



SERIE CUADERNILLOS DE TEMAS EMERGENTES / 2012



EMPRESAS
Y ■
DERECHOS
HUMANOS

EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS

Cuadernillo Temas Emergentes Empresas y Derechos Humanos

Instituto Nacional de Derechos Humanos

Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos

Lorena Fries Monleón, Directora INDH

Miguel Luis Amunátegui Monckeberg

Carolina Carrera Ferrer

Jorge Contesse Singh

Sergio Fuenzalida Bascuñan

Roberto Garretón Merino

Claudio González Urbina

Luis Hermosilla Osorio

Enrique Núñez Aranda

Manuel Antonio Núñez Poblete

María Luisa Sepúlveda Edwards

Equipo de trabajo

Silvana Lauzán Daskal, Jefa Unidad Estudios

Federico Aguirre Madrid, Unidad Estudios

Diseño

Michèle Leighton Palma

Impresión

Gráfica LOM

ISBN: 978-956-9025-30-3

Registro de Propiedad Intelectual: 224.801

Primera Edición

1.500 ejemplares

Santiago de Chile

Diciembre de 2012



Índice

I. Introducción	4
II. Obligaciones del Estado en relación con los actos de sujetos no estatales	6
III. Las empresas y la obligación de respetar los derechos humanos	10
IV. Orden Público Económico	16
V. Derecho a la salud y acceso a medicamentos	19
VI. Derecho a un medio ambiente libre de contaminación	25
VII. Observaciones finales	32



I. Introducción

El ámbito de los derechos humanos es dinámico y, al igual que otros tantos de la vida social, enfrenta de forma permanente nuevos desafíos en las dimensiones políticas, económicas, sociales y culturales vinculadas con la profundización de la democracia. La serie de cuadernillos de temas emergentes desarrollados por el INDH tiene como objetivo analizar, desde el punto de vista de los derechos humanos, algunos de los nuevos retos y dilemas que surgen en la vida democrática de nuestro país, si bien también suelen ser cuestiones presentes en otros países de la región y el mundo.

Cada etapa histórica ha enfrentado sus propios desafíos en términos de avanzar en la promoción y protección de los derechos humanos. Es en base a los consensos alcanzados que el derecho internacional de los derechos humanos se ha desarrollado, y ha complejizado sus alcances y definiciones. Esos consensos constituyen buena parte del marco de referencia de los contenidos de estos cuadernos y del quehacer del INDH en general.

En esta oportunidad se presenta el cuadernillo sobre derechos humanos y empresas. El creciente proceso de globalización experimentado en las últimas décadas ha transformado la realidad de los países de formas que aún no terminan de ser dimensionadas. En estos procesos, las empresas son actores centrales por su aporte al crecimiento, a la generación de empleo, a la innovación y a la posibilidad de acceder a bienes y servicios que mejoran, por lo general, la vida de la ciudadanía. Estas funciones, desarrolladas con responsabilidad y bajo adecuadas regulaciones y controles por parte del Estado, constituyen una contribución valiosa para mejorar la calidad de la democracia, haciendo de las empresas un partícipe fundamental en la configuración de comunidades políticas actuales.

Al mismo tiempo, desde el punto de vista de los derechos humanos, existen dilemas y desafíos que aparecen junto al avance en este campo, como por ejemplo, el resguardo adecuado de los derechos fundamentales en el marco de crecientes procesos migratorios con el fin de encontrar nuevos horizontes laborales; o cómo enfrentar las situaciones donde los proyectos de inversión o desarrollo suponen afectaciones al medioambiente o a la disponibilidad de recursos naturales a

futuro, su impacto sobre la salud de la población o sobre las tierras o territorios indígenas; o el desafío de fijar reglas del juego y controlar a empresas cuyas ganancias pueden superar el presupuesto nacional. Esto plantea la reconfiguración de las relaciones entre las empresas, el Estado, y la ciudadanía, y al respecto la comunidad internacional ha promovido una reflexión desde hace al menos 15 años.

Así, existe un debate vigente en la Organización de Naciones Unidas, que involucra a defensores/as de derechos humanos, a organizaciones vinculadas al financiamiento y regulación del comercio mundial (Organización Mundial del Comercio -OMC-; la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico OCDE, entre otras) y a las propias empresas, que ha arrojado incipientes estándares que reflejan la necesidad de generar un marco normativo y adecuar las prácticas para garantizar certeza jurídica al emprendimiento y la inversión, por un lado, y el efectivo ejercicio y goce de los derechos humanos, por otro. Esto conlleva, desde la perspectiva de los derechos humanos, el desafío teórico y práctico de extender la eficacia de las obligaciones propias del Estado a los sujetos no estatales, en lo que se ha denominado la “eficacia horizontal de los derechos humanos”¹.

Atendiendo lo sostenido por el Sr. John Ruggie, ex Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, respecto a que “[l]as instituciones nacionales de derechos humanos (...) tienen un papel importante que desempeñar, ayudando a los Estados a determinar si las leyes pertinentes se ajustan a sus obligaciones de derechos humanos y se aplican eficazmente, y asesorando sobre derechos humanos también a empresas y otros agentes no estatales”², el Instituto Nacional de Derechos Humanos -INDH- presenta el presente cuadernillo.

En este marco, y en la medida en que Chile no escapa a estos desafíos, este cuadernillo da cuenta de los estándares internacionales de derechos humanos y el marco normativo nacional en este ámbito, y aborda -a modo de ejemplo- dos ámbitos que cristalizan la complejidad normativa y práctica de compatibilizar el desarrollo armónico de las empresas con el respeto y garantía de los derechos humanos, como es el caso del derecho de acceso a los medicamentos y del derecho a un medio ambiente libre de contaminación.

Distintos ámbitos de estos dos derechos estuvieron presentes en el debate nacional a lo largo del 2012, en el marco de la discusión sobre el desarrollo empresarial responsable y el rol del Estado. En el primer caso se trató de la afectación de una dimensión del derecho a la salud como consecuencia de la acción colusiva de las principales cadenas farmacéuticas para encarecer medicamentos. El segundo caso tratado se vincula a las tensiones que los proyectos de inversión y desarrollo generan en las comunidades de los territorios en que dichos proyectos buscan emplazarse o que serán afectados y los conflictos socioambientales relacionados con ellos, como consecuencia de externalidades estimadas como negativas por dichas comunidades.

1. Martins Zanitelli, Leandro; Corporaciones y Derechos Humanos: El Debate entre Voluntaristas y Obligacionistas y el Efecto de Socavamiento de las Sanciones. En http://www.surjournal.org/esp/conteudos/getArtigo15.php?artigo=15,artigo_02.htm

2. Ruggie, John. Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”. Asamblea General. A/HRC/17/31. 21 de marzo de 2011. Comentarios principio 3.



II. Obligaciones del Estado en relación con los actos de sujetos no estatales

El derecho internacional se configuró en sus inicios como el conjunto normativo que regulaba las relaciones interestatales, de manera tal que sólo los Estados podían ser considerados signatarios de obligaciones³. Fundamentalmente como consecuencia del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, nacido como producto de los crímenes masivos ocurridos en la Segunda Guerra Mundial, la persona humana -aunque de manera limitada- se erige en sujeto de derecho internacional reconociéndosele su titularidad jurídica⁴.

La comunidad de naciones, consciente de la necesidad de encarar el legado de crímenes atroces, reclamó el establecimiento de un marco normativo internacional vinculante y obligatorio de protección de los derechos fundamentales, que en ese momento histórico determinado representó los consensos mínimos sobre lo aceptable y lo intolerable, independientemente de cualquier circunstancia, tiempo o lugar. Así, se avanzó en la universalización de los derechos humanos y en el reconocimiento a los límites y restricciones que tienen los Estados en el ejercicio de su soberanía, precisamente, en el respeto y protección a dichos derechos o atributos inviolables de la persona humana⁵.

Los Estados son los destinatarios principales de las obligaciones de respeto y satisfacción efectiva de dichos derechos, de lo que se colige que son estos, o las personas o grupos actuando en aquiescencia o consentimiento del Estado, los obligados al respeto y garantía de los derechos humanos, y que en el evento de una infracción sea el Estado el responsable internacionalmente. Ello no significa que la acción de particulares o agentes no estatales sean indiferentes al derecho internacional de los derechos humanos.

Los Estados tienen la obligación de adecuar su conducta de manera tal de abstenerse de violar los derechos humanos y “[f]inalmente de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público” a los fines de “prevenir, investigar

3. Buergenthal, Thomas, et al. Manual de Derecho Internacional Público; Ed. Efe, pág. 11.

4. Uprimny, Inés Margarita. “El sistema universal de protección de los derechos humanos: Naciones Unidas”, en Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Memorias del curso, Defensoría del Pueblo/MSD, Bogotá. 2001.

5. Corte IDH Caso Velásquez Rodríguez Vs Honduras. Sentencia (Fondo) 29 de julio de 1988.párr. 165.

y sancionar toda violación de los derechos reconocidos (...) y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”⁶. Así, se ha asentado en el derecho internacional de los derechos humanos que hechos o actos perpetrados por particulares, no imputables directamente al Estado, pueden atribuir responsabilidad al Estado cuando este ha omitido o no ha desplegado su conducta con el objeto de prevenir, investigar, sancionar o reparar un hecho constitutivo de una lesión o puesta en peligro de un derecho amparado por el derecho internacional⁷. La Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que “[u]n hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención [Interamericana sobre Derechos Humanos]”⁸. De ahí que si el hecho lesivo no se investiga y sanciona debidamente, se incumple con el deber general de garantía y “[l]o mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención”⁹.

Específicamente en relación con la actividad empresarial existe una vasta jurisprudencia en el sistema interamericano, la que ha sido ampliada particularmente en atención a los impactos de proyectos de inversión en tierras y territorios indígenas. La Comisión IDH, por ejemplo, ha señalado en ese contexto que “reconoce (...) la importancia del desarrollo económico para la prosperidad de los pueblos de este hemisferio; pero que al mismo tiempo, las actividades de desarrollo deben ir acompañadas de medidas adecuadas y efectivas para garantizar que las mismas no se lleven a cabo o expensas de los derechos fundamentales de las personas que pueden ser particular y negativamente afectadas (...)”¹⁰. De esta manera, lesiones ocasionadas con motivo de proyectos o planes de desarrollo o inversión que colisionen con derechos garantizados por el derecho internacional entrañan la obligación para el Estado de “(...) suspenderlos, reparar los daños (...), e investigar y sancionar a los culpables (...)”¹¹.

En el ámbito europeo, la Corte de Estrasburgo (también llamada Corte Europea de Derechos Humanos) ha establecido similar marco de tutela de derechos cuando se trata de agentes privados que impactan los derechos consagrados en la Convención Europea¹². Así, por ejemplo, la Corte ha declarado que “[e]n los asuntos medioambientales, se puede exigir la

6. *Ibidem*, párr. 166.

7. López Hurtado, Carlos. Empresas y derechos humanos: hacia el desarrollo de un marco normativo internacional. pág. 7-8. En: Empresas y derechos humanos: una relación compleja. Revista de la Fundación para el Debido Proceso. Núm. 15 año 4, septiembre de 2011. Pág.8.

8. Corte IDH Caso Velásquez Rodríguez Vs Honduras. Sentencia (Fondo) de 29 de julio de 1988. párr. 172.

9. *Ibidem*, párr. 176.

10. Comisión IDH. Derecho de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. OEA/Ser.L/V/II.Doc.59/09. 30 de diciembre de 2009. Párr.210

11. *Ibidem*

12. “La teoría de la ‘Drittwirkung’ aplicada en el marco de la Convención Europea conlleva que la Convención pueda aplicarse a las relaciones jurídicas entre individuos o agentes privados y no sólo entre los individuos y las autoridades estatales. En virtud de este concepto, la Convención podría incluso ofrecer directamente la posibilidad a los particulares de hacer valer sus derechos frente a un tercer privado En Estrasburgo solo es posible presentar una demanda contra las autoridades de un estado. Sin embargo, la Corte ha admitido indirectamente la teoría de la ‘Drittwirkung’, al considerar el incumplimiento del Estado a la hora de tomar medidas apropiadas para garantizar el respeto a los derechos humanos y libertades protegidos por la Convención Europea “Incluso en las relaciones de los individuos entre ellos” TEDH, X e Y c. Países Bajos, Dem. N° 8978/80, (1985) Serie A91, 7 EHHR 152, párr. 23. La Corte aborda la responsabilidad del Estado y no la responsabilidad de un agente privado, pero puede juzgar a un Estado contratante culpable de la Convención si falta a su obligación de proteger a las personas bajo su jurisdicción por las violaciones cometidas por terceras personas. Es lo que se denomina el efecto horizontal de la Convención”. Federación Internacional de Derechos Humanos. Empresas y violaciones a los derechos humanos. Una Guía sobre mecanismos de denuncia para víctimas y ONG. Noviembre 2011. Pág. 105

responsabilidad del Estado debido a la ausencia de reglamentación adecuada de la industria privada (...) por tanto, que el agravio (...) debe ser examinado desde la perspectiva de la obligación positiva encargada a los Estados de adoptar medidas razonables y adecuadas para proteger los derechos garantizados por [el Convenio Europeo]¹³.

Los órganos de control de tratados han interpretado las normas sujetas a su revisión bajo el criterio de lo que podríamos llamar la imputabilidad de responsabilidad internacional por actos de agentes no estatales. Así, el Comité de Derechos Humanos ha señalado a propósito de las obligaciones generales de respeto y garantía contempladas en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, que “[s]ólo se podrán cumplir plenamente las obligaciones positivas de los Estados Parte de garantizar los derechos reconocidos en el Pacto si el Estado protege a las personas, no sólo contra las violaciones de los derechos reconocidos en el Pacto que cometan sus agentes, sino también contra los actos que cometan particulares o entidades y menoscaben el disfrute de los derechos reconocidos en el Pacto, en la medida en que puedan aplicarse entre particulares o entidades privadas. Puede haber circunstancias en las que, por no haberse garantizado los derechos reconocidos en el Pacto como se dispone en el artículo 2, los Estados Parte infrinjan estos derechos permitiendo que particulares o entidades cometan tales actos o no adoptando las medidas apropiadas o no ejerciendo el cuidado debido para prevenir, castigar, investigar o reparar el daño así causado”¹⁴.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha abordado extensamente la responsabilidad estatal frente a los agentes privados y, en particular, ha precisado su contorno jurídico. Dicho Comité ha sostenido que si bien es cierto que los Estados Partes son los contractualmente obligados, las empresas privadas y otros agentes no estatales tienen responsabilidades en cuanto a la realización de los mismos¹⁵. Precisando el contenido de la obligación de protección de derechos (en el ámbito del trabajo), dicho Comité ha señalado que los Estados incumplen dicho mandato si no adoptan las medidas necesarias para brindar protección a las personas frente a la acción u omisión de agentes particulares. De esta manera el Comité sostuvo que “[e]l incumplimiento de la obligación de proteger se produce cuando los Estados Partes se abstienen de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger a las personas sometidas a su jurisdicción contra las vulneraciones del derecho al trabajo imputables a terceros. Abarca ciertas omisiones, como el hecho de no reglamentar la actividad de particulares, de grupos o de sociedades para impedirles que vulneren el derecho al trabajo de otras personas; o el hecho de no proteger a los trabajadores frente al despido improcedente”¹⁶. Específicamente en relación con el derecho a la alimentación ha sostenido que “(...) Los Estados Partes, como un componente de su obligación de proteger los recursos alimentarios básicos para el pueblo, deben adoptar medidas adecuadas tendientes a garantizar que las actividades del sector privado y de la sociedad civil sean conformes con el derecho a la alimentación”¹⁷.

13. TEDH. Caso Fedeyeva c. Rusia, Demanda n° 55723/00 (2005). En: Federación Internacional de Derechos Humanos. Empresas y violaciones a los derechos humanos. Una Guía sobre mecanismos de denuncia para víctimas y ONG. Noviembre 2011. Pág. 116.

14. Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 31. Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13. 26 de mayo de 2004. Parr. 8.

15. Comité Derechos Económicos Sociales y Culturales. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Observación General núm. 14. 11 de agosto de 2000, E/C.12/2000/4 párrafo. 42 y 55.

16. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N° 18, El Derecho al Trabajo. Artículo 6 del Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales E/C.12/GC/18. 6 de febrero de 2006. Párr. 35.

17. Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. El derecho a una alimentación adecuada. Observación General núm. 12. 12 de mayo de 1999. E/C.12/1999. Párr. 20 y 27.

Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha indicado que “[d]e conformidad con la Convención, la discriminación no se limita a los actos cometidos por los gobiernos o en su nombre”, agregando que “[e]n virtud del derecho internacional y de pactos específicos de derechos humanos, los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas”¹⁸.

Sistematizando los desarrollos interpretativos y jurisprudenciales del derecho internacional de los derechos humanos, John Ruggie, ex Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas, estableció en su informe la obligación del Estado de “ofrecer protección frente a los abusos de los derechos humanos cometidos por terceros, incluidas las empresas, mediante medidas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia”¹⁹. Ello requiere de “[u]n marco normativo nacional adecuado para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos ello incluso en relación a las actividades de terceros (sujetos no estatales)”²⁰. La obligación de proteger, incluye la adopción de medidas adecuadas y pertinentes “[p]ara prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia”²¹.

18. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación General núm. 19 (1992), U.N. Doc. HRI\GEN\1\Rev.1 at 84 (1994). Párr. 9.

19. John Ruggie. Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”. Asamblea General. A/HRC/17/31. 21 de marzo de 2011. Párr. 6.

20. *Ibidem*. Principio 9.

21. *Ibidem*. Principio 1.



III. Las empresas y la obligación de respetar los derechos humanos

Dada la creciente influencia de la actividad empresarial en el disfrute y goce de los derechos humanos, en la comunidad internacional se ha debatido en torno a la fijación de un marco regulatorio para las empresas en consideración a su carácter de instituciones u órganos de la sociedad igualmente vinculados a los deberes de promoción y respeto de los derechos, enunciados desde 1948 en la Declaración Universal de Derechos Humanos²².

Esto ha derivado en la creación de un corpus no vinculante, de naturaleza voluntaria, programática y no justiciable en el ámbito internacional, asentado en el principio de la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos y la de sujetar su conducta a la debida diligencia.

De esta manera, se ha avanzado en sostener que la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos “[a]barca, como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo”²³.

La obligación de respetar entraña, de acuerdo a dicho marco normativo, el deber de abstenerse de afectar los derechos de terceros y el de hacerse responsable de las consecuencias dañosas que la actividad empresarial ocasione en la esfera de su influencia²⁴.

22. Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2. de 26 de agosto de 2003. Preámbulo.

23. John Ruggie. Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”. Asamblea General. A/HRC/17/31. 21 de marzo de 2011. Principio 12.

24. “La responsabilidad de respetar los derechos humanos exige que las empresas: a) Eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a estas consecuencias cuando se produzcan; b) Traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos” John Ruggie. Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”. Asamblea General. A/HRC/17/31. 21 de marzo de 2011. Principio 13.

La responsabilidad empresarial de prevenir los impactos de su actividad o relaciones comerciales sobre los derechos humanos²⁵, y de esta manera respetarlos, requiere satisfacer el estándar de la debida diligencia, norma de *soft law* que se puede conceptualizar como el deber de la organización empresarial de identificar, prevenir y abordar “[l]os impactos reales o potenciales sobre los derechos humanos, resultantes de sus actividades o de aquellos con los que tienen relación”²⁶.

Las normas programáticas referidas a empresas y derechos humanos se encuentran desarrolladas en diversos instrumentos, directrices, informes e iniciativas que han logrado el consenso de la comunidad internacional, entre los cuales existen en el marco de la Organización de las Naciones Unidas:

- 1) La Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la Organización Internacional del Trabajo/OIT²⁷;
- 2) La iniciativa ‘Pacto Mundial de las Naciones Unidas’²⁸;
- 3) Las Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos²⁹;
- 4) El Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los Derechos Humanos y las empresas transnacionales y otras Empresas³⁰.

Adicionalmente, existen iniciativas normativas emprendidas por agencias de regulación del comercio mundial como las Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) para empresas multinacionales³¹. Finalmente se puede mencionar la Norma ISO 26.000, Guía de Responsabilidad Social, adoptada en Chile por el Instituto Nacional de Normalización (NCh-ISO 26.000)³², en el año 2010.

La **Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social** de la OIT establece criterios normativos aplicables en materia de empleo, formación profesional, condiciones de trabajo y relaciones laborales “cuya aplicación se recomienda con carácter voluntario a los gobiernos, a las organizaciones de empleadores y de trabajadores y

25. John Ruggie. Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”. Asamblea General. A/HRC/17/31. 21 de marzo de 2011. Principio 17

26. NCh-ISO 26000.n2010.pág. 27

27. Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social (noviembre de 1977), adoptada por el Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en su 204 reunión y enmendada en 2006. Oficina Internacional del Trabajo. Cuarta Edición. Ginebra, 2006.

28. En 1999, en el Foro Económico Mundial de Davos (Suiza), el Secretario General propuso un “Pacto Mundial” entre las Naciones Unidas y el mundo de los negocios

29. Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2. de 26 de agosto de 2003.

30. Naciones Unidas. Principios Rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos: Puesta en práctica del Marco de las Naciones Unidas para “Proteger, Respetar y Remediar”. Asamblea General. A/HRC/17/31. 21 de Marzo de 2011.

31. “Las Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) para Empresas Multinacionales (las Directrices) son parte de la Declaración de la OCDE sobre la Inversión Internacional y Empresas Multinacionales del 21 de junio de 1976. Fueron elaboradas en un momento en que ocurrían rápidos cambios en la estructura y operaciones de las empresas multinacionales, quienes estaban diversificando sus actividades e invirtiendo directamente en el extranjero, mientras se expandían hacia países en desarrollo” Federación Internacional de Derechos Humanos. Empresas y violaciones a los derechos humanos. Una Guía sobre mecanismos de denuncia para víctimas y ONG. Noviembre 2011. Pág.381.

32. Primera Edición 11 de enero de 2010, declarada Oficial de la República de Chile por Resolución Administrativa Exenta N° 2486, de 31 de diciembre de 2010, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, publicada en el Diario Oficial el 11 de enero de 2011.

a las empresas multinacionales (...)”³³. Los sujetos antes referidos son interpelados en dicha Declaración en orden a “(...) respetar la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos internacionales correspondientes adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo y sus principios (...)”³⁴.

Por su parte, la iniciativa denominada **Pacto Mundial** impulsada por el Secretario General de las Naciones Unidas (1999), busca que las empresas asuman un compromiso voluntario en torno a diez principios relacionados con los derechos humanos, los derechos laborales, de protección ambiental y la lucha anti-corrupción. Los derechos humanos, para el Pacto, son los contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos³⁵. El Principio 1 señala que “[l]as empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos internacionales dentro de la esfera de influencia”. La esfera de influencia, aun cuando representa un concepto no definido, “tiende a incluir a los individuos con quienes las compañías tienen cierta proximidad política, contractual, económica o geográfica”³⁶. El Principio 2 agrega que “Las empresas deben asegurarse de no ser cómplices en abusos a los Derechos Humanos”. Se ha sostenido en este sentido que una empresa es “[c]ómplice en abusos a los derechos humanos si autoriza, tolera, o a sabiendas ignora abusos contra los derechos humanos cometidos por alguna entidad asociada a ella, o si la compañía a sabiendas suministra asistencia práctica o fomenta actividades que tengan un efecto sustancial en la perpetración de abusos contra los derechos humanos”³⁷.

En cuanto a las Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos (2003), éstas reclaman “en su calidad de órganos de la sociedad”, y dentro de la esfera de su actividad e influencia, la responsabilidad de promover y proteger los derechos enunciados la Declaración Universal de Derechos Humanos³⁸ y los derechos “[c]onsagrados en el derecho internacional y en la legislación nacional, incluidos los derechos e intereses de los pueblos indígenas y otros grupos vulnerables, asegurar que se cumplan, respetarlos y hacerlos respetar”³⁹.

El 2005, ante el fracaso de estatuir estándares vinculantes para actores privados, se creó la figura del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, que se mantuvo vigente hasta el año 2011.

33. Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social (noviembre de 1977), adoptada por el Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en su 204 reunión y enmendada en 2006. Oficina Internacional del Trabajo. Cuarta Edición. Ginebra 2006. Párr. 7.

34. *Ibidem*. Párr. 8

35. Integrando los Derechos Humanos en la Práctica Empresarial. Publicación adjunta de la Oficina del Pacto Mundial de las Naciones Unidas y la Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Pág.16.

36. *Ibidem*. Pág.17.

37. *Ibidem*. Pág.19.

38. Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2. de 26 de agosto de 2003. Preámbulo.

39. *Ibidem*. Párr. 1.

En junio de 2008 el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas aprobó el **Marco para “proteger, respetar y remediar”** que el Representante Especial había elaborado⁴⁰, que sistematizaba los consensos obtenidos en relación con las obligaciones del Estado y las correspondientes al sujeto empresarial. Dicho marco se sustenta sobre la base de tres ejes conceptuales: el primero se refiere a la obligación de protección del Estado respecto a la actividad de agentes no estatales; el segundo alude a los deberes y obligaciones de respetar los derechos humanos de los agentes privados y, por último, se menciona el marco de garantías compartidas de acceso a formas de reparación efectivas tanto judiciales como no judiciales⁴¹. “Cada uno de estos principios constituye un elemento esencial de un sistema interrelacionado y dinámico de medidas de prevención y de reparación: el deber del Estado de brindar protección, ya que constituye la base misma de respetar los derechos humanos, por tratarse de la expectativa social más elemental en relación con las empresas; y el acceso a vías de reparación porque ni siquiera los esfuerzos mejor coordinados pueden impedir totalmente que se cometan abusos”⁴².

Posteriormente, en junio de 2011, el Consejo de Derechos Humanos aprobó los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”. Dicho instrumento fue adoptado por unanimidad y, representa las pautas de comportamiento deseables a los fines de implementar los principios elaborados y consensuados. Concluido el mandato del Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, el Consejo creó el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, constituido por cinco expertos internacionales⁴³. Reiterando que las empresas “tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos”⁴⁴, estableció entre otros objetivos de su mandato el de promover la divulgación efectiva y global de los Principios Rectores, aumentar el acceso a recursos efectivos disponibles para quienes vean afectados sus derechos humanos por las actividades de las empresas, y formular recomendaciones al respecto⁴⁵.

En cuanto a las instancias de regulación del comercio internacional, destacan las **Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales** que contienen las recomendaciones dirigidas por los gobiernos a las empresas multinacionales, en términos de “[p]rincipios y normas voluntarias para una conducta empresarial responsable compatible con las

40. “Así lo hizo el Consejo, que “acogió complacido” el establecimiento de ese marco en su resolución 7/8 y estableció el punto focal dotado de autoridad que venía faltando”. John Ruggie. Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”. Asamblea General. A/HRC/17/31. 21 de marzo de 2011. Párr. 5.

41. Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. A/hrc/20/29. 10 de abril de 2012. Párr.8.

42. John Ruggie. Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”. Asamblea General. A/HRC/17/31. 21 de marzo de 2011. Párr. 6.

43. Consejo de Derechos Humanos 17º Período de sesiones. A/HRC/17/L.17/Rev.1 15 de junio de 2011. Párr. 6. El Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, celebró su primer período de sesiones en el mes de enero de 2012 (16 a 20), y emitió su primer informe a la Asamblea General el 10 de abril del año en curso

44. Consejo de Derechos Humanos 17º Período de sesiones. A/HRC/17/L.17/Rev.1 15 de junio de 2011.

45. *Ibidem*. Párr. 6.

legislaciones aplicables y las normas internacionalmente admitidas⁴⁶. Elaboradas en 1976 han sido actualizadas en el año 2011, su carácter es no vinculante, y establecen que la primera obligación de las empresas es la de respetar el principio de legalidad de cada país y en ese marco “[r]espetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos de las personas afectadas por sus actividades”⁴⁷.

La versión 2011 de estas directrices incluye un apartado destinado a los derechos humanos que se inspira en el marco “Proteger, Respetar y Reparar” establecido por las Naciones Unidas⁴⁸. Respetar los derechos humanos “[s]ignifica que han de velar por no vulnerar los derechos de los demás y paliar las incidencias negativas sobre los derechos humanos en las que se vean implicadas”⁴⁹. Para ello, las empresas deberán [e]mplear la diligencia debida en materia de derechos humanos en función de su tamaño, de la naturaleza y el contexto de sus actividades y de la gravedad de los riesgos de incidencias negativas sobre dichos derechos”⁵⁰.

Adicionalmente las Directrices establecen criterios en materia de empleo y relaciones laborales; medio ambiente; lucha contra la corrupción, las peticiones de soborno y otras formas de extorsión; intereses de los consumidores y, ciencia y tecnología.

La obligación del Estado más directa en el marco de las Directrices es la de instituir el Punto Nacional de Contacto -PNC-, que deberá contribuir a “[r]eforzar la eficacia de las mismas llevando a cabo actividades promocionales, contestando a las consultas y participando en la solución de los problemas que plantea la puesta en práctica de las Directrices en circunstancias específicas”⁵¹. Los Estados suscriptores de las Directrices deberán garantizar los recursos humanos y financieros para el cumplimiento de sus funciones, que son: difundir e informar dicho marco, incluso a eventuales inversores, y contribuir a la resolución de los problemas que surjan en relación con la aplicación de las Directrices en casos específicos de manera imparcial, previsible, equitativa y compatible con los principios y normas de las Directrices⁵². El Punto Nacional de Contacto es un facilitador para las partes interesadas, generando condiciones para el diálogo entre los diferentes actores que pudieran estar involucrados en una diferencia en relación con la aplicación práctica de las Directrices, y “ayudará a los círculos empresariales, a las organizaciones sindicales, a otras organizaciones no gubernamentales y a las demás partes interesadas a resolver los problemas planteados de manera eficiente y puntual y de conformidad con la legislación aplicable”⁵³.

46. Líneas Directrices de la OCDE para empresas multinacionales Revisión 2011. Consultado el 5/06/2012 en: <http://www.comercio.mityc.es/es-ES/inversiones-exteriores/punto-nacional-contacto-lineas-directrices/PDF/lineas-directrices-ocde-empresas-multinacionales/Traduccion-Directrices-y-Comentarios-2011.pdf> traducción no oficial. Los idiomas oficiales son el inglés y el francés. Prólogo, párr. 1.

47. *Ibidem*. Párr. 1

48. Comentarios sobre las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, pág. 40.

49. Líneas Directrices de la OCDE para empresas multinacionales Revisión 2011. Ob. Cit.

50. *Ibidem*. Párr. 6.

51. Procedimientos de Puesta en Práctica de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Decisión del Consejo sobre las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales. Mayo De 2011. Punto Nacional de Contacto. Núm. 1.

52. *Ibidem*. Aplicación en casos concretos, letra C.

53. *Ibidem*.

Por último, la **Norma ISO 26.000-2010 sobre responsabilidad empresarial**, la cual no tiene fines de certificación, se propone ofrecer una orientación a las empresas en materia de responsabilidad. La Norma ISO recrea los conceptos de debida diligencia, señalando que la nota distintiva de una conducta responsable “[e]s la voluntad de las organizaciones de incorporar consideraciones sociales y ambientales en su toma de decisiones y de rendir cuentas por los impactos de sus decisiones y actividades en la sociedad y el medio ambiente. Esto implica un comportamiento transparente y ético que contribuya al desarrollo sostenible, cumpla con la legislación aplicable y sea coherente con la normativa internacional de comportamiento. También implica que la responsabilidad esté integrada en toda la organización, se lleve a la práctica en sus relaciones, y tenga en cuenta los intereses de las partes interesadas”⁵⁴.

Los principios que inspiran y guían la responsabilidad social empresarial, conforme a la Norma ISO, suponen el apego al principio de legalidad, y en ese marco las empresas deberían “[r]espeta[r] la normativa internacional de comportamiento, como la que reflejan la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración de Johannesburgo sobre desarrollo sostenible y otros instrumentos”⁵⁵. Además, otros principios de responsabilidad social empresarial son la rendición de cuentas, la transparencia, el comportamiento ético, el respeto a los intereses de las partes interesadas, el respeto a la normativa internacional de comportamiento y el respeto a los derechos humanos⁵⁶. De acuerdo a este último principio, “[u]na organización debería respetar los derechos humanos y reconocer, tanto su importancia como su universalidad. Una organización debería: respetar y, siempre que sea posible, promover los derechos establecidos en la Carta Universal de los Derechos Humanos. Respetar la universalidad de estos derechos, esto es, que son aplicables de forma indivisible en los países, cultural y situaciones. En situaciones donde los derechos humanos no se protegen, dar pasos para respetar los derechos humanos y evitar beneficiarse de esa situaciones, y en situaciones en las que la ley o su implementación no proporcionan la protección adecuada de los derechos humanos, acatar el principio de respeto a la normativa internacional de comportamiento”⁵⁷.

En conclusión, los instrumentos, herramientas y marco normativo disponible hasta la fecha no establece estándares imperativos en relación con la conducta empresarial y los derechos humanos. Así, persiste la tensión, en el ámbito del derecho internacional, de no considerarlos sujetos plenos de obligaciones. No obstante, existe una tendencia creciente por establecer regulaciones adecuadas que impongan mínimos exigibles al sujeto empresarial. En este sentido, el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas constituye una oportunidad para profundizar el debate.

54. NCh-ISO 26000.n2010.pág. 7.

55. *Ibidem*.

56. *Ibidem*.

57. *Ibidem*. Pág. 26



IV. Orden Público Económico

Uno de los aspectos destacados de la Constitución de 1980 es que incorpora, a diferencia de los cuerpos constitucionales anteriores, un conjunto de normas y principios que definen en materia económica un Estado de carácter subsidiario, en el que se garantiza la libertad e iniciativa empresarial y la provisión particular a las prestaciones de carácter social⁵⁸.

La Constitución establece un Orden Público Económico⁵⁹ elevado por el constituyente a rango de garantías constitucionales, e integrado por el principio de igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley⁶⁰; el derecho a desarrollar cualquier actividad económica⁶¹; la prohibición de discriminar en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica⁶²; la libertad para adquirir el dominio especificando sus limitaciones y una amplia protección al derecho de propiedad⁶³. Por su parte, la libertad empresarial, por mandato constitucional, tiene unos límites difusos al establecerse que podrá desarrollarse cualquier actividad que no sea contraria a la moral, el orden público y la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

El derecho a la libre iniciativa empresarial en los términos establecidos en la Constitución se cristaliza en el modelo económico actual y refleja la opción preferente que el constituyente confiere a la acción privada, otorgándole al Estado un rol subsidiario en aquellas áreas en las que la iniciativa privada no pueda o no quiera dar cobertura.

Una de las consecuencias de estas garantías es que el diseño institucional se orienta a limitar la capacidad reguladora del Estado, en términos tales que "(...) el rasgo supletorio de la intervención estatal no se refiere sólo a la retracción en sus actividades empresariales, sino que también a que no puede el Estado

58. Cea Egaña, José Luis. Derecho Constitucional Chileno. Tomo II Derechos, Deberes y Garantías, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004. Pág. 463

59. *Ibidem*. "(...) conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla de acuerdo con los valores de la sociedad nacional articulados en la Constitución".

60. Constitución Política de la República. Art. 19. Núm. 20.

61. *Ibidem*. Art. 19. Núm. 21.

62. *Ibidem*. Art. 19. Núm. 22.

63. *Ibidem*. Art. 19. Núm. 23, 24 y 25.

regulador convertirse en prioritario (...)”⁶⁴, existiendo a este respecto “límites constitucionales a esas regulaciones, de manera que no pueden ser invocadas para invertir la subsidiaridad (...)”⁶⁵. De esta manera y en virtud del principio de reserva legal, y atendida la naturaleza de garantía constitucional que entraña la libertad empresarial, dicha regulación sólo podría derivar de una ley en sentido estricto, no pudiendo a este respecto hacerse regulaciones sustantivas por la vía del ejercicio de la potestad reglamentaria. Así lo ha sostenido el Tribunal Constitucional al ejercer el control preventivo de constitucionalidad del entonces proyecto de ley de Bases Generales del Medio Ambiente, al señalar que el ejercicio de la potestad reglamentaria a los fines de establecer prohibiciones de emisiones a empresas, industrias o faenas, incluso en situaciones de emergencia ambiental, deviene en una facultad inconstitucional al afectar el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, la que en su limitación sólo es materia de ley⁶⁶.

La interpretación dada por el Tribunal Constitucional da cuenta de una posible tensión entre la garantía de certeza jurídica al libre emprendimiento y la obligación de los órganos del Estado de garantizar el derecho a un medio ambiente libre de contaminación. Ambos derechos se encuentran protegidos a nivel constitucional, y la resolución que se comenta refleja la preeminencia que se da a la naturaleza subsidiaria del Estado en la Constitución⁶⁷.

Adicionalmente como lo señala la Corte Suprema “[l]a Carta Política ha desarrollado un conjunto de garantías destinadas a permitir el libre emprendimiento de acciones económicas y, como se ha indicado, se pretende obtener un orden público económico sano y competitivo, determinado principalmente por la oferta y la demanda (...)”⁶⁸. La libre competencia es consustancial a este modelo y el legislador se ha preocupado de establecer un cuerpo normativo destinado a protegerla de acciones que perturben la principal herramienta para la asignación de recursos económicos, cual es la libertad de competir. En efecto, mediante el Decreto Ley N° 211 (1973) se provee el Estado de un instrumento de protección al bien jurídico libre competencia, que establece tipos de infracciones a los fines de sancionar, entre otros fenómenos, la colusión horizontal, los monopolios y carteles de agentes económicos que afecten el mercado y la libre competencia⁶⁹. Este derecho económico-sancionador se resguarda mediante un órgano jurisdiccional constituido por el Tribunal de la Libre Competencia y una instancia de investigación y persecución, denominada Fiscalía Nacional Económica.

Por último, la adopción de la Ley 18.971 que establece una acción de tutela especial (amparo económico) para el resguardo del derecho a desarrollar cualquier actividad económica. La forma jurídica de esta acción se diferencia del estándar de protección contemplado para el resto de los derechos y garantías constitucionales, al establecer requisitos más laxos, por ejemplo, al poder cualquier persona (acción popular) interponer una acción dentro del plazo de seis meses de cometida la infracción que se reprocha, y sin necesidad de tener interés actual en ello, ante la Corte de Apelaciones respectiva⁷⁰.

64. Cea Egaña, José Luis. Derecho Constitucional Chileno. Tomo II Derechos, Deberes y Garantías, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004. Pág. 486

65. *Ibidem*. Pág. 486

66. Tribunal Constitucional. Sentencia de 28 de febrero de 1994. Rol. Núm. 185. Considerando décimo segundo, literal d.

67. Constitución Política de la República. Art. 8 inciso 1°.

68. Corte Suprema. Sentencia Rol N° 2578-2012. 7 de septiembre de 2012. Considerando Sexagésimo séptimo punto 4°.

69. Suprema. Sentencia Rol N° 2578-2012. 7 de septiembre de 2012. Considerando Septuagésimo tercero, punto II.1.

70. Por su parte, la acción de protección de garantías constitucionales contemplada en el art. 20 de la Constitución Política, tiene un plazo de 30 días para su interposición “[d]esde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión o, según la naturaleza de éstos, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos lo que se hará constar en autos” (Auto Acordado de la Corte Suprema sobre tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales. art 1°). A su vez, sólo podrá ser interpuesta por “[e]l afectado o por cualquiera otra persona en su nombre (...)” (Auto Acordado de la Corte Suprema sobre tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales. art 2°).

Todo lo señalado en relación con la libertad empresarial y el carácter subsidiario del Estado presenta un correlato en el diseño normativo que regula los principales sectores de la economía nacional. De esta manera, inspirada en los principios reseñados, se ha construido la legislación minera, de aguas, de energía, de resguardo medio ambiental, de pesca y de manejo de bosques, entre otros.

Consistente con estos principios, el Estado de Chile ha impulsado y consolidado la liberalización del mercado nacional, promoviendo y suscribiendo tratados de libre comercio o de libre asociación, constituyéndolo en una de las economías más abiertas del mundo, proporcionando a la inversión extranjera adicionales garantías arancelarias y aduaneras. Desde 1997, Chile ha suscrito 10 tratados de libre comercio⁷¹ y cuatro acuerdos de asociación⁷². De esta manera, el país se vincula con los principales mercados mundiales. Las notas características de estos tratados es que, en términos generales, establecen espacios económicos que facilitan la libre circulación de bienes, servicios e inversiones.

Uno de los aspectos sensibles de dichos instrumentos, y que están relacionados directamente con la iniciativa privada y su eventual impacto en los derechos humanos, son los capítulos referidos a las garantías de protección a la propiedad intelectual, estableciéndose compromisos y obligaciones en orden a adecuar la legislación chilena a la normativa promovida desde la Organización Mundial del Comercio. Como se tendrá oportunidad de observar, ello ha sido parte del debate que se ha generado en torno al derecho a la salud y específicamente al acceso a medicamentos.

Se debe destacar que solamente el acuerdo de asociación con la Unión Europea incorpora la llamada cláusula democrática "que estipula el respeto de los principios democráticos y de los derechos humanos como fundamento de cooperación [cuyo] incumplimiento autoriza a cualquiera de las partes a tomar medidas e incluso suspender la ampliación del mismo si se vulneran estos principios"⁷³, y ha sido denominado por ello 'acuerdo de tercera generación'.

71. Tratados de Libre Comercio con Canadá, vigencia 5 de julio de 1997; México, 1° de agosto de 1998; Centro América (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua), firmado el 18 de octubre de 1999; Estados Unidos, 1 de enero de 2004; Asociación Europea de Libre Comercio (Islandia, Noruega, Liechtenstein y Suiza), 1° de diciembre de 2004; Corea del Sur, 1° de abril de 2004; Panamá, 7 de marzo de 2008; China; 2010; Australia, 6 de marzo de 2009; Turquía 1° de marzo de 2011; Malasia, 18 de abril de 2012. Fuente: <http://www.direcon.gob.cl/pagina/1897>

72. Acuerdos de asociación económica con (AAE) (P-4) (Singapur, Nueva Zelanda y Brunei Darussalam), vigente desde el 8 de noviembre de 2006. Acuerdo de Asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, el Acuerdo entró en vigencia el 1° de febrero de 2003. Acuerdo de Asociación Japón, en vigencia desde el 3 de septiembre del mismo año y finalmente un acuerdo de libre comercio con Colombia vigente desde el 8 de mayo de 2009. Fuente: <http://www.direcon.gob.cl/pagina/1897>

73. <http://www.direcon.gob.cl/pagina/1897>



V. Derecho a la salud y acceso a medicamentos

Una de las dimensiones en que se expresa la potencial tensión entre la acción de las empresas y su impacto en los derechos humanos se da en el ámbito del derecho a la salud y el acceso a medicamentos. Ya en 2001 la Organización de Naciones Unidas reconoció que en la perspectiva de garantizar progresivamente el derecho a la salud se debía considerar el acceso a los medicamentos como uno de los componentes fundamentales para lograr “[l]a plena realización del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”⁷⁴, y que ello requería “evaluar más a fondo las repercusiones de los acuerdos comerciales internacionales sobre el acceso a medicamentos esenciales o su fabricación local y sobre el descubrimiento de nuevos medicamentos”⁷⁵.

El acceso a medicamentos hace parte del derecho a la salud, y puede definirse como la “[r]elación entre la necesidad de los productos y la oferta de los mismos, en la cual la necesidad tiene que ser satisfecha en el momento y el lugar requeridos por el paciente (consumidor), con la garantía de calidad y la información suficiente para el uso adecuado”⁷⁶.

Aquí entran en juego a lo menos dos factores determinantes. Por un lado, la protección al derecho a la propiedad de las invenciones y patentes industriales en la fabricación de fármacos y medicamentos y, por otro, el control de la oferta en la distribución por parte de laboratorios y cadenas farmacéuticas. Ambas situaciones están en relación con el derecho a acceder a terapias farmacológicas y al derecho a la salud de la población, fundamentalmente de aquella que carece de suficientes recursos económicos para encarar los costes de proveerse dicha terapia. Ambos factores pueden entorpecer una vulneración a los derechos humanos y evidencian los desafíos de resguardar tanto la acción empresarial y como la obligación de respetar y garantizar el derecho a la salud.

74. Naciones Unidas. Vigésimo sexto período extraordinario de Sesiones. Resolución aprobada por la Asamblea General, A/res/s-26/2, 2 de agosto de 2001. Anexo. Declaración de compromiso en la lucha contra el VIH/SIDA. Párr. 15.

75. *Ibidem*. Párr. 27.

76. Dr. Jorge Bermúdez, vicepresidente de producción e innovación en salud de la Fundación Oswaldo Cruz del Ministerio de Salud de Brasil. FORO DE SALUD Lobby Farmacéutico y Derecho a la Salud. OPS/OMS – Ministerio de Salud. Santiago, 31 de mayo 2012

■ Derecho de propiedad intelectual y medicamentos

En la década de los noventa se desarrolló un debate que evidenció las tensiones entre la protección a determinadas dimensiones del derecho de propiedad, particularmente de la propiedad intelectual, y la afectación que ello puede ocasionar en orden a que los Estados garanticen el derecho a la salud de población vulnerable a ciertas afectaciones, específicamente la pandemia del VIH/SIDA. Ello impulsó que determinados países (India, Brasil, Sudáfrica) establecieran políticas públicas de importación o producción de medicamentos, que al margen de las licencias y patentes protegidas por acuerdos y tratados comerciales, hicieran más asequibles ciertas terapias farmacológicas para enfrentar el flagelo de enfermedades que, siendo tratables, ocasionaban estragos en la población, entre otras razones al no poder acceder a dichos medicamentos.

De esta manera, en 1997, 41 empresas farmacéuticas, alegando sus derechos de propiedad, demandaron al Estado de Sudáfrica por haber dictado la Ley de Medicamentos (*Medicines and Related Substances Control Act*) que lo autorizaba a producir o importar versiones de fármacos en contravención a las protecciones que ofrecen las patentes industriales, lo que lesionaba los intereses comerciales de las farmacéuticas y el “Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC o, TRIPS por sus siglas en inglés)⁷⁷. Este último instrumento, gestado en el marco de la Organización Mundial de Comercio en 1994, establece una serie de garantías a la propiedad industrial e intelectual. En el marco de los ADPIC, la patente garantiza los derechos exclusivos del titular a impedir que terceros fabriquen, usen, vendan o importen el producto patentado⁷⁸, debiendo los Estados adecuar su legislación interna para conferir la protección exclusiva de dicha patente y reprimir actos que contravengan dicho derecho de propiedad⁷⁹.

La necesidad de regular la colisión de intereses entre agentes no estatales, en este caso representados por laboratorios, y proteger la iniciativa e inversión privada y la del Estado para asegurar prestaciones básicas, aun a costa de dicho derecho de propiedad, llevó a que la Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio -OMC- adoptara en 2001 la Declaración de Doha sobre los ADPIC y la salud pública, que representa un esfuerzo por flexibilizar los derechos de propiedad⁸⁰. Así, en dicha Declaración se reconoció que la protección de la “[p]ropiedad intelectual es importante para el desarrollo de nuevos medicamentos”⁸¹ al mismo tiempo que se estableció que “[d]icho Acuerdo puede y deberá ser interpretado y aplicado de una manera que apoye el derecho de los Miembros de la OMC de proteger la salud pública y, en particular, de promover el acceso a los medicamentos para todos”⁸². Profundizando dicha política, el Consejo General

77. Nwobike, Justice C. Empresas farmacéuticas y acceso a medicamentos en los países en desarrollo: el camino a seguir. “La Ley no fue bien recibida por las empresas farmacéuticas que operan en Sudáfrica y, el 18 de febrero de 1998, la Asociación de Fabricantes Farmacéuticos (PMA) y 41 empresas farmacéuticas multinacionales recurrieron a la justicia para rechazarla en base al hecho de que los cambios introducidos significaron una discriminación injusta, eran inconstitucionales, ultra vires en relación a la Ley de Patente de 1978, y contrarias al Artículo 27 del Acuerdo de los ADPIC sobre Propiedad Intelectual”. En: http://www.surjournal.org/esp/conteudos/artigos4/esp/artigo_nwobike.htm

78. Este derecho, al igual que todos los demás derechos conferidos por el presente Acuerdo respecto del uso, venta, importación u otra forma de distribución de productos, está sujeto a las disposiciones del artículo 6.

79. Artículo 41.1. Parte III. Observancia de los derechos de propiedad intelectual. Sección 1: Obligaciones Generales. Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio. ADPIC.

80. En http://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min01_s/mindecl_trips_s.htm

81. Organización Mundial del Comercio. Declaración relativa al acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública. Adoptada el 14 de noviembre de 2001. Párr. 3. En http://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min01_s/mindecl_trips_s.htm

82. *Ibidem*. Párr.4.

de la OMC adoptó en 2003 una nueva resolución en “[e]l marco del Acuerdo sobre los ADPIC para obtener acceso a los medicamentos a precios asequibles para los efectos de permitir la fabricación de versiones genéricas de medicamentos patentados al amparo de licencias obligatorias (es decir, sin el consentimiento del titular de la patente) para su exportación a países que no puedan fabricar por sí mismos los medicamentos”⁸³. De esta manera “cada Miembro tiene el derecho de determinar lo que constituye una emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia, quedando entendido que las crisis de salud pública, incluidas las relacionadas con el VIH/SIDA, la tuberculosis, el paludismo y otras epidemias, pueden representar una emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia”⁸⁴. Este debate ha continuado en la dirección de establecer mayores garantías de acceso a medicamentos a poblaciones pobres⁸⁵.

La Organización Mundial de la Salud, por su parte, ha propuesto fortalecer el concepto de medicamentos esenciales proponiendo una Lista Modelo⁸⁶ y ha instado a que en los tratados comerciales que los países suscriban se consideren las flexibilidades referidas a los derechos de propiedad intelectual contenidas en los ADPIC⁸⁷.

En la misma línea, la Organización Panamericana de la Salud ha recomendado que los Estados, “formulen políticas de medicamentos genéricos como un medio para aumentar la disponibilidad y la asequibilidad de los medicamentos esenciales”⁸⁸ y que se adapte la legislación interna “con el fin de aprovechar al máximo las flexibilidades previstas en el [ADPIC]”⁸⁹.

Como se puede apreciar, el dilema que ofrece la interrelación derechos humanos, empresas y comercio, representa un desafío en términos de compatibilizar intereses y derechos y se aprecia un esfuerzo por regular y establecer límites que permitan establecer salvaguardias y excepciones, en este caso al derecho de propiedad, en aras de garantizar ciertos mínimos fundamentales como lo en el caso del acceso a medicamentos esenciales por parte de sectores vulnerados de la población.

83. Organización Mundial del Comercio -OMC- consultado en http://www.wto.org/spanish/thewto_s/coher_s/mdg_s/medicine_s.htm

84. Declaración relativa al acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública WT/MIN(01)/DEC/2. 20 de noviembre de 2001. Párr. 5, literal c). Consulta en: http://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min01_s/mindecl_trips_s.htm.

85. Dr. Jorge Bermúdez, vicepresidente de producción e innovación en salud de la Fundación Oswaldo Cruz del Ministerio de Salud de Brasil. FORO DE SALUD Lobby Farmacéutico y Derecho a la Salud. OPS/OMS – Ministerio de Salud. Santiago, 31 de mayo 2012.

86. “Se pretende que, en el contexto de los sistemas de salud existentes, los medicamentos esenciales estén disponibles en todo momento, en cantidades suficientes, en las formas farmacéuticas apropiadas, con una calidad garantizada, y a un precio asequible para las personas y para la comunidad. La disponibilidad de los medicamentos se ve comprometida en los países en desarrollo por varios factores, tales como los deficientes sistemas de suministro y distribución, las escasas inversiones en salud y el elevado costo de los medicamentos” OMS En: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs325/es/index.html>

87. Organización Mundial de la Salud. 57 Asamblea Mundial de la Salud. Resolución WHA57.14 Expansión del tratamiento y la atención en el marco de una respuesta coordinada e integral al VIH/SIDA. 22 de mayo de 2004. Punto 6. (Insta a los Estados Miembros, con carácter prioritario”

88. Organización Panamericana de la Salud. 45º Consejo Directivo. Resolución CD45.R7 Acceso a medicamentos. Washington, D.C., 27 de septiembre-1 de octubre de 2004. Punto 1.c.

89. Ibidem. Punto 1.e.

■ El caso de la colusión de las farmacias

Garantizar progresivamente el derecho a la salud supone entre otras acciones proteger y garantizar el acceso de la población a los medicamentos. Ciertas acciones de las cadenas de farmacias pueden vulnerar el goce y disfrute del derecho a la salud al restringir o afectar el acceso a terapias farmacológicas, por ejemplo, al encarecer artificialmente los precios de los medicamentos. En Chile ello ha quedado en evidencia a propósito de la colusión de las cadenas de farmacias.

En nuestro país, el mercado farmacéutico se encuentra concentrado, responde a una demanda inelástica por lo menos respecto de algunos medicamentos⁹⁰, y existe asimetría en la información entre consumidores, pacientes, y laboratorios⁹¹. Ello puede contribuir a generar situaciones de abusos y restricciones adicionales para personas que requieren de terapias farmacológicas y consecuentemente para el derecho de acceso a la salud.

Un caso de prácticas empresariales abusivas, reñidas con la garantía de acceso a medicamentos, y por lo mismo con el derecho a la salud, lo constituyó la colusión en la fijación de precios de medicamentos, que la Fiscalía Nacional Económica demostró ante el Tribunal de la Libre Competencia y que la Corte Suprema confirmó, en relación con las tres cadenas de farmacias más grandes del país.

Entre los meses de diciembre de 2007 y marzo de 2008, dichas empresas, que concentran más del 90% del mercado nacional, se concertaron con el objeto subir los precios de a los menos 206 productos farmacéuticos⁹². De esta manera se produjo una distorsión de precios respecto de productos calificados de notorios y éticos⁹³, muchos de ellos destinados a paliar dolencias crónicas⁹⁴. No sólo se atentó contra un pilar del modelo económico (libre competencia) sino que se ocasionó un daño social, al afectar el acceso a terapias farmacológicas. Como lo señaló el Tribunal de la Libre Competencia, esta conducta se vio agravada por el hecho de que los medicamentos respecto de los cuales operó la colusión “[h]acen difícil y costosa su sustitución por otros productos, y, en consecuencia, provocan que ésta sea menos amenazante o dañina para los oferentes. En efecto, el 94% de los medicamentos materia del requerimiento se vende bajo receta médica y, por lo tanto y como ya se dijo, no pueden ser sustituidos, en general, sin un cambio de receta, lo que requeriría, además de que el paciente conozca la existencia de alguna alternativa más conveniente, una visita adicional al médico -con los costos que ello implica- y sin que nada garantice que dicho médico estará dispuesto a cambiar su receta original”⁹⁵. A juicio de la Fiscalía Nacional Económica, las tres cadenas aumentaron sus ingresos brutos en más de \$27.000.000.000 con motivo de esta operación⁹⁶.

90. Se caracteriza la demanda inelástica por que el requerimiento del producto no se ve afectada mayormente por el precio. Dicho de otra manera, independientemente del costo o precio, la demanda se mantiene inalterada o marginalmente alterada.

91. Dr. Jorge Bermúdez, vicepresidente de producción e innovación en salud de la Fundación Oswaldo Cruz del Ministerio de Salud de Brasil. Foro de Salud: Lobby Farmacéutico y Derecho a la Salud. OPS/OMS – Ministerio de Salud. Santiago, 31 de mayo 2012.

92. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol C N° 184-08. Sentencia núm. 119/2012, de 31 de enero de 2012. Considerando Quincuagésimo sexto.

93. *Ibidem*. Párr. 1.12

94. *Ibidem*. Considerando Cuadragésimo tercero.

95. *Ibidem*. Considerando Cuadragésimo noveno.

96. *Ibidem*. Párr. 1.28.

Dicha colusión se hizo con la anuencia de importantes laboratorios farmacéuticos (incluidos transnacionales), desempeñando éstos el rol de intermediarios de los acuerdos colusivos para distorsionar precios y de esta manera encarecer el acceso a productos farmacéuticos, con el objeto de aumentar los márgenes de ganancia. Así lo determinó el Tribunal de la Libre Competencia al dar por establecida las prácticas de trust tendiente a manipular precios⁹⁷.

Dicho Tribunal acompaña su sentencia con pruebas (documentales, periciales y testimoniales), incluidas piezas de la actual Carpeta de Investigación del Ministerio Público, como correos electrónicos de altos ejecutivos de las farmacias en los que se instruía a "(...) insistir con los laboratorios la necesidad de una coordinación para el alza de sus precios. Para ello ofrecimos ser la cadena que primero subiera los precios (los días lunes o martes) de este modo, las otras dos cadenas tendrían 3 o 4 días para "detectar" estas alzas y luego asumirlas. Hasta el momento se ha logrado que con 4 laboratorios hayamos subido el precio de 5 de sus principales productos. Dados estos buenos resultados esperamos repetir el "procedimiento" con más productos y más laboratorios, en el transcurso de las próximas semanas"⁹⁸. Consta en la investigación llevada a cabo por la Fiscalía Nacional Económica cuáles fueron los laboratorios y cuáles los productos respecto de los cuales se coordinaron las cadenas farmacéuticas (Laboratorios Bayer; Laboratorio Bagó; Laboratorio Saval; y Laboratorio Tecnofarma)⁹⁹.

Las farmacéuticas condenadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia interpusieron un recurso de reclamación (26 de marzo de 2012). En conocimiento de este recurso, la Corte Suprema confirmó lo resuelto por el Tribunal de la Libre Competencia y condenar a las farmacéuticas en septiembre de 2012, señalando que "(...) se encuentra establecido fehacientemente que el acuerdo de colusión tuvo la aptitud de lesionar la competencia, desde que las implicadas abusaron del poder de mercado, por cuanto éste les permitió actuar de manera coordinada e independiente de los consumidores y de los demás competidores (farmacias independientes) y obtener beneficios económicos a corto plazo mediante el sólo incremento injustificado del precio de venta al público"¹⁰⁰. La institucionalidad fue en este caso especialmente severa al establecer el máximo de las multas establecidas en la legislación nacional (19 millones de dólares aproximadamente)¹⁰¹.

Adicionalmente, diez ejecutivos (nueve de cadenas de farmacias y uno del laboratorio Medipharm) fueron acusados en el mes de julio de 2012. En esta causa, otro ejecutivo del Laboratorio Grünenthal, mediante salida alternativa (trabajo

97. *Ibidem*. Considerando Centésimo trigésimo segundo. "En cuanto a la participación de los laboratorios, señaló que la mecánica era dinámica y "los listados eran traídos por los laboratorios y se corregían en forma conjunta con ellos"; que "los laboratorios decían que tenían todo coordinado" y que "cuando había problemas para cambiar los precios, los mismos laboratorios avisaban para esperar cuando alzar, o si había que postergar el alza, etc.". Señaló que los laboratorios le habrían indicado que "ellos siempre conversaban primero con CV y después con SB y FASA". Agregó además que "el laboratorio Bayer fue el primero en hacer la primera propuesta de precios, en la categoría ginecológicos". Indicó también que no hubo correos electrónicos con los laboratorios y que se hablaba con ellos en reuniones, o por teléfono. La declaración antes indicada coincide con la información entregada por la misma señora Araya en su declaración prestada ante el Ministerio Público, que consta a fojas 22 del cuaderno de documentos públicos de dicha institución, en cuanto a que los laboratorios entregaban las listas de precios, a que dichas listas traían el nombre de los productos y un solo precio, y a que éstas se dividían por mitades para efectos del alza en las farmacias, fijándose las fechas para las mismas". Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol C N° 184-08. Sentencia núm. 119/2012, de 31 de enero de 2012. Considerando Septuagésimo quinto

98. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol C N° 184-08. Sentencia núm. 119/2012, de 31 de enero de 2012. Considerando Nonagésimo quinto.

99. *Ibidem*. Considerando Centésimo tercero.

100. Corte Suprema. Sentencia Rol N°2578-2012. 7 de septiembre de 2012. Considerando Octogésimo Primero

101. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol C N° 184-08. Sentencia núm. 119/2012, de 31 de enero de 2012. Considerando Centésimo undécimo.

comunitario por 100 horas, más la firma cada dos meses por un año), logró la suspensión condicional del procedimiento¹⁰², mientras la investigación del Ministerio Público continúa abierta en relación con ejecutivos de Laboratorio Recalcine y Laboratorios Chile¹⁰³.

102. La Segunda. Martes 10 de Julio de 2012. Página 17.

103 Ibídem.





VI. Derecho a un medio ambiente libre de contaminación

Otro escenario que suele dar cuenta de los desafíos de respetar y garantizar los derechos fundamentales se da en el marco de proyectos de inversión dada la eventual afectación al derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación. Las vulneraciones de derechos y las externalidades negativas que pueden estar asociadas a procesos productivos o actividades comerciales han llevado a que sectores de la comunidad nacional expresen, en diversas situaciones en los últimos años su rechazo a dichos proyectos mediante movilizaciones sociales y/o la presentación de acciones judiciales. El malestar social deriva de los costos socioambientales asociados a la explotación de recursos naturales escasos -como por ejemplo, el agua-, así como de proyectos degradantes del medio ambiente o dañino de la calidad de vida de la población. De esta manera, a octubre de 2012 se encuentran suspendidos siete proyectos cuyos titulares son privados con inversiones comprometidas en US\$20 mil millones aproximadamente, ya sea por resolución de los tribunales de justicia o por decisión de la autoridad administrativa¹⁰⁴. En algunos casos, estos conflictos han entrañado un uso desproporcionado de la fuerza pública y como consecuencia la afectación de derechos fundamentales por parte de agentes del Estado, como constató el INDH en relación con las movilizaciones efectuadas en la Comuna de Freirina, Región de Atacama, en el marco de las protestas por malos olores provenientes de la planta faenadora de cerdos de la empresa Agrosuper.

Garantizar el desarrollo de iniciativas empresariales en ámbitos que tienen un impacto en el medioambiente y los recursos naturales, a la vez que el respeto y garantía de los derechos fundamentales, conlleva enfrentar situaciones complejas, diversas y dinámicas, en las cuales puede haber involucradas responsabilidades internacionales del Estado. Las situaciones son complejas porque, como se ha sostenido, involucran intereses de actores estatales, privados y comunitarios en ocasiones contrapuestos; son diversas en el sentido de que suele haber más de un derecho involucrado susceptible de afectación, superponiéndose diversos bienes jurídicos, desde el derecho a la propiedad, el libre emprendimiento, la libertad comercial y el desarrollo económico hasta el derecho a la vida, a la salud, y a la integridad personal, por citar algunos; y son dinámicas puesto

104. Comandari, Paula; Ríos, Josefina. Inversiones en jaque. En: Revista Qué Pasa N° 2171, Noviembre de 2012. Págs. 24 y ss. Se trata de los proyectos Cerro Casale, Castilla, HidroAysén, El Morro, Energía Minera, Pascua-Lama y Punta Alcalde.

que, progresivamente, se suma el reclamo de derechos colectivos de grupos vulnerados respecto a los cuales el derecho internacional de los derechos humanos entrega una especial protección. Un ejemplo en este sentido es el referido a los pueblos indígenas y el establecimiento de garantías de participación y consulta en relación con proyectos de inversión que impacten sus derechos sobre la tierra, el territorio y los recursos naturales.

A esto se suma el impacto de fenómenos de alcance mundial, como el cambio climático, la desertificación, la sobreexplotación de recursos naturales, entre otros. Dichos fenómenos, por lo demás, ya no sólo comprometen las estrategias de desarrollo de países y pueblos, sino que plantean desafíos que interpelan a la humanidad en su conjunto.

Desde la perspectiva de los derechos humanos esta realidad ha venido constituyendo motivo de preocupación. En 1972 las Naciones Unidas adoptó la Declaración de Estocolmo por la cual se reconoció a las personas “[e]l derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y [...] la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras”¹⁰⁵. En el preámbulo de dicha Declaración se deja sentado que “[l]a protección y mejora del medio humano es una cuestión fundamental que afecta al bienestar de los pueblos y al desarrollo económico del mundo entero, (...) y un deber de todos los gobiernos”. La Asamblea General de Naciones Unidas, en un desarrollo progresivo sobre esta materia adoptó la Carta Mundial de la Naturaleza en 1982 y sostuvo que “[s]e controlarán las actividades que pueden tener consecuencias sobre la naturaleza y se utilizarán las mejores técnicas disponibles que reduzcan al mínimo los peligros graves para la naturaleza y otros efectos perjudiciales, en particular: a) Se evitarán las actividades que puedan causar daños irreversibles a la naturaleza; b) Las actividades que puedan entrañar graves peligros para la naturaleza serán precedidas por un examen a fondo y quienes promuevan esas actividades deberán demostrar que los beneficios previstos son mayores que los daños que puedan causar a la naturaleza y esas actividades no se llevarán a cabo cuando no se conozcan cabalmente sus posibles efectos perjudiciales; c) Las actividades que puedan perturbar la naturaleza serán precedidas de una evaluación de sus consecuencias y se realizarán con suficiente antelación estudio de los efectos que puedan tener los proyectos de desarrollo sobre la naturaleza; en caso de llevarse a cabo, tales actividades se planificarán y realizarán con vistas a reducir al mínimo sus posibles efectos perjudiciales”¹⁰⁶. La Carta hace un especial llamado a los Estados, los particulares y las empresas en orden a establecer “[n]ormas relativas a los productos y a los procedimientos de fabricación que puedan tener efectos perjudiciales sobre la naturaleza, así como métodos para evaluar dichos efectos” y en ese marco, “[a]plicar [...] las disposiciones jurídicas internacionales pertinentes que propendan a la conservación de la naturaleza o a la protección del medio ambiente”¹⁰⁷.

La Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Cumbre de Río 1992), marcó otro hito al crear la Comisión sobre el Desarrollo Sostenible y aprobar el Programa 21, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, y la Declaración de principios relativos a los bosques. El Programa 21 elabora un conjunto de orientaciones de carácter programático, algunas de ellas relacionadas directamente con la actividad empresarial. Entre estas se encuentra el fomento a una producción limpia y a la responsabilidad empresarial, instando en este sentido “[a]l comercio y a la industria,

105. Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano, UN DOC. A/CONF.48/14/Rev1. Principio 1.

106. Naciones Unidas. Carta Mundial de la Naturaleza, adoptada por la Asamblea General, Resolución 37/7. 28 de octubre de 1982. Principio 11.

107. *Ibíd.* Principio 21 letras b y c respectivamente.

incluidas las empresas transnacionales, a establecer políticas a nivel mundial sobre el desarrollo sostenible (...)”¹⁰⁸. El año 2002, las Naciones Unidas llevaron a cabo una nueva Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible y suscribieron la Declaración de Johannesburgo¹⁰⁹. En ella se formuló un llamado a “[p]romover activamente la responsabilidad y la rendición de cuentas en las empresas, sobre la base de los principios de Río, incluso mediante el desarrollo pleno y la aplicación eficaz de acuerdos y medidas intergubernamentales, iniciativas internacionales y asociaciones entre el sector público y el sector privado y mediante normas nacionales apropiadas, y apoyar el mejoramiento constante de las prácticas de las empresas en todos los países”¹¹⁰.

El derecho a un medioambiente libre de contaminación es también uno de los fundamentos de la Convención de Aarhus sobre el acceso a la información, participación pública en la toma de decisiones y acceso a la justicia en temas medioambientales de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa¹¹¹. Reconociendo que una protección adecuada del medio ambiente es esencial para el goce de los derechos fundamentales, esta Convención “[c]rea derechos procedimentales para asegurar el derecho a la vida en un medioambiente adecuado para la salud y el bienestar”¹¹².

A nivel del sistema interamericano se debe señalar el artículo 11 del Protocolo Adicional de la Convención Americana de los Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador) es el que dispone el derecho a un medio ambiente sano. En cuanto a la jurisprudencia del sistema interamericano, “[a]nte la escasez de instrumentos internacionales vinculantes que reconozcan el medioambiente como un derecho humano (...) ha ‘enverdecido’ (*greening*) ciertos derechos –como la vida, la salud o la vida privada y familiar-, o incluso ha considerado justificado limitar ciertos derechos humanos -como la propiedad- para la protección del medio ambiente”¹¹³.

La Constitución chilena consagra el “[e]l derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza” y en ese marco de obligaciones “[l]a ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”¹¹⁴. El constituyente adicionalmente consagró una acción de tutela de garantías constitucionales (art. 20 inc. 2º) “[c]uando el derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”.

108. Programa 21. 3 y el 14 de junio de 1992. Fortalecimiento del Papel del Comercio y la Industria. Párr. 30.22. Disponible en: http://www.un.org/esa/dsd/agenda21_spanish/res_agenda21_30.shtml

109. Naciones Unidas. Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible. Johannesburgo (Sudáfrica), 26 de agosto a 4 de septiembre de 2002. Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible. A/CONF.199/20.

110. *Ibidem*. Párr.49.

111. Diario Oficial de la Unión Europea. Convenio sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Materia Medio Ambiente. Hecho en Aarhus, Dinamarca, el 25 de junio de 1998. Consultada en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:124:0004:0004:ES:PDF>

112. Oriol Solà Pardell; Desplazados medioambientales. Una nueva realidad. Universidad de Deusto. Bilbao 2012. Pág. 71.

113. Instituto Nacional de Derechos Humanos. Informe Anual 2011 Situación de los Derechos Humanos en Chile. Pág. 163.

114. Constitución Política de la República. Art. 19 N° 8.

A los efectos de normar la tutela de este derecho se dictó la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente en el año 1994, la que fue objeto de reforma el año 2010 mediante la Ley 20.417 que creó el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Los principios que deben ser respetados de acuerdo a la ley con el objeto de dar una real protección al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación son el principio preventivo; el principio de “quien contamina paga”; el gradualismo; el principio de la responsabilidad; el principio participativo; y el principio de la eficiencia¹¹⁵.

De acuerdo a la institucionalidad y legislación vigente, la principal herramienta de gestión ambiental con la que cuenta el Estado es el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), instrumento que según su propia definición “[p]ermite introducir la dimensión ambiental en el diseño y la ejecución de los proyectos y actividades que se realizan en el país; a través de él se evalúa y certifica que las iniciativas, tanto del sector público como del privado, se encuentran en condiciones de cumplir con los requisitos ambientales que le son aplicables”¹¹⁶. El objetivo último del SEIA es evaluar los impactos ambientales que pudieran generar éstas iniciativas, de manera de establecer medidas de mitigación y/o compensación necesarias para que puedan desarrollarse. Este sistema considera dos modalidades de evaluación: la declaración de impacto ambiental (DIA) y el estudio de impacto ambiental (EIA), esta última reservada a aquellas iniciativas que presentan algunos de los efectos adversos considerados en el art. 11 de la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente¹¹⁷.

Una de las debilidades en este ámbito se refiere a las insuficiencias normativas que hacen que la empresa como actor no estatal no responda, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, como sujeto directamente obligado por la eventual comisión de vulneraciones a derechos fundamentales.

Un ejemplo de ello se da en el ámbito de la judicialización de los derechos medioambientales en nuestro país. Las acciones de defensa de quienes estiman lesionado el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación por lo general no se refieren al daño ocasionado por las empresas, sino a la actitud permisiva de la autoridad ambiental por tolerar o autorizar que dicho daño eventualmente se consume. Así, las acciones de garantía de acciones constitucionales se dirigen mayoritariamente a los permisos o actos administrativos de carácter ambiental.

115 Corte Suprema. Sentencia recaída en el Recurso de Protección Rol núm. 10.220-2011, de 4 de abril de 2012. Voto de minoría Ministra. Araneda. Numeral tres. Ver también Corte Suprema. Sentencia recaída en el Recurso de Protección Rol núm. 2463-2012, de 11 de mayo de 2012. Considerando Quinto.

116 www.sea.gob.cl

117 Ley 19.300 Art. 11 los proyectos de inversión o actividades industriales enumerados en el Art. 10 deberán presentar un EIA si presentan algunas de las siguientes características: riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones y residuos; efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluido el suelo, agua y aire; reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de los grupos humanos; localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos, glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar; alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona; alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural. En el Título II del Reglamento del SEIA se establecen un conjunto de variables y criterios que especifican el alcance de los efectos, características o circunstancias antes indicados.

■ Casos de conflictos socioambientales en Chile

El Mapa de conflictos socioambientales desde la perspectiva de los derechos humanos desarrollado por el INDH el 2012 detectó, entre enero de 2010 y junio de 2012, un total de 97 conflictos de este tipo en el país, los que se concentran principalmente en las regiones de Arica y Parinacota (9), Antofagasta (10), Atacama (14), Valparaíso (10), del Biobío (8) y de la Araucanía (6). En tanto, en las regiones de Tarapacá, Metropolitana de Santiago y Los Ríos se identificaron un total de cinco conflictos en cada una de ellas. Cabe destacar que dos de los conflictos detectados en la Región de Atacama (Pascua-Lama y Las Flechas) han sido generados por proyectos binacionales, es decir, proyectos compartidos entre Chile y Argentina en el Marco del Tratado de Integración Minera suscrito por ambos países, y que también han provocado conflictos socioambientales en el país vecino.

De estos conflictos, 31 se vinculan a los sectores de la minería y 41 a la generación de energía eléctrica, y conjuntamente representan un poco más del 74% del total de los conflictos detectados. Esto evidencia la incidencia que tiene el principal *commodity* de la economía chilena (cobre)¹¹⁸ en la generación de conflictos, debido al gran impacto de esta industria sobre el medioambiente, las comunidades aledañas y las economías locales, y sobre la generación eléctrica, cuyo principal consumidor es la propia industria minera. De hecho, en el año 2010 este sector fue responsable del 34,9% del consumo eléctrico total¹¹⁹. Los 25 conflictos restantes involucran a los sectores de: pesca y acuicultura (6), forestal (5), infraestructura e inmobiliario (4), tratamiento de residuos domiciliarios (3), agricultura e industria de los alimentos (3), agua (2), industria del cemento (1) y depósitos de residuos tóxicos (1).

El estudio muestra que entre los principales derechos invocados por las personas que se consideran afectadas (o que lo están, comprobadamente) en los conflictos analizados están: el derecho a un medio ambiente libre de contaminación, el derecho al agua, a la salud, y a la participación y a la consulta indígena.

Otro estudio dado a conocer en noviembre de 2012 menciona 100 conflictos medioambientales detectados entre el año 2000 al 2012. De ellos, el 69% han sido judicializados¹²⁰. Dentro de las principales industrias involucradas se encuentra la actividad minera (29%), seguida de la industria eléctrica (hidroeléctricas 22% y termoeléctricas 21%, respectivamente). No obstante el rechazo de las comunidades, 58 de los proyectos estarían hoy en operaciones y 11 están en proceso de aprobación por parte de la autoridad ambiental¹²¹.

Los conflictos mineros se vinculan principalmente a la disputa por el agua que se da entre las empresas mineras (que requieren grandes volúmenes de este elemento para sus faenas productivas), las empresas dedicadas al suministro del agua potable y la necesidad de garantizar suministro a la población, los agricultores que dependen del agua para el desarrollo

118. Chile posee el 40% de las reservas explotables de cobre que se encuentran en el mundo, es la superpotencia tanto en producción como en comercialización de este mineral en el mundo.

119. Instituto Nacional de Estadística. Análisis del comportamiento del consumo eléctrico y la actividad minera. Diciembre de 2011. En: http://www.ine.cl/canales/menu/publicaciones/estudios_y_documentos/estudios/mineria_y_consumo_electrico.pdf

120. Estudio dado a conocer por la revista Qué Pasa en su edición núm. 2171, Noviembre de 2012.

121. Comandari, Paula; Ríos, Josefina. Inversiones en jaque. En: Revista Qué Pasa N° 2171, Noviembre de 2012. Págs. 24 y ss.

de su actividad productiva y las comunidades indígenas que habitan en éstos territorios y que dependen económica, social y culturalmente del recurso. Además, esta situación de competencia se vuelve más grave si se considera que, en la zona norte del país, el agua es un recurso escaso, y las fuentes de agua están prácticamente agotadas.

Los conflictos descritos involucran tanto a empresas privadas como a empresas de propiedad del Estado. A modo de ejemplo se puede destacar entre estos casos el de la Fundición de Cobre Paipote de ENAMI, en Tierra Amarilla, que entre el 2010 y el 2012 ha registrado varios episodios críticos de contaminación atmosférica obligando a las autoridades a decretar la suspensión de las actividades escolares hasta superar las crisis¹²². Similar es el caso de la Fundición de Cobre Ventanas de Codelco, en Puchuncaví, que entre el 2011 y el 2012 ha registrado varios episodios críticos de contaminación debido a la fuga de gases, lo que ha impactado en la salud de la población de La Greda, fundamentalmente en los niños y adultos mayores. Después de años de denuncias por parte de la comunidad, la autoridad inició estudios epidemiológicos, y comenzó a investigar el estado de las aguas, aire y suelo, y a decretar el cierre y traslado de la escolita La Greda debido a los niveles de contaminación.

No obstante, el sector privado concentra algunos de los casos que han concitado la mayor atención pública, entre ellos: i) Pascua Lama, proyecto minero de carácter binacional destinado a desarrollar un yacimiento de minerales de oro, plata y cobre ubicado a más de 4.000 metros de altura en la frontera de Chile con Argentina; ii) La Central Termoeléctrica Castilla se presenta como el proyecto de este tipo más grande de Sudamérica. Contempla la construcción de un Puerto y un gigantesco depósito de cenizas de más de 120 hectáreas; iii) la Central Termoeléctrica Barrancones de Suez Energy contempla la construcción y operación de tres unidades de generación térmica, de 180 megavatios brutos cada una -en total de 540 megawatts de producción-, con calderas de carbón pulverizado, un puerto para el suministro de carbón y petróleo diesel; obras de captación de agua de mar; obras de descarga de riles y el depósito de cenizas. El proyecto se localizaría en las cercanías de la reserva marina Punta de Choros e isla Damas, donde está ubicada la Reserva Nacional Pingüino de Humboldt, una zona de alto valor de conservación; iv) Hidroaysén consiste en la construcción y operación del Complejo Hidroeléctrico Aysén, que se compone en lo fundamental de 5 centrales de generación hidroeléctrica con embalses. El proyecto se emplazaría en un territorio comprendido por las comunas de Cochrane, O'Higgins y Tortel, en la Provincia Capitán Prat en la Región de Aysén.

El Estado tiene obligaciones en esta materia que están definidas tanto por el derecho internacional de los derechos humanos como por la Constitución. Se trata, como se ha señalado a largo de este cuadernillo, de obligaciones de respeto, garantía y protección y que se orientan a prevenir y mitigar daños, a regular la actividad de los particulares, a garantizar el acceso a la información y la rendición de cuentas y, ante la evidencia de un daño consumado, a brindar garantías de acceso a la justicia, sancionar a los responsables y reparar a las víctimas.

Las obligaciones en el ámbito empresarial, por su parte existen pero no son vinculantes. No obstante, como consecuencia de algunos de los conflictos que han tenido lugar y de la preocupación por la reputación de las empresas y el impacto en las decisiones de los consumidores, la gestión empresarial ha comenzado a incorporar la dimensión socioambiental en su

122. Skoknic, Francisca; Araya, Tania. CIPER Chile. en Reportajes de investigación Publicado el 11 de agosto de 2011 consultado en: <http://ciperchile.cl/2011/08/11/contaminacion-critica-en-tierra-amarilla-por-un-negocio-minero-en-plena-expansion/>

labor. El Presidente de Colbún, por ejemplo, señaló que hace tan solo seis años atrás la empresa contaba con una persona para hacerse cargo de los asuntos medioambientales, mientras que hoy “[h]ay una gerencia de asuntos corporativos con casi 50 personas, la mitad de ellas en terreno. Pero más importante es que cada gerente de planta y proyecto debe ser responsable de las relaciones con sus grupos de interés e incorporar la dimensión ambiental y social a su expertise. Es decir, cada uno de ellos debe ser un actor social en las 23 comunas donde nuestros proyectos están ubicados en Chile”¹²³. Por su parte, el Gerente General de Endesa Chile expresó que “[l]os conflictos sociales han marcado la agenda pública: la voz de las comunidades se ha hecho sentir con fuerza en diferentes dimensiones. Ella expresa, frecuentemente, la contradicción entre el interés social colectivo y el interés social particular (...), y se pregunta “¿cómo alcanzar consenso entre el interés de las comunidades y el desarrollo de proyectos? ¿Cómo traspasar los capitales de confianza para que encuentren puntos de mutua conveniencia?”¹²⁴. A ello responde señalando que “Endesa Chile ha vivido en carne propia la enorme diversidad que esos conflictos pueden adquirir. Y por ello hemos asumido la necesidad de avanzar hacia formas distintas de hacer las cosas –más abiertas y en relación con las comunidades.- para identificar desde un comienzo las necesidades y anhelos que se ven directamente concernidos. En los últimos años hemos trabajado un modelo que denominamos ‘inserción temprana’, que significa que las primeras tareas son acercarse al territorio, conocer a la comunidad e informarle (...) ¿Aumenta esto el costo de los proyectos? El enfoque tradicional diría que sí. El nuevo enfoque dice que el costo real resulta más bajo cuando se promueve el acuerdo (no la unanimidad: esto hoy es casi imposible) y disminuye la disensión social”¹²⁵.

123. Bernardo Larrái, Presidente Colbún. En: Revista Qué Pasa N° 2171, Noviembre de 2012. Pág. 29.

124. Joaquín Galindo. Gerente General Endesa Chile. En: Revista Qué Pasa N° 2171, Noviembre de 2012. pág. 30.

125. *Ibidem*. pág. 30.



VII. Observaciones finales

La relación entre la actividad empresarial y la garantía de respeto y protección a los derechos humanos constituye un campo que debe ser permanentemente vigilado por el Estado. Como se ha sostenido, así como las empresas contribuyen de modo central al desarrollo del país, y constituyen un actor relevante en la construcción de la comunidad democrática, también pueden vulnerar los derechos fundamentales con el desarrollo de sus actividades.

El derecho internacional de los derechos humanos provee ciertos principios y orientaciones para el actuar de las empresas, si bien no ofrece herramientas eficaces para hacerlas directamente responsables de su actuar. Los ordenamientos nacionales, por su parte, proveen mecanismos ordinarios, como el hacer efectivo el resarcimiento de daños por vías comunes mediante el ejercicio de acciones indemnizatorias, o incluso la posibilidad de hacerlas responsables penalmente cuando se trata de conductas consideradas especialmente dañosas (terrorismo, tráfico de drogas).

Avanzar hacia la adecuación de la actividad empresarial a estándares de respeto de los derechos humanos es una necesidad y un activo cada vez más valorado por la comunidad además de necesario para la convivencia social. La adopción de la incipiente normativa internacional referida a derechos humanos y empresas debiera ser incorporada oficialmente como parte sustancial de la acción empresarial, en particular los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”. ■



www.indh.cl