para empezar los estatales– solamente inviertan en proyectos sustentables o conformes con los derechos humanos, podría ser una eficaz medida de prevención y debida diligencia. Asimismo, no hemos conocido iniciativas gubernamentales que generen incentivos para que los bancos y quienes otorguen créditos para proyectos de inversión, reduzcan riesgos sociales, de sustentabilidad y de violaciones a los derechos humanos. Tampoco hay incentivos ni legislación que excluya de las carteras de inversión de las AFP, a empresas que grave o reiteradamente infringen los derechos humanos, empezando por el derecho a la vida y a la integridad, por grave contaminación y violaciones a los derechos laborales.

La única iniciativa que podría subsumirse a este tipo de mecanismos es la publicación, en cooperación con FTSE4Good (índice de sustentabilidad de distintas bolsas importantes en el mundo) de un índice de sustentabilidad en la Bolsa de Comercio de Santiago, conocido como el DJSI, que también incluye la apreciación de “asuntos de derechos humanos” para determinar el universo evaluado de empresas que podrían calificar para el índice.¹⁰²

98 Ignacia Mewes, “Medio ambiente y derechos humanos: organismos genéticamente modificados y derechos del obtentor vegetal”, en: Tomás Vial (coord.), *Informe 2014, Op. cit.*, pp. 291-332.

99 Para CORFO, www.corfo.cl; para SERCOTEC, cuestionario 10 de junio de 2016.

100 Existe un programa de comercio justo y de certificaciones religiosas y éticas, y funcionarios capacitados en RSE, entrevista DIRECON.

101 Ver por ejemplo, Karen Wendt (ed.), *Responsible Investment Banking*, Springer, 2015, y contribuciones en Sheldon Leader *Global Project Finance, Human Rights and Sustainable Development*, Cambridge University Press, 2011.

102 La metodología y las empresas asociadas se puede conocer en Bolsa de Santiago, <http://www.bolsadesantiago.com/Biblioteca%20de%20Archivos/Extension/Documentos/Metodolog%C3%ADa%20DJSI%20Chile.pdf>

Más allá de los mecanismos directos, es clave analizar cómo la ley protege a quien quiere denunciar eventuales vulneraciones de derechos humanos, en el ámbito laboral, principalmente. En Chile, existen muy pocas herramientas de protección a quien denuncia posibles violaciones a los derechos humanos. Solo se cuenta con la delación compensada en materia de monopolios y colusión (DL 211) y un mecanismo de *whistle-blowing* en materia laboral y de probidad. Más allá de estos recursos, no existe protección para quienes denuncian irregularidades, ilícitos o faltas a la debida diligencia en derechos humanos, daños o riesgos. El bien más amenazado suele ser la oportunidad laboral (no como en otros países, donde es incluso la vida el bien bajo amenaza).

Especialmente, no existe mecanismo que proteja a las personas, incluyendo los líderes sindicales, que se ven expuestos a entrar en una espiral de desempleo y subempleo continuo por ser considerados personas “conflictivas” a causa de sus denuncias sobre irregularidades y violaciones de derechos humanos.¹⁰³ Además, si la represalia es el despido, solo existe la indemnización como reparación, medida que no logra restituir el derecho vulnerado.¹⁰⁴ Además, es una práctica habitual que los funcionarios/as de la Inspección del Trabajo informen a las empresas de los/las trabajadores/as que hayan denunciado irregularidades o vulneraciones de derechos.¹⁰⁵ Se ha propuesto por comisiones asesoras la introducción de mecanismos de recompensa a informantes (en fraudes corporativos y en anti-corrupción), pero ninguna de ellas se ha transformado en un proyecto de ley.

Finalmente, la capacidad de la Fiscalía del Ministerio Público para mantener la reserva de sus investigaciones sería limitada. Así darían cuenta las filtraciones en los casos emblemáticos de los últimos años. Asimismo, una reciente controversia entre la Fiscalía Nacional Económica (FNE) y el Ministerio Público de la que conoció el Tribunal Constitucional, se resolvió en favor del resguardo de la confidencialidad por la FNE de los antecedentes proporcionados por el auto denunciante, restringiendo el acceso a los mismos por el Ministerio Público.¹⁰⁶

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

104 El derecho internacional de los derechos humanos, tal como el derecho internacional general, obliga a la restitución como medida preferida de reparación. Ver por ejemplo, caso *Factoría de Chorzów, CPJI*. Confirmado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, ver por ejemplo *Baena Ricardo versus Panamá*, Sentencia del 2 de febrero de 2001.

105 Entrevistas con dirigentes sindicales, conducidas por Karla Varas.

106 Ver Fiscalía Nacional Económica, “Tribunal Constitucional establece que DL N° 211 norma entrega de antecedentes confidenciales o reservados de causa tramitada ante el TDLC”, 08 de enero de 2016, www.fne.cl.

2.2.6. Servicios privatizados

En comparación con lo que sería en otros países,¹⁰⁷ en Chile se han privatizado muchos servicios que en aquellos son públicos. En nuestro país el Estado se hace cargo solamente de quienes no pueden pagar los servicios ofrecidos por los privados. Este diseño fue adoptado transversalmente en función de la Constitución de 1980, por parte de la Junta de Gobierno de la dictadura militar, entre 1981 y 1983.

Hoy, después de la introducción de varias reformas legales, la regulación ha mejorado el acceso y la calidad de los servicios, pero es aún deficiente en puntos claves en relación a los servicios públicos privatizados, como la salud, la educación escolar,¹⁰⁸ el transporte público, el cuidado de personas, el agua potable y los servicios sanitarios (Principio Rector 5 y Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales). El problema transversal que surge en estas áreas es doble: primero, la reducida capacidad de fiscalización del Estado a los privados, por falta de recursos, pero también por falta de coordinación de los órganos administrativos entre sí y, segundo, en los ámbitos de salud y educación, el Estado es incapaz, debido a la estructura de competitividad del sistema en relación a los profesionales, de proveer servicios de calidad al 80% de la población que se atiende en la salud pública, y más del 90% de alumnos que asiste a colegios públicos o particulares subvencionados. En relación al agua potable y los sistemas sanitarios incluyendo los residuos, el Estado ha sido incapaz de garantizar que las empresas reaccionen de manera preventiva a los riesgos externos al suministro de los servicios,¹⁰⁹ lo que constituye una violación a la garantía del derecho humano al agua potable y al saneamiento. Por su parte, en el transporte público se evidencia lo mismo que, en mayor o menor medida, acontece con todos los servicios privatizados: en regiones, el acceso es considerablemente reducido en comparación a la Región Metropolitana.

Como es imposible en el acotado espacio de este capítulo revisar todos los servicios arriba mencionados,¹¹⁰ se presenta solo un ámbito: el de la seguridad social (pensiones).

107 Ver en general sobre la obligación de garantizar los derechos en un contexto de servicios públicos privatizados, Nicholas McMurry, "Privatisation and the Obligation to Fulfill Rights", en: Jernej Letnar Cernic y Tara Van Ho (coords.), *Human Rights and Business: Direct Corporate Accountability for Human Rights*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2015, pp. 251-262.

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

109 Ver para el contexto, la argumentación en: Óscar Recabarren, "El Derecho de Aguas chileno y el estándar internacional en materia de Derechos Humanos y Medio Ambiente", Tesis para Magister en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, supervisada por Judith Schönsteiner, Universidad Diego Portales, 2015.

110 Ver para estos efectos, Schönsteiner, *Línea Base*, op. cit. PR 5, pp. 103-105.

2.2.7. Pensiones

Las pensiones que el sistema de ahorro obligatorio individual, administrado por empresas privadas, paga, están en la gran mayoría de los casos, bajo el nivel de pobreza.¹¹¹ Así, un 93,8% de las mujeres que jubilaron en el sistema privado de AFP, lo están haciendo con menos de \$153.590.¹¹² Este monto no alcanza para financiar la canasta básica.

El promedio de brecha salarial entre hombres y mujeres es del 18%, la que varía por nivel educacional llegando hasta el 40%. Luego, la historia laboral promedio de los hombres tiene un 74% de trabajo remunerado, mientras que en el caso de las mujeres la cifra es del 40%.¹¹³ Como prácticamente no hay elementos solidarios que complementen el sistema AFP, esto repercute netamente en los montos de pensiones, considerando además que las tareas de cuidado de familiares mayores o PcD, habían estado principalmente a cargo de las mujeres. Se agrega que por la diferencia de expectativa de vida entre hombres y mujeres, las pensiones para mujeres se distribuyen sobre más años. Según datos de la comisión Marcel,¹¹⁴ los cinco años de diferencia en la edad de jubilación disminuyen entre un 30 y un 40% el monto de la pensión para las mujeres.

Además, el informe de la Comisión Bravo entiende como un hecho probado que los afiliados no perciben la totalidad del monto publicado como rentabilidad bruta de los fondos.¹¹⁵ Los afiliados a las AFP asumen todos los riesgos del mercado laboral y de capitales, antes de jubilarse y en el momento de hacerlo también, en la medida que optan por el pago programado de todos sus fondos. La AFP asume solo el riesgo de la garantía de una renta vitalicia. Adicionalmente, existe una desventaja informativa en perjuicio del afiliado.¹¹⁶ Recientemente, incluso, se han reducido las pensiones de todos quienes jubilan en este momento, en un 2%, porque el INE publicó una expectativa de vida más alta para los chilenos.¹¹⁷

Esta situación es contraria al derecho a la seguridad social tal como está definido en el PIDESC y la OG N° 19, por lo menos en dos puntos: no garantiza una vida digna en la vejez, y adolece de discriminación directa e indirecta a los afiliados, por género en el primer caso, y

111 Elisa Ansoleaga y Ester Valenzuela, "Envejecimiento y derechos humanos en Chile: Las personas mayores maltratadas", en Tomás Vial (ed.), *Informe 2015*, Santiago, Ediciones Diego Portales, pp. 209-250.

112 Fundación Sol, Porcentaje de jubilados con pensiones menores a \$153.590, por sexo. Publicado en noviembre de 2015.

113 Según la Comisión Bravo, Informe Final 2015, p. 71.

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

115 Comisión Asesora Presidencial sobre el Sistema de Pensiones (llamada también "Comisión Bravo"), *Informe Final*, septiembre de 2015.

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

117 Ver por ejemplo, *La Tercera.cl*: "Actualización de tablas de mortalidad: pensiones bajarían 2,1%", 12 de junio 2016.

por no haber tenido acceso a trabajos mejor remunerados durante su vida laboral. Como especificamos en la sección 2.2.3, la diferencia en las remuneraciones es discriminatoria: y aunque en parte esté vinculada con el nivel educativo de las personas, también discrimina por origen socio-económico de los estudiantes, por tanto, podemos observar un verdadero círculo vicioso entre pobreza, educación, remuneración, pensiones y, nuevamente, pobreza.

2.3. Fiscalización

En relación a la fiscalización preventiva y la reacción ante el incumplimiento de la normativa por parte de los actores empresariales (Principio Rector 3),¹¹⁸ Chile cuenta con un sistema en continua mejora, pero todavía muy deficiente. Esto se produce por falta de recursos, de competencias legales, y ausencia de coordinación entre las Superintendencias.¹¹⁹

Mientras supimos de casos de eficaz fiscalización e imposición de multas por incumplimiento, incluso el cierre de la faena minera del proyecto Pascua Lama por no cumplir con la normativa ambiental, también hay reportes de varios incidentes que se podrían haber evitado si el órgano fiscalizador tuviera las competencias para imponer sanciones no pecuniarias más prontamente, como el caso del vertedero Santa Marta.

En cuanto a las competencias, destaca, por ejemplo, la falta de competencia del SERNAC en relación al ámbito de salud; o la carencia completa de potestades fiscalizatorias preventivas en relación a casas de cuidado ilegales, donde podrían estar encerradas personas con discapacidad, postradas, o adultos mayores.¹²⁰ Además, incide en este panorama la falta de regulación en algunos ámbitos identificados arriba.

Mientras la fiscalización laboral es más eficaz y aporta claramente a la protección de los derechos individuales de quienes tienen un contrato, en la fiscalización de las condiciones laborales de trabajadoras de casa particular, existe una pugna entre el derecho de privacidad del empleador y el derecho de las trabajadoras, que aún no ha sido decidido a favor del derecho laboral de aquellas, como el derecho internacional requeriría.¹²¹

Se investigaron, además, dificultades de coordinación entre las Superintendencias del Medio Ambiente y de Salud, así como superposición

118 La Corte Interamericana considera la fiscalización de los actores privados que proporcionan servicios vinculados con el derecho a la salud parte de la obligación de debida diligencia, ver *Ximenes Lopes versus Brasil*, sentencia del 4 de julio de 2006, y posteriormente también *Vera Vera y otra versus Ecuador*, sentencia del 19 de mayo de 2011.

119 Ver crítica al sistema de Superintendencias, Luis Cordero y José García, "Elementos para la discusión sobre agencias independientes en Chile. El caso de las superintendencias", en: Javier Couso (ed.), *Anuario de Derecho Público 2012*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2012, pp. 415-435.

120 Comisión Discapacidad, Informe final, p. 161.

121 Lidia Casas y Helena Olea, "Trabajadoras de casa particular: Invisibilizadas y discriminadas", en: Tomás Vial (ed.), *Informe 2014*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 109-155.

en la definición de funciones entre la Superintendencia de Seguridad Social, la Inspección del Trabajo y la Superintendencia de Salud.¹²² Lo más grave, sin embargo, es la falta de recursos para fiscalizar de manera eficaz y generar así incentivos reales de cumplimiento para todos los regulados. La fiscalización parece potencialmente de menor eficacia en los ámbitos de pesca y minería, donde, según se nos comentó, por política de los servicios a cargo, las fiscalizaciones se anuncian previamente a los fiscalizados.¹²³

Pesa sobre algunos de los órganos de administración y de fiscalización de las sociedades anónimas el deber de denunciar a las autoridades judiciales y administrativas competentes delitos, irregularidades o anomalías en la administración o contabilidad en las empresas, así como en los ámbitos civil, penal, ambiental o constitucional.¹²⁴ Considerando los desafíos en materia de responsabilidades ambientales, sociales o de derechos humanos por parte de los directores, que aún no están recogidos en la normativa chilena, se confirma la importancia de coordinación entre fiscalizadores. Además, están excluidas de este régimen las empresas auditoras,¹²⁵ lo cual, a pesar de las posibles ventajas de esta exención, debilita la posibilidad de que violaciones a los derechos humanos cometidas por las empresas auditadas lleguen a conocimiento de la justicia.

Finalmente, analizando la coordinación entre la fiscalización de estándares legales y la promoción de compromisos voluntarios por parte de las empresas, se observan ciertas tensiones. Por un lado, son distintos órganos estatales expertos los que deben participar de la suscripción de, por ejemplo, un acuerdo de producción limpia o de otra iniciativa

122 Entrevista Superintendencia del Medio Ambiente, Sernageomin.

123 José Miguel Burgos, Director Nacional SERNAPESCA, noviembre de 2015; funcionario del Departamento de Seguridad Minera de SERNAGEOMIN, diciembre de 2015.

124 Puelma Accorsi, Álvaro (1996, p. 545) "Sociedades", EdJCh. Puelma sostiene, en efecto, que la LSA prohíbe a los directores efectuar o propiciar toda clase de actuaciones ilegales. Precizando lo sostenido por Puelma, hay que tener presente que (i) la competencia sancionatoria infraccional de la SVS se extiende solo a materias de su ámbito. En efecto, podría infringirse el principio de *ne bis in idem* si una infracción a otro estatuto (por ejemplo medio ambiente) fuera subsumido como un tema infraccional societario por vulnerar un director esta prohibición. Por tanto, otros ámbitos infraccionales y penales se registrarán por sus propios estatutos con mayores o menores riesgos de responsabilidades penales o infraccionales para directores. Por lo anterior, (ii) la prohibición tendría relevancia para efectos de responsabilidad civil del director por los daños causados a la sociedad y sus accionistas por la comisión de un acto ilegal, ya sea en materia societaria, de valores u otra.

125 Esta obligación se extiende a los auditores externos e inspectores de cuenta de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 100 del DS N°702 de 2012 del Ministerio de Hacienda (Reglamento de la LSA). Merece los siguientes comentarios: i) hay quienes cuestionan su legalidad por encontrarse a nivel reglamentario; ii) la reforma del 2009 creó la categoría "Empresas de Auditoría Externa" que no fueron incluidas en el nuevo Reglamento de la LSA del año 2012, a propósito de esta obligación del Art. 100, sin perjuicio de la vinculación que podría desprenderse del Art. 239 de la LMV; iii) en el pasado, la SVS se había apoyado en esta disposición reglamentaria (que se contenía tal cual en la versión anterior del Reglamento de la LSA) para asignar un rol a las auditoras en materia de prevenir la corrupción y, en los años 2009 y 2010, emitió oficios circulares N°496, del 12 de enero de 2009, y N°638, del 13 de octubre de 2010, pidiendo a las auditoras informar, sin información adicional disponible.

de incentivos a compromisos voluntarios con respaldo del Estado. Por otro lado, estos órganos (por ejemplo, las SEREMI) frecuentemente son también los fiscalizadores, lo que lleva a una posible confusión de roles o una percepción errónea, en ese sentido, por parte de las empresas involucradas.¹²⁶ Además, no está claro quién tendría competencia – Consejo de Producción Limpia o SMA– si un Acuerdo de Producción Limpia incluyera un plan de cumplimiento.

2.4 Planificación Territorial y régimen de propiedad y tierras

Uno de los elementos que impacta severamente en el goce de los derechos humanos es la falta de planificación territorial, que se traduce en la instalación de actividades empresariales sin la suficiente coordinación, restricción en relación con áreas habitadas o verdes, y sin adecuada mitigación de los impactos ambientales. Así, a falta de una perspectiva de justicia ambiental¹²⁷ en la planificación territorial (especialmente, evitar sobrecarga de zonas de “sacrificio”), y carencia de planificación territorial nacional de los sectores industriales (política energética, política minera, agropecuario,¹²⁸ etc.), Chile no cuenta con herramientas eficaces de proyección del crecimiento sustentable y compatible con los derechos humanos, ni capacidad de repartir el uso del territorio de tal forma que los impactos dañinos a los derechos humanos se minimicen.¹²⁹ Además, “la ausencia de ordenamiento territorial permite que efectivamente cada proyecto se instale en un lugar específico y no se considere el desarrollo de otras actividades previas o potenciales, y la carga ambiental a veces se ve deteriorada.”¹³⁰ Las ordenanzas municipales tienen solamente impacto limitado y no reemplazan al ordenamiento territorial nacional y regional. Los privados no pueden sustituir esta tarea del Estado, incluso si voluntariamente se organizaran para coordinar la mitigación de algunos impactos: a modo ejemplar, siendo claramente factible, no hay iniciativas voluntarias en materia de planificación territorial energética a las que las empresas puedan adscribirse.¹³¹ Representaría un buen incentivo también – cuestión que no sucede en la actualidad– dirigir la inversión extranjera y/o nacional hacia áreas productivas de mayor sustentabilidad, porque igualmente se podría aspirar a reducir el impacto en derechos humanos.

126 *Ibíd.*

127 Dominique Hervé, “Noción y elementos de la justicia ambiental: Directrices para su aplicación en la planificación territorial y en la evaluación ambiental estratégica”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 28, N°1, 2010, pp. 9-36; y Hervé, Schönsteiner 2012, op. cit., pp. 131-162.

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

129 Nótese solamente el debate sobre el reasentamiento de viviendas por el impacto industrial, Hervé, Schönsteiner 2012, op. cit., pp. 131-162.

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

131 *Ibíd.*

2.5. Iniciativas y temas puntuales

Aunque no respondan a un enfoque sistemático de derechos humanos, hay iniciativas puntuales en los ministerios de Hacienda, Relaciones Exteriores y de Economía, que contienen elementos que podrían incentivar –o ya lo hacen– el respeto a los derechos humanos por parte de las empresas. Algunas de estas iniciativas se analizan en esta sección. Además, se revisan algunos elementos “clásicos” de empresas y derechos humanos que también han sido de preocupación prioritaria por parte del Representante Especial de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, durante su mandato. Las iniciativas son el Consejo de Producción Limpia, las políticas de adquisición de Chilecompra, y el Punto Nacional de Contacto; así como los tratados de libre comercio y de inversión. Lo que interesa para efectos de este capítulo es, recordemos, el rol del Estado en estas iniciativas.

2.5.1. Iniciativas del Consejo de Producción Limpia

Entre las buenas prácticas voluntarias e incentivos no vinculantes del Estado, los Acuerdos de Producción Limpia (en adelante, también APL) y otras iniciativas del Consejo de Producción Limpia (en adelante, también CPL) adoptadas en virtud de su compromiso ante el Consejo de Responsabilidad Social y Desarrollo Sustentable constituyen un paso en la dirección correcta; sin embargo, son perfectibles ya que aún no abarcan una perspectiva clara de derechos humanos, ni un compromiso nítido con el cumplimiento y *enforcement* de los acuerdos voluntarios que podrían permitir a las empresas contratantes cumplir con su responsabilidad de debida diligencia y prevención en materia de derechos humanos (PRNU, pilar II).

A pesar de que los APL tradicionalmente no incluyen temas de derechos humanos o temas sociales, el CPL está “abriendo un camino de trabajo” que, esperamos, se convierta en una práctica institucional.¹³² El Programa Piloto sobre Acuerdos Voluntarios de Pre-inversión (AVP) tampoco incluye criterios específicos de derechos humanos, salvo una referencia general a la Declaración Universal que constituye un primer paso en el reconocimiento de los derechos humanos como marco de tales acuerdos entre privados. En este sentido, no se aprovecha la capacidad que tendrían los derechos humanos de servir como criterio para la priorización de objetivos en el acuerdo, y como definición de un piso mínimo que podría estar más allá del cálculo de competencia si se exigiera a todos. Por ahora, aún no se garantiza que el acuerdo de pre-inversión al que lleguen las empresas resguarde dichos derechos tal como debiera suceder con un mecanis-

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

mo que surge con la mediación del Estado, según el deber de debida diligencia y prevención.

Adicionalmente, existe la preocupación de que las empresas podrían intentar influenciar la futura regulación mediante la suscripción de acuerdos de producción limpia, indicando que en virtud de reducir los costos y la incertidumbre, el Estado debiera regular de la misma forma que ellas anteriormente habrían definido.¹³³ De hecho, así habría ocurrido con un acuerdo en el sector de pesca y acuicultura, siendo claro que no está permitida esta clase de influencia.¹³⁴ Los compromisos de producción limpia pueden indicar cuáles son los incentivos que “funcionan” para una futura normativa;¹³⁵ y contribuir a reglamentar de a poco ciertos sectores informales de la economía donde la fiscalización es costosa, como por ejemplo la venta de leña por parte de microempresarios informales.¹³⁶ Sin embargo, no pueden limitar la libertad regulatoria del Estado.

Una solución a este tipo de dificultades podría ser que los acuerdos voluntarios, tal como las medidas normativas, en materia de derechos humanos, usen un estándar mínimo para que el diálogo entre regulado y regulador/fiscalizador no implique una violación o amenaza a los derechos humanos. En este sentido, se sustraería la materia de derechos humanos de lo que libremente se podría dialogar entre los actores, y se impondría —en el primer caso como orientación/recomendación, en el segundo caso como obligación—, una línea base de cumplimiento con los derechos humanos. Sería solamente lógico hacerlo siguiendo el segundo pilar de los Principios Rectores que definen la debida diligencia empresarial.

2.5.2. Iniciativas de Chilecompra

El Estado puede actuar dando un ejemplo para la sustentabilidad de la cadena de suministro poniendo estándares al contratar servicios de privados y, al mismo tiempo, incentivando eficazmente la protección de los derechos humanos. Esta lógica también debería aplicarse para asegurar que los contratistas y proveedores del Estado respeten los derechos humanos tal como está establecido por los Principios Rectores. Idealmente,

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

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

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

136 Ver Juan Ladrón de Guevara.

se solicitaría a los proveedores una política de derechos humanos enfocada en la debida diligencia, la transparencia, y la prevención, mitigación y reparación de impacto en derechos humanos (Pilar II).

La Dirección de Compras y Contratación Pública ha dispuesto varias directrices que los órganos estatales pueden usar voluntariamente, pero una vez tomada la decisión de aplicarlas, deben incluirse en todas las licitaciones. Las directrices relevantes para el tema de derechos humanos son sobre transparencia (N° 4), eficiencia energética (N° 9), género (N° 20), “compras verdes” (N° 25), y de empleo inclusivo de grupos históricamente discriminados como personas con discapacidad o personas indígenas (N° 17).¹³⁷ Algunos estándares laborales —específicamente, los que conllevan multas en el sistema de justicia laboral— han sido incorporados de manera obligatoria por el legislador.¹³⁸ Así, un proveedor que fuera condenado por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales de los trabajadores no puede participar en licitaciones de Chilecompra por dos años. El Estado cumple de esta manera con su deber de prevención y protección, ya que impone incentivos eficaces para que sus fondos no sean usados en actividades empresariales que vulneren los derechos humanos.

A pesar de apuntar en la dirección correcta en cuanto a su contenido, y constituir una de las buenas prácticas del Estado de Chile en relación a empresas y derechos humanos, las directrices de Chilecompra no constituyen un test de debida diligencia, y no hay referencia a los derechos humanos en la definición de los indicadores de cumplimiento. Además, en la evaluación que Chilecompra obliga a los ministerios y servicios efectuar a los posibles proveedores (más allá de los compromisos laborales) es suficiente cumplir con un solo indicador para poder aplicar el porcentaje de puntaje, pero un sistema gradual y más detallado permitiría diferenciar entre cumplimiento puntual y la instalación de políticas de sustentabilidad o de derechos humanos en las empresas. Esto último, si bien es más costoso para la empresa, se adapta de mejor manera a los Principios Rectores y debiera, por tanto, poder diferenciarse en la apreciación que se hace del grado de cumplimiento.

No se ha promovido todavía, de forma eficaz, la existencia de una fiscalización por parte de la sociedad civil, sino que ella opera solo entre competidores. Además, el sistema no se puede aplicar a proveedores

137 Todas las directivas están disponibles en <http://www.chilecompra.cl>.

138 Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, Ley 19.886, Art. 4. Chilecompra tiene convenios con Carabineros, CENABAST, Conadi, CONAF, Conicyt, Consejo Nacional de la Cultura y Artes, Contraloría, DGA, Dirección General Aeronáutica Civil, DIRECON, DPP, DT, Fuerzas Armadas, Gendarmería, Hospitales, Intendencias y Gobiernos Regionales, IPS, Ministerio de Salud, MOPTT, municipios, Parque Metropolitano, SAG, SEA, Senadis, Senama, SERNAC, Sernam, SERVIU, SII, SML, Subsecretaría de Medioambiente, Superintendencia de Educación, Superintendencia de Salud, SVS, Tesorería, universidades públicas.

extranjeros, por falta de un mecanismo confiable de fiscalización de la información que se entregaría sobre sustentabilidad y no discriminación.¹³⁹

Por otra parte SERCOTEC, CORFO y el Ministerio de Obras Públicas¹⁴⁰ así como las empresas estatales (a excepción de Metro para algunas prestaciones) no usan las directrices voluntarias o criterios de comercio justo en el diseño de sus convocatorias y proyectos y así, se arriesgan en mayor grado a contratar empresas que estén vulnerando los derechos humanos. Ese tipo de complicidad debiera erradicarse para que el Estado de Chile cumpliera con su deber de garantizar los derechos humanos.

2.5.3. Punto Nacional de Contacto

El Punto Nacional de Contacto, una instancia de mediación y promoción de sustentabilidad en las empresas multinacionales, se creó a partir de las Líneas Directrices de la OCDE para las Empresas Multinacionales, y en Chile está ubicado en la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales (DIRECON) del Ministerio de Relaciones Exteriores. Después de la revisión de las Líneas Directrices en 2011, se elaboró un procedimiento y cuenta hoy con transparencia en sus determinaciones, incluyendo la publicidad de las decisiones de no tramitar una solicitud de mediación (o cuando una de las partes no quiso aceptar la oferta de mediación).¹⁴¹ Además, se creó un mecanismo básico de supervisión de las declaraciones (instancias específicas finalizadas) por un año, al final del cual el PNC se pronuncia sobre la implementación del acuerdo de las partes. El PNC también ha incorporado métodos para insistir en la igualdad de las partes y en un proceso justo y transparente, tal como aconteció recientemente en la instancia específica entre la CUT y Starbucks.¹⁴² Se deberá evaluar a futuro si estos mecanismos serán suficientes y lograrán crear y mantener la confianza de las partes en el proceso.¹⁴³

El desafío del PNC para constituir una alternativa real de acceso a la justicia para las víctimas de violaciones de derechos humanos depende principalmente de, por una parte, su capacidad de darse a conocer

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

140 El Ministerio de Obras Públicas, CORFO y SERCOTEC no contestaron nuestras solicitudes de entrevista durante el periodo de estudio de la Línea Base (hasta marzo 2016). SERCOTEC contestó poco después, y las respuestas han sido incorporadas en esta publicación. Ver también www.derechoshumanos.udp.cl, sección mecanismo de retroalimentación.

141 Ver por ejemplo, *Caso Ripley* (2014), disponible en <https://www.direcon.gob.cl/ocde/punto-nacional-de-contacto-pnc/>.

142 *Caso Starbucks* (2014), disponible en <https://www.direcon.gob.cl/ocde/punto-nacional-de-contacto-pnc/>.

143 La presente investigación, por falta de recursos, no pudo efectuar un estudio de confianza. La hipótesis se basa en frecuencia de uso y experiencias comparadas.

entre los actores (un mayor presupuesto y mayores recursos humanos permitirían más proactividad del PNC) y, por otra, de su grado de dependencia de DIRECON, pues –tal como ocurrió en Noruega¹⁴⁴ podría generar menos confianza entre los potenciales usuarios, en comparación con un mecanismo independiente, dado que la promoción de actividades económicas del Estado de Chile también depende de esta sección de la Cancillería. Eso explicaría, entre otros factores, que haya tan pocos usuarios del PNC. En general, sin embargo, hay que concluir que el procedimiento y su aplicación mejoraron considerablemente, y hoy constituye una opción de solución de controversias que, con excepción del criterio de independencia que podría estar comprometido, cumple con el Principio Rector 31.

2.5.4. Tratados de libre comercio

Desde los inicios del mandato del Representante Especial Ruggie, resulta claro que los impactos de los tratados internacionales en materia de inversión y libre comercio serían un tema primordial a abordar desde una perspectiva de derechos humanos y empresas, especialmente, desde las obligaciones estatales de mantener la libertad regulatoria para proteger y garantizar los derechos humanos, y proveer el acceso a la justicia en relación a posibles violaciones. Una abundante literatura especializada se ha generado en los últimos años al respecto.¹⁴⁵ Los Principios Rectores recogen el tema en el Principio Rector 9. La obligación internacional en relación a la materia es la debida diligencia estatal; a saber, el Estado debiera velar por que pueda en todo momento cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos, sin que los tratados económicos que quiera ratificar, se lo impidieran. Además, la debida diligencia sugiere que el Estado utilizara su peso de negociación para incluir en el tratado aspectos o cláusulas que le permitan activamente proteger o garantizar los derechos humanos. Considerando el principio del derecho ambiental internacional *do no harm*, y las obligaciones de prevenir cualquier violación de derechos humanos, son la primera obligación de debida diligencia que el Estado debiese atender con mayor urgencia e importancia.¹⁴⁶

144 Ver The road to a more effective Norwegian NCP, OECD Guidelines, (<http://nettsteder.regjeringen.no/ansvarlignaringsliv-en/files/2013/11/Norwegian-NCP-Model.pdf>.)

145 Por ejemplo, Steffen Hindelang y otros (eds.), *Shifting paradigms in international investment law: more balanced, less isolated, increasingly diversified*, Oxford University Press 2016; Holger Hestermeyer, *Human Rights and the WTO*, Oxford University Press, 2007; Adam McBeth, "International Trade Law and the World Trade Organization", en: *International Economic Actors and Human Rights*, Routledge, 2010.

146 Ver especialmente, Cecilia Medina, The American Convention on Human Rights: crucial rights and their theory and practice, Intersentia 2016, y Emmanuelle Decaux(ed.), "La prévention des violations des droits de l'homme: actes du colloque des 13 et 14 juin 2013", Paris, Editions A. Pedone, 2015. Ver también Judith Schönsteiner, "Irreparable damages, project finance and access to remedies by third parties", en: Sheldon Leader (ed.), *Global Project Finance, Human Rights, and Sustainable Development*, Cambridge University Press, 2011, pp. 278-315.

No hay tratado de inversión o de libre comercio vigente que incluya una referencia explícita a los derechos humanos. Sin embargo, la mayoría de los tratados contiene cláusulas (de diferente eficacia) en materia ambiental o social.¹⁴⁷ Dicho esto, el acuerdo marco con la Unión Europea contiene una cláusula referente a la democracia, y el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales (Art. 12).¹⁴⁸ Revisando la normativa, sin embargo, se nota que este artículo podría referirse al diálogo político solamente; en el capítulo comercial que nos interesa para efectos del estudio línea base, está ausente una similar referencia o un reenvío al otro capítulo. Dicho capítulo solo se refiere positivamente a la privatización chilena (Art. 17.2c), a pesar de los problemas que esta significa en su versión actual (ver análisis sobre el PR 5, sección 2.2.6). La renegociación del acuerdo dará la oportunidad de anclar con mayor claridad la referencia a los derechos humanos también para el contexto económico. Por su parte, el Acuerdo de Complementación Económica Chile-MERCOSUR contiene una cláusula respecto a la democracia, pero no sobre los derechos humanos.

Según investigaciones que se hicieron en el marco del mandato de John Ruggie, las cláusulas de estabilización pueden tener un efecto disuasivo o incluso prohibitivo para las políticas de mejora progresiva en materia de derechos humanos.¹⁴⁹ Chile en general, no ha suscrito tratados que contengan tales cláusulas, lo que es positivo desde la perspectiva de la capacidad del Estado de, paulatinamente, adoptar leyes de mejor implementación en materia de derechos humanos. Solo el Tratado Bilateral de Inversión con Malasia contiene una cláusula que amplía la discreción en relación a las medidas de estabilización, indicando: “En ningún caso los inversionistas malayos serán tratados, en lo que respecta a materias de transferencias, de manera menos favorable que los inversionistas de cualquier tercer Estado. Si subsecuentemente se elaboran nuevas leyes y reglamentos, esos inversionistas no podrán quedar en una situación peor a la que tenían en la fecha de inicio de la inversión”. (Protocolo letra c).”

Los PR preguntan por si el Estado promueve la inclusión de cláusulas sociales o ambientales en los tratados comerciales; sin embargo, por el secretismo de las negociaciones, no se pudo confirmar la objetividad de esta percepción (a saber, de manera independiente de lo indicado por la propia institución).¹⁵⁰ La imposibilidad de tener evidencia que compruebe que Chile haya promovido cláusulas de derechos humanos o responsabilidad social, por lo secreto de todas las negociaciones de

147 Para una tabla, ver Schönsteiner, Línea Base op. cit., p. 171.

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

149 Para estándares y análisis, ver: *Special Representative on Business and Human Rights, Stabilization Clauses and Human Rights*, International Finance Corporation (IFC), 2009.

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

este tipo de tratados, coincide con el hecho que de los cuatro tratados ratificados en los últimos años (Malasia, Vietnam, Tailandia, Hong Kong), ninguno contiene cláusulas sobre responsabilidad social, ni sobre derechos humanos. Lo anterior podría deberse a la falta relativa de poder de negociación, o bien, a la ausencia de promoción de los mencionados derechos. Algunos tratados que Chile ha suscrito tampoco incluyen cláusulas sobre medioambiente. Consta sin embargo, que ha habido importante colaboración entre DIRECON y el Ministerio del Trabajo, desde la negociación del TLC con Estados Unidos.¹⁵¹

El único tratado que constituiría una excepción una vez ratificado, aunque no contiene cláusulas explícitas sobre derechos humanos, sería el TPP. En ningún tratado de libre comercio o inversión las cláusulas sociales o ambientales son justiciables, lo que da pie a presiones indebidas sobre la disposición de implementar fallos judiciales internos.¹⁵²

La protección de los derechos humanos se evalúa a partir de su defensa efectiva, no a partir de lo que enuncian los textos legales (aunque una contradicción de los textos legales o un vacío regulatorio han sido interpretados por los órganos internacionales como indicio de ineficacia o violación del derecho internacional). En este sentido, es el impacto concreto que tendrán las disposiciones del TPP, tal como de cualquier otro tratado comercial o de inversiones, el que decide sobre si Chile estaría incumpliendo sus obligaciones internacionales al implementar las disposiciones de ese tratado. Por lo tanto, es importante saber antes de ratificarlo, si se esperan mayores impactos en el goce de los derechos humanos una vez que se implemente un determinado tratado económico. La única manera de saber esto, aunque no a ciencia cierta, es un estudio de impacto previo a la entrada en vigencia, dentro de la lógica con que se efectúan los estudios de impacto ambiental en el derecho interno, o los estudios de impacto en derechos humanos.¹⁵³ Estos estudios de impacto debieran realizarse con la debida participación ciudadana.¹⁵⁴

La carta de observaciones y preguntas que seis relatores especiales y un experto independiente de las Naciones Unidas han dirigido, el 20

151 Este vínculo se construyó a través de Pablo Lazo, ver por ejemplo, http://www.dt.gob.cl/m/1620/articles-62492_recurso_1.pdf.

152 Ver por ejemplo, caso Corte Suprema, Rol N° 1.219-2009, 22 de junio de 2009. Para un comentario, ver por ejemplo, Matías Guilloff, "Campiche: La Resolución de Calificación Ambiental es revisable", en Javier Couso (ed.), *Anuario de Derecho Público 2010*, Santiago, Ediciones UDP, 2010, pp. 204-219; también es analizado en Hervé y Schönsteiner 2012, op. cit. pp. 131-162.

153 Para métodos y materiales, ver <https://business-humanrights.org/en/impact-assessment>.

154 El presente estudio no puede hacer un análisis de la participación y consulta de los distintos stakeholders antes de la firma del TPP. Sin embargo, se puede notar que los relatores de la ONU se han pronunciado de manera crítica sobre el alcance y la oportunidad de la participación (cuarto adjunto), ver Comunicación conjunta de los Procedimientos Especiales, 20 de abril de 2016, disponible en http://issuu.com/tconline/docs/carta_naciones_unidas_a_gobierno_de?e=3128842/37082434.

de abril de 2016, a los países signatarios del TPP, incluyendo Chile, identifica algunas áreas de posible impacto. En esta carta, sostienen que el acuerdo no hace referencia explícita a los derechos humanos. La Línea Base sí considera que hay referencias a temas de derechos humanos en el TPP, aunque el alcance de aquellas no parece ser co extensivo con el derecho internacional de los derechos humanos,¹⁵⁵ Si bien el TPP contiene cláusulas en pos de la protección de los derechos humanos en la medida que incluye la “prevención de un peligro contra la vida o la salud humana” (Art. 20.1), en temas ambientales, y en la medida que la Declaración de la OIT de 1998 consigna derechos laborales, hay varios puntos que generan preocupación, especialmente, la posible restricción a la producción de medicamentos genéricos ya libres de patentes, que podrían ser reintroducidos *de facto*.¹⁵⁶ Las normas sobre patentes y propiedad intelectual del TPP dificultarían a Chile conseguir y proporcionar remedios de bajo costo (genéricos / bioequivalentes) a sus habitantes. Esto viola el derecho a la no-discriminación por razones económicas y sociales en el acceso a la salud, a menos que se encuentren y adopten soluciones alternativas. Además, la propiedad intelectual ancestral de los pueblos indígenas, según los mismos relatores, resulta “imposible” de proteger.¹⁵⁷

El TPP obliga a Chile a ratificar el UPOV-91, un tratado que no ha sido ratificado por la imposibilidad de adoptar, hasta la fecha, una ley que regula los derechos de los obtentores vegetales (productos transgénicos). En 2014, el gobierno retiró un proyecto de ley en base a las críticas y el rechazo de la ciudadanía. La ratificación del TPP no debiera tener como resultado la aprobación de un tratado que claramente no cumple con el principio precautorio ni con los estándares de derechos humanos, específicamente, el derecho a la alimentación, el derecho a la salud, y el derecho a la participación y consulta.¹⁵⁸

El mecanismo de protección de los derechos de autor ejercido por parte de los servidores de internet, como indican los relatores, arriesgaría dar lugar a incidentes de censura previa por parte de privados que no son idóneos ni mandatados para efectuar el juicio de proporcionalidad y el derecho a ser oído que es requerido en estos casos.¹⁵⁹

Además, sin perjuicio de la interpretación que le podrán dar los árbitros a futuro, la definición de la normativa ambiental nacional en el

155 Ver Comunicación conjunta, p. 2. La razón es, especialmente, la interpretación del derecho internacional que, en el arbitraje internacional, suele no tomar en cuenta el derecho internacional de los derechos humanos o de medioambiente para interpretar las referencias respectivas en los tratados de libre comercio. Ver, por ejemplo, Erich Vranes, “Jurisdiction and Applicable Law in WTO Dispute Settlement”, 48 *German Yearbook of International Law*, 2005, pp. 265-289.

156 Ver Comunicación conjunta, op. cit., pp. 3-4.

157 *Ibid*, p. 5

158 Mewes, op. cit. En el mismo sentido, Comunicación, op. cit., p. 7.

159 Ver Comunicación, p. 6.

TPP relativa a Chile pareciera excluir a los decretos ministeriales y de los servicios, como el SEA, con lo que las normas sobre participación ciudadana y consulta previa, libre e informada que no constan en una ley, no están recogidas cuando se oponen a la normativa ambiental y económica. Por otra parte, aunque haya una referencia al principio de participación, la redefine de facto como de expertos, no ciudadana, lo que es insuficiente en términos de derechos humanos.¹⁶⁰ Inclusive, a pesar de que el TPP contenga cláusulas adicionales que afectan directamente a los pueblos indígenas, su ratificación no ha sido consultada. Eso es contrario al Convenio 169.¹⁶¹

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

Finalmente, el mecanismo de solución de controversias no es accesible para las potenciales víctimas de violaciones de derechos humanos.¹⁶² Se ha observado en casos anteriores, incluso en Chile, que la posibilidad —o amenaza— de llevar un caso a arbitraje internacional ha cambiado fallos favorables a comunidades que se han opuesto a ciertos proyectos de inversión.¹⁶³

Pero lo más importante es que aún no se ha determinado el impacto que las medidas del TPP (reducción de barreras comerciales, de inversión) significarán para los derechos humanos de los habitantes, especialmente, los grupos vulnerables. Desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos y de los Principios Rectores, es el impacto de las relaciones comerciales o de inversión desarrolladas al alero del tratado, y la eventual reducción en la capacidad regulatoria y de protección o prevención por parte del Estado, los aspectos que más pueden dañar a los derechos humanos. Las cláusulas de referencia no equilibran el impacto posible en esos derechos. En este sentido, el discurso no puede remediar el impacto que tiene la estructura misma del tratado, y sus normas aquí comentadas. Así, en la evaluación de si

160 La cláusula general de participación se refiere principalmente a expertos, Art. 20.8. La participación de la sociedad se circunscribe al tema de corrupción, Art. 26.10 y protección de la capa de ozono, Art. 20.5.2, contaminación del medio marino por buques, Art. 20.6.2; participación de las mujeres en la economía, Art. 23.4; de las empresas en actividades conjuntas de desarrollo, Art. 23.6; participación de PYMES en las zonas de libre comercio, Art. 22.3.

161 En el mismo sentido, ver Comunicación conjunta, op. cit., p. 1 y 7.

162 Ver Comunicación, p. 7-9.

163 Ver, por ejemplo, discusión del caso *Campiche* en Hervé y Schönsteiner, op. cit., pp. 131-162.

un tratado está conforme con las obligaciones internacionales en esta materia, hay que hacer un estudio de riesgos e impactos del tratado en los derechos humanos de las personas, en términos de derechos políticos, civiles, pero también económicos, sociales y culturales. Se debiera así evaluar el riesgo y el impacto que el TPP tendría sobre los derechos humanos, antes de ratificarlo.¹⁶⁴

El único tratado que ha pasado por una evaluación de impacto – de sustentabilidad, no de derechos humanos– es la revisión del nuevo tratado marco entre Chile y la Unión Europea, en virtud de una normativa de la misma UE. Sin embargo, esta evaluación puede estar desactualizada, por haber sido realizada con una versión anterior del instrumento de la *Sustainability Impact Assessment* y al parecer, no haber incluido algunos de los aspectos nuevos que se incorporarían en el acuerdo. Por estas razones, parece sensato efectuar una actualización del estudio, incluyendo estos elementos nuevos. Aplicando una evaluación de impacto en derechos humanos, Chile tal como los otros Estados podría estar seguro de que los acuerdos (el TPP y el acuerdo con la UE) no propicien violaciones a los derechos humanos y que esté cumpliendo con su obligación de debida diligencia.

DIRECON indica que no cuenta con competencias para tomar en cuenta grupos vulnerables en su toma de decisiones, más allá de la difusión y capacitación.¹⁶⁵ No obstante, la Cancillería está facultada por la ley que establece Medidas contra la Discriminación (Ley 20.609) para adoptar políticas públicas en esa dirección, y podría en la promoción de la exportación, aplicar tales criterios cuando decide cuáles productos promover afuera, y cómo hacerlo. Por ejemplo, según la información que pudimos obtener, a pesar de promover el comercio justo en materias ambientales, sociales, culturales y religiosas,¹⁶⁶ PROCHILE podría adecuar el uso de patrones tradicionales indígenas a los estándares de derechos humanos sobre propiedad intelectual ancestral.

Sin entrar a evaluar en abstracto o en términos ideológicos el modelo económico que está detrás de los acuerdos de inversión y libre comercio, desde una perspectiva de derechos humanos se puede consignar que, a pesar del uso prudente de las cláusulas de estabilización, los tratados comerciales y de inversión no permiten que el Estado de Chile tenga la discrecionalidad suficiente para poder cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. El TPP

164 Para una valoración y crítica del mecanismo, ver Patricia Vargas y Judith Schönsteiner, *Respuestas al Cuestionario sobre el Sistema de la Unión Europea para la Evaluación del Impacto Sostenible de las Negociaciones Comerciales*, Santiago, Centro de Derechos Humanos UDP, Agosto de 2015.

165 Existe una unidad, Ecodesu, a cargo de asuntos ambientales y sustentables en DIRECON, donde trabajan por lo menos tres funcionarios capacitados en temas ambientales. Ver entrevista DIRECON (por escrito).

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

recoge algunos aspectos que están relacionados con temas de derechos humanos, pero no garantiza la discrecionalidad del Estado de realmente cumplir los compromisos internacionales en el ámbito de los derechos humanos, por el impacto que tendría especialmente en materia de propiedad intelectual, y el acceso a la justicia.

2.6. Acceso a la justicia

Esta sección describe algunas dificultades en el acceso a la justicia para personas o comunidades que han sufrido una vulneración de derechos humanos por parte de empresas. En Chile, se podría resumir que los recursos que puedan lograr la prevención del daño son escasos y poco accesibles. El sistema de justicia “llega tarde”.¹⁶⁷ La reparación/ indemnización es necesariamente civil en Chile; solo el derecho del consumidor y el derecho laboral abarcan excepcionalmente un sistema de indemnización directa. La reparación no monetaria se reduce al fuero maternal, y casos graves de discriminación. Además, el acceso a la justicia civil es casi inexistente para personas naturales que tengan reclamos relacionados con vulneraciones de sus derechos, ya que un 90% de la justicia civil está copada por causas de cobranza, principalmente, de empresas del retail contra consumidores morosos en su mayoría de los tres primeros quintiles de ingresos.¹⁶⁸ Finalmente, se observa en general una división de una misma situación en diferentes vulneraciones de derechos que “son conocidas en distintas instancias e instituciones”, y por tanto, deben ser presentadas a la justicia por separado.¹⁶⁹ Esta atomización tiene como consecuencia la dificultad de plantear situaciones vulneradoras complejas —como ocurren en el ámbito aquí revisado— ante la justicia.

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

2.6.1. Inexistencia de recursos o medidas de reparación o restitución

En principio, Chile tiene un sistema de administración de justicia eficaz y generalmente, libre de corrupción. Sin embargo, en algunos ámbitos, se constató la inexistencia de recursos eficaces e idóneos: así, algunos derechos humanos no están reconocidos, y otros no son justiciables, a pesar de que la Constitución los reconozca. En cuanto a normas particulares insuficientes, la sanción solo por discriminación *intencionada* contra personas indígenas contemplada en el artículo 8 de la Ley 19.253, es una garantía insuficiente para la reparación por discriminación culturalmente aceptada, arraigada y estructural.

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

168 Ver Lillo, op. cit.

169 Experto en Administración de la Justicia, enero 2016.

La Ley que establece Medidas contra la Discriminación (20.609) no contempla un mecanismo de indemnización; al contrario, establece una multa para quien denuncie una supuesta discriminación que “carece de todo fundamento” (Art. 12). Esta multa asciende, en su rango menor, a casi la mitad de un sueldo mínimo, lo que constituye un desincentivo considerable de denunciar para todas las personas que no pueden acceder a una asesoría letrada y no tengan una buena situación económica. Adicionalmente, el reembolso de gastos de representación legal (costas) solamente corresponde si la acción en contra de la discriminación (Ley 20.609) termina a favor de la persona que accionó por una eventual violación de sus derechos humanos. Si esa vulneración no se acredita, es posible que el denunciante deba pagar las costas del abogado de la empresa impugnada, si no ha tenido motivo plausible para litigar. Esto desincentiva la presentación de casos en los que la violación no es manifiesta u obvia desde un inicio. Finalmente, la reincorporación o reintegro del trabajador es una medida que en nuestra legislación solo está prevista para el caso de despido discriminatorio grave. Más allá de estos aspectos: aún no está establecido procesalmente que en la acción judicial de no-discriminación de la Ley 20.609 (en paralelo a lo que ocurre con la tutela laboral), la carga de la prueba se invierta después de dar por acreditado los indicios necesarios.

En cuanto a la institucionalidad en materia de acceso a la justicia, se pueden observar las siguientes brechas sistemáticas: hay una falta de coordinación entre las superintendencias; no existe Comisión de Igualdad u órgano similar que fiscalice medidas de no-discriminación; no hay un órgano que tenga financiamiento, profesionalización y capacidad suficiente para atender la necesidad de representación legal gratuita. Además, la formación de los jueces en materia de empresas y derechos humanos es casi inexistente.¹⁷⁰

Un problema general en el acceso a la justicia vía soluciones negociadas con o sin intervención estatal de mediación —ya sea en la justicia laboral, en los acuerdos de impacto–beneficio (o AVP), y en la indemnización por daño (soluciones extrajudiciales en la justicia civil)—, es la determinación de los montos de indemnización. Primero, la desigualdad de partes podría conllevar la fijación de montos considerablemente muy por debajo de lo que se espera como impacto o del daño ocurrido. Además, por la misma razón, dependiendo de la capacidad negociadora de las comunidades, podrían generarse considerables diferencias en los montos que una empresa pagaría como compensación de impacto en relación a un mismo proyecto, o un cierto tipo de proyectos. Viceversa, una comunidad con habilidades negociadoras, incluso si apoyara

170 Entrevista con experto en acceso a la justicia, agosto 2015.

algún competidor, podría llevarse mucho más del fondo de indemnización que otras comunidades.

Así, se ha considerado que podría ser conveniente publicar una sistemática de indemnización que pudiesen usar las empresas y las comunidades para negociar, con un monto mínimo y máximo por tipo y duración de impacto, tomando en cuenta las distintas variables de afectación a los derechos humanos, el ambiente y otros aspectos sociales.¹⁷¹ Se nos ha comentado que existiría una resolución del Ministerio de Salud que establece rangos para los montos de indemnización en la mediación entre usuarios e Isapres, pero carecería de aplicación por desconocimiento en los tribunales.¹⁷² Con todo, es necesario tener en cuenta que cualquier regulación estatal que contenga montos prefijados debe impedir a todo evento que la vulneración a los derechos humanos se convierta en una mera instancia de tarificación. No es aceptable que la empresa calcule de antemano cuánto cuesta lesionar dichos derechos y acepte pagar el precio, incorporándolo en los costos del negocio. En este sentido, es necesario que casos reiterados de incumplimiento contemplen sanciones adicionales no-monetarias como la suspensión de la autorización para operar o similares.

En general, no se promueve la existencia de mecanismos flexibles de cumplimiento ordenados por los tribunales que permitan establecer garantías de no repetición estructurales, y que mejoren las relaciones sociales, instalando una cultura de derechos humanos.¹⁷³

2.6.2. Barreras sociales

A pesar de existir un sistema judicial en principio funcional y sin corrupción, el acceso a la justicia cuenta con barreras sociales importantes. En especial, existe una notable falta de formación en derechos para la ciudadanía.¹⁷⁴ No hay educación obligatoria sobre derechos y educación cívica en los colegios; solo algunas campañas piloto de capacitación en barrios desventajados de Santiago, por iniciativa de la Corte Suprema, que buscan formar en materia de derechos.¹⁷⁵ En consecuencia, los ciudadanos y las ciudadanas tienden a desconocer sus derechos. Sin embargo, según una entrevista, la conciencia de derechos está aumentando, pero sin el conocimiento de cómo invocarlos o hacerlos valer. Aunque haya recursos, como el de protección, que no requieren patrocinio de un profesional del derecho, el conocimiento

171 Durante el primer gobierno de la Presidenta Bachelet, el Ministerio de Energía había elaborado una propuesta al respecto; la cual no se retomó posteriormente.

172 Funcionario de la Superintendencia de Salud, septiembre de 2015. Se refiere a la Resolución Exenta N° 142 que establece montos máximos a pagar por los prestadores institucionales públicos en virtud del procedimiento de mediación establecido por la ley N° 19.966, de los Ministerios de Salud y de Hacienda, del 8 de abril de 2005.

173 Experto en acceso a la justicia, agosto de 2015.

174 Experto en administración de la justicia, enero 2016.

175 Experto en administración de la justicia, enero 2016.

necesario para tener un recurso eficaz solo lo tienen los abogados. Existe entonces, una considerable barrera cognitiva de acceso a la justicia.¹⁷⁶

Una vez superado el desconocimiento, surgen otras barreras sociales que dificultan o impiden el acceso a la justicia.¹⁷⁷ Primero, las reglas probatorias no toman en cuenta eficazmente que el dominio de una de las partes sobre la información no puede ser superado por la otra, a menos que tenga asesoría jurídica de calidad que logre obtener esta información vía litigio. Adicionalmente, y agravando esta desigualdad de armas, el apoyo a las personas para acceder a la justicia es claramente insuficiente y no corresponde a un servicio de calidad, porque las Corporaciones de Asistencia Judicial (CAJ) trabajan principalmente con estudiantes en práctica (sin experiencia) y se limitan a ciertos temas que no incluyen muchos de los aspectos relevantes en materia de empresas y derechos humanos. Por ejemplo, existe una oficina de derechos humanos solamente para la Región Metropolitana. Hay apoyos adicionales para grupos especialmente vulnerables, pero no son suficientes y por lo general, se basan igualmente en la CAJ, con su problema estructural antes mencionado. El sistema pro bono es casi inexistente en materia de empresas y derechos humanos y se debe, es lo más probable, a conflictos de interés que tendrían muchos estudios de abogados que podrían participar de un sistema pro bono, ya que las empresas son sus principales clientes.

Un factor clave es, además, la estructura y el uso de la justicia civil en Chile (más del 90% son causas de cobranza por parte de empresas, principalmente a pequeños deudores) que tiene al borde del colapso el sistema e impide que haya garantía del acceso a la justicia en materia de empresas y derechos humanos.¹⁷⁸

Así, la justicia civil no es accesible para la gran mayoría de la población, no cuenta con la suficiente cantidad de abogados experimentados ni con los recursos para hacer las investigaciones necesarias conducentes a producir la prueba. Además, la CAJ no cuenta con la autonomía requerida, y carece de lineamientos nacionales de acción. Los abogados/as están sobrepasados/as por la supervisión de estudiantes o recién licenciados en práctica, lo que genera un problema de igualdad de armas en relación a las divisiones legales de las empresas más grandes.¹⁷⁹ Por ejemplo, en relación a la restitución o indemnización por violaciones al derecho a la propiedad o por daño extracontractual, se

176 Experto en acceso a la justicia, agosto de 2015.

177 Criterios tomados de CIDH 2007, en base a la interpretación del Art. 8.1 y 25 CADH por parte de la Corte IDH.

178 Ver Ricardo Lillo, "Justicia Civil de Pequeñas Causas. Mecanismos para ampliar el acceso a la justicia del consumidor", borrador no publicado, 2015. Ver especialmente, Ricardo Lillo y Cristián Riego, "¿Qué se ha dicho sobre el funcionamiento de la justicia civil en Chile? Aportes para la Reforma", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 25, 2015, pp. 9-54.

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

requiere asesoría letrada para una protección efectiva, por la tecnicidad de la argumentación jurídica; asesoría que, en general, no está disponible. Además, hay requisitos de acceso (focalización en base a la renta y cuantía del juicio) que, en general, dejan fuera de la asesoría jurídica gratuita a un número importante de conflictos en materia de empresas y derechos humanos, de índole laboral, ambiental u otras de personas o comunidades que tienen algo de dinero –por tanto, no reciben asesoría gratuita–, pero no lo suficiente para financiar un litigio complejo, probablemente en distintos foros, contra una empresa.

Por otra parte, los recursos de protección que en principio no requieren representación, tienen significativamente más posibilidades de ser ganados con la asesoría de un abogado, como ha establecido el INDH.¹⁸⁰ Por lo tanto, es ilusorio hablar de acceso en igualdad de condiciones para todos, también en materia de justicia constitucional especializada en derechos humanos. Por si fuera poco, varias actuaciones procesales, como –en la práctica– la orden de no innovar en el recurso de protección, o constitucionales, como un requerimiento de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional, requieren también representación de un abogado/a.

En materia laboral, dado el escaso desarrollo doctrinario y jurisprudencial, los principales obstáculos a que se ven enfrentados los trabajadores para obtener una tutela efectiva ante lesiones de sus derechos fundamentales por parte de las empresas, son la falta de acceso a asesoría jurídica gratuita y especializada, lo que se genera principalmente por los criterios de focalización de las Oficinas de Defensa Laboral y las exigencias probatorias para patrocinar este tipo de causas; dificultades probatorias, sobre todo ante lesiones generadas en la intimidad (acoso laboral y sexual), a lo que se debe sumar el escaso desarrollo jurisprudencial en materia de prueba indiciaria; y el mínimo impacto de las medidas reparatorias ordenadas por el Tribunal en caso de haberse verificado la existencia de indicios de la vulneración alegada, las que generalmente se reducen a la dictación de cursos de capacitación en las empresas. Además, la cobertura de las oficinas de defensa laboral es restringida a los trabajadores regidos por el Código del Trabajo cuyo último ingreso líquido no supere los \$380.000 neto, y siempre que la demanda no supere los \$2.700.000.

Como se puede advertir, son criterios que dejan fuera de la gratuidad a un número importante de trabajadores que no pueden asumir los costos que conlleva la defensa particular, lo que en materia de tutela de derechos fundamentales se ve agravado por los altos requisitos

180 INDH, "Recursos de amparo y protección: mecanismos de tutela de derechos fundamentales", *Informe Anual. Situación de los derechos humanos en Chile*, Santiago, 2011, pp. 91-98. En el mismo sentido, funcionario del Ministerio de Justicia, octubre de 2015. Entrevista otorgada a título personal.

probatorios que se exigen a los trabajadores a fin de patrocinar la causa, y además, porque generalmente la indemnización adicional y eventuales indemnizaciones por daño moral que se soliciten, harán subir la cuantía. De este modo los trabajadores de escasos recursos quedarán excluidos de la defensa jurídica gratuita que otorga la Defensoría Laboral.

Como evidenciaron, además, casos como *Campiche* en la Corte Suprema¹⁸¹ o *Curtido BAS* en el Tribunal Constitucional,¹⁸² no existe acceso a la justicia eficaz conforme al derecho internacional de los derechos humanos en relación a posibles situaciones puntuales que podrían violar los derechos a vivir en un medioambiente sano, el derecho a la salud, o a la privacidad. En este contexto, también se constató un deficiente régimen de propiedad de subsistencia y propiedad ancestral indígena, en cuanto a la falta de garantías de acceso a la justicia para su protección, especialmente, la falta de asesoría legal gratuita y de calidad (Principio Rector 25 y Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 25), y la deficiente regulación de la consulta previa, libre e informada en materia de proyectos de inversión.¹⁸³

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

2.6.3. Extraterritorialidad

Chile no cuenta con una normativa general que implique responsabilidad civil, penal o administrativa extraterritorial de las empresas que estén radicadas en Chile y que tengan actividades en el extranjero, aunque eventualmente, los tribunales podrían interpretar los artículos 5 y 6 del Código Orgánico de Tribunales en este sentido. Pero según lo que escuchamos en las entrevistas, nunca lo ha hecho.¹⁸⁴

Sin embargo, se podría considerar como efecto extraterritorial “blando”, el hecho de que el Punto Nacional de Contacto tiene competencia en relación a las actividades de empresas chilenas en el exterior, en la medida que reciba denuncias o representaciones de parte de actores extranjeros.¹⁸⁵ El PNC de Chile, en tal supuesto, tiene competencia para actuar solo o en conjunto con el PNC del país respectivo donde ocurrieron los hechos para proveer un foro de mediación de acuerdo con el PR 31. El procedimiento, no obstante, cuenta con limitaciones importantes en relación a

181 Corte Suprema, Rol N° 1.219-2009, 22 de junio de 2009.

182 Tribunal Constitucional Rol 2684-14 (INA), 10 de septiembre de 2015.

183 Barros y Schönsteiner, *op. cit.*, p. 203-244. 2014. Nótese que en otras materias la regulación está más conforme al derecho internacional de los derechos humanos.

184 No efectuamos un estudio pormenorizado de la jurisprudencia al respecto.

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

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

Se pudo constatar mediante entrevistas y revisión de normativa y práctica, que no existe conciencia sobre la responsabilidad estatal de proveer acceso a la justicia en relación al impacto en derechos humanos que las empresas chilenas puedan tener en otros países, por lo menos en relación a violaciones graves. Solo está la posibilidad de contactar al PNC y de procesar a personas morales por los crímenes del Estatuto de Roma.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Por lo amplio de una Línea Base e incluso de la información presentada en este artículo, no es posible formular conclusiones y recomendaciones para cada uno de los ámbitos discutidos.¹⁸⁶ Sin embargo, es factible concluir sobre algunos temas transversales. Mientras es ciertamente un paso importante en la protección de los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales que el Ministerio de Relaciones Exteriores coordine la adopción de un Plan de Acción Nacional en la materia, y siendo a la vez posible identificar algunas buenas prácticas puntuales en relación a empresas y derechos humanos, no existe aún coordinación transversal ni conciencia en los distintos ministerios y servicios sobre la importancia del marco de empresas y derechos humanos.

Desde una perspectiva de obligaciones estatales en el marco de empresas y derechos humanos, preocupa la debilidad de las garantías constitucionales, de regulación sectorial especialmente en materia de seguridad social que garantizaran el derecho a pensiones dignas; la falta de eficacia y rigurosidad de los sistemas de fiscalización; la ausencia de un sistema de planificación territorial; y las importantes debilidades en el acceso a la justicia para potenciales víctimas de violaciones a los derechos humanos por parte de empresas. Además, persiste la dificultad de prevenir y reaccionar adecuadamente ante la discriminación de distintos grupos por parte de las empresas, especialmente, las personas que tienen menos recursos económicos; los pueblos indígenas; y las personas con discapacidad.

En dos ámbitos específicos que se analizaron en este capítulo —a saber, los tratados de libre comercio y las actividades de las AFP—, se concluyó que, en el primero, faltaba una evaluación de impacto en derechos humanos antes de la ratificación del TPP, y otros tratados

186 El resto de las recomendaciones y conclusiones se puede consultar en: Judith Schönsteiner, *Informe de Conclusiones y Recomendaciones*, Santiago, Centro de Derechos Humanos UDP, Junio 2016, disponible en www.derechoshumanos.udp.cl.

bilaterales o multilaterales de inversión; y, en el segundo ámbito, que el Estado debe asumir su rol de garante y –además de regular, adecuadamente, las actividades de las empresas privadas de pensiones para que respeten efectivamente el derecho a la seguridad social de sus clientes y de todas las personas en Chile– debe asegurar una pensión digna para todas las personas.

Desde una perspectiva de prevención de los derechos humanos, parecen especialmente importantes y urgentes las siguientes recomendaciones:

1. Elaborar un plan de cierre de brechas regulatorias en cada cartera, a la luz de criterios de urgencia en materia de derechos humanos.
2. Efectuar un estudio sobre acceso a la justicia en materia de empresas y derechos humanos, en el contexto de los desafíos estructurales del sistema chileno de administración de la justicia.
3. Reformar el sistema de fiscalización, para garantizar la prevención y protección ante las violaciones de los derechos humanos.
4. Efectuar un estudio de impacto y evaluación de riesgos para los derechos humanos asociados a la suscripción del TPP, previo a su ratificación.
5. Ampliar la obligatoriedad y cobertura de los estándares aplicados por Chilecompra, con miras a introducir a mediano plazo la debida diligencia empresarial como criterio.