

# Empresa y Derechos Humanos

Autoras

---

Daniela  
Ortega  
Allan

Alejandra  
Parra  
Novoa

Judith  
Schönsteiner

## Daniela Ortega Allan

Abogada de la Universidad de Chile y LL.M. por la Universidad de Nottingham, Inglaterra, ha sido consultora en materias de empresas y derechos humanos para instituciones nacionales e internacionales. Es docente del curso Empresas y Derechos Humanos en el Diplomado de Mediación de Conflictos Medioambientales del Centro de Políticas Públicas de la Universidad Católica. También colabora como investigadora asociada del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales y como docente del Diplomado de Derechos Humanos y Empresas de esa misma universidad.

Previamente trabajó durante seis años en el Instituto Nacional de Derechos Humanos de Chile (INDH) como abogada del área jurídica y luego Coordinadora de Relaciones Internacionales.

## Alejandra Parra Novoa

Investigadora asociada del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, es Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile, abogada y Máster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Pensilvania, Estados Unidos. Se ha especializado en derechos humanos y empresas, asesorando como tal a Estados, empresas y organizaciones de la sociedad civil tanto en Chile como en el extranjero. Trabajó como Asistente de Investigación en The Wharton Business School en temas de derechos humanos y empresas tecnológicas (2020). Entre 2015 y 2019 trabajó como asesora legal en la Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, a cargo del tema Empresas y Derechos Humanos. Es miembro de la Academia Latinoamericana de Derechos Humanos y Empresas.

Academia  
Judicial  
de Chile

Diseño y  
Diagramación:  
Estudio Real  
somosreal.cl

Material  
docente N° 31

Santiago,  
Chile 2021

ISBN N°  
2022-A-1851

Autoras

Academia  
Judicial  
de Chile

Diseño y  
Diagramación:  
Estudio Real  
somosreal.cl

Material  
docente N° 31  
Santiago,  
Chile 2021

## Autoras

---

# Judith Schönsteiner

Profesora asociada e investigadora del Centro de derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, es doctora en derecho por la Universidad de Essex, Reino Unido, y LL.M. en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la misma universidad. Posee un M.A. en Ciencia política por la Universidad Johannes Gutenberg, Mainz, Alemania. Especialista en derechos humanos y empresas, ha publicado, enseñado y capacitado sobre la materia en Chile y en el extranjero. Participante en proyectos de investigación sobre empresas y derechos humanos, incluyendo proyectos ANID (Fondecyt). Fue profesora invitada de la Friedrich Alexander Universität Erlangen-Nürnberg y de la Universidad de Lucerna, y obtuvo una beca Leibniz por la Sociedad Max Planck como investigadora visitante del Instituto Max Planck de Derecho público comparado y Derecho Internacional Público, Heidelberg.

## Resumen

Este material docente presenta una visión global e introductoria de los contenidos básicos y debates actuales en el ámbito de derechos humanos y empresas, desde los estándares de derecho internacional de los derechos humanos y enfocándose en la perspectiva del Poder Judicial.

Por lo tanto, revisa las normas y los estándares internacionales aplicables, introduce en el funcionamiento de las empresas en una economía transnacional y globalizada, y aborda la práctica y potencialidad del uso del marco de empresas y derechos humanos en distintas jurisdicciones del poder judicial chileno, trayendo a colación ejemplos y casos emblemáticos de otros países y domésticos. Se distingue claramente entre estándares aplicables, derecho comparado y *lege ferenda*, para orientar a quienes tienen la vocación de aplicar el derecho. Finalmente, presenta algunas temáticas de álgido debate que marcarán la discusión en los próximos años.

Este manual está escrito, en primera instancia, para jueces y juezas de Chile, con la intención de mostrar la amplia gama de asuntos jurídicos que el tema implica (con énfasis en los aspectos judiciales), y las oportunidades y dificultades para el acceso a la justicia. Para ello brinda múltiples ejemplos de casos, sentencias y decisiones de otras jurisdicciones y del derecho internacional, con el fin de graficar los desafíos que existen para la administración de la justicia en este ámbito, especialmente en relación con el acceso a la justicia para quienes alegan ser víctimas de violaciones de derechos humanos por parte de actores económicos, o a causa de actividades económicas.

## Palabras clave

Derechos humanos y empresas – debida diligencia – extraterritorialidad – regulación económica – derecho internacional de los derechos humanos – rendición de cuentas y reparación – acceso a la justicia – responsabilidad civil, penal y administrativa – Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos.

## Índice de contenidos

<b>Introducción</b>	<b>8</b>
<b>1. Tipos de empresas y economía global</b>	<b>12</b>
1.1 Concepto de empresa	13
1.2 La situación de los acreedores excluidos de negociar	18
1.2.1 Bhopal (Union Carbide)	20
1.2.2 Caso Wiwa (Ogoniland)	22
1.3 Una dificultad adicional: las redes empresariales	26
1.4 Las estrategias para lidiar con las complejidades estructurales de las empresas modernas	28
1.4.1 La doctrina de la entidad empresarial	29
1.4.2 Iniciativas legales relativas a los grupos empresariales	32
1.4.3 Iniciativas referentes a las asimetrías entre los acuerdos de inversión extranjera y las limitaciones de responsabilidad al interior de un grupo empresarial	33
1.4.4 Iniciativas destinadas a fortalecer los estándares de supervisión de las entidades matrices en materia de ESG y derechos humanos sobre sus filiales transfronterizas	37
1.5 Formas jurídicas que pueden asumir las empresas	39
1.5.1 Tipos de sociedades	40
1.5.2 Grupos empresariales	42
1.6 La actividad empresarial del Estado	49
1.6.1 Empresas de propiedad del Estado (EPE)	49
1.6.2 Servicios públicos privatizados	52
1.6.3 Compras públicas	52
<b>2. Obligaciones estatales y responsabilidades empresariales. Conceptos clave.</b>	<b>55</b>
2.1 Responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos	57
2.1.1 Historia y definiciones básicas de los Principios Rectores de las Naciones Unidas	57
2.1.2 Fundamento de la atribución de responsabilidad de las empresas	71
2.1.3 Derechos humanos que deben respetar las empresas	71
2.1.4 Algunos casos ejemplares	72
2.1.5 Contenido y alcance del deber empresarial de respetar los derechos humanos: instituciones jurídicas de aplicación relevante	73
2.1.6 Acceso a remedio y reparaciones	89

2.2 El rol del Estado y la consecuente obligatoriedad de la responsabilidad de las empresas en el derecho interno	91
2.2.1 Instrumentos internacionales de especial relevancia para DHyE	92
2.2.2 La obligación de proteger interpretada por los órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos	98
3. El rol del Poder Judicial ante las afectaciones de derechos humanos por parte de las empresas	122
3.1 El Poder Judicial ante el derecho internacional de los derechos humanos	131
3.1.1 Incorporación, interpretación conforme y control de convencionalidad	131
3.1.2 Consideraciones sobre acceso a la justicia en casos de Derechos Humanos y Empresa	136
3.2 La protección de los derechos humanos en el contexto de operaciones empresariales por el sistema de justicia chileno	145
3.2.1 Contextualización preliminar	145
3.2.2 Mecanismos del derecho interno de rendición de cuentas y reparación en casos de Derechos Humanos y Empresas	148
3.3 Mecanismos alternativos de solución de conflictos en materia de DHyE	185
3.3.1 Mecanismos extrajudiciales de reclamación establecidos en Chile	187
3.3.2 Mecanismos de reclamación no estatales reconocidos en Chile	196
3.3.3 Mecanismos internacionales	203
4. Temas específicos a través de la jurisprudencia	212
4.1 Cambio climático, sequía y empresas	213
4.1.1 Litigio entre actores no estatales y Estados	215
4.1.2 Litigios contra empresas: Carbon Majors	225
4.2 Empresas, COVID-19 y derechos laborales	230
4.2.1 La visión de los organismos internacionales de derechos humanos	231
4.2.2 Situaciones observadas desde la sociedad civil	235
4.3 Litigio transnacional: agua potable en Osorno y daño ambiental en Pascua Lama	240
4.3.1 Agua potable Osorno	241
4.3.2 Pascua Lama	244
4.4 Consumidores, medioambiente y derechos humanos: publicidad engañosa	247
4.4.1 Conceptos	247
4.4.2 Regulación en Chile	248
4.4.3 Casos de publicidad engañosa en materia ambiental	256
4.4.4 Casos en otras jurisdicciones: Caso Lidl (Alemania)	260

5. Captura del Estado, corrupción y derechos humanos	262
5.1 Antecedentes generales	263
5.2 Relación entre corrupción y afectación de derechos humanos. La dificultad de crear una relación de causalidad. Experiencias comparadas.	269
5.3 Algunos casos de corrupción y empresas	271
5.3.1 Caso Siemens (Alemania)	271
5.3.2 Caso Acreditación de Universidades Privadas (Chile)	272
5.3.3 Caso Corpesca	272

## Introducción

Quienes tienen alguna familiaridad con el derecho internacional de los derechos humanos, se podrán percatar que el área Derechos Humanos y Empresas (en adelante también “DHyE”) es un ámbito de aplicación de los estándares y normas de derechos humanos a las actividades económicas realizadas por actores privados, y la correspondiente obligación de los Estados de proteger los derechos humanos de terceros ante los riesgos e impactos de estas actividades.

Por lo tanto, la estructura principal del derecho internacional de los derechos humanos no constituye novedad alguna para quienes tengan esa familiaridad, pero sí la aplicación en concreto en materias tan disímiles como la responsabilidad penal de la persona jurídica, el deber de cuidado de los directores de empresas, los derechos laborales de los proveedores en la parte informal de la cadena de suministro, el derecho tributario, la negociación de acuerdos de impacto y beneficios con los pueblos indígenas, o la pregunta por regulación obligatoria de la debida diligencia empresarial.

Además, también es novedoso el concepto de que las mismas empresas pueden tener responsabilidades de derechos humanos en el derecho internacional, las cuales, aunque no estén basadas en normas vinculantes, explicitan expectativas de la comunidad internacional hacia ellas.

Este manual busca abordar, sin perderse en la profundidad y dispersión de los debates, los elementos cruciales para comprender las implicancias de derechos humanos en las actividades económicas. Para ello, debe recordarse brevemente asuntos como la incorporación e interpretación del derecho internacional de los derechos humanos en el orden jurídico interno, las obligaciones básicas de los Estados en virtud de los tratados de derechos humanos, o la constitución de las empresas en el derecho interno. Quien ya se maneje en estos temas, puede usar el índice para ir directamente a las secciones que traten temas, para él o ella, novedosos.

### La economía global. Un orden jurídico transnacional.

El área de DHyE no se hubiera desarrollado sin los cambios fundamentales en la economía que se vivieron en el siglo XX. Es por ello que esta introducción resumirá brevemente estos cambios, señalando los problemas estructurales que han generado para la protección de los derechos humanos a nivel global.

El sistema de economía colonial ha dado lugar, durante el siglo XX, a una economía globalizada donde el capital, el trabajo, la producción y los servicios son movibles y flexibles en una escala nunca vista. El derecho ha seguido y facilitado esta transnacionalización de la economía a través de la internacionalización y transnacionalización de las relaciones jurídicas, especialmente en el derecho privado.

El derecho público está, en gran medida, aún basado en el Estado nación. Los Estados mantienen un control parcial sobre los fenómenos económicos actuales, principalmente facilitando su desarrollo a través de tratados de libre comercio, tratados bilaterales de inversión, créditos de importación-exportación, o contratos Estado-empresa para la inversión (*state contracts*). Su capacidad regulatoria, sin embargo, se limita en la mayoría de los ámbitos a su territorio nacional y termina en sus fronteras, a menos que –con los respectivos costos de transacción– creen regímenes internacionales de regulación con mecanismos de *enforcement* (implementación) fuertes.

La economía transnacional se basa en una red casi infinita de contratos que “acompañan” las cadenas de suministro; constituyen las redes empresariales, *joint ventures*, *take-overs*, *hedge funds*, y determinan la administración de justicia según el derecho privado o derecho internacional privado. El derecho público (nacional) proporciona el marco jurídico de la actividad productiva, pero está, en gran medida, limitado ante las cláusulas de estabilización de los tratados de inversión o de libre comercio.

Las distintas áreas del derecho internacional público que podrían constituir un contrapeso –representando intereses públicos tales como la protección del medioambiente y la protección de derechos humanos o laborales– no goza de una automática jerarquía sobre el derecho internacional económico, ni proporciona mecanismos cla-

ros de solución de conflictos de normas y obligaciones. Finalmente, el derecho internacional no define obligaciones para las personas jurídicas, solo les confiere derechos.

### El problema principal para la protección de los derechos humanos

Esta estructura –esbozada aquí de manera caricatural– constituye un desafío para la protección de los derechos humanos que, en este momento, se encuentra sin solución: llamados a proteger los derechos humanos, los Estados no se han dado las herramientas de intervención en la economía transnacional y las cadenas de suministro que les permitirían proteger estos derechos de manera eficaz, y proporcionar acceso a la justicia para las víctimas de violaciones de derechos humanos contra quienes han causado este daño.

La discriminación estructural que conocemos de nuestro propio país, en tanto, es un fenómeno que replica a nivel global en injusticias estructurales que dividen el Norte Global del Sur Global. Las víctimas de violaciones a los derechos humanos del Sur Global son las que encuentran dificultades para el acceso a la justicia aún mayores que las víctimas en el Norte Global.

#### Para profundizar

- Documental *Arica*, por Lars Edman y William Johansson, Suecia/ Bélgica/ Noruega/ Inglaterra/ Chile. Disponible [en línea](#).
- Recurso de protección rol N° 1298-2019, Corte de Apelaciones La Serena.
- ECCHR, Energía eólica en el istmo mexicano. Disponible [en línea](#).
- Schönsteiner, J.: “Corporations and Social Rights”, en Binder, C., Hofbauer, J., Piovesan, F., Úbeda de Torres, A. (eds.), *Research Handbook on International Law and Social Rights*, Edward Elgar Publishing 2020; pp. 340-354.

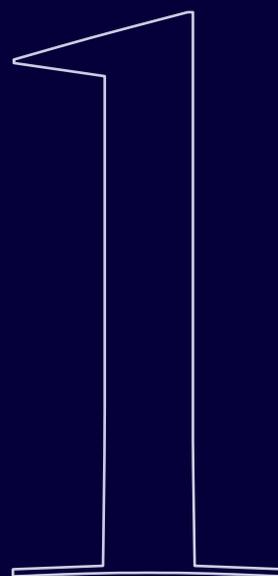
- Van Harten, Gus: *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, OUP 2007.

### **Instrucciones de uso**

En el presente manual, se presentan los contenidos en un relato principal, intercalado por lecturas de textos originales, ya sea provenientes de fuentes jurídicas o doctrina. Después de cada sección, se indican textos o materiales audiovisuales para profundizar y ejercicios para aplicar los contenidos.

### **Recursos generales de profundización**

- Deva, Surya y Birchall, David (eds.): *Research Handbook on Human Rights and Business*, Edgar Elgar, 2020.
- Cantú, Humberto (ed.): *Empresas y Derechos Humanos. Reflexiones desde América Latina*, IIDH San José, 2017 (todos los artículos en castellano).
- Todos los capítulos del Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile referenciados en este manual, se encuentran disponibles en línea.



# Tipos de empresas y economía global

Este capítulo explica cómo están constituidas las empresas en la actual economía transnacional, y cómo los negocios que realizan se “traducen” a estructuras jurídicas, principalmente, contractuales.

## 1.1

### Concepto de empresa

**Lo cierto es que, como se verá más adelante, el concepto de empresa no necesariamente tiene que coincidir con los límites de un vehículo jurídico determinado y, más aún, lo normal es que eso no ocurra.**

Desde un punto de vista económico, una empresa es la reunión de ciertos factores de producción (capital, trabajo, tecnología) bajo una dirección común y orientada a la producción de ciertos bienes o servicios.

Salvo en el Código del Trabajo<sup>1</sup>, no existe en el derecho chileno un concepto legal de empresa. Quizás por esta razón, muchas veces se asimila el concepto de empresa con alguna de las formas jurídicas disponibles en el derecho para perseguir fines de lucro. De esta manera, se dice por ejemplo que una sociedad anónima es una empresa, siguiendo el criterio de “individualidad jurídica determinada” al que hace referencia el artículo 3° del Código del Trabajo. Lo cierto es que, como se verá más adelante, el concepto de empresa no necesariamente tiene que coincidir con los límites de un vehículo jurídico determinado y, más aún, lo normal es que eso no ocurra.

En la doctrina económica, a veces se concibe a la empresa como una amalgama de nexos contractuales (“*nexus of contracts*”)<sup>2</sup>, enfatizando que las relaciones más importantes dentro de una empresa (entre accionistas o socios, ejecutivos/as y trabajadores/as) son contractua-

- 
- 1 Art. 3° inciso tercero del Código del Trabajo: “Para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social, se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada”.
  - 2 Michel Jensen y William Meckling: *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, Journal of Financial Economics Vol. 3 Issue 4 (1976); pp. 305-360.

les por naturaleza, o que la empresa sirve de contraparte y punto de coordinación para un sinnúmero de contratos con proveedores, trabajadores, clientes, etcétera.<sup>3</sup>

Desde este mismo punto de vista, los contratos son concebidos como acuerdos para negociar y asignar riesgos entre contrapartes y, por lo tanto, la normativa societaria que regula la formación de las sociedades y otros vehículos que pueden ser utilizados para perseguir fines de lucro (en adelante “sociedades”<sup>4</sup>), es un arreglo contractual estandarizado conforme al cual se asignan riesgos entre los principales agentes de las empresas (los dueños/acreedores y los ejecutivos) y cuyo objetivo es maximizar la riqueza de sus dueños.

Por otra parte, las relaciones entre la empresa y los terceros que se relacionan con ella (*stakeholders*) quedan entregadas a contratos regulados por normas especiales ajenas al derecho societario (normativa laboral para los trabajadores, civil o mercantil para proveedores, de consumidores para los clientes, de capitales para los inversionistas y acreedores, sobre medioambiente para las comunidades donde se sitúan las unidades productivas, etcétera).

Desde esta mirada contractual sobre la naturaleza de las empresas, al derecho societario le basta asumir una posición minimalista, esto es estandarizar ciertos atributos mínimos como personalidad jurídica, limitación de responsabilidad, separación entre administración y propiedad, sin regular otras dimensiones de la actividad empresarial o de sus efectos. Este alcance minimalista es el que se limita a definir el tipo de relaciones entre los socios, ejecutivos y, en menor medida,

---

3 Kraakman, Armour, Davies, Enriques, Hansmann, Hertig, Hopt, Kanda, Pargendler, Ringe y Rock: *The Anatomy of Corporate Law, A Comparative and Functional Approach* 2ª Ed. Oxford University Press, 2017; p. 6.

4 Acá estamos usando el concepto de “sociedades” en un sentido muy amplio, para englobar cualquier forma jurídica que puedan tomar los vehículos a través de los cuales se realizan actividades empresariales, y comprende tanto a entidades que son sociedades bajo el derecho comercial (sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, etc.) como aquellas que no lo son (ciertas empresas del Estado, fondos, fideicomisos y ciertas formas de mandato).

acreedores y quienes resuelven los conflictos de interés que nacen de las relaciones de agencia entre accionistas y ejecutivos y entre accionistas controladores y minoritarios.<sup>5</sup>

Bajo esta misma mirada, dos de las preguntas centrales que debe hacerse quien intenta entender cómo se organiza una empresa han de ser respondidas por el mercado.

La primera consiste en determinar qué parte de los bienes y servicios serán producidos bajo la dirección común de la empresa y qué parte de esos bienes y servicios (insumos) serán adquiridos a terceros (al mercado). La respuesta depende de los costos de transacción, esto es, los costos para negociar, acordar y hacer cumplir contratos con terceros. Mientras mayores son los costos de transacción, más eficiente se vuelve producir esos insumos bajo la dirección común de la propia empresa y viceversa. En consecuencia, la organización industrial y la cadena de valor de la que forme parte la empresa respectiva depende de los costos de transacción en los mercados en los que interactúe esa empresa.<sup>6</sup>

Es en función de estas variables que se toman las decisiones sobre qué partes de una cadena de suministro sean integradas (vía propiedad/subsidiarias/filiales) y qué partes funcionan según alguna forma de mercado (“*at arm’s length*” o alguna relación más estable entre proveedor y comprador, como las relaciones modulares, relacionales o captivas).<sup>7</sup>

---

5 “Un problema de agencia surge cuando el bienestar de una parte, llamada ‘principal’, depende de las acciones de otra parte, llamada ‘agente’. El problema reside en motivar al agente a actuar en función del interés del principal”. Kraakman, Armour, Davis, Enriques, Hansmann, Hertig, Hopt, Kanda y Rock: *The Anatomy of Corporate Law, A Comparative and Functional Approach* 2ª Ed. Oxford University Press, 2009; p. 35.

6 Esta idea fue inicialmente propuesta por Coase en 1937, incluso antes de desarrollar su teorema sobre los costos de transacción. R.H. Coase: “The Nature of the Firm”, en *Económica* Vol. 4 Issue 16 (1937); pp. 386-405.

7 Bush, Simon: “Understanding the potential of eco-certification in salmon and shrimp aquaculture value chains”, en *Aquaculture* 493 (2018); pp. 376-383. A partir de Gereffi, Gary; Humphrey, John y Sturgeon, Timothy: *The governance of global value chains, Review of International Political Economy*, Vol. 12 No. 1 (2005); pp. 78-104.

**Quienes sostienen la posición contractualista del derecho societario argumentan que, si bien los ejecutivos y fundadores eligen el foro y el estatuto legal, son los inversionistas quienes eligen cuánto y dónde invertir.**

La segunda pregunta tiene que ver con la forma jurídica que tomará la empresa. Desde el punto de vista contractualista que se ha venido describiendo, los socios fundadores tienen una gran oferta de formas contractuales estandarizadas (modelos societarios, contractuales, de fideicomiso, etcétera) a su disposición. Adicionalmente, no solo pueden elegir entre las sociedades disponibles en una jurisdicción determinada, sino que puede hacerlo en cualquier parte del mundo. Esto es lo que se conoce como “*forum shopping*”: la libertad para elegir el estatuto legal y jurisdicción de origen de la compañía.

Por años se ha discutido si la libertad de elección del estatuto legal de las compañías maximiza el valor económico de los inversionistas o si por el contrario beneficia a los *insiders* (ejecutivos o accionistas controladores), que son quienes eligen el foro y pueden explotar los conflictos de interés en su favor.

*Grosso modo*, quienes sostienen la posición contractualista del derecho societario argumentan que, si bien los ejecutivos y fundadores eligen el foro y el estatuto legal, son los inversionistas quienes eligen cuánto y dónde invertir.

El mercado representa una poderosa disuasión a los comportamientos oportunistas, porque cuando los ejecutivos distraen valor económico de los accionistas, “los inversionistas pueden poner su dinero en cualquier otra parte o exigir una compensación *ex-ante*”.<sup>8</sup> Consecuentemente, de acuerdo con esta posición, se puede presumir que los estatutos jurídicos y las jurisdicciones elegidas por las empresas son aquellas que maximizan el valor de la inversión de sus accionistas, socios o dueños.

Definidas las respuestas (por el mercado) a estas interrogantes, todas las demás relaciones que llegue a tener la empresa pueden ser negociadas por los demás *stakeholders* en sus propios acuerdos contractuales.<sup>9</sup>

8 Frank H. Easterbrook y Daniel R. Fischel: *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press, 1996; p. 688.

9 La versión más cruda de esta mirada contractualista en Frank H. Easterbrook y Daniel R. Fischel: *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press, 1996.

## Ejercicio

Usted representa a una comunidad que se ve enfrentada a una filial de una empresa multinacional en un conflicto medioambiental.

- ¿Qué opciones de jurisdicción debe explorar para definir su estrategia?
- ¿Dónde puede encontrar información relevante sobre la organización del grupo empresarial multinacional?

## 1.2 La situación de los acreedores excluidos de negociar

Si bien este modelo contractualista del derecho societario nunca llegó a hegemonizar la discusión doctrinaria, que es mayoritariamente enfocada en los modelos de la propiedad en las empresas y, por tanto, en su integración a través de subsidiarias, filiales etcétera, el modelo es una posición que ayuda a describir en forma relativamente precisa ciertos fenómenos vinculados a los grupos empresariales, las transnacionales, la tercerización y precarización del trabajo, el traslado de riesgos medioambientales al tercer mundo, y otros fenómenos semejantes relacionados con la globalización.

Adicionalmente, el modelo contractualista hace muy patente por qué surgió la necesidad de desarrollar el área de DHyE.

El debate contemporáneo relativo al punto de si el derecho societario minimalista y el *forum shopping* resuelven los conflictos de interés entre accionistas y ejecutivos, o entre accionistas controladores y minoritarios, tomó un derrotero que ha terminado por no dar la razón a la posición contractualista. En efecto, pareciera ser que estos problemas se exacerban cuando los socios fundadores tienen libertad para elegir las formas jurídicas que más les convienen, problemas que afectan fundamentalmente a los accionistas minoritarios, al fisco (recaudación fiscal) y, como veremos, a cierto grupo de acreedores.<sup>10</sup>

En este contexto, nos interesa aquí tocar otro punto de la posición contractualista: la idea de que frente a los riesgos y daños que produce la actividad empresarial, los *stakeholders*, vale decir, los terceros con los que interactúa una empresa, pueden negociar esos riesgos y daños

---

10 OECD Guidelines for Multinational Enterprises. OECD Committee on Corporate Governance, 16-17 October 2018 TUAC Comments Paris, 12 October 2018: "Current OECD reports suggest that minority shareholders are the only stakeholders to be impacted by complex company group structures. They are not. The widespread use of shell companies can contribute to minimising or avoiding liability of the whole group towards a range of stakeholders, including workers and the tax collector. The OECD should pay far more attention to complex group structures with a view to streamline them and to increase responsibilities of parent companies towards subsidiaries".

directamente con la empresa, de modo que cualquiera sea la decisión que esta tome frente a las dos preguntas planteadas más arriba (qué procesos se externalizan y qué forma jurídica tomará la empresa), el resultado será siempre óptimo desde el punto de vista social.

La dificultad más obvia de esta posición es la que representan los acreedores excluidos de negociar (*non-adjusting creditors*)<sup>11</sup>, esto es, los acreedores que se encuentran en una posición en la que no resulta posible negociar con la compañía, como por ejemplo las víctimas de daños provocados por accidentes o por las actividades ilícitas efectuadas por la compañía en su favor.

Además de las dificultades de imaginar un escenario en que los acreedores excluidos de negociar (es decir, víctimas de negligencia de la empresa o de actos delictivos cometidos en su favor o por sus dueños, agentes o empleados, entre otros) puedan negociar efectivamente los costos y riesgos que asumen como consecuencia de los riesgos que crea la actividad empresarial, hay varias complejidades adicionales que estos acreedores enfrentan en la economía global:

- En el contexto de los grupos empresariales la limitación de responsabilidad de las compañías permite a los accionistas controladores (y a las sociedades matrices) obtener ciertas ventajas a expensas de los acreedores (en particular de los que no pueden negociar), por ejemplo, diluyendo o sustituyendo los activos de la empresa filial responsable de los accidentes o ilícitos o desviando valor a otras sociedades dentro del mismo grupo o, más en general, abogando por la irresponsabilidad de la matriz o el controlador, respecto de los actos de la filial.
- En el caso de compañías multinacionales, a las dificultades que representa la limitación de responsabilidad de cada una de las compañías que forman parte del grupo, se suma el hecho que mediante el *forum shopping* los grupos multinacionales logran aprovechar las menores protecciones legales y/o la falta de ac-

---

11 Kraakman, Armour, Davies, Enriques, Hansmann, Hertig, Hopt, Kanda, Pargendler, Ringe y Rock: *The Anatomy of Corporate Law, A Comparative and Functional Approach* 2ª Ed. Oxford University Press, 2017; p. 120.

ceso a la justicia en las jurisdicciones en la que han ocurrido los daños y/o aprovechar doctrinas que limiten la competencia de los tribunales del país de origen de la matriz o de la sociedad que ejerce el control del grupo (*forum non conveniens*, ver capítulo 2).

- Estructuras empresariales difusas (redes o clúster empresariales), por ejemplo, basadas en relaciones contractuales en vez de relaciones corporativas (*joint venture*, consorcios, etcétera) en las que resulta extremadamente difícil determinar el centro de interés empresarial o la existencia de un control común.
- Un desventajado acceso a los datos empíricos que permiten proyectar el riesgo o daño, y al conocimiento y la representación legales. En ambos aspectos, suele haber una considerable desigualdad de condiciones basada en la falta de recursos de muchos acreedores.
- La definición limitada de los intereses de la empresa, especialmente, en lo que concierne la responsabilidad de sus directores que se limita, en muchas jurisdicciones, a una responsabilidad ante los accionistas (ver capítulo 2).

Para ilustrar este tipo de problemas, podemos referirnos a dos casos emblemáticos sobre responsabilidad de empresas multinacionales por daños provocados a “acreedores excluidos de negociar”: el caso Bhopal<sup>12</sup> y el caso Wiwa (Ogoniland)<sup>13</sup>.

### 1.2.1 Bhopal (Union Carbide)

El 2 y 3 de diciembre de 1984, la planta de pesticidas Union Carbide situada en Bhopal, en el Estado de Madhya Pradesh, India, sufrió la fuga de 45 toneladas de isocianato de metilo, gas venenoso que mató a un número de personas estimado entre 15.000 y 20.000 y provocó problemas respiratorios y oculares a cerca de medio millón más, en lo que se considera hasta la fecha como el peor accidente industrial de la historia.

12 Caso Bhopal. *In Re Union Carbide Gas Plant Disaster at Bhopal India*, 634 F Supp 842 (SDNY 1986), 25 ILM 771 (1986); *aff'd as modified* 809 F 2d 195 (2° Cir 1987), 26 ILM 1008 (1987); *cert den* 108 S Ct 199 (1987).

13 *Wiwa v Royal Dutch Petroleum Company and Shell Transport and Trading Company plc*, USCA 2d Cir September 2000: 2000 US app LEXIS 23274.

**El arreglo ha sido fuertemente criticado, especialmente porque implicaría un compromiso del gobierno indio de cerrar todos los casos civiles y penales relacionadas con el accidente. En este sentido, la decisión de *forum non conveniens* en tribunales estadounidenses conlleva, de facto, una denegación de acceso a la justicia.**

La planta era una subsidiaria de la compañía norteamericana Union Carbide Corporation (“UCC”) y, en consecuencia, las víctimas y el gobierno indio emprendieron acciones en contra de la matriz y sus ejecutivos en EE. UU. Los demandantes, incluido el gobierno indio en representación de las víctimas, argumentaron que la jurisdicción correcta para iniciar acciones en contra de UCC era EE. UU., dado que el sistema legal de India era inadecuado para lidiar con un hecho de semejante complejidad; que UCC era una multinacional que tenía absoluto control del diseño, construcción y operación de la planta de Bhopal a través de su red global de planificación corporativa, dirección y control, por lo cual era responsable por los actos de su subsidiaria; que la evidencia sobre el involucramiento de UCC estaba en EE. UU., y que existía un interés público en vista de los riesgos para la población en EE. UU., debido a la utilización de procesos industriales similares a los de Bhopal por parte de la planta coligada que operaba en Virginia.<sup>14</sup>

Desde los años 80, los tribunales en EE. UU. han fijado el estándar (*forum non conveniens*) según el cual, existiendo una jurisdicción alternativa, las acciones iniciadas por víctimas extranjeras en contra de matrices norteamericanas por hechos provocados por sus subsidiarias en el extranjero solo serán acogidas a trámite cuando exista una prueba clara del involucramiento directo de la matriz norteamericana, y cuando exista un claro interés norteamericano involucrado en el litigio (es decir: víctimas norteamericanas). En aplicación de estos criterios, los tribunales de EE. UU. se declararon incompetentes en el caso Bhopal, insistiendo que el caso debía verse en India (limitando en la práctica la acción civil a la subsidiaria india).

El caso terminó con un arreglo extrajudicial en 1989, por el que la empresa se comprometió a pagar US\$ 470 millones de indemnización a 3000 víctimas.<sup>15</sup> El arreglo ha sido fuertemente criticado, especialmente porque implicaría un compromiso del gobierno indio de cerrar todos los casos civiles y penales relacionadas con

14 Plaintiff’s Executive Committee Memorandum in Opposition to Union Carbide Corporation’s Motion to Dismiss on Grounds of Forum Non Conveniens, 6 December 1983.

15 Véase, sobre este caso: [ICJB](#).

el accidente. En este sentido, la decisión de *forum non conveniens* en tribunales estadounidenses conlleva, de facto, una denegación de acceso a la justicia.

Un caso civil iniciado en 2010, que pide extender el arreglo al menos a las otras personas fallecidas (cinco veces las víctimas incluidas en el acuerdo de 1989), está aún pendiente en tribunales indios.<sup>16</sup>

### 1.2.2 Caso Wiwa (Ogoniland)

En 1958, Royal Dutch/Shell empezó la producción de petróleo en la región de Ogoni, Nigeria. Como resultado de esas faenas, se contaminaron las aguas de la región afectando el acceso al agua por parte de la población y para las actividades agrícolas, base de la economía local.

En este contexto Royal Dutch/Shell trabajó durante décadas con el régimen militar en Nigeria para suprimir las críticas y protestas de la población local en contra de las actividades de la compañía. Royal Dutch/Shell y su subsidiaria nigeriana proveyeron dinero y apoyo logístico a la policía nigeriana y pagaron sobornos para obtener falsos testimonios en contra de líderes locales.

En 1995, la compañía y su subsidiaria se coludieron con el gobierno para arrestar y ejecutar al grupo Ogoni 9, formado por activistas medioambientales cuyos miembros fueron ahorcados el 10 de noviembre de 1995 después de un juicio seguido en su contra en base a cargos falsos ante un tribunal militar especial. Entre los líderes ejecutados se encontraba el escritor Ken Saro-Wiwa, líder del Movimiento para la Supervivencia del Pueblo Ogoni. Además de estas y otras ejecuciones extrajudiciales en contra de la población Ogoni y de sus líderes, también se acusó a la Royal Dutch/Shell y su subsidiaria nigeriana de complicidad en muchísimas detenciones ilegales y tortura en contra del pueblo Ogoni.

---

16 Véase *Bhopal gas disaster: After Supreme Court remark, activists rue 'paltry' payout to gas victims*. Disponible en línea.

## El tribunal en EE. UU. (USCA) sostuvo que la acción en contra de la compañía demandada por su presunta cooperación con el gobierno nigeriano para la represión de la población Ogoni a través de la entrega de dinero, armas y apoyo logístico, sí podía ser vista en EE. UU.

A partir de estos hechos se iniciaron acciones legales en EE. UU. en contra de Royal Dutch/Shell (entre otros) bajo las leyes Alien Tort Claim Act (ACTA) y Torture Victim Protection Act (TVPA). El tribunal en EE. UU. (USCA) sostuvo que la acción en contra de la compañía demandada por su presunta cooperación con el gobierno nigeriano para la represión de la población Ogoni a través de la entrega de dinero, armas y apoyo logístico, sí podía ser vista en EE. UU. Importante es mencionar que el demandante en este caso, Ken Wiwa, hijo de Ken Saro-Wiwa era residente norteamericano, lo que pudo haber facilitado la decisión favorable de la Corte en este caso.

El caso también fue llevado a la Comisión Africana de Derechos Humanos, que decidió que Nigeria había violado la Carta de Banjul (Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos).<sup>17</sup>

En ambos casos reseñados, las personas afectadas encontraron toda una serie de obstáculos para hacer valer sus derechos y obtener protección de parte de los Estados, a saber:

- No fueron partes interesadas según el modelo contractualista (no tenían ninguna relación contractual con la empresa que les dañó).
- El acceso a la justicia en sus países se encontraba con mayores trabas por la corrupción del sistema judicial, la falta de apoyo legal, o la inaccesibilidad de los fondos para indemnizar (encontrándose el patrimonio de las empresas matrices en el país de origen de la empresa).

Independientemente de los disímiles resultados de las acciones emprendidas en los casos Bhopal y Wiwa en Estados Unidos<sup>18</sup>, es evi-

---

17 Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, SERAC v Nigeria (Ogoniland case) 155/96. Disponible [en línea](#).

18 El caso Bhopal tuvo un resultado distinto en India. Inicialmente, los tribunales indios acogieron las solicitudes del gobierno (que actuaba en representación de todas las víctimas) para levantar el velo corporativo, haciendo responsable a UCC por el desastre, así como las solicitudes de indemnización preliminar (aunque la Corte Suprema redujo significativamente ese pago). Ver: *Union of India vs. Union Carbide Corporation* (Gas Claim Case No 113 of 1986), *Union of India vs. Union Carbide Corporation* Civil Revision No 26 of 198, 4 of April 1988. Sin embargo, el juicio concluyó cuando el gobierno indio y UCC transaron en un monto total de indemnización de 470 millones de dólares, en febrero de 1989. Las víctimas no pudieron iniciar acciones independientes distintas de la iniciada por el gobierno.

dente que para ninguna de estas víctimas o sus familiares era posible negociar *ex ante* con las compañías los riesgos que asumirían y los daños que sufrirían como resultado de acción negligente o criminal de las compañías o sus ejecutivos, lo que permite ilustrar la debilidad de la posición contractualista para lidiar con este tipo de situaciones.

Últimamente, a partir de las negociaciones que han entablado comunidades afectadas, en particular pueblos originarios de Canadá y Nueva Zelanda, pero también en algunos países latinoamericanos, se han concluido acuerdos de impactos y beneficios entre estas comunidades y las empresas que llevan a cabo actividades en los territorios indígenas o cerca de las comunidades. Estos acuerdos toman forma de contrato, son en principio justiciables y pueden contener referencias a estándares de derechos humanos.

Un ejemplo, en Chile, son los acuerdos entre la comunidad huascoaltina y la empresa Barrick; los acuerdos de varios municipios del norte de Chile con empresas mineras (por ejemplo, Sierra Gorda); los acuerdos de la Comunidad Colla del Río Jorquera con la empresa Maricunga<sup>19</sup> y el tendido eléctrico de Caserones (Lumina Copper)<sup>20</sup>, y los acuerdos entre los pueblos atacameños y la empresa de litio Rockwood.<sup>21</sup> Algunos de ellos contienen referencias al Convenio 169 o a los derechos humanos.

Una modalidad público-privada de estos acuerdos son los Acuerdos Voluntarios de Pre Inversión fomentados por la Agencia de Sustentabilidad y Cambio Climático.<sup>22</sup>

La dificultad, en Chile, es la falta de un marco regulatorio que asegure que estos acuerdos, especialmente aquellos entre privados, sean efectivamente conformes al respeto de los derechos humanos por parte

19 Véase nota Fundación Terram, disponible [en línea](#).

20 Véase Consulta indígena del tendido eléctrico de Caserones, Consejo Minero. Disponible [en línea](#).

21 Schönsteiner, Judith y Barros, Alonso (2014): "Diligencia debida: proyectos de inversión, propiedad sobre los recursos naturales y consulta libre, previa e informada a los pueblos y comunidades indígenas concernidos", en: Vial, T. (ed.), *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile*, Ediciones UDP, Santiago de Chile; pp. 203-244.

22 Véase [Agencia de Sustentabilidad y Cambio Climático](#).

de las empresas. Además, no hay baremo alguno para la consistencia entre distintos acuerdos, incluso, por parte de la misma empresa. A esto se suma la falta de institucionalidad pública para el diálogo que garantice negociaciones en un mínimo pie de igualdad. La calidad del acuerdo, y también su conformidad con los derechos humanos, depende únicamente de la capacidad negociadora de las partes, en este caso, principalmente, de las comunidades.

### **Ejercicio**

Revise un AVP y analice brevemente si el acuerdo cumple con los estándares de derechos humanos según los Principios Rectores.

## 1.3 Una dificultad adicional: las redes empresariales

**La pregunta entonces es si se puede “levantar el velo contractual” en estos casos, esto es, atribuir la responsabilidad a la entidad controladora (de la actividad que produjo el daño) aun cuando esa entidad no tenga vínculos con las víctimas y los contratos contengan cláusulas de indemnidad en su favor.**

Las redes empresariales representan un tercer tipo de dificultad adicional que deben enfrentar los acreedores excluidos de negociar (víctimas de daños causados por el actuar negligente o delictual de las empresas). Una red empresarial es un conjunto de empresas -pequeñas, medianas o grandes- que forman alianzas para perseguir un objetivo común.<sup>23</sup>

Tal cual lo ilustra Muchlinski<sup>24</sup>, la particularidad de las redes empresariales difusas es que las víctimas se ven en la obligación de demostrar la responsabilidad de un conjunto de sociedades ligadas no por vínculos de propiedad, como en el caso de los grupos empresariales, sino por vínculos contractuales, pero que presentan sistemas de administración, cooperación y control no muy distintas que las presentes en un grupo empresarial tradicional. Aquí, la “función” del velo corporativo que implementa la responsabilidad limitada (ver capítulo 2), la asume la separación de los actores por vínculos (solamente) contractuales que no contemplan la responsabilidad ante terceros.

Además de la falta de transparencia que rodea este tipo de relaciones creadas por medio de contratos, en estos casos, los contratos que ligan a las distintas entidades que forman parte de la red pueden incluir cláusulas de indemnidad u otras que distribuyen los riesgos entre los distintos contratantes, o que excluyan la responsabilidad de alguno de ellos. La pregunta entonces es si se puede “levantar el velo contractual” en estos casos, esto es, atribuir la responsabilidad a la entidad controladora (de la actividad que produjo el daño) aun cuando esa entidad no tenga vínculos con las víctimas y los contratos contengan cláusulas de indemnidad en su favor.

---

23 Véase, para profundizar, Becerra Rodríguez, Fredy: “Las redes empresariales y la dinámica de la empresa: aproximación teórica”, en INNOVAR, Revista de Ciencias Administrativas y Sociales, vol. 18 Nº 32, julio-diciembre 2008; pp. 27-45. Disponible [en línea](#).

24 Muchlinski, Peter: *Multinational Enterprises & the Law*, Oxford University Press, 2007; p. 316.

Sinaltrainal vs. Coca Cola<sup>25</sup> ejemplifica las dificultades de este tipo de situaciones. Al intentar demandar la responsabilidad de Coca Cola US y Coca Cola Colombia por el asesinato de un dirigente sindical a manos de los dueños de una embotelladora local en Colombia, bajo la ley norteamericana Alien Tort Claims Act (ATCA), la Corte de Distrito determinó que la relación entre las compañías demandadas y la embotelladora colombiana era simplemente una relación de franquicia, rechazando la demanda.

Lo interesante acá es que una relación de franquicia puede llegar a generar relaciones de control y supervisión que son muy similares a las que existe en una relación matriz/filial. Presumiblemente, bajo ATCA las demandadas podrían haber sido declaradas responsables por estos hechos, pero dado que el ejercicio de control no estaba amparado en una relación de propiedad, el tribunal desestimó la demanda en base a una razón que aparece, hasta cierto punto, como un mero formalismo.

### Ejercicio

Seleccione una empresa transnacional chilena e intente mapear, solo con fuentes públicas (la página web de la empresa, la página de la Comisión para el Mercado Financiero etc.), su estructura y la red empresarial en la que se inserta.

---

25 Sinaltrainal vs. Coca Cola 256 F Supp 2d 1345 (SD Fla 2003).

## 1.4 Las estrategias para lidiar con las complejidades estructurales de las empresas modernas

Tradicionalmente, el derecho societario minimalista ha lidiado con estas complejidades (grupos empresariales, presencia transfronteriza y estructuras de red) facilitando a los acreedores la obtención de información que les permita ajustar su exposición al riesgo, mediante normas de divulgación obligatoria de información, mediante normas que regulan las operaciones con partes relacionadas o bien, cuando eso no es suficiente, levantando el velo corporativo.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile había reconocido, en el caso rol N° 1527-2008<sup>26</sup> y hasta 2017, la teoría del levantamiento del velo corporativo bajo algunas condiciones específicas, y siempre como argumento a mayor abundamiento (*obiter dictum* o razonamiento secundario).

A partir del fallo rol N° 18.236-2017,<sup>27</sup> la Corte Suprema ha aplicado la teoría como raciocinio<sup>28</sup>, aunque siempre de manera excepcional, en casos en que existe “unidad patrimonial” y una instrumentalización de una persona jurídica de la unidad por otra que pertenece a la misma y es contraria a la buena fe.<sup>29</sup> Desde entonces, la Corte Suprema también aclaró que no es necesario entablar un procedimiento adicional para alegar el levantamiento del velo corporativo; se puede hacer en la acción principal que busca, por ejemplo, la compensación.<sup>30</sup>

26 Corte Suprema, 2 de junio de 2009, rol N° 1527-2008: “Ultramar Agencia Marítima Ltda. con AGF Allianz Compañía de Seguros Generales S.A.”.

27 Corte Suprema, 16 de octubre de 2017, rol N° 18.236-2017: “Neuroimagen S.A. con Megasalud S.A.”.

28 Carmona Fontaine, León: “La doctrina del levantamiento del velo en el derecho privado chileno. Comentario a sentencia de la Corte Suprema de 16 de octubre de 2017, rol N° 18.236-2017”, en *Revista de Derecho (Norte)*, Año 25 N° 1, 2018; pp. 281-293, p. 286.

29 *Ibid.*, p. 283.

30 *Ibid.*, p. 291.

**A partir de estas insuficiencias, se ha venido desarrollando la doctrina de la “entidad empresarial”, que busca deducir un principio de responsabilidad general de la matriz por los actos de su filial a partir del hecho de la integración económica entre la matriz y su filial, resolviendo el formalismo que representa la doctrina del levantamiento del velo corporativo.**

Sin embargo, como se ha visto, estos mecanismos pueden resultar más que insuficientes en el contexto de la operación de una empresa multinacional vinculada a desastres medioambientales o a serias afectaciones a los derechos humanos. Para enfrentar estas situaciones se han desarrollado distintas estrategias, entre las que destacan:

- a. La doctrina de la “entidad empresarial”, que busca superar las limitaciones formalistas que impone la limitación de responsabilidad de las distintas sociedades que forman parte de un grupo o empresa común, y ciertas iniciativas legales que buscan dar reconocimiento a la figura del grupo empresarial.
- b. Iniciativas que buscan resolver las asimetrías en el tratamiento de las protecciones de los tratados y acuerdos internacionales de inversión y las limitaciones de responsabilidad corporativa de grupos transnacionales.
- c. Iniciativas destinadas a fortalecer los estándares de supervisión de las entidades matrices en materias de ESG y derechos humanos sobre sus filiales transfronterizas.

#### **1.4.1 La doctrina de la entidad empresarial**

A partir de estas insuficiencias, se ha venido desarrollando la doctrina de la “entidad empresarial”, que al contrario de aquella del levantamiento del velo corporativo, en la que la responsabilidad grupal es el resultado de una excepción al principio general de limitación de responsabilidad societaria<sup>31</sup>, se busca deducir un principio de responsabilidad general de la matriz por los actos de su filial a partir del hecho de la integración económica entre la matriz y su filial, resolviendo el formalismo que representa la doctrina del levantamiento del velo corporativo.

---

31 Distintas jurisdicciones imponen distintos niveles de exigencia para dar por establecida la excepción. En un extremo se puede citar el caso Bhopal, en el que los tribunales indios fijaron un estándar casi de responsabilidad objetiva de la matriz para dar por cumplidas las exigencias para levantar el velo corporativo (ibid. nota 14). En esto siguieron algunos casos ingleses como *DHN Food Distributors Ltd vs. Tower Hamlets London Borough Council* [1976] 1 WLR 852 (CA), en el que la corte introduce el concepto de “*economic entity*” y por tanto está más cerca de la doctrina de la entidad empresarial que de la del levantamiento del velo corporativo. En el otro extremo, otro caso inglés: *Trustor AB vs. Smallbourne* [2001] 3 All ER 987, en que el juez sostiene que “el velo corporativo puede levantarse solo en la medida en que la filial ha sido utilizada como instrumento o fachada para ocultar los hechos y así evitar la responsabilidad de la persona que la controla” (traducción propia).

Algunos ejemplos de jurisprudencia estadounidense en que se acoge esta doctrina son el caso *Amoco Cádiz*<sup>32</sup>, *CSR vs. Wren*<sup>33</sup> y *Bowoto vs. Chevron*<sup>34</sup>. En Chile, la Corte Suprema ha aplicado un raciocinio similar en rol N° 18.236-2017, resumido arriba.

El *Amoco Cádiz* era un barco petrolero que causó un derrame de petróleo en las costas del norte de Francia en 1978. Los demandantes, incluido el gobierno de Francia, buscaban obtener una indemnización de las sociedades *Amoco Transport Co* y *Amoco International Oil Co*, y de su matriz *Standard Oil Co (Indiana)*. La Corte de Apelaciones del 7° Circuito de los Estados Unidos atribuyó el accidente a la negligencia en el diseño, mantenimiento y reparación de la nave, así como la falta de entrenamiento adecuado de la tripulación. Luego de analizar el funcionamiento de las compañías demandadas, el juez McGarr determinó que la matriz también era responsable en su calidad de propietaria exclusiva de las subsidiarias, que el nivel de control que ejercía la matriz sobre las subsidiarias permitía considerar que estas últimas eran un simple instrumento de la matriz, y que esta última estuvo originalmente involucrada en forma directa en las actividades de operación y administración de la nave.

De este análisis, el tribunal determinó una doble vía de imputación respecto de la matriz: responsabilidad directa por su involucramiento en el accidente y responsabilidad indirecta derivada de la administración común de la matriz y las filiales involucradas en el accidente. La segunda vía de imputación implicaba que el control de la administración se consideraba suficiente para establecer la responsabilidad de la matriz por los actos de negligencia de su filial.

En el caso australiano *CSR vs. Wren*, el demandante había contraído mesotelioma (una enfermedad relacionada con la exposición a asbestos) mientras trabajaba para la filial de *Wren*. Durante el juicio, la Corte de Apelaciones de Nueva Gales del Sur determinó que la sociedad demandada (matriz de la entidad en la que trabajaba el demandante)

32 *Oil Spill by the Amoco Cadiz* 954 F.2d 1279 (7th Cir. 1992).

33 *CSR vs. Wren* (1997) 44 NSWLR 463 (CA NSW).

34 *Bowoto (Larry) vs. Chevron Texaco Corp* 2004 US Dist LEXIS 4603 (US Dist Ct ND Cal 22 March 2004).

era responsable, pues había tomado el control de la filial al punto que, por ejemplo, los ejecutivos de la filial eran empleados de la matriz. De esta forma, en la medida en que la demandada había dirigido y determinado las condiciones de trabajo en su subsidiaria, podía ser responsabilizada por los daños producidos por su negligencia.

Por último, otro ejemplo de la adopción del criterio de la entidad empresarial se puede encontrar en el caso *Bowoto vs. Chevron*. En este, la Corte del distrito norte de California determinó la responsabilidad de Chevron Texaco por los actos de su subsidiaria Chevron Nigeria Limited. Similar al caso *Wiwa*, la filial nigeriana de Chevron Texaco se había concertado con la dictadura militar nigeriana para suprimir las protestas en contra de los daños medioambientales producidos por sus operaciones extractivas, lo que desembocó en una serie de actos de violencia, incluidos asesinatos y otras violaciones graves a los derechos humanos.

El tribunal pudo determinar que la matriz estuvo activamente involucrada en la conducción de las políticas de seguridad de la filial nigeriana, mantuvo comunicaciones permanentes y de alto nivel con la filial durante el periodo de protestas y que varios de los ejecutivos de la filial eran empleados de la matriz. En opinión del tribunal, esto representaba un nivel de dirección y control más allá de lo usual y era evidencia de la relación de agencia (o de instrumentalización) entre ambas compañías.

A pesar de estos ejemplos, el principio general de mantener la separación de responsabilidad entre filiales y matrices aún prevalece en el derecho comparado.<sup>35</sup>

---

35 Pero véase la discusión en Skinner 7.5.1.

### 1.4.2 Iniciativas legales relativas a los grupos empresariales

Frente a esto, algunas jurisdicciones han intentado resolver los problemas que genera la limitación de responsabilidad al interior de los grupos empresariales, por la vía de regularlos en forma directa.

Un ejemplo es el de la ley alemana de sociedades anónimas de 1965 (*Aktiengesetz*), que incorpora dos figuras de interés: el contrato de control, que crea la figura del “grupo integrado”, y el “grupo de facto”.

El “grupo integrado” es un grupo de empresas en que la matriz asume las obligaciones y responsabilidades de la filial, a cambio del derecho a controlarla; esta figura resulta excepcional y requiere que la matriz concentre a lo menos el 95 % de la propiedad de la filial y que al menos un 75 % de los accionistas de la matriz apruebe la decisión de formar el grupo integrado. Una vez formado, la matriz asume algunas de las responsabilidades de la filial, así como ciertos compromisos de protección respecto de los minoritarios en la filial.

Por su parte, un “grupo de facto” existe cuando una empresa legalmente independiente es dominada por otra, capaz de ejercer una influencia significativa en forma directa o indirecta. Cuando existe un grupo de facto, la sociedad dominante (o controladora) está obligada a compensar a la sociedad dominada y sus accionistas por las pérdidas que ocurren a consecuencia del ejercicio de control.

Si bien las protecciones del grupo de facto están dirigidas a los accionistas minoritarios de la sociedad controlada, en teoría este mecanismo podría facilitar la obtención de compensaciones civiles por parte de las víctimas de la subsidiaria, en el caso de encontrarse esta en una situación tal que financieramente no esté en condiciones de indemnizar a las víctimas, en la medida en que los minoritarios pueden obtener de la controladora los recursos necesarios para dar

cumplimiento a las compensaciones y por esa vía salvar a la compañía de la quiebra. Es importante recalcar que, en varias décadas de vigencia, este mecanismo no ha sido utilizado en la práctica.<sup>36</sup>

La Corte Suprema Federal de Alemania excluyó la aplicación del grupo de facto entre las AG (sociedades anónimas) y las GmbH (sociedades de responsabilidad limitada), que son el vehículo legal más utilizado por las sociedades de *holding* en Alemania, excluyendo en la práctica la posibilidad de establecer la existencia de un grupo de facto en la mayor parte de los *holdings* alemanes.<sup>37</sup>

### 1.4.3 Iniciativas referentes a las asimetrías entre los acuerdos de inversión extranjera y las limitaciones de responsabilidad al interior de un grupo empresarial

Una aproximación distinta al problema de los grupos empresariales transnacionales se ha dado a propósito de la revisión de los tratados y acuerdos de inversión extranjera (*international investment agreements* o IIA, por su sigla en inglés).

En efecto, cumplidos ciertos requisitos, las empresas multinacionales pueden gatillar los mecanismos de arbitraje (*investor state dispute settlement* o ISDS, por su sigla en inglés) para obtener compensaciones económicas del Estado anfitrión por los daños provocados a sus filiales o las empresas que allí controlen. Pero, al mismo tiempo, estas empresas multinacionales pueden aprovechar las limitaciones de responsabilidad legal entre la matriz y la filial cuando es esta última la que provoca los daños.

Un ejemplo de lo anterior es el caso por contaminación (derrame de petróleo) en la zona de Lago Agrio (Ecuador) y Chevron. Las víctimas de la contaminación intentaron obtener compensaciones demandando a la matriz en Estados Unidos, sin éxito. La Corte Suprema de este país decidió que no tenía jurisdicción para conocer el caso (*forum non conveniens*). Luego, cuando los tribunales ecuatorianos condenaron a

---

36 Solo se ha reportado un caso de demanda de compensación basada en este mecanismo en más de 40 años de vigencia de la ley (Muchlinski; p. 330).

37 Ibid.

Chevron a pagar una indemnización millonaria a los residentes de la zona de Lago Agrio, la compañía gatilló el mecanismo de arbitraje (la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya) definido en el acuerdo bilateral de inversión entre Ecuador y Estados Unidos.

Finalmente, la Corte Permanente de Arbitraje dio la razón a Chevron, condenando al Estado ecuatoriano a pagar la indemnización que Chevron debía pagar de acuerdo con la decisión de los tribunales ecuatorianos.

Es importante tener presente que en este caso existía una serie de elementos que apoyaban la posición de Chevron, entre los que destacan: i) una serie de hechos de corrupción (presuntos sobornos y presiones a los jueces que condenaron a Chevron) que sirvieron de base para la decisión de la Corte Suprema ecuatoriana en contra de Chevron; ii) el hecho de que la contaminación no fue causada por Chevron sino por el consorcio formado por Petroecuador (una empresa estatal ecuatoriana) y Texaco Petroleum (TexPet), entre 1964 y 1992, habiéndose convertido esta última en filial de Chevron después de aquel periodo; y iii) cuando terminó el consorcio entre Texaco y Petroecuador, Texaco realizó una serie de procesos de limpieza que culminaron en un acuerdo con el Estado de Ecuador en que este reconoció el cumplimiento de las medidas de mitigación y limpieza que le correspondían a Texaco.

Sin perjuicio de lo recién expuesto, hay un par de aspectos del caso que merecen ser subrayados respecto de la asimetría entre la empresa multinacional y el Estado anfitrión:

- a. El mecanismo de arbitraje solo puede ser gatillado por la empresa extranjera y no se permite que el Estado anfitrión pueda demandar reconvencionalmente. Para enfrentar estas críticas, algunos IIA han venido incorporando cláusulas que hacen referencia a las responsabilidades que asume el inversionista extranjero, pero más importante que eso, a la posibilidad que tienen los estados anfitriones para demandar reconvencionalmente en algunos casos.<sup>38</sup>

---

38 Por ejemplo en el tratado bilateral entre Colombia y los Emiratos Arabes Unidos: *Bilateral Agreement for the Promotion and Protection of Investments Between the Government of the Republic of Colombia and the Government of the United Arab Emirates*, disponible [en línea](#).

- b. Un segundo punto de interés ilustrado por este caso es que, bajo los IIA, las víctimas de las actividades realizadas por los inversionistas extranjeros no tienen la posibilidad de gatillar los mecanismos de arbitraje ni, más en general, derechos bajo los IIA.

Un ejemplo de esto último se da en el caso *Burlington vs. Ecuador*, resuelto por el Centro Internacional de Solución de Controversias de Inversión (CIADI).<sup>39</sup> En este caso, Burlington demandó al Estado ecuatoriano compensaciones económicas como consecuencia de la expropiación de su filial ecuatoriana en 2008. Durante el periodo de discusión, Ecuador demandó reconventionalmente a Burlington por su responsabilidad en los daños ambientales provocados por sus actividades extractivas en el periodo anterior a la expropiación (incluyendo la falta de medidas para mitigar y remediar situaciones de contaminación del suelo, napas subterráneas, charcos de petróleo, entre otros.)

Es interesante notar que: i) el tratado de inversión bilateral Ecuador-Estados Unidos no contenía ningún mecanismo de demanda reconventional (el CIADI utilizó la normativa procesal del propio CIADI para permitirlo<sup>40</sup>); y ii) en este fallo, el CIADI tuvo que encontrar la forma de hacer aplicable la legislación doméstica de Ecuador en materia de daño medioambiental, a pesar de que las reglas sobre elección de la legislación aplicable en el contrato de inversión extranjera entre Burlington y Ecuador no hacían referencia a esta materia.<sup>41</sup>

El tribunal encontró el camino para hacer aplicable el estándar de responsabilidad estricta de la ley ecuatoriana en materia de daño medioambiental, condenando en definitiva a Burlington aplicando el inciso primero del artículo 42 de la Regulaciones y Reglas de la Convención del CIADI.<sup>42</sup>

---

Otro ejemplo de alcance, más general, está en el artículo 40 de las reglas de procedimiento de las Regulaciones y Reglas de la Convención del CIADI, disponible [en línea](#).

39 *Burlington Resources Inc. vs. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, 2017.

40 Regulaciones y Reglas de la Convención del CIADI.

41 *Production Sharing Contracts (PSC)*.

42 Regulaciones y Reglas de la Convención del CIADI. Documento disponible [en línea](#).

**A pesar de la flexibilidad del tribunal para acomodar una decisión de justicia en este caso, las víctimas nunca pudieron iniciar o participar en el ISDS, pues ni el tratado de inversión bilateral Ecuador-Estados Unidos, ni el contrato de inversión extranjera, ni las reglas de CIADI contemplan esta posibilidad.**

A pesar de la flexibilidad del tribunal para acomodar una decisión de justicia en este caso, las víctimas nunca pudieron iniciar o participar en el ISDS, pues ni el tratado de inversión bilateral Ecuador-Estados Unidos, ni el contrato de inversión extranjera, ni las reglas de CIADI contemplan esta posibilidad.

Es solo ahora que, en algunos proyectos de tratados de libre comercio, se discute la inclusión de algún mecanismo de solución de controversias entre terceros (víctimas de impacto social, laboral, ambiental o de derechos humanos, según el caso) y las empresas que se acogen a los tratados de libre comercio. Por ejemplo, se está discutiendo la inclusión de un capítulo correspondiente en la modernización del Acuerdo entre la Unión Europea y Chile.

Así, frente a este tipo de casos se han promovido tres tipos de iniciativas:

- a. Permitir a las víctimas activar y ser parte de los ISDS.
- b. Crear un mecanismo de solución de controversias adicional para quejas sobre asuntos ambientales, laborales o de derechos humanos por parte de terceros (usualmente, con facultades de emitir pronunciamientos no vinculantes) en el marco de los tratados de libre comercio.
- c. Incorporar en los IIA cláusulas que autoricen expresamente a las víctimas (de graves casos de contaminación ambiental o de violaciones a los derechos humanos) a demandar a la sociedad matriz en su jurisdicción de origen (esto debido a que muchas veces las víctimas han intentado demandar en la jurisdicción de origen de la empresa multinacional por contar con sistemas legales que les dan más garantías, tal como, por ejemplo, se argumentó en el caso Bhopal).

#### **1.4.4 Iniciativas destinadas a fortalecer los estándares de supervisión de las entidades matrices en materia de ESG y derechos humanos sobre sus filiales transfronterizas**

Existe una serie de iniciativas, tanto de carácter nacional como multilateral, que buscan fortalecer las obligaciones de las empresas multinacionales en relación con las actividades de sus filiales. Varias de las iniciativas multilaterales son analizadas en distintas partes de este documento, tales como los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, y las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales.

Como ejemplo de las iniciativas nacionales se puede citar la ley francesa sobre los deberes de vigilancia de sociedades matrices y controladoras (Loi N° 2017-399 du 27 mars 2017, *Relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*).

Esta ley exige, a las grandes empresas establecidas en Francia y con filiales en el extranjero, la definición de un plan de supervisión dirigido a identificar y prevenir riesgos relativos a atentados graves a los derechos humanos y las libertades fundamentales, riesgos asociados a la salud y seguridad de las personas y del medioambiente, provocados por las filiales (directas e indirectas) y otras empresas controladas por la entidad matriz y las actividades de las empresas proveedoras y subcontratistas con las que se mantenga una relación contractual estable, en tanto la actividad respectiva se dé en el marco de esa relación contractual.

El plan debe incluir un mapa de riesgos y su priorización, procesos de evaluación de las filiales y de las empresas contratistas y proveedoras, acciones para mitigar riesgos y evitar violaciones graves, mecanismos de comunicación de riesgos con los organismos sindicales y un mecanismo de seguimiento de las medidas adoptadas y de medición de sus resultados. Por último, en caso de incumplimiento de estas obligaciones, cualquier persona con un interés legítimo, incluyendo residentes de otros países, puede solicitar a los tribunales competentes, que se exija su cumplimiento (ver capítulo 4, caso ESSAL/Suez).

Se pueden comentar tres aspectos interesantes en esta ley:

- En relación a su alcance, al incorporar obligaciones respecto a las empresas subcontratistas y proveedoras con las que se mantenga una relación contractual estable, se está reconociendo el problema de las redes empresariales.
- En relación a la legitimación activa, se autoriza a cualquier tercero con un interés legítimo a demandar su cumplimiento (en contraste con los IIA).
- En relación con su aplicación extraterritorial, esta ley puede ser invocada por personas extranjeras en contra de grupos franceses.

## 1.5 Formas jurídicas que pueden asumirlas empresas

Hasta el momento, se ha indicado que el concepto económico de empresa es un concepto flexible, que no coincide necesariamente con los vehículos societarios disponibles en la mayoría de las jurisdicciones del mundo. Dicho de otra forma, el derecho corporativo regula ciertas figuras legales (sociedades) que no representan la forma en que se organizan las empresas en la mayor parte del mundo (incluyendo Chile). En efecto, se ha señalado que las empresas (especialmente las grandes) se organizan en grupos de sociedades con lazos corporativos, contractuales o de otra naturaleza.

Asimismo, se ha ilustrado algunos de los problemas que surgen de esta inadecuación entre la realidad (la existencia de empresas organizadas mediante la utilización de complejos mecanismos contractuales y societarios) y la legislación. En particular, se ha intentado retratar cómo la utilización de grupos empresariales puede producir una escisión entre el poder para tomar decisiones y las responsabilidades que nacen de estas decisiones (el controlador toma las decisiones, pero la responsabilidad recae en una filial que en muchos casos es poco más que una fachada).

Esta escisión afecta especialmente a ciertos grupos e intereses específicos: i) la recaudación fiscal (la gran mayoría de los grupos empresariales se organiza en torno a un plan de eficiencia tributaria), ii) los accionistas minoritarios (quienes, tal como lo señalaban Easterbrook y Fischel,<sup>43</sup> pueden exigir una compensación *ex ante*<sup>44</sup>), y iii) en lo que nos interesa, los acreedores excluidos de negociar, es decir, las víctimas de accidentes provocados por el grupo, las víctimas de violaciones a los derechos humanos perpetradas por la empresa o en su beneficio y, en ciertos casos, los trabajadores o los consumidores.

---

43 Easterbrook y Fischel (1996).

44 Tal cual lo evidencia la existencia de los descuentos de holding, esto es, el menor valor al que transan las acciones de una sociedad holding respecto de la suma de los valores de sus sociedades filiales. Véase: [¿Qué es un holding y cómo funcionan sus descuentos?](#)

Por último, se han revisado algunas de las estrategias para lidiar con estos problemas.

Para entender cómo las estructuras societarias modernas dificultan las exigencias de justicia de las víctimas de accidentes e ilícitos cometidos por empresas, es necesario revisar las estructuras que pueden tomar los grupos corporativos (nacionales y transnacionales) y cuáles son los criterios que se usan para decidir entre unas u otras formas de organización.

### 1.5.1 Tipos de sociedades

Si Juan y Pedro quieren organizar una florería, en la que Juan pone el capital y Pedro el trabajo, existen varias alternativas para formalizar esa relación empresarial.<sup>45</sup>

Una alternativa es que Juan forme una sociedad unipersonal (podría ser una empresa individual de responsabilidad limitada<sup>46</sup> o una sociedad por acciones<sup>47</sup>) y Pedro sea su empleado. Otra alternativa es que formen una sociedad que permita que uno de los socios aporte el capital y otro la administre (como podría ser una sociedad en comandita por acciones<sup>48</sup>) o, por último, podrían formar una sociedad en que ambos sean socios, pero sus aportes al capital social sean distintos (como podría ser una sociedad de responsabilidad limitada<sup>49</sup> o una sociedad por acciones).

Otra alternativa es que Juan y Pedro no formen ninguna clase de sociedad y se dediquen al negocio de la florería directamente, pero esta última alternativa plantea un problema central para entender por qué existen las sociedades y en particular los grupos empresariales: si a Pedro y Juan les va mal en el negocio, sus acreedores pueden ejercer acciones para perseguir todos sus bienes, presentes o futuros. Es lo

---

45 Como se señaló más arriba, desde el punto de vista económico una empresa es la reunión de capital y trabajo dirigida a la producción de bienes o servicios.

46 Ley N° 19.857.

47 Reguladas en el Párrafo 8° del Título VII del Libro II del Código de Comercio.

48 Artículo 473 del Código de Comercio.

49 Ley N° 3.918.

que se conoce como el derecho general de prenda.<sup>50</sup> Inversamente, si les va bien con la florería, pero alguno de ellos administra mal su propio patrimonio, entonces sus acreedores pueden embargar los bienes de la florería.

Así, la ley creó un mecanismo que permita separar los patrimonios personales de los socios del patrimonio del negocio en común, estableciendo una doble limitación: i) la limitación de responsabilidad de los socios respecto de las obligaciones de la sociedad, responsabilidad que normalmente está limitada a su aporte, y ii) una limitación respecto del derecho de prenda general de los acreedores del socio respecto de los bienes sociales.<sup>51</sup>

Un segundo aspecto que la ley debe resolver, especialmente en el contexto de una economía moderna en que, por una parte, se requieren enormes capitales para emprender cierto tipo de negocios y por la otra, opera la especialización del trabajo, es el hecho de que normalmente quién tiene el capital no necesariamente sabe cómo administrar un negocio y quien sabe administrar un negocio no necesariamente tiene capital, de modo que es necesaria una estructura que permita la administración profesional del negocio y la reunión de una enorme suma de capital aportado por inversionistas que no van a participar en la administración de esa sociedad. La típica figura que resuelve este dilema es el de la sociedad anónima.

Tradicionalmente, el derecho comercial clasifica todos estos vehículos de acuerdo con una serie de criterios: por ejemplo, existen sociedades (o empresas) individuales, en las que solo hay un socio, y sociedades colectivas en las que se reúnen dos o más socios. Asimismo, se distingue entre sociedades de personas (en las que la identidad de los socios es un elemento esencial de la sociedad) y sociedades de capital (en el que la identidad de los socios no es relevante para efectos de la validez de la sociedad respectiva, como las sociedades anónimas, las sociedades por acciones y las sociedades en comandita por acciones).

---

50 Artículo 2465 del Código Civil.

51 Artículo 380 del Código de Comercio.

De acuerdo con su objeto social, se distingue entre sociedades civiles y comerciales, y, según quien detenta la propiedad de estas últimas, entre sociedades o empresas públicas, privadas o mixtas.

### 1.5.2 Grupos empresariales

Sin embargo, tal como se ha venido sosteniendo, las empresas modernas casi nunca se organizan mediante un único vehículo legal. Por el contrario, se forman y organizan agrupando un conjunto de entidades que son dirigidas o coordinadas a través de distintos medios.

El surgimiento de estos grupos puede ser rastreado hasta finales del siglo XIX, cuando se combinaron una serie de factores, entre los que destacan requerimientos de capital cada vez mayores para proyectos como la construcción de ferrocarriles, grandes canales (Suez, Panamá) y grandes proyectos industriales; la aparición de las sociedades *holding* (sociedades que estaban autorizadas a poseer acciones de otras sociedades<sup>52</sup>) y de otras formas de integración específicas en ciertos países<sup>53</sup>; y aunque más controversial, también se ha sostenido que las primeras leyes antimonopolios en ese mismo periodo pudieron haber influido en las fusiones de grandes grupos empresariales.<sup>54</sup>

Por otra parte, existe una serie de explicaciones sobre cómo estos grandes grupos nacionales se fueron internacionalizando durante el siglo XX, especialmente a partir del término de la Segunda Guerra Mundial, formalizadas en el modelo OLI (*ownership-specific, location-specific e internationalization factors*). La propensión de una empresa a internacionalizar sus actividades es función de: sus ventajas específicas y de largo plazo en la producción de bienes y servicios (poder de mercado basado en la diferenciación a través de una marca o de

52 En Estados Unidos, el estado de New Jersey fue el primero en autorizar sociedades de este tipo, en 1888 (Muchlinski; p. 35).

53 En Inglaterra se permitió algo similar, pero con el requisito de que el giro social de la sociedad adquirida fuera compatible con el de la sociedad adquirente. En Alemania, en cambio, dada la importancia de los grandes bancos en la época, se permitieron mecanismos de control asociados a la creación de directorios de supervisión, permitiendo que los bancos lograran un amplio control sobre las compañías alemanas hacia fines del siglo XIX (Muchlinski; p. 35).

54 La Sherman Act de 1890, al prohibir la conformación de carteles, pudo haber influido en la ola de fusiones empresariales ocurridas en Estados Unidos en esa misma época. Sobre este argumento y sus debilidades, Massimo Motta: *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004.

mejores procesos de administración o menores costos o ventajas tecnológicas); hasta qué punto esa ventaja puede ser mejor explotada internamente comparativamente a venderla o vender su licencia, es decir, el análisis de los costos de transacción, y hasta qué punto los países (y sus mercados) en los que se internacionalizarán sus actividades permiten explotar las ventajas específicas.<sup>55</sup>

Por último, es importante resaltar que los grupos empresariales (nacionales y multinacionales) pueden ser organizados de muy distintas formas. En lo que sigue se describirán algunas de las principales formas de organización, incluidas las organizaciones estructuradas contractualmente, las organizaciones estructuradas a través de relaciones de propiedad, los *joint venture*, las alianzas informales, las multinacionales públicas y algunas formas supranacionales de empresas.

La forma que adopte un grupo de empresas dependerá de un conjunto de factores entre los que destacan la naturaleza del mercado en el que operan y el conjunto de funciones necesarias para hacerlo de forma exitosa, las competencias organizacionales de los ejecutivos, los niveles de influencia de las áreas gerenciales y de los trabajadores, la cultura interna de la empresa y las políticas públicas del país anfitrión.<sup>56</sup>

#### 1.5.2.1 Formas de organización contractual de las empresas multinacionales

La definición OCDE de empresa multinacional no se limita a grupos basados en relaciones de propiedad, sino que cubre también otras formas de organización, en tanto dos o más compañías u otras entidades establecidas en distintos países desarrollen actividades que estén tan vinculadas que deban coordinar sus operaciones.<sup>57</sup>

Existe un amplio rango en los grados de coordinación y control que se pueden dar en este tipo de grupos, desde aquellos en los que existe un nivel de control tal que se puede asimilar a una relación

55 Dunning, John H.: *International Production and the Multinational Enterprise*, George Allen & Unwin, 1981.

56 Muchlinski (2007)..

57 OCDE Guidelines for Multinational Enterprises 2011.

**Un consorcio se crea cuando dos o más empresas independientes cooperan en modo tal de actuar como si fueran una entidad única, con un propósito específico y por un período determinado. Algunas veces los consorcios pueden tomar la forma de un *joint venture*, especialmente cuando se trata de proyectos de gran escala.**

matriz/filial, hasta aquellos en que las relaciones contractuales son esporádicas y no implican ningún grado de control. Cuando existe algún grado de control (de un miembro del grupo respecto de otro), entonces estamos en presencia de una red empresarial.

Entre los tipos de relaciones contractuales que pueden dar lugar a un grupo empresarial organizado contractualmente, se pueden mencionar los acuerdos de distribución y en particular los acuerdos de distribución mediante franquicias. Este último tipo de acuerdo se caracteriza por que el productor en el país de origen vende al distribuidor local un formato de negocio completo, incluidos derechos de propiedad intelectual, *know how*, etcétera, a cambio del aporte de capital necesario para establecer la franquicia.

Los acuerdos de producción (que van de la mano con la venta de una licencia para producir, estándares y control de calidad, etcétera) también pueden dar lugar a un grupo empresarial estructurado en forma contractual, especialmente en el caso de los consorcios. Un consorcio se crea cuando dos o más empresas independientes cooperan en modo tal de actuar como si fueran una entidad única, con un propósito específico y por un período determinado. Algunas veces los consorcios pueden tomar la forma de un *joint venture*, especialmente cuando se trata de proyectos de gran escala.<sup>58</sup>

Los grupos empresariales estructurados contractualmente también pueden tomar la forma de cooperaciones público-privadas, especialmente en proyectos de infraestructura. En los países en desarrollo, este modelo se ha utilizado intensamente para sectores como el agua, electricidad, carreteras, con financiamientos aportados por entidades supranacionales como el Banco Mundial.

---

58 Muchlinski; p. 54. Ejemplos de consorcios de gran escala: la explotación de petróleo en el Mar del Norte por parte de un consorcio liderado por Phillips Petroleum, la construcción del avión Concorde por Sud Aviation de Francia y la British Aircraft Company y la formación original de la compañía Airbus.

### 1.5.2.2 Grupos basados en relaciones de propiedad

La forma más típica de organización empresarial es mediante relaciones de propiedad entre las distintas sociedades del grupo. Este tipo de grupos puede organizarse de diversas maneras, entre las que destacan el grupo piramidal anglo/americano, las fusiones transnacionales europeas, los *keiretsu* de Japón y los conglomerados latinoamericanos.

#### a. Modelo piramidal

Este modelo se forma mediante una sociedad matriz que controla un conjunto de sociedades, las que a su vez pueden controlar otro grupo de sociedades aguas abajo, formando una pirámide con la sociedad *holding* en la cima.

Dada la estructura de este tipo de grupos, es aquí donde resulta más fácil establecer la línea de control desde la matriz hasta las subsidiarias operativas, modelo organizacional que se conoce como jerárquico. Uno de los fenómenos asociados al modelo jerárquico es la “divisionalización”, es decir, el proceso por el cual algunas o todas las funciones de las filiales son asumidas por una entidad corporativa, organizando las labores del grupo en divisiones separadas. De esta forma, por ejemplo, el área de recursos humanos, de finanzas o legal de la filial operativa es absorbida por la división corporativa respectiva que pasa a servir a todas las filiales del grupo.

En casos en los que se busca determinar la responsabilidad de la matriz por los daños provocados por sus filiales (levantar el velo corporativo), determinar la existencia de este tipo de estructura puede facilitar la determinación del grado de participación directa de la matriz en los hechos que produjeron el daño. Naturalmente, la divisionalización puede llevar a que los órganos formales de toma de decisión de la filial respectiva (por ejemplo, el directorio) terminen cumpliendo una función decorativa, y ponen de relevancia la importancia de un análisis de la realidad económica por sobre la formalidad jurídica.

Inversamente, el modelo jerárquico puede evolucionar en un modelo heterárquico, en el que ciertas funciones son distribuidas

geográficamente y el rol de la oficina matriz se transforma, dejando de ser la sede final de toma de decisiones para asumir un rol de coordinación e identificación de nuevas oportunidades de negocio (o sea un rol estratégico), lo que puede llevar al grupo a una reorganización con unidades más pequeñas, autónomas y empoderadas.<sup>59</sup>

b. Fusiones de empresas

Una serie de grupos multinacionales son el resultado de fusiones entre empresas de distintos países, lo que es especialmente común en Europa.<sup>60</sup> Este tipo de grupo está a medio camino entre una estructura piramidal y un *joint venture* entre dos compañías independientes. Dadas las particularidades de las fusiones transnacionales y del mercado común, estos grupos suelen ser estructuralmente mucho más complejos que el modelo piramidal.

En efecto, cuando las sociedades que se fusionan transan sus acciones en las bolsas de sus países de origen, normalmente se crean dos compañías *holding* (una en cada país), cuya propiedad se mantiene en manos de las compañías fundadoras (y sus accionistas minoritarios), pero las operaciones se traspasan a filiales controladas por ambas compañías *holding*. Un ejemplo de esto es la anglo-holandesa Royal Dutch Shell (hasta su unificación en 2005).

Normalmente las sociedades *holding* (ambas) comparten un equipo gerencial común y, para aprovechar economías de escala, las operaciones son reorganizadas mediante el proceso de divisionalización. Unilever, una de las primeras multinacionales nacidas como resultado de una fusión transnacional (en 1920), fue la precursora de este modelo. Para dar un trato equitativo a los accionistas (que se sitúan en distintos países y por lo tanto

---

59 Sobre los factores que pueden influir en qué tan autónomas serán las filiales en un grupo empresarial (multinacional o no), y por lo tanto en qué lugar se ubicará en el espectro jerárquico/heterárquico: *OCDE Structure and Organization of Multinational Enterprises*, Paris OCDE, 1987.

60 Aunque, por ejemplo, en Latinoamérica se puede citar el caso de LATAM, que es el resultado de la fusión entre la chilena LAN y la brasileña TAM.

están sujetos a distintos regímenes tributarios), se establecen acuerdos de equalización de dividendos.

Dado este tipo de complejidades y los avances en lograr un mercado común europeo más armónico, es posible que este tipo de grupos empresariales vaya siendo reemplazado por el modelo piramidal.

c. Los “*keiretsu*” japoneses

Hasta el término de la Segunda Guerra Mundial, las empresas japonesas se estructuraban en conglomerados industriales, que normalmente incluían un banco, controlados por familias (tal cual ocurre hoy en Latinoamérica) y llamados *zaibatsu*.

Las fuerzas aliadas de ocupación introdujeron una serie de leyes dirigidas a terminar con los monopolios (en 1947), buscando descentralizar la economía y terminar con los *zaibatsu*. En particular, se prohibió la creación de *holdings* y se fijaron límites muy estrictos a la tenencia de acciones por parte de las sociedades anónimas más grandes.

Como resultado de todo esto, los grupos japoneses evolucionaron en una forma única conocida como *keiretsu*. Estos grupos se caracterizan por muy pequeñas participaciones accionarias recíprocas entre las empresas del grupo, pero con un fuerte nivel de coordinación gerencial. Algunos de los principales *keiretsu* son Mitsubishi, Mitsui, Sumitomo, etcétera.

d. Conglomerados latinoamericanos

Al igual que en Japón antes del término de la Segunda Guerra Mundial, los grupos económicos latinoamericanos se caracterizan por organizarse en torno a conglomerados controlados por grupos familiares.

Lo que caracteriza a un conglomerado es el hecho de que las distintas sociedades que lo conforman participan en distintas industrias y mercados. Así por ejemplo, entre los principales grupos económicos de Chile existen algunos que se dedican a

actividades tan diversas como banca y minería, forestal y pesca, retail e hipódromos, etcétera.

Entre las razones para la existencia de conglomerados, se pueden citar los mercados ineficientes (dificultades en el acceso a capital), altos costos de transacción, las privatizaciones de empresas públicas en los años 80-90, y la escasa protección legal a los accionistas minoritarios en las legislaciones latinoamericanas, entre otras deficiencias.

## 1.6 La actividad empresarial del Estado

### 1.6.1 Empresas de propiedad del Estado (EPE)

El Principio Rector 4 establece una responsabilidad específica y reforzada de los Estados por las actividades de las empresas su propiedad que impactan negativamente los derechos humanos: “Los Estados deben adoptar medidas adicionales de protección contra las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas de su propiedad o bajo su control, o que reciban importantes apoyos y servicios de organismos estatales, como los organismos de crédito a la exportación y los organismos de seguros o de garantía de las inversiones, exigiendo en su caso, la debida diligencia en materia de derechos humanos”.

El Grupo de Trabajo ha interpretado este principio como responsabilidad de los Estados de “liderar con el ejemplo” en materia del respeto a los derechos humanos y su implementación a través de la debida diligencia en las EPE.<sup>61</sup>

Sin embargo, no es solo el Principio Rector 4 el que se refiere explícitamente a las empresas estatales. Lo hace también el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que considera que existe una obligación de las empresas estatales y no solamente una responsabilidad de actuar ejemplar.<sup>62</sup> Así, la Observación General N° 15 es más explícita y exigente en establecer que debe “abstenerse (...) de inmiscuirse arbitrariamente en los sistemas consuetudinarios o tradicionales de distribución del agua, de reducir o contaminar ilícitamente el agua, por ejemplo, con desechos procedentes de instalaciones pertenecientes al Estado”.<sup>63</sup>

---

61 GT, Informe 2015, disponible con las autoras.

62 Contreras, M. y Schönsteiner, J. (2017): “Derecho al agua, emergencias y responsabilidades del estado y de las empresas sanitarias”, en: Vial, Tomás (ed.), *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile*, Ediciones UDP; pp. 99-162.

63 Comité DESC, Observación General N° 15; párr. 21.

**Cabe destacar que la diferenciación entre actividades *iure gestionis* y otras *iure imperii*, donde solamente las últimas podrían generar responsabilidad del Estado, ya no es mayoritaria en el derecho internacional.**

La CIDH establece un estándar más estricto al indicar que, “en el contexto de industrias extractivas y proyectos de desarrollo (...) cuando es el propio Estado el que implementa tales actividades, estos tienen obligaciones directas de respetar y garantizar los derechos humanos involucrados con la debida diligencia”.<sup>64</sup>

El criterio aplicable para la CIDH es la relación entre empresa y comportamiento estatal:

“La evaluación de las acciones debidas en cada caso dependerá en gran medida del nivel de relación entre el comportamiento del Estado y los factores que amenazan o permiten violaciones a los derechos humanos relacionados con actividades empresariales. Por ejemplo, la relación entre el Estado y una empresa pública se considerará muy estrecha, independientemente de que esta última sea un sujeto de derecho privado y en estricto sentido no tenga capacidad de actuación estatal o no ejerza función pública alguna, a menos que se demuestre lo contrario. Ello debido a que el Estado siempre dispondrá o debía haber dispuesto de más medios para velar por el respeto de los derechos humanos en esas circunstancias, así como de la posibilidad de ejercer un mayor nivel de control o influencia sobre la empresa, o ya sea por la propia naturaleza de la actividad de la empresa pública involucrada. Situación similar se presenta cuando el Estado desarrolla sus protocolos o estrategias de contratación o compras públicas, negocia o implementa tratados de inversión, facilita crédito a la exportación o participa de instituciones multilaterales de financiamiento. En todas esas circunstancias, los Estados son requeridos a extremar las precauciones para asegurar sus obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos y sus impactos fuera de sus territorios”.<sup>65</sup>

Finalmente, cabe destacar que la diferenciación entre actividades *iure gestionis* y otras *iure imperii*, donde solamente las últimas podrían generar responsabilidad del Estado, ya no es mayoritaria en el dere-

64 CIDH, Informe 2019 párr. 310, y CIDH, Informe 2015, p. 85.

65 CIDH, Informe 2019, párr. 312.

cho internacional. Un artículo reciente explicita estas teorías sobre atribución en relación con la estructura de las empresas Codelco y ENAP y concluye que ambas pueden generar responsabilidad internacional directa del Estado de Chile si cometieran violaciones de derechos humanos.<sup>66</sup> Es, por lo tanto, aún más importante que sus actividades respeten eficazmente los derechos humanos y que esto sea garantizado por parte de los tribunales.

### Ejercicio

Revise el Código SEP (2017) e identifique en qué medida menciona/refleja los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos. El documento se puede descargar [aquí](#).

### Para profundizar

- Schönsteiner, J., Martínez, V. y Miranda, C. (2020): “Atribuibilidad al Estado de Chile de actos y omisiones de sus empresas públicas del sector extractivo a la luz de la jurisprudencia de Tribunales Regionales de Derechos Humanos”, en *Revista Chilena De Derecho*, 47(3); pp. 757-784. Disponible [en línea](#).
- OCDE, Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas, 2015. Disponible [en línea](#).

---

66 Schönsteiner, J., Martínez, V. y Miranda, C. (2020): “Atribuibilidad al Estado de Chile de actos y omisiones de sus empresas públicas del sector extractivo a la luz de la jurisprudencia de Tribunales Regionales de Derechos Humanos”, en *Revista Chilena De Derecho*, 47(3); pp. 757-784. Disponible [en línea](#).

### 1.6.2 Servicios públicos privatizados

Cuando se trate de la prestación de servicios básicos tercerizados, el derecho internacional de los derechos humanos es muy claro en asignar la responsabilidad al Estado mismo;<sup>67</sup> los PR nuevamente son más vagos en indicar, en el Principio Rector 5, que “los Estados deben ejercer una supervisión adecuada con vistas a cumplir sus obligaciones internacionales de derechos humanos cuando contratan los servicios de empresas, o promulgan leyes a tal nivel, que puedan tener un impacto sobre el disfrute de los derechos humanos”.

#### Para profundizar

- Contreras, M. y Schönsteiner, J. (2017): “Derecho al agua, emergencias y responsabilidades del estado y de las empresas sanitarias”, en Vial, Tomás (ed.), *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile*, Ediciones UDP; pp. 99-162.

### 1.6.3 Compras públicas

El Principio Rector 6 indica que “los Estados deben promover el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas con las que lleven a cabo transacciones comerciales.” El Comentario a este principio especifica que:

“Los Estados llevan a cabo múltiples transacciones comerciales con empresas, especialmente a través de sus actividades de adquisición. Esto les brinda oportunidades excepcionales –individual y colectivamente– de promover la concienciación y el respeto de los derechos humanos entre esas empresas, en particular al estipular los términos de los contratos, prestando la debida atención a las obligaciones del Estado dimanantes de la legislación nacional e interna”.

---

67 Corte IDH, *Ximenes Lopes vs. Brasil*.

**En caso de que la empresa que obtiene la licitación o celebre convenio registre saldos insolutos de remuneraciones o cotizaciones de seguridad social con sus actuales trabajadores o con trabajadores contratados en los últimos dos años, los primeros estados de pago producto del contrato licitado deberán ser destinados al pago de dichas obligaciones.**

La Ley N° 19.886, sobre contratos administrativos de suministro y prestaciones de servicios, establece en relación a los contratos con la Administración que “quedarán excluidos quienes, al momento de la presentación de la oferta, de la formulación de la propuesta o de la suscripción de la convención, según se trate de licitaciones públicas, privadas o contratación directa, hayan sido condenados por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador, dentro de los anteriores dos años”.

En caso de que la empresa que obtiene la licitación o celebre convenio registre saldos insolutos de remuneraciones o cotizaciones de seguridad social con sus actuales trabajadores o con trabajadores contratados en los últimos dos años, los primeros estados de pago producto del contrato licitado deberán ser destinados al pago de dichas obligaciones, debiendo la empresa acreditar que la totalidad de las obligaciones se encuentran liquidadas al cumplirse la mitad del periodo de ejecución del contrato, con un máximo de seis meses. Todas estas gestiones se deben comprobar.

Asimismo, se establece que estarán inhabilitados para inscribirse en el Registro de Proveedores quienes hayan sido condenados por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador, inhabilitación que dura dos años. La inhabilitación de la sociedad afectará también a quienes tengan la administración de esta, tratándose de sociedades de responsabilidad limitada, incluidas las empresas individuales, así como colectivas y en comandita. En el caso de sociedades anónimas, la inhabilitación afectará a todos sus directores. En todos los casos, la inhabilitación afectará a todos quienes tengan el uso de la razón social.<sup>68</sup>

Adicionalmente, Chilecompra ha adoptado una serie de directivas de implementación voluntaria, incluyendo varias sobre temas ambientales, igualdad de género, inclusión, etcétera. Las reparticiones públicas pueden incluir los estándares de estas directivas a sus licitaciones, con lo cual, a través de los contratos respectivos se hacen

---

68 Reglamento de la Ley N° 19.886 párrafo 5°, sobre inhabilidades e incompatibilidades.

obligatorias para las empresas proveedoras. Un similar mecanismo de incentivos específicos podría ser utilizado en cualquier programa de subsidios del Estado. La justiciabilidad de estos estándares dependerá de las cláusulas contractuales y del foro de adjudicación definido en el respectivo contrato.

Aún no se ha adoptado una directiva sobre debida diligencia en materia de derechos humanos, sin embargo, la directiva N° 31 “Código de Ética para Proveedores del Estado” incluye una cláusula referida al respeto de los derechos humanos: “Los proveedores deben respetar los derechos fundamentales de los trabajadores, promoviendo especialmente los derechos humanos, considerando el derecho al trabajo como una base para la realización de otros derechos y para una vida en dignidad”. Esto implica especialmente las “medidas necesarias para que la cadena de producción se encuentre libre de trabajo infantil” y “para evitar conductas discriminatorias en toda la cadena de producción y/o distribución” (artículo 2).<sup>69</sup>

### Para profundizar

- Directivas Chilecompra, disponibles [en línea](#).
- ComunidadMujer/ Chilecompra: *Sistematización, Compras Públicas inclusivas en Chile*, 2018. Disponible [en línea](#).
- Martín-Ortega, Olga y O’Brien, Claire: *Public Procurement and Human Rights. Opportunities, Risks and Dilemmas for the State as a Buyer*, Edgar Elgar, 2019.

---

69 Chilecompra, Res. Ex. N° 92-B que Aprueba Directiva de Contratación Pública N° 31, 2 de febrero de 2018. Disponible [en línea](#).



# Obligaciones estatales y responsabilidades empresariales. Conceptos clave.

## Existe una conciencia creciente de que las empresas, por el impacto que generan y el poder que ostentan, deberían tener responsabilidades en materia de derechos humanos.

Por décadas, aprendimos que los derechos humanos son obligaciones del Estado y que el derecho internacional no impone obligaciones a las empresas. Y en principio sigue siendo así, pues las empresas no afrontan obligaciones legales a nivel internacional, ni siquiera se les aplica el derecho penal internacional si hubieran cometido crímenes internacionales.

Sin embargo, existe una conciencia creciente de que las empresas, por el impacto que generan y el poder que ostentan, deberían tener responsabilidades en materia de derechos humanos. Por ahora, no se ha reconocido en esta materia ningún símil legal al “efecto horizontal de los derechos fundamentales” (*Drittwirkung*) en el derecho internacional, si bien hay instrumentos de *softlaw* que definen responsabilidades de respeto de los derechos humanos para las empresas, tales como los Principios Rectores de las Naciones Unidas para Empresas y Derechos Humanos, y las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales.

En este capítulo revisaremos primero el contenido y alcance de esta responsabilidad, para luego presentar las obligaciones de protección y garantía del Estado en relación con las actividades empresariales, y explorar cómo debería incentivarse a las empresas a implementar el respeto a los derechos humanos, incluso más allá de lo que exige la ley.

Nos basaremos para ello en modelos de “*enforced self-regulation*”, esto es, mecanismos de gobernanza, *compliance* y autorregulación de las empresas que el Estado incentiva. Estos incentivos, claro está, son complementarios a los sistemas de regulación, fiscalización y sanción de los elementos centrales de la protección de los derechos humanos, particularmente, la prevención de su violación por parte de las empresas.

## 2.1 Responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos

### 2.1.1 Historia y definiciones básicas de los Principios Rectores de las Naciones Unidas

Para conocer el desarrollo del concepto de “empresa y derechos humanos” y de “responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos”, presentamos extractos de un documento elaborado por una de las autoras del presente material docente, Daniela Ortega, para el Laboratorio Constitucional de la Universidad Diego Portales:

“Las primeras iniciativas para abordar los impactos de las empresas se dieron en el contexto del Nuevo Orden Económico Internacional en los años 70 (Alston, 2005). Fue en este marco internacional, que aspiraba a una redistribución de los recursos en el mundo y asentar la soberanía de los países en desarrollo, que estos últimos propusieron un marco regulatorio amplio que incluía, entre otras materias, abordar los impactos de la inversión extranjera en sus distintas formas, incluyendo las empresas multinacionales.

En este contexto, se creó la Comisión de Empresas Transnacionales de las Naciones Unidas que propuso un Borrador de Código de Conducta sobre Empresas Transnacionales que establecía la obligación de estas empresas de respetar los objetivos de desarrollo de los países anfitriones, como también respetar su legislación interna, los derechos humanos y los objetivos estatales de protección de consumidores y medioambiente. (Nolan, 2016). El proyecto tuvo una clara oposición de los países industrializados y fue formalmente abandonado en 1992 (Ruggie, 2007).

Hasta ahora, pese a no estar exentas de dificultades y críticas, las iniciativas voluntarias o de ‘soft law’ han logrado un mayor consenso internacional. En 1976, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) aprobó las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales, y un año

después la Organización Internacional del Trabajo (OIT) adoptó la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales. Ambos documentos hacen referencia a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y otras normas internacionales de derechos humanos y han ido actualizándose a los nuevos avances en la materia (Ruggie, 2007).

En 1998, la Subcomisión de las Naciones Unidas para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, un órgano experto dependiente de la entonces Comisión de Derechos Humanos, estableció un grupo de trabajo sobre empresas y los derechos humanos cuya misión era hacer recomendaciones y propuestas relacionadas con los efectos de las actividades de las empresas transnacionales sobre los derechos económicos, sociales y culturales y el derecho a desarrollo, así como de los derechos civiles y políticos (Naciones Unidas, 1998).

En 2003, el Grupo de Trabajo produjo el 'Borrador de Normas sobre las Responsabilidades de las Corporaciones Transnacionales y Otras empresas comerciales con respecto a los derechos humanos'. Se trataba de un texto que, asimilando el formato y lenguaje de un tratado, reconocía que, si bien los Estados era los principales obligados a la protección de los derechos humanos, las empresas también tenían responsabilidades legales (Ruggie, 2007). Esta propuesta pasó a la Comisión de Derechos Humanos donde no logró tener apoyo de los Estados, principalmente por oposición de la Cámara Internacional de Comercio y la Organización Internacional de Empleadores (Ruggie, 2007).

En el año 2000, a instancias del Secretario General de la ONU Kofi Annan, se creó el Pacto Global. Su objetivo principal más que establecer una regulación al actuar de las empresas, buscó establecer un diálogo entre las empresas y sus grupos de interés y alentarlos a cumplir una lista corta de principios que comprenden ámbitos de derechos humanos, relaciones laborales, medioambiente y anticorrupción (Bernaz, 2017). El Pacto Global agrupa en la actualidad a más de 12.000 em-

presas ubicadas en 160 países del mundo que comprometen voluntariamente la implementación de estos diez principios inspirados en los estándares de las Naciones Unidas (United Nations Global Compact, s.f.).

Desde el año 2003, la participación en el Pacto Global supone el compromiso de informar anualmente sobre el progreso en la incorporación de los principios en la gestión de la empresa y la falta de reporte podría llevar a la expulsión de la empresa de la red. En el año 2005 se acordó que la expulsión de las empresas de la red sería de carácter público. La iniciativa no ha estado exenta de críticas, basadas principalmente en lo limitado del contenido de los principios como también en la falta de mecanismos de monitoreo y responsabilidad robustos de las empresas que forman parte de esta iniciativa (Deva, 2006). Para otros, se trata de una iniciativa voluntaria de las empresas que ha colaborado en instalar los derechos humanos como tema relevante en la gestión empresarial y establecer un vínculo directo entre las Naciones Unidas y las empresas. Sus adeptos señalan también que la vaguedad de las normas permite a las empresas sentirse menos intimidadas e implementar los principios de acuerdo con lo que funciona mejor en su industria y en el país donde operan y abogan por un fortalecimiento progresivo del sistema de Pacto Global (Ghafele & Mercer, 2010-2011).

En 2005, en el seno de las Naciones Unidas volvió a retomarse una iniciativa que abordara los efectos en los derechos humanos por parte de las empresas y se estableció un mandato para un Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, con el fin de iniciar un nuevo proceso. En dicha oportunidad, se le solicitó identificar y clarificar los estándares internacionales y políticas sobre empresas y derechos humanos.

Luego de un largo trabajo de estudio y consultas con los grupos de interés, el Representante Especial presentó en el año 2008, una propuesta para abordar el debate sobre empresas

**Hablamos de “empresas y derechos humanos” cuando nos referimos al respeto por parte de todos los tipos de empresas, en todos los sectores, a los derechos humanos. Adicionalmente, el término se refiere a los incentivos (con o sin sanciones) que actores públicos o privados establecen para que las empresas respeten esos derechos.**

y derechos humanos. Esta propuesta se basó en tres pilares principales; la obligación del Estado de proteger los derechos humanos, la responsabilidad de la empresa de respetar los derechos humanos y la necesidad de contar con mecanismos eficaces de reparación.

El año 2011 el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó unánimemente la propuesta del Representante, que es lo que conocemos como los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar (‘Principios Rectores’) y que constituye el instrumento marco que existe en la materia. Ese mismo año, el Consejo de Derechos Humanos estableció el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas (‘Grupo de Trabajo’) cuyo mandato principal es promover la divulgación y aplicación efectiva y global de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Si bien no tiene mandato para resolver casos, si puede realizar visitas a países y hacer recomendaciones”.

Hablamos de “empresas y derechos humanos” cuando nos referimos al respeto por parte de todos los tipos de empresas, en todos los sectores, a los derechos humanos. Adicionalmente, el término se refiere a los incentivos (con o sin sanciones) que actores públicos (“el Estado” o “las organizaciones internacionales”) o privados (por ejemplo, “los bancos”) establecen para que las empresas respeten esos derechos.

#### **2.1.1.1 Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos**

Los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, están divididos en tres pilares, que también podríamos llamar capítulos. El Pilar I se refiere al rol del Estado (ver acápite 2.2), el Pilar II trata el deber de respetar a los derechos humanos que tienen las empresas y el Pilar III se dedica a distintos

mecanismos –privados y públicos– de acceso a un remedio y acceso a la justicia en relación a las violaciones a los derechos humanos que pueden ocurrir cuando no se logra o no se quiere prevenirlas.

El Principio Rector 11 establece: “Las empresas deben respetar los derechos humanos. Eso significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las tengan alguna participación”.

El Comentario a este principio explica más detalladamente qué significan estos términos, que de hecho no son de uso constante en el derecho internacional de los derechos humanos:

“La responsabilidad de respetar los derechos humanos constituye una norma de conducta mundial aplicable a todas las empresas, dondequiera que operen. Existe con independencia de la capacidad y/o voluntad de los Estados de cumplir sus propias obligaciones de derechos humanos y no reduce esas obligaciones. Se trata de una responsabilidad adicional a la de cumplir las leyes y normas nacionales de protección de los derechos humanos.

Hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos implica tomar las medidas adecuadas para prevenirlas, mitigarlas y, en su caso, remediarlas.

Las empresas pueden asumir otros compromisos o llevar a cabo otras actividades para apoyar y promover los derechos humanos y contribuir así a mejorar el disfrute de los derechos. Pero esto no compensa el incumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos en el desempeño de sus actividades.

Las empresas no deben menoscabar la capacidad de los Estados para cumplir sus propias obligaciones en materia de derechos humanos, ni emprender acciones que puedan debilitar la integridad de los procesos judiciales”.

Finalmente, para detallar aún más el significado, recurrimos a la Guía interpretativa del Alto Comisionado de Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos, que señala, por ejemplo: “¿Qué significa ‘abstenerse de infringir’ los derechos humanos? Eso significa que las empresas pueden dedicarse a sus actividades, dentro de la ley, siempre que no vulneren los derechos humanos de las personas en el proceso. Por ejemplo, si una fábrica o una mina contamina las fuentes de agua de las comunidades vecinas de manera que la población no pueda tener el mismo acceso que antes a un agua potable segura, habrá vulnerado el disfrute del derecho al agua potable. Asimismo, si una empresa desaloja a una comunidad sin las debidas garantías, consultas e indemnizaciones, estará vulnerando el derecho a una vivienda adecuada”.<sup>70</sup>

Ciertamente, para una interpretación acabada de los Principios Rectores, debemos tomar en cuenta documentos e instrumentos adicionales. En los capítulos 3 y 4 de este manual presentaremos dichos documentos y señalaremos en qué medida constituyen fuentes jurídicas.

Hay voces de expertos, entre ellos el miembro del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, Surya Deva, profesor de empresas y derechos humanos en la Universidad de Hong Kong, que argumentan que el respeto a los derechos humanos es incompatible con algunas industrias como la industria de armamento o la energía de carbón, y que por lo tanto las empresas de estos rubros no podrían realizar una satisfactoria debida diligencia en materia de derechos humanos a menos que cambien de rubro.<sup>71</sup> Los inversionistas conscientes del respeto a los derechos humanos debieran desinvertir de estas industrias, tal como, en la práctica, el fondo de pensiones de Noruega ya aplica una política de inversión de similares características.<sup>72</sup>

---

70 ACNUDH. La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos: Guía para la interpretación (2012); p. 16. Disponible [en línea](#).

71 Deva, Surya: “Climate Change, Human Rights and the UN Guiding Principles: Interlinkages and Red Flags”, en: Smit, Lise y Alogna, Ivano (eds.), *Human Rights Due Diligence for Climate Change Impacts*. Webinars Series Report, BIICL 2021; pp. 48-50. Disponible [en línea](#).

72 Véase criterios de inversión del fondo del Norges Bank. Disponibles [en línea](#).

**Las directrices son el único instrumento de DHyE que cuenta con un mecanismo propio de implementación, los Puntos Nacionales de Contacto que los miembros de la OCDE y los países asociados están obligados a crear.**

## Ejercicio

Identifique la estructura de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, así como los actores a quienes se asignan responsabilidades.

### 2.1.1.2 Las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (2011)

Las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales fueron revisadas en 2011, en permanente diálogo con el entonces Representante Especial del Secretario General para asuntos de empresas y derechos humanos, John Ruggie. En esa ocasión, se incluyó en las directrices un capítulo de derechos humanos que sigue la misma lógica de los Principios Rectores y su enfoque en el respeto a los derechos humanos y la debida diligencia.

Este mismo enfoque se encuentra, también, en el estándar (no certificable) ISO 26000 sobre Responsabilidad Social Empresarial, que muchas empresas conocen. Las directrices, además, abarcan temas como los derechos laborales, el ambiente, los derechos de los consumidores y la lucha contra la corrupción. Para las empresas, las directrices constituyen recomendaciones y son, por lo tanto, voluntarias.

Las directrices son el único instrumento de DHyE que cuenta con un mecanismo propio de implementación, los Puntos Nacionales de Contacto que los miembros de la OCDE y los países asociados están obligados a crear (para su funcionamiento, ver capítulo 3).

La OCDE ha adoptado, desde 2013, una serie de guías de debida diligencia, donde proporciona una bajada de las directrices para distintas industrias. En 2018, publicó una guía general.

De parte de una organización internacional, estas guías son en el momento actual los documentos más prácticos que existen para que las empresas puedan saber qué se espera de ellas en materia de

conducta empresarial responsable (CER), incluyendo los derechos humanos. Las empresas transnacionales chilenas están, en general, conscientes de la existencia de estos documentos.

### **Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales de 2011. Capítulo IV sobre Derechos Humanos y Comentario.**

Los Estados tienen el deber de proteger los derechos humanos. Dentro del marco de los derechos humanos internacionalmente reconocidos y de los compromisos internacionales en materia de derechos humanos suscritos por los países en los que las empresas ejercen su actividad, así como en el marco de las leyes y regulaciones nacionales pertinentes, las empresas deberán:

1. Respetar los derechos humanos, lo cual significa que han de velar por no vulnerar los derechos de los demás y hacer frente a los impactos negativos sobre los derechos humanos en los que se vean implicadas.
2. En el marco de sus actividades propias, evitar causar impactos negativos sobre los derechos humanos o contribuir a que se generen y resolver dichos impactos si los hubiera.
3. Esforzarse por prevenir y atenuar los impactos negativos sobre los derechos humanos directamente vinculados con sus actividades, bienes o servicios en virtud de una relación comercial con otra entidad, incluso si las empresas no contribuyen a generar dichos impactos.
4. Elaborar una política que formule su compromiso con el respeto de los derechos humanos.
5. Ejercer la debida diligencia 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 impactos negativos sobre dichos derechos.

6. Establecer mecanismos legítimos o cooperar mediante estos mecanismos para poner remedio a los impactos negativos sobre los derechos humanos cuando se descubra que han causado dichos impactos o que han contribuido a generarlos.

### **Comentario sobre Derechos Humanos**

36. Este capítulo comienza con una introducción que define el marco en el que se inscriben las recomendaciones específicas relativas al respeto de los derechos humanos por parte de las empresas. Se inspira en el Marco de las Naciones Unidas para las Empresas y los Derechos Humanos para “Proteger, Respetar y Remediar” y es conforme con los Principios Rectores para su puesta en práctica.

37. La introducción y el primer párrafo disponen que los Estados tienen el deber de proteger los derechos humanos y que las empresas, con independencia de su tamaño, sector de actividad, contexto operacional, estructura de propiedad u organización, deben respetar los derechos humanos en cualquier lugar en que ejerzan sus actividades. El respeto de los derechos humanos es la norma de conducta esperada a nivel mundial por parte de las empresas, independientemente de la capacidad y/o la voluntad de los Estados de cumplir sus obligaciones en la materia, y ello no disminuye estas obligaciones.

38. El hecho de que un Estado no aplique su legislación nacional pertinente o no respete sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos o que infrinja esta legislación o estas obligaciones internacionales, no afecta a la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. En países donde las leyes y regulaciones nacionales son contrarias a los derechos humanos reconocidos internacionalmente, las empresas deben buscar los medios para respetarlos en la mayor medida de lo posible, sin violar la legislación nacional, conforme al párrafo 2 del capítulo titulado “Conceptos y principios”.

39. En todos los casos y con independencia del país o del contexto específico en el que se desarrollan las actividades de las empresas, debe hacerse referencia como mínimo a los derechos humanos reconocidos internacionalmente consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos, que comprende la Declaración Universal de Derechos Humanos y los principales instrumentos a través de los que fue codificada: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como los principios sobre derechos fundamentales expuestos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo de 1998 relativa a los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo.

40. Las empresas pueden incidir prácticamente en todo lo referido a los derechos humanos reconocidos internacionalmente. En la práctica, ciertos derechos humanos pueden ser más vulnerables que otros en ciertos sectores o contextos y serán, en consecuencia, objeto de una mayor atención. Sin embargo, las situaciones pueden cambiar y, por tanto, todos los derechos deben ser examinados periódicamente. En función de las circunstancias, las empresas pueden adoptar normas adicionales. Por ejemplo, las empresas deben respetar los derechos humanos de las personas que pertenecen a categorías específicas o poblaciones que merecen una atención particular, cuando puedan tener un impacto negativo sobre estos derechos. En este contexto, los instrumentos de Naciones Unidas han precisado los derechos de los pueblos indígenas; las personas que pertenecen a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas; las mujeres; los niños; los discapacitados; los trabajadores inmigrantes y sus familias. Además, en situaciones de conflicto armado, las empresas deben respetar las normas del derecho internacional humanitario, lo que puede ayudar a las empresas a evitar impactos negativos o a contribuir a ellos cuando actúan en un medio tan difícil.

41. En el párrafo 1, hacer frente a impactos negativos, reales o potenciales, sobre los derechos humanos consiste en tomar las medidas apropiadas para detectar, prevenir en la mayor medida de lo posible y atenuar los potenciales impactos sobre los derechos humanos, remediar los impactos reales y rendir cuentas de las medidas tomadas para estos fines. El término “vulnerar” se refiere a los impactos negativos que una empresa puede tener sobre los derechos humanos.

42. El párrafo 2 recomienda a las empresas evitar causar impactos negativos sobre los derechos humanos o contribuir a ellos a través de sus actividades y resolver los impactos negativos cuando surjan. El término “actividades” incluye tanto acciones como omisiones. Cuando una empresa contribuye o es susceptible de contribuir a una incidencia de este tipo, debería adoptar las medidas necesarias para impedir esta contribución o interrumpirla y usar su poder para mitigar en la mayor medida de lo posible el eventual impacto negativo. Se considera que la empresa tiene este poder cuando puede modificar las prácticas de una entidad que afecten negativamente a los derechos humanos.

43. El párrafo 3 se refiere a situaciones más complejas en las que una empresa no ha contribuido a un impacto negativo sobre los derechos humanos, pero este impacto está, sin embargo, directamente relacionado con sus operaciones, bienes o servicios, en virtud de la relación comercial que tiene con otra entidad. El párrafo 3 no tiene por objeto transferir la responsabilidad de la entidad causante del impacto negativo a la empresa con la que tiene una relación comercial. Cumplir con lo establecido en este párrafo implica que una empresa, sola o actuando en forma conjunta con otras entidades, según corresponda, deberá ejercer su poder para convencer a la entidad que origina un impacto negativo de este tipo de impedir o atenuar dicho impacto. Se entiende por “relación comercial” de una empresa cualquier relación con sus socios comerciales, los agentes de su cadena de suministro y otros actores no públicos y agentes del Estado directamente ligados

a sus actividades comerciales, bienes o servicios. Entre los factores que se considerarán para determinar la acción que deberá llevarse a cabo en estas situaciones figuran el poder ejercido por la empresa sobre la entidad en cuestión, la importancia de esta relación para la empresa, la gravedad del impacto y si la ruptura de la relación podría tener un impacto negativo sobre los derechos humanos.

44. El párrafo 4 recomienda a las empresas que manifiesten su compromiso con el respeto de los derechos humanos a través de una declaración que: (i) sea aprobada al nivel jerárquico más alto de la empresa; (ii) sea elaborada por especialistas externos o internos; (iii) defina lo que se espera del personal, socios comerciales y otras partes directamente asociadas a sus actividades, bienes o servicios en materia de derechos humanos; (iv) sea difundida públicamente y comunicada interna y externamente al conjunto del personal, socios comerciales y otras partes interesadas; (v) se traduzca en políticas y procedimientos operacionales que den una dimensión concreta a este compromiso.

El párrafo 5 recomienda a las empresas ejercer la debida diligencia en materia de derechos humanos. Este proceso implica evaluar los impactos reales o potenciales sobre los derechos humanos, integrar los resultados de dicha evaluación y poner en práctica las acciones correspondientes, hacer un seguimiento de las respuestas y comunicar las medidas tomadas para hacer frente a los impactos. La debida diligencia en materia de derechos humanos puede integrarse en los sistemas generales de gestión de riesgos de la empresa siempre que no se limiten meramente a identificar y gestionar los riesgos significativos para la propia empresa sino que incluyan también los riesgos para los titulares de estos derechos. Se trata de un ejercicio continuo ya que los riesgos relativos a los derechos humanos pueden variar con el transcurso del tiempo a medida que evolucionan las actividades de la empresa y su contexto. Los párrafos 10, 11, y 12 del capítulo titulado “Principios generales” y sus comentarios proporcionan indicaciones complementarias

sobre la debida diligencia, incluso en relación con las cadenas de suministro, así como respuestas adecuadas a los riesgos que surgen en dichas cadenas de suministro.

Cuando una empresa detecta, gracias a sus procedimientos de debida diligencia o por otros medios, que ha causado un impacto negativo sobre los derechos humanos o que ha contribuido a generarlo, las Directrices recomiendan que ponga en marcha mecanismos de reparación. En ciertas situaciones, es necesario cooperar con mecanismos judiciales o no judiciales establecidos por el Estado. En otros casos, los mecanismos de reparación existentes en la empresa, disponibles para las personas que puedan verse afectadas por las actividades de la empresa, pueden ser un medio eficaz para establecer dichos procedimientos de reparación, siempre que cumplan los siguientes criterios fundamentales: legitimidad, accesibilidad, previsibilidad, equidad, compatibilidad con las Directrices y transparencia; también deben basarse en el diálogo y la voluntad de alcanzar soluciones consensuadas. Estos mecanismos pueden ser gestionados por la empresa, sola o en colaboración con otras partes interesadas, y pueden ser fuente de aprendizaje común. Los mecanismos internos de reparación no deben ser utilizados para debilitar la función de los sindicatos en la resolución de conflictos laborales ni deben impedir el acceso a mecanismos judiciales o no judiciales de reparación del daño, incluidos los Puntos Nacionales de Contacto establecidos en virtud de las Directrices.

### Para profundizar

- Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable, 2018. Disponible [en línea](#).
- OCDE/FAO: Guía OCDE-FAO para las cadenas de suministro responsable en el sector agrícola, Éditions OCDE 2017, París. Disponible [en línea](#).

### 2.1.1.3 Los instrumentos de la Organización Internacional del Trabajo

Más allá de los Convenios de la OIT que Chile ha ratificado, es relevante la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas multinacionales y la política social, en su versión actual,<sup>73</sup> al tomar en cuenta las estructuras particulares de las empresas transnacionales (multinacionales). Además, hacen especial referencia a los Principios Rectores de 2011. La Declaración tiene un anexo que incluye referencias a todos los convenios de la OIT por ámbito temático, entre ellos, sobre eliminación de trabajo forzoso, infantil, condiciones laborales, y derechos colectivos.

### 2.1.1.4 Los instrumentos de la Organización de Estados Americanos

Si bien el sistema interamericano ha abordado asuntos de Derechos Humanos y Empresa, en virtud de su mandato lo ha hecho en relación con las obligaciones estatales, y solo indirectamente en relación con las responsabilidades empresariales (ver acápite 2.2).

#### Para profundizar

- Ortega, Daniela: “Derechos Humanos y Empresas: La necesidad de revisar la efectividad de las iniciativas emprendidas”, Documento de trabajo ICSO N° 55/2019, Serie Laboratorio Constitucional UDP, 2019. Disponible [en línea](#).
- ACNUDH: La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. Guía para la interpretación, 2012. Disponible [en línea](#).

---

73 OIT: Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas multinacionales y la política social (2017). Disponible [en línea](#).

**Los sistemas de justicia estatales, al momento de atribuir responsabilidad por vulneraciones de derechos humanos a las empresas, deben considerar no solo las leyes y regulaciones de un país sino también los instrumentos de derechos humanos a los que se encuentran obligados los Estados.**

- Schönsteiner, J. y Van Yurick, M.E.: *Comunidades Indígenas, Derechos Humanos y Empresas*, Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, 150 pp. ISBN 978-956-362-188-4. Disponible [en línea](#).
- CPC: *Empresas y Derechos Humanos: Nuestro Compromiso*, 2019. Disponible [en línea](#).

### 2.1.2 Fundamento de la atribución de responsabilidad de las empresas

El Comentario al Principio Rector 11 explica que las empresas deben tomar medidas capaces de prevenir, mitigar y remediar cualquier impacto negativo en derechos humanos.

Al hacerlo, las empresas deben considerar que, en ciertos casos, el ordenamiento jurídico interno ha legislado o regulado directamente obligaciones de derechos humanos del Estado (*e.g.*, tipificación del delito de trata). Cuando ello no ha ocurrido, las empresas deberán identificar la brecha entre la ley doméstica y el estándar de derechos humanos (*e.g.*, priorización del agua para consumo humano), y establecer mecanismos de prevención, mitigación y remediación de acuerdo con el estándar de derechos humanos.

En este contexto, los sistemas de justicia estatales, al momento de atribuir responsabilidad por vulneraciones de derechos humanos a las empresas, deben considerar no solo las leyes y regulaciones de un país sino también los instrumentos de derechos humanos a los que se encuentran obligados los Estados. El respeto a tales instrumentos debería ser contrastado con el deber de cuidado de los entes morales, sus representantes y demás miembros.

### 2.1.3 Derechos humanos que deben respetar las empresas

Según los Principios Rectores, “la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se refiere a los derechos humanos internacionalmente reconocidos que abarcan, como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y

**Si se evalúa la debida diligencia en derechos humanos de una empresa, dentro de un juicio en el que se examine un programa de *compliance* o sobre el deber de cuidado, se debe fundar el análisis en los documentos señalados en los Principios Rectores, aun cuando estos no son vinculantes para las empresas o para el Estado donde están incorporadas.**

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” (PR 12).

Esto significa, en definitiva, que una empresa debe respetar estos derechos sin importar si el Estado en el cual está incorporada o donde haga negocio haya ratificado estos tratados.

Entonces, como veremos en el capítulo 3, si se evalúa la debida diligencia en derechos humanos de una empresa, dentro de un juicio en el que se examine un programa de *compliance* o sobre el deber de cuidado, se debe fundar el análisis en los documentos señalados en los Principios Rectores, aun cuando estos no son vinculantes para las empresas o para el Estado donde están incorporadas.

Por ejemplo, una empresa estadounidense tendrá que respetar los derechos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, mientras que una empresa china tendrá que hacer lo mismo en relación con los derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a pesar de que los respectivos Estados de origen no hayan ratificado estos tratados.

### Ejercicio

La Carta Internacional de Derechos Humanos se compone de la Declaración Universal sobre los Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos de 1966. Elabore un listado de los derechos contenidos en estos instrumentos.

#### 2.1.4 Algunos casos ejemplares

##### 2.1.4.1 Curtidos Bas

*Instrucciones:* leer extractos de la sentencia del TC, identificar actores, identificar impacto de la empresa, identificar derechos humanos que están involucrados.

#### 2.1.4.2 Ducto de Mehuin

*Instrucciones:* mirar extracto de “Batalla naval de Mehuin” y resumen de los hechos en denuncia del Observatorio Ciudadano ante la CIDH, identificar actores, identificar impacto de la empresa, identificar derechos humanos que están involucrados.

#### 2.1.4.3 Complejo industrial Quintero-Puchuncaví

*Instrucciones:* leer extractos de la sentencia CS 5888-2019, además de informe INDH sobre la situación, identificar actores, identificar impacto de las empresas, identificar derechos que están involucrados. Anotar complejidad del caso en cuanto a 1) Causalidad, 2) Responsabilidad compartida/diferenciada, 3) Rol del Estado como regulador/fiscalizador, 4) Producción de evidencia y 5) Responsabilidad empresarial en el derecho interno: limitaciones de identificación, sanción, etcétera.

#### 2.1.4.4 Represa Ralco

*Instrucciones:* leer extractos de la solución amistosa ante la CIDH, y reportes de cumplimiento (Informe Anual CIDH), identificar dificultades de implementación, identificar posibilidades del derecho interno de haber protegido los derechos, identificar acciones voluntarias de la empresa que se hubieran podido realizar.

#### Para profundizar

- INDH, Mapa de Conflictos Socioambientales, 2019. Disponible [en línea](#).

#### 2.1.5 Contenido y alcance del deber empresarial de respetar los derechos humanos: instituciones jurídicas de aplicación relevante

Si bien los Principios Rectores no constituyen una fuente jurídica vinculante para la aplicación del derecho chileno, dan orientaciones de interpretación de ciertos estándares internacionales, y en situaciones de efecto horizontal (*Drittwirkung*), de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de la República.

Además, como veremos a partir del acápite 2.2, permiten definir con mayor precisión algunas de las obligaciones internacionales del Estado y en consecuencia, proporcionan orientaciones de interpretación conforme o control de convencionalidad, según sea el caso, para la definición del alcance del mandato constitucional del artículo 5º inciso segundo para los órganos del Estado.

Profundizaremos estos aspectos posteriormente (capítulo 3); por ahora, basta tenerlos presentes para explicar la razón de ser de la presente sección: definir el contenido y alcance de la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos.

#### 2.1.5.1 La debida diligencia empresarial

Los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos de 2011 definen que las empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos. Más precisamente, “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 esas 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**” (PR 13, *los destacados son nuestros*).

Notemos la diferenciación entre actividades propias y relaciones comerciales, que exigen un estándar distinto de cuidado. Además, las empresas deben velar incluso por “consecuencias negativas sobre los derechos humanos” a las que no han contribuido, entonces tienen un deber de vigilancia, de cuidado, por el simple hecho de entrar en relaciones comerciales con *otra* empresa que podría vulnerar los derechos humanos, y tomar acciones correspondientes, como veremos enseguida.

La herramienta para incorporar este respeto transversalmente en sus actividades es la “debida diligencia empresarial”. Si bien tiene similitudes con la debida diligencia estatal estipulada desde el caso Velásquez Rodríguez por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, toma en consideración diferencias importantes que se basan en las diferencias estructurales y organizacionales entre empresa y Estado.

Revisaremos primero entonces la definición del concepto “debida diligencia empresarial” tal como queda establecido en los Principios Rectores, y segundo, detallaremos algunos aspectos a la luz de la Guía de Debida Diligencia de la OCDE que aplica el mismo concepto. Finalmente, contextualizaremos la “debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos” en relación con otros conceptos similares, como el “*due diligence*” exigido a las empresas en los procesos de *compliance* y de evaluación de riesgos.

En concreto, las empresas deben contar con políticas y procedimientos apropiados en función de su tamaño y circunstancias, a saber:

- “a) Un compromiso político de asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos;
- b) Un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos;
- c) Unos procesos que permitan reparar todas las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que hayan provocado o contribuido a provocar” (PR 15).

El compromiso político debe ser adoptado al más alto nivel de la empresa (PR 16) y debe estar publicado. Este compromiso da pie, eventualmente, a reclamos por parte de los consumidores y consumidoras en caso de que la empresa lo incumpla en relación a alguno de sus productos (véase capítulo 4).

El corazón de la debida diligencia en materia de derechos humanos son tres medidas (PR 17):

“Con el fin de identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos, las empresas deben proceder con la debida diligencia en materia de derechos humanos. Este proceso debe incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas. La debida diligencia en materia de derechos humanos:

a) Debe abarcar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que la empresa haya provocado o contribuido a provocar a través de sus propias actividades, o que guarden relación directa con sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales;

b) Variará de complejidad en función del tamaño de la empresa, el riesgo de graves consecuencias negativas sobre los derechos humanos y la naturaleza y el contexto de sus operaciones;

c) Debe ser un proceso continuo, ya que los riesgos para los derechos humanos pueden cambiar con el tiempo, en función de la evolución de las operaciones y el contexto operacional de las empresas”.

El proceso implica, de manera clave, un proceso de priorización de los impactos de la empresa, debiendo abarcar primero los impactos que serían los más graves o irreversibles. Hay que recordar que estos procesos pueden ayudar a cumplir la ley (por ejemplo, ambiental, laboral, de consulta indígena etcétera), pero nunca la pueden reemplazar. Más bien, estos procesos están orientados a que la empresas vaya más allá de lo que exija la ley.

El Comentario al PR 17 habla de “complicidad” y, como se explica en el mismo, este término no se agota en un significado penalista y no se pretende aplicar los criterios del derecho penal de la complicidad a menos que así se indique explícitamente.

Como es sabido, la participación es un derecho humano (véase por ejemplo art. 23 CADH) y también un elemento clave de la debida diligencia empresarial. Así, el PR 18 establece que:

“A fin de calibrar los riesgos en materia de derechos humanos, las empresas deben identificar y evaluar las consecuencias negativas reales o potenciales sobre los derechos humanos en las que puedan verse implicadas ya sea a través de sus propias actividades o como resultado de sus relaciones comerciales. Este proceso debe:

- a) Recurrir a expertos en derechos humanos internos y/o independientes;
- b) Incluir consultas sustantivas con los grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas, en función del tamaño de la empresa y de la naturaleza y el contexto de la operación”.

Aunque se puede ver que la participación se instrumentaliza –“sirve” para obtener una visión completa de los impactos en materia de derechos humanos– la consulta no es un elemento accesorio a la evaluación de riesgos, sino parte esencial de ella. La dificultad radica en la participación eficaz y significativa, porque requiere una inversión en materia de información, accesibilidad de la información, y las condiciones materiales de una participación en igualdad de condiciones.

Las desventajas informativas, educativas, de tiempo y de recursos deben tomarse en cuenta. Por ejemplo, una consulta no se realizaría en igualdad de condiciones si las personas potencialmente afectadas, especialmente si pertenecieran a estratos socioeconómicos más bajos, tuvieran que financiar ellas mismas consejo legal, o la pérdida de ingresos por participar.

La participación, además, no consiste en un ejercicio puntual. El Comentario al PR 18 hace hincapié en que la participación de quienes son afectados/as en la determinación de las consecuencias y riesgos de una actividad económica con impacto en los derechos humanos, debe ser continua. Además, la consulta a expertos y expertas solo puede

**Una principal dificultad para la determinación de cualquier responsabilidad es el establecimiento del vínculo entre el riesgo, daño o afectación que haya ocurrido en la cadena de suministro, y la empresa.**

reemplazar la participación de las personas directamente afectadas si es imposible contar con las voces de éstas (véase también ACNUDH, Guía Interpretativa, preguntas 29 y 30, así como pregunta 42).

Una principal dificultad para la determinación de cualquier responsabilidad es el establecimiento del vínculo entre el riesgo, daño o afectación que haya ocurrido en la cadena de suministro, y la empresa. La responsabilidad que definen los Principios Rectores es objetiva, o sea, no hay evaluación de la intencionalidad o “culpa” como bajo la responsabilidad extracontractual de las medidas que afectan los derechos humanos. Además, se define el “vínculo” de una manera particular, que no corresponde completamente a los parámetros usuales del derecho doméstico ni internacional para la atribución de responsabilidad.

El siguiente cuadro resume las variables que se debieran tomar en cuenta para determinar si una empresa tiene o hubiera tenido “influencia” para prevenir una violación a los derechos humanos:

La “influencia” sobre una entidad (empresarial, gubernamental o no gubernamental) en este contexto se puede ser reflejo de uno o más factores, por ejemplo:

- a. Si le empresa tiene cierto grado de control directo de la entidad;
- b. Las condiciones del contrato entre empresa y la entidad;
- c. La proporción del negocio que la empresa representa para la entidad;
- d. La capacidad de la empresa de motivar a la entidad para que mejore su comportamiento en el ámbito de los derechos humanos utilizando para ello el negocio futuro, la mejora de su reputación, la ayuda en la creación de capacidad, etc;
- e. Las ventajas que supone para la reputación de la entidad trabajar con la empresa y el daño que supondría la ruptura de esa relación;
- f. La capacidad de la empresa para motivar a otras empresas u organizaciones a mejorar su propio comportamiento en el ámbito de los derechos humanos, incluso mediante asociaciones comerciales e iniciativas de múltiples interesados;
- g. La capacidad de la empresa para conseguir que el gobierno que el gobierno central o local intervenga y exija a la entidad una mejora de su comportamiento en materia de derechos humanos mediante la aplicación de normas, vigilancia, sanciones, etc.

Fuente: ACNUDH, Guía Interpretativa; p. 57.

A lo anterior se agrega la publicidad, la comunicación de los resultados de la evaluación de impactos y las medidas que se hayan adoptado para prevenir los daños o mitigarlos (PR 21).

Es importante hacer hincapié en un criterio de “proporcionalidad” que encontramos en los Principios Rectores. Mientras se exige el respeto a los derechos humanos a todas las empresas, independiente de su constitución, tamaño, rubro, etcétera (ver capítulo 1), la modalidad de implementación se ajusta a las posibilidades de la empresa.

El PR 14 señala: “La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se aplica a todas las empresas independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura. Sin embargo, la magnitud y la complejidad de los medios dispuestos por las empresas para asumir esa responsabilidad puede variar en función de esos factores y de la gravedad de las consecuencias negativas de las actividades de la empresa sobre los derechos humanos”.

Es en este contexto que también se discute la necesidad de incentivos especiales para que las PyMEs puedan respetar los derechos humanos, y la posibilidad de iniciativas gremiales donde empresas de mayor tamaño puedan apoyar a sus proveedores o empresas más pequeñas de un similar rubro. Estas iniciativas deben evaluarse, sin embargo, ante las exigencias de las medidas antimonopólicas que prescribe la ley.

En resumen, dependiendo de los vínculos que tiene la empresa con las actividades que impactan a los derechos humanos, y del control (la “influencia”) que tiene sobre los otros actores involucrados, se define lo que debe hacer o lo que debiera haber hecho para prevenir la violación. El siguiente cuadro visualiza el esquema que ocupan los Principios Rectores para ello:

	Con influencia	Sin influencia
Relación comercial esencial	<p><b>A.</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>— Mitigar el riesgo de que la violación continúe o vuelva a ocurrir</li> <li>— Si esto no se consigue</li> </ul>	<p><b>B.</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>— Tratar de aumentar la influencia</li> <li>— Si se consigue, tratar de mitigar el riesgo de que la violación continúe o vuelva a producirse</li> <li>— Si no se consigue, considerar la posibilidad de poner fin a la relación**, o demostrar que se está haciendo lo posible por mitigar la violación, reconociendo las consecuencias que se puede tener la permanencia.</li> </ul>
Relación comercial no esencial	<p><b>C.</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>— Tratar de mitigar el riesgo de la violación continúe o vuelva a producirse</li> <li>— Si no se consigue, adoptar medidas para poner fin a la relación*.</li> </ul>	<p><b>D.</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>— Valorar opciones razonables para aumentar la influencia a fin de mitigar el riesgo de que la violación continúe o vuelva a producirse.</li> <li>— Si eso es imposible o no se consigue, considerar la posibilidad de poner a fin a la relación*.</li> </ul>

\* Al adoptar la decisión de poner fin a la relación debe tenerse en cuenta una evaluación fiable de las posibles consecuencias negativas que esa decisión puede tener sobre los desechos humanos.

\*\* Si se considera que la relación es esencial, deberá tenerse en cuenta también la gravedad de las consecuencias negativas cuando se evalúe cuál es el modo correcto de actuar.

Fuente: ACNUDH, Guía Interpretativa; p. 58.

En la práctica de los tribunales, los conceptos recién presentados podrían ser utilizados en las siguientes situaciones:

- Para interpretar qué es lo que el Estado debiera exigir a las empresas en materia de derechos humanos, en virtud de las obligaciones internacionales que el Estado ha contraído de garantizar los derechos humanos.
- Para interpretar correctamente las obligaciones de los directores de empresas, y el alcance de la Norma 385 de la Comisión para el Mercado Financiero.

- Para interpretar correctamente las obligaciones de las partes establecidas en un contrato que hace referencia a los Principios Rectores o a las Líneas Directrices de la OCDE, o, explícitamente, a la debida diligencia en materia de derechos humanos.
- Para interpretar correctamente si en un caso específico consta publicidad engañosa relacionada con un producto supuestamente “respetuoso de los derechos humanos”.
- Para interpretar la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales cuando la persona jurídica responsable/recurrída es una empresa.

#### Para profundizar

- Guía de la OCDE de Debita Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable, 2018. Disponible [en línea](#).

#### 2.1.5.2 Estándares de cuidado por parte de los administradores y las empresas

El deber de cuidado se define usualmente solo hacia los accionistas.<sup>74</sup> En algunas jurisdicciones, esta responsabilidad se extiende hacia asuntos ambientales o sociales yendo, entonces, más allá del interés puramente financiero de los accionistas.

Solo en muy pocas jurisdicciones, se definen deberes de cuidado hacia la sociedad o hacia los y las trabajadoras. Más bien, la figura jurídica que representa estos intereses corresponde a los derechos fundamentales de los trabajadores, sus derechos colectivos, y, por otro lado, la regulación tributaria (función social de la propiedad), ambiental, sanitaria, etcétera.

---

74 Véase por ejemplo Wigodski, Teodoro: “Los deberes del director de empresas y principales ejecutivos”, sin año. Disponible [en línea](#).

¿Cómo “entran” entonces los conceptos de debida diligencia en este marco de derecho corporativo?

### Para profundizar

- Contardo, Juan Ignacio y Schönsteiner, Judith: *Chile*, en Kessedjian, C. y Cantú, H. (eds.): *Private International Law for Corporate Social Responsibility*, Springer Verlag, Basel 2020; pp. 225-256.

### 2.1.5.3 Gobernanza y debida diligencia en materia de derechos humanos

Existen distintas herramientas de gobernanza que permitirían acoger o incorporar la debida diligencia en materia de derechos humanos. La que más se discute a nivel de la literatura es una incorporación en sistemas ya existentes de evaluación de riesgos (de mercado, sociales, ambientales etcétera) y en los mecanismos de *compliance* creados para combatir la corrupción y el lavado de dinero, incluso si el “riesgo a evitar” no fuera un delito penal sino, por ejemplo, un daño susceptible de responsabilidad extracontractual.

Tres núcleos conceptuales parecen reunir las disyuntivas más importantes que enfrentará, eventualmente, el Poder Judicial. Primero, la definición de riesgo; segundo, la transparencia y auditoría independiente (privada o pública) versus la protección del secreto comercial ante riesgos que aún no están incluidos en el derecho positivo; y tercero, la vinculación necesaria entre mecanismos de *compliance*, regulación y fiscalización estatal, así como la correspondiente judicialización de los actos administrativos u omisiones y negligencias de privados.

La definición de riesgo es un asunto de las ciencias (psicológicas, ambientales, económicas, etcétera), con sus respectivas metodologías que traen limitaciones y aciertos. La evidencia en la evaluación de riesgos no corresponde a lo que se conoce como evidencia “más allá de toda duda razonable” o estándar de prueba del derecho civil;

se asemeja más bien a la evaluación de “amenazas” a los derechos fundamentales donde se evalúan probabilidades futuras que ciertos acontecimientos se materialicen.

Todo tribunal, incluso los órganos internacionales de derechos humanos, tiene sus dificultades de actuar preventiva y eficazmente ante las amenazas a los derechos humanos.<sup>75</sup>

La ponderación de diferentes intereses, de lo “razonable” de las medidas adoptadas para lograr la prevención de violaciones de derechos humanos por parte de terceros, nos hace entrar de lleno a un área que debiera ser la “especialidad” de los tribunales: la proporcionalidad de las medidas que protegen derechos humanos.

Finalmente, sin vinculación clara y palpable (en términos de “incentivos”) de los mecanismos de *compliance* con la regulación y fiscalización estatal (sea esta administrativa o penal), los mecanismos podrían perder su ímpetu. En tal sentido, se ha discutido a nivel nacional, por ejemplo, la relación entre *compliance* y sanciones ambientales (administrativas y penales). La reflexión sobre *compliance* y debida diligencia en derechos humanos debiera tomar una senda similar, considerando los delitos que típicamente acompañan una violación de los derechos humanos, particularmente daño ambiental, delitos sanitarios con afectación de la salud, negligencia médica, etcétera. Un buen ejemplo para profundizar sobre estas preguntas dice relación con el derecho ambiental y la responsabilidad penal de la persona jurídica.<sup>76</sup>

La crítica a los mecanismos de *compliance* está basada, principalmente, en el hecho de que gran parte de su funcionamiento recurre a la discrecionalidad de las empresas, en el marco de la responsabilidad social de la empresa (RSE), criticada por las mismas razones.<sup>77</sup> Sin

---

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

76 Collado, Rafael y Leyton, Patricio: “De garrotes y zanahorias: derecho penal ambiental y *compliance*”, en *Revista de Derecho Ambiental* N° 13 (2020); pp. 111-143. Disponible [en línea](#).

77 Addo(2020); sección IV.

embargo, hay razones pragmáticas y convincentes para utilizar los mecanismos de *compliance* en la implementación de la debida diligencia en derechos humanos.

Estas razones justifican que exista, también, una valoración judicial de la existencia de estos mecanismos de *compliance* al momento de evaluar la eventual negligencia de parte de una empresa, que podría haber llevado a la comisión de un delito. Dentro de ellas está la “similitud sustantiva” entre los temas abordados por el *compliance* y los levantados por el marco de empresas y derechos humanos, a pesar de la visión de quienes hacen énfasis en que el *compliance* corporativo se centre en la protección de la empresa ante potenciales litigios, mientras activistas de derechos humanos parten desde los intereses de las potenciales víctimas y buscan una eficaz prevención, como señala Michael Addo, antiguo miembro del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas.<sup>78</sup>

Addo hace hincapié en que la mayoría de los estándares de derechos humanos ya son parte del marco de *compliance*, por ejemplo cuando las empresas deben cumplir con el derecho laboral, la no discriminación, la privacidad, o, de manera indirecta, cuando deben implementar la sustentabilidad ambiental, la seguridad alimentaria (sanitaria), la prohibición de corrupción o lavado de dinero.<sup>79</sup>

Por último, debería estar claro que para empresas medianas y pequeñas será sumamente difícil disponer de la *experticia* y los recursos humanos y financieros para instalar un sistema de *compliance*<sup>80</sup> más allá de lo absolutamente requerido por ley. Es allí donde el Estado podría crear incentivos de políticas públicas, incluyendo tributarias, para facilitar la situación, además de incentivar el intercambio y fi-

---

78 Addo (2020); sección IV.

79 Addo (2020); sección V.

80 Addo (2020); sección V.

**Ciertamente, no es labor judicial identificar o definir estos incentivos, pero consideramos que los operadores de justicia deberían entender los contextos de la debida diligencia para saber juzgar adecuadamente el comportamiento de las empresas en materia de derechos humanos, esto es, en su afectación de derechos fundamentales.**

nanciamiento gremial para abordar el *compliance* de manera holística en las respectivas cadenas de suministro. Las medidas necesarias de adoptar pueden ser preventivas, disuasivas o remediales.<sup>81</sup>

Así también, los tratados contra la corrupción y el lavado de dinero crean una serie de “obligaciones en cascada”<sup>82</sup> donde los Estados son los principales obligados, si bien posteriormente hay actores que se obligan bajo el derecho penal y hay actores privados que son negligentes en el control de la actividad ilegal, haciéndose por lo tanto responsables por la falta de implementar correctamente un sistema de *compliance*.<sup>83</sup> Esta misma estructura, se arguye, debiera aplicarse para todos los ámbitos donde las empresas deben respetar los derechos humanos.

Ciertamente, no es labor judicial identificar o definir estos incentivos, pero consideramos que los operadores de justicia deberían entender los contextos de la debida diligencia para saber juzgar adecuadamente el comportamiento de las empresas en materia de derechos humanos, esto es, en su afectación de derechos fundamentales.

En tal sentido, puede ocurrir que la pregunta acerca de si un determinado incentivo corresponde o no a la protección de los derechos humanos que exige el derecho internacional o alguna rama del derecho interno, sea llevada ante un tribunal para que dirima.

### Ejercicio

Lea el texto de Collado y Leyton (2020) en la *Revista de Derecho Ambiental* para adentrarse en un debate específico sobre la estructura de incentivos (y distintas formas de sanciones). ¿Cuál cree usted sería el marco más eficaz para lograr que las empresas no dañen el medioambiente?

81 Ivory, Radha: “Due Diligence Debates in International Anti-corruption and Money Laundering Law”, en Peters, Anne; Krieger, Heike y Kreuzer, Leonhard (eds.): *Due Diligence in the International Legal Order*, Oxford University Press 2020; p. 294.

82 Ibid., p. 296.

83 Ibid.

### Para profundizar

- Addo, Michael K.: *Is Business and Human Rights Suitable for the Compliance Function?*, The University of Chicago Law Review Online, 01.07.2020. Disponible [en línea](#).
- UN Global Compact: *Linking Human Rights and Anticorruption Compliance*. Disponible [en línea](#).
- Ivory, Radha: “Due Diligence Debates in International Anti-corruption and Money Laundering Law”, en Peters, Anne; Krieger, Heike, y Kreuzer, Leonhard (eds.): *Due Diligence in the International Legal Order*, Oxford University Press 2020; pp. 288-300.

#### 2.1.5.4 Sistemas de evaluación de impactos

En los últimos años, varias instituciones han desarrollado herramientas para la determinación del impacto que tiene una empresa/ actividad productiva/sector productivo en los derechos humanos de las personas. Estas herramientas se conocen comúnmente como “Evaluación de impacto en derechos humanos” (EDIH) o “*Human Rights Impact Assessment*” (HRIA).

Estas herramientas tienen variada compatibilidad con un enfoque de derechos humanos, si bien algunas no consideran de manera suficiente la participación, la transparencia o el alcance y contenido de ciertos derechos. Las EDIH pueden realizarse a nivel de operación (por ejemplo, un proyecto de inversión en específico), empresa, sector, o sobre la normativa aplicable en un cierto país. La siguiente lista proporciona ejemplos de tales herramientas:

- Danish Institute for Human Rights (para empresas): [resumen y completa](#).
- Otras herramientas para empresas: Business for Social Responsibility (BSR) y [Global Perspectives Project](#) (Global Compact Network Netherlands, Oxfam and Shift).

- Herramienta para comunidades: Getting it right, community-based HRIA (Oxfam).

Desde una visión global del proceso de debida diligencia, la evaluación de impactos puede integrarse en los procesos de evaluación de riesgos de la empresa, y los mecanismos de *compliance*. Estos también se pueden construir –y de hecho deben construirse– como procesos participativos que involucren a trabajadores, comunidades y otras partes interesadas que podrían sufrir violaciones a sus derechos humanos.

### Para profundizar

- Gore, Tim: *5 lessons learned on how to conduct a Human Rights Impact Assessment*, Oxfam UK. Disponible en línea.
- Schönsteiner, J. y Van Yurick, M.E.: *Comunidades Indígenas, Derechos Humanos y Empresas*, Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, 150 pp. ISBN 978-956-362-188-4. Disponible en línea.
- Evaluación de impacto sectorial: Salmonicultura en Chile, informe disponible en línea.
- Medidas de Planes Nacionales de Acción sobre Evaluación de Impacto (HRIA). Disponible en línea.
- Herramientas de evaluación de impacto **sin enfoque de derechos humanos**: International Finance Corporation (IFC), explicando cómo la herramienta del IFC (Performance Standards) refleja derechos humanos (no hay herramienta explícita sobre derechos humanos); Certificación de Empresas B.
- Götzmann, Nora: *Handbook Human Rights Impact Assessment*, Edgar Elgar Publishing, 2019.

## Ejercicio

Revise la estructura de las herramientas *Getting it right* y del DIHR. ¿Qué elementos tienen en común? ¿Cuáles son diferentes? ¿Bajo qué presupuesto(s) serían algunos de los pasos/elementos mencionados en las herramientas justiciables?

### 2.1.5.5 Debate: responsabilidades de medio y obligaciones de resultado

Existe una discusión, a nivel de doctrina *iusinternacionalista*, sobre la pregunta de si la debida diligencia empresarial definida en los Principios Rectores es una responsabilidad de medio o de resultado. Esta discusión es sumamente relevante para la labor judicial, por constituir el marco que define posteriormente cuáles serán los umbrales del deber de cuidado que se aplican, cuál será la prueba admitida, el punto a probar y, eventualmente, las excusas o atenuantes de responsabilidad.

De manera clave, sin embargo, el debate apunta a si una empresa debe demostrar eficaz respeto a los derechos humanos, o si basta demostrar que adoptó las medidas de debida diligencia, para poder evitar la responsabilidad. Y si fuese así, ¿cómo deben estar constituidas estas medidas para valer, ante un tribunal, como prueba de una debida diligencia?

**El debate apunta a si una empresa debe demostrar eficaz respeto a los derechos humanos, o si basta demostrar que adoptó las medidas de debida diligencia, para poder evitar la responsabilidad.**

El debate *iusinternacionalista* se dio entre el autor de los Principios Rectores, John Ruggie, y los reconocidos profesores de derecho internacional McCorquodale y Bonnitcha. Principalmente, Ruggie insiste en que la debida diligencia en los Principios Rectores es solo una obligación de medios, mientras McCorquodale y Bonnitcha –y creemos que su lectura es la correcta– encuentran lenguaje en los Principios Rectores que demuestra que para las actividades propias, el respeto a los derechos humanos se exige como responsabilidad de resultado. Es solo en relación con la cadena de suministro, es decir las relaciones comerciales sobre las que la empresa naturalmente tiene menos control, que aplica –a falta de estas posibilidades de control o influencia– la responsabilidad de medios.

## Ejercicio

Leer el texto de Bonnitcha, Jonathan y McCorquodale, Robert, “*The concept of due diligence in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*”, [2017] E.J.I.L. 899, y elabore un esquema de los distintos niveles de responsabilidad que se identifican en los Principios Rectores. Si no lee inglés, realice el mismo ejercicio a partir de los Principios Rectores, su Comentario y la Guía de interpretación.

### 2.1.6 Acceso a remedio y reparaciones

Si a pesar de la implementación de la debida diligencia (o en su ausencia o implementación deficiente), no se logre materializar el respeto a los derechos humanos y ocurriera un daño, la empresa tiene el deber de repararlo. Este deber, según los Principios Rectores, existe con independencia de la definición de indemnización que pueda existir en el derecho civil de un país, a la que en todo caso no puede reemplazar.

El Pilar III (acceso a un remedio) describe distintas vías para que las personas víctimas de una vulneración de los derechos humanos por parte de una empresa puedan obtener una reparación. En este sentido, el Pilar III abarca una parte de lo que solemos entender como “acceso a la justicia”, enfocándose en la reparación. Mantiene silencio sobre el restablecimiento del imperio de la ley, que es una responsabilidad independiente y crucial del Estado.

El Pilar III, lógicamente, es la parte de los Principios Rectores que más cercanamente toca aspectos propios de la labor judicial. Veremos en el capítulo 3 cómo los distintos recursos judiciales se han vinculado con la materia de empresas y derechos humanos, a veces de manera explícita y en otras implícitamente. La referencia explícita ya se puede encontrar en muchas jurisdicciones extranjeras, pero también, incipientemente, en Chile, como mostraremos.

A pesar de la limitada referencia explícita a la temática, podemos encontrar además diferentes áreas de jurisprudencia, ya sea penal, civil, laboral, constitucional y administrativa, donde se reflejan problemáticas de empresas y derechos humanos que se van resolviendo en algunos aspectos según lo que espera o exige el derecho internacional (protección de los derechos fundamentales a través de su efecto horizontal).

En otros casos, podemos observar que el acceso a la justicia para las víctimas de violaciones de derechos humanos por parte de las empresas no se garantiza. Estos casos tienden a ser llevados al sistema interamericano de los derechos humanos, donde existe una creciente jurisprudencia sobre este tipo de temáticas y no solo en el ámbito de la interferencia con los derechos territoriales de los pueblos indígenas. Para profundizar en el Pilar III, véase el siguiente capítulo.

## 2.2 El rol del Estado y la consecuente obligatoriedad de la responsabilidad de las empresas en el derecho interno

Dado que en el derecho internacional no se reconocen obligaciones convencionales para personas jurídicas (tampoco en el derecho penal internacional, véase capítulo 3), las responsabilidades no vinculantes definidas en los Principios Rectores o en las Líneas Directrices de la OCDE son las únicas aplicables internacionalmente a las empresas.

Adicionalmente, les son aplicables las obligaciones que tienen en virtud del derecho doméstico transnacionalizado, por ejemplo a través del derecho internacional privado, o a través de contratos transnacionales. Hay debate doctrinario también sobre la obligatoriedad para las empresas de las normas de *ius cogens*, y existen argumentos convincentes y plausibles a favor de esta obligatoriedad, incluso en ausencia de mecanismos de *enforcement*.<sup>84</sup>

El “estatus” de los Principios Rectores o de las Líneas Directrices es distinto para los Estados. Ellos sí tienen obligaciones convencionales, emanadas de los tratados de derechos humanos o ambientales que han ratificado. En este caso, los instrumentos sobre DHyE deben utilizarse para la interpretación de las obligaciones convencionales, tal como se haría con otras resoluciones de organizaciones internacionales.

Finalmente, los Estados pueden invocar excepciones y limitaciones a los principios del libre comercio, basados en asuntos vinculados con los derechos humanos, tales como la salud pública, o el medioambiente (art. XX GATT).

En esta sección, mencionamos los instrumentos más relevantes del derecho internacional de los derechos humanos que imponen obligaciones a los Estados parte en relación con las actividades empresariales.

---

84 Véase, por ejemplo, Letnar, Jernej y Van Ho, Tara (eds): *Human Rights and Business: Direct Corporate Accountability for Human Rights*, Wolf Legal Publishers, 2015.

### 2.2.1 Instrumentos internacionales de especial relevancia para DHyE

Para identificar los instrumentos internacionales de especial relevancia para la materia, y que se incorporan al orden jurídico nacional a través del artículo 5º inciso segundo de la Constitución Política (ver capítulo 3 para detalles), es necesario aclarar qué se entiende por vulneración a los derechos humanos en el contexto de actividades empresariales. En este sentido, hemos señalado que corresponde a:

“(i) un hecho antijurídico vinculado estrechamente a una ausencia o falla regulatoria del Estado. [*Esto ocurre cuando las leyes, reglamentos o decretos no han incorporado adecuadamente el estándar de derechos humanos al que se comprometió el Estado de Chile al ratificar un tratado en particular.*]; y/o (ii) una infracción a la normativa interna por parte de una empresa que [*podría*] queda[r] impune [*por falta de fiscalización*]”.<sup>85</sup>

Es en estos casos, entonces, que ocurren controversias susceptibles de ser conocidas por un respectivo sistema de justicia.

Si bien actualmente no existe una convención internacional que establezca la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos<sup>86</sup>, los Estados deben procurar que las empresas no impacten negativamente los derechos humanos de las personas, según se ha explicado en los acápites precedentes.

De este modo, los Principios Rectores deben ser concordados con los tratados y otros instrumentos de derechos humanos, pues son estos los que contienen las disposiciones sustantivas que las empresas

---

85 Especialmente, Schönsteiner, J. y Parra, A.: “Acceso a mecanismos de reparación por violaciones a derechos humanos relacionadas con empresas en América Latina. Reporte Chile”. En Cantú, Humberto (ed.), *Derechos Humanos y Empresas: Acceso a Mecanismos de Reparación en América Latina*, Tirant Lo Blanch 2021, a publicarse.

86 Es frente a este vacío que existe actualmente un Grupo de Trabajo intergubernamental encargado elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante para regular, dentro del marco del derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de las compañías transnacionales y otras empresas. Para más información, ver UN [Human Rights Council Bodies](#).

deben respetar y que los sistemas de justicia deben tutelar. En tal sentido, conviene destacar nuevamente el Principio Rector 11, que establece lo siguiente:

“Las empresas deben respetar los derechos humanos. Eso significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación”.

El Comentario agrega que “la responsabilidad de respetar los derechos humanos constituye una norma de conducta mundial aplicable a todas las empresas, dondequiera que operen. Existe con independencia de la capacidad y/o voluntad de los Estados de cumplir sus propias obligaciones de derechos humanos y no reduce esas obligaciones. **Se trata de una responsabilidad adicional a la de cumplir las leyes y normas nacionales de protección de los derechos humanos**” (*destacado propio*).

El Poder Judicial, al momento de conocer controversias que pueden dar cuenta de una vulneración de derechos humanos por parte de las empresas, debe considerar el derecho internacional de los derechos humanos. Ello permitirá definir los grados de afectación tutelables que son de su competencia, ponderando de manera adecuada las circunstancias. De conformidad con el ACNUDH, los siguientes hechos deben ser considerados constitutivos de abusos severos de derechos humanos<sup>87</sup>:

- Participación en actos que pueden llegar a ser crímenes internacionales.
- Asesinato.
- Secuestro.
- Agresiones físicas severas.
- Trabajo forzado y prácticas de esclavitud moderna.
- Trabajo infantil.

---

87 Véase ACNUDH. A/HRC/32/19 (2016).

- Violación severa de normas sobre salud y seguridad en el trabajo.
- Violación severa de estándares de protección a los consumidores.
- Daños medioambientales severos y/o de gran escala.

Estos hechos, deben ser concordados con las disposiciones contenidas en los siguientes tratados de derechos humanos del sistema universal y del sistema interamericano de protección.

**a. Sistema universal:**

- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su protocolo facultativo.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su protocolo facultativo.
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes.
- Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

**b. Sistema interamericano:**

- Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Protocolo de San Salvador: Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.
- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Además de lo expuesto, la CIDH y la REDESCA<sup>88</sup> han establecido los siguientes temas como “Contextos Interamericanos de Especial Atención” en el ámbito de DHyE:

- Industrias extractivas.
- Justicia transicional y rendición de cuentas de actores económicos.
- Servicios públicos esenciales para la garantía de los derechos humanos y contextos de privatización.
- Políticas fiscales, prácticas tributarias empresariales y poder de influencia en la toma de decisiones públicas.
- Los Estados y las empresas en el ámbito de las tecnologías de la información y comunicación.

Por último, conviene tener presente que existen ciertas personas o grupos en un riesgo de mayor vulnerabilidad en casos de abusos de derechos humanos. En lo relevante para una perspectiva de DHyE estos son, entre otros y otras:

- Los pueblos indígenas y sus derechos a la tierra y territorio, y culturales.
- Las personas defensoras de derechos humanos y sus derechos a la libertad de expresión y asociación.
- Las mujeres y su derecho a vivir una vida libre de violencias.
- Las personas migrantes, y sus derechos laborales.
- Las personas que viven en la pobreza, y sus derechos económicos y sociales.
- Las personas con discapacidad, y la existencia de barreras a la accesibilidad.

---

88 REDESCA y CIDH: “Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos”, OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19 (2019); párrs. 198-311.

A este respecto, se deben considerar los tratados de derechos humanos que protegen a estos grupos.

**a. Sistema universal:**

- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, y su protocolo facultativo.
- Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.
- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

**b. Sistema interamericano:**

- Convención de Belém do Pará: Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer.
- Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.
- Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia.
- Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia.
- Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.
- Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Además de los tratados y declaraciones recién señaladas, existe otro tipo de instrumentos relevantes que se han abocado a explorar las responsabilidades de las empresas en materia de derechos humanos. Los mecanismos que a continuación se exponen constituyen vías de acceso a la justicia para víctimas.

#### a. Sistema universal:

##### Órganos de tratado

##### Comité Derechos Económicos Sociales y Culturales

- Observación General Nº 14 (2000) sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud
- Observación General Nº 15 (2002) sobre el derecho al agua
- Observación General Nº 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales.

##### Comité de los Derechos del Niño

- Observación General Nº 17 (2013) sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño.

##### Procedimientos Especiales, especialmente la labor del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas.

#### b. Sistema interamericano:

- Informes temáticos CIDH, tales como "Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos".
- Audiencias temáticas CIDH, como, por ejemplo Audiencia CIDH sobre Chile: salud y ambiente en "zonas de sacrificio"<sup>89</sup>; Audiencia sobre empresas y derechos humanos en las Américas<sup>90</sup>, y Audiencia sobre Acceso a la información e industrias extractivas<sup>91</sup>.
- Opiniones consultivas CorteIDH, como por ejemplo la OC-23, Medioambiente y Derechos Humanos: la interpretación de responsabilidad extraterritorial en materia de derechos humanos por daño ambiental transfronterizo.

89 CIDH, Situación de las "zonas de sacrificio" ambiental y las consecuencias de la actividad industrial sobre el derecho a la salud en Chile, 171º Período de sesiones, Sucre, 13 de febrero de 2019. Disponible [en línea](#).

90 CIDH, Empresas y Derechos Humanos en las Américas, 172º Período de sesiones, Kingston, 8 de mayo de 2019. Disponible [en línea](#).

91 CIDH, Industrias extractivas: acceso a la información, 161º Período de sesiones, Washington D.C., 18 de marzo de 2017. Disponible [en línea](#).

## 2.2.2 La obligación de proteger interpretada por los órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos

### a. Obligación de respeto

La obligación de respetar exige que el Estado –a través de sus órganos ejecutivos, legislativos y judiciales– y sus agentes no violen los derechos humanos establecidos en la Convención. Es, por lo tanto, una obligación de abstención que consiste en no tomar ninguna medida que ocasione la violación de un derecho.

Al respecto, señala Medina que “la Corte se ha pronunciado en este sentido en la sentencia del caso Velásquez Rodríguez, explicando que ‘el ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado’, agregando que ‘así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal’”.<sup>92</sup>

Esta obligación de respeto (y no solamente la obligación horizontal de protección) se aplica también cuando es el Estado que realiza actividades económicas, por ejemplo, a través de las empresas de propiedad del Estado, o las compras públicas. Finalmente, es aplicable siempre que el Estado privatiza servicios públicos que realizan derechos humanos, como educación, salud, pensiones o agua potable.

### b. Obligación de garantía

A diferencia de la obligación de respeto, que requiere una abstención, la obligación de garantía requiere exactamente lo opuesto: los Estados deben tomar acciones proactivas que mejoren el disfrute de los derechos.

---

92 Medina, Cecilia: *La Convención Americana de Derechos Humanos [sic]*, Ediciones UDP 2018.

Como señala Medina, la obligación de garantizar supone la realización de diversas medidas que deben ser tomadas por el Estado respecto de cada derecho. El norte principal de la obligación es asegurar el goce de todos los derechos a todas las personas sin discriminación. Eso significa, por un lado, garantizar la entrega del servicio que cumple con el derecho, pero también proteger a la persona de la interferencia indebida de terceros con sus derechos humanos. Es este el ámbito más relevante en materia de derechos humanos y empresas.

La obligación de garantizar fue desarrollada por la Corte IDH por primera vez en el caso Velásquez Rodríguez, que constituyó un hito importante para el derecho internacional de los derechos humanos. En la sentencia, la Corte establece qué es lo que comprende la obligación de garantizar:

“Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención 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.

La obligación de garantizar [...] no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.<sup>93</sup>

De esta sentencia y la abundante jurisprudencia, constante en años posteriores, la profesora Cecilia Medina extrae las obligaciones de debida diligencia para implementar la obligación de proteger que detallaremos a continuación.

---

93 Corte IDH: Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras, fondo, 29 de julio de 1988; párrs. 166-167.

**En el contexto interamericano, y dado el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte IDH, otra obligación que se impone como mecanismo de garantía en el deber de prevención es que los jueces y demás operadores de justicia realicen un control de convencionalidad.**

### 2.2.2.1 Obligación de prevenir

La obligación de prevenir supone, como primera medida, realizar los ajustes a la legislación nacional de modo que sea compatible con los derechos contemplados en los tratados de derechos humanos; esto puede significar abolir ciertas normas o dictar nuevas (obligación explicitada en el artículo 2 CADH).

Además, como la Corte Interamericana ha reiterado, por ejemplo en el caso Hacienda Brasil Verde contra Brasil, o anteriormente en el caso Ximenes Lopes contra Brasil, los Estados deben fiscalizar regularmente y preventivamente posibles incumplimientos con los derechos humanos en la entrega de servicios por parte de terceros, y en las relaciones entre terceros (por ejemplo, trabajadores y empresas).

En el contexto interamericano, y dado el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte IDH, otra obligación que se impone como mecanismo de garantía en el deber de prevención es que los jueces y demás operadores de justicia realicen un control de convencionalidad.

Asimismo, los Estados deben contar con recursos adecuados y eficaces para que las personas puedan reclamar las violaciones de derechos humanos o incluso las amenazas de violaciones para poder lograr la prevención de la violación. En este contexto, sin embargo, los Estados tienen la posibilidad de argumentar que la medida –considerando, por ejemplo, el igual trato ante la ley– excede las capacidades fiscales del Estado, si se aplicara a todos los casos iguales (Osman contra Reino Unido, TEDH).<sup>94</sup>

Fuera del ámbito judicial y legal, el deber de prevención requiere que el Estado cree las condiciones necesarias materiales y de infraestructura para que los derechos puedan ejercerse. ¿Cómo podría, por

---

94 Ver para una crítica y precisión de esta decisión, a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH, Franz Ebert y Romina Sijnienski: "Preventing Violations of the Right to Life in the European and the Inter-American Human Rights Courts: From the Osman Test to a Coherent Doctrine on Risk Prevention?", en *Human Rights Law Review* 15(2), Oxford University Press, 2015; pp. 343-368.

ejemplo, ejercerse el derecho a voto si no existiera un sistema electoral y mecanismos de publicidad gratuita y en igualdad de condiciones que permitan a los y las candidatas compartir sus ideas?

Finalmente, resulta indispensable tomar medidas para remover los obstáculos que afectan el pleno ejercicio de los derechos humanos que tienen su origen en la estructura social y en la cultura de una sociedad. En estos casos, los Estados deben emprender acciones de promoción de los derechos humanos a través de capacitación de funcionarios y funcionarias públicas, realizando campañas educativas a la población, particularmente, en los colegios, y otros.

Es en este contexto que los Principios Rectores proporcionan una “bajada” de cómo el Estado podría/debiera realizar la prevención de violaciones de derechos humanos por parte de las empresas. A partir de 2014, el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas promovió la adopción de Planes de Acción Nacionales para la implementación de los Principios Rectores en los países miembros de las Naciones Unidas.

Estos planes están concebidos como políticas públicas de corto plazo, involucrando y coordinando actores públicos de distintas carteras. Idealmente, también incluyen medidas significativas relacionadas con el acceso a la justicia, y políticas judiciales para la mejora de la adjudicación efectiva de casos y de otros mecanismos de solución de controversias.

Ciertamente, no todas las medidas previstas en los Principios Rectores están o necesitan estar concebidas como justiciables. Sin embargo, el derecho internacional exige que exista un recurso (art. 25 CADH) según debido proceso (art. 8 CADH) y para DESC, que por lo menos sea justiciable el “núcleo” de cada derecho, esto es, sus obligaciones básicas, incluyendo la prohibición de discriminación en la protección y garantía de estos derechos (OG N° 9 Comité DESC).

## Ejercicio

Revise en [globalnaps.org](http://globalnaps.org), sección “judicial remedy”, las medidas relacionadas con el Poder Judicial adoptadas en los Planes de Acción Nacional de Francia, Reino Unido, Alemania, Colombia, Chile.

## Para profundizar

- Schönsteiner, J.: “O Plano Nacional de Ação sobre Direitos Humanos e Empresas do Chile: um balanço sobre o seu impacto discursivo e real”. En *Revista de Direito Internacional / Brazilian Journal of International Law*, Vol. 16 N° 3, 2019; pp. 94-111. Disponible [en línea](#) (para versión en castellano, contactar a la autora).
- Schönsteiner, J.: “Empresas y Derechos Humanos: Plan de Acción Nacional sobre Derechos Humanos y Empresas y Plan Nacional de Derechos Humanos”, en Vial, T. (ed.), *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2018*, Ediciones UDP; pp. 317-342.
- Aylwin, José; Didier, Marcel, y Guerra, Felipe: “Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas: análisis crítico desde la sociedad civil”, Observatorio Ciudadano 2019. Disponible [en línea](#).
- Programa de Sostenibilidad Corporativa, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile: “Estudio de actualización, evaluación del Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas, y propuesta para la elaboración de su segunda versión”, compilado de informes para la Subsecretaría de Derechos Humanos, 2020.

**La obligación de garantía supone además que el Estado toma medidas cuando los derechos humanos de una persona o grupo han sido vulnerados. Las medidas en cada caso dependerán del tipo de derecho, del tipo de acción de que se trate y la persona u órgano que lo haya realizado.**

#### 2.2.2.2 La reacción del Estado a una violación cometida

Una vez que una vulneración no se pudo prevenir, lo primero que tiene que hacer el Estado es cesar la violación, vale decir, tomar las medidas inmediatas para ponerle fin a la vulneración. Así por ejemplo lo considera el artículo 30 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

La obligación de garantía supone además que el Estado toma medidas cuando los derechos humanos de una persona o grupo han sido vulnerados. Las medidas en cada caso dependerán del tipo de derecho, del tipo de acción de que se trate y la persona u órgano que lo haya realizado.

Por ejemplo, a Corte IDH ha desarrollado una amplia jurisprudencia en relación a investigar las violaciones de derecho, procesar a las personas que los violaron y eventualmente condenarlas si es que hay mérito para ello en el marco de un debido proceso.

Sobre la obligación de investigar, la Corte ha señalado que es un deber jurídico propio y no una simple gestión de intereses particulares, por lo que debe cumplirse “cualquiera que sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado” (Velásquez Rodríguez; párr. 177).

Es importante tener presente que la obligación de investigar es una obligación de medio y no de resultado, en el sentido de que debe realizarse con la intención seria de determinar los hechos y no solo como una formalidad.

La obligación de procesar y condenar debe cumplirse respetando las normas del debido proceso, lo que implica respetar “el principio de contradicción y de igualdad de partes; que el juicio deberá llevarse a cabo dentro de un plazo razonable y ante un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley”.<sup>95</sup>

---

95 Medina, 2018; p. 17.

**En términos generales, reparar significa volver al Estado anterior a que la violación se produjera. En muchos casos ello no es posible, por lo que se vuelven aún más relevantes las medidas que garantizan la no repetición de la violación y la reparación.**

Estas obligaciones en relación a la respuesta a una violación están íntimamente ligadas a la reparación integral para la(s) víctima(s), y las garantías de no repetición. En este contexto, el Estado debe recurrir también a medidas no judiciales, políticas públicas, leyes, etcétera.

### 2.2.2.3 Reparación

Una vez que se ha producido una violación de derechos, debe repararse a la persona o grupo que lo sufrió. El tipo de reparaciones depende del tipo de violación de derechos de que se trate. El derecho internacional general conoce de restitución, indemnización, satisfacción, además de la obligación continua de cumplir (cesión de la vulneración) y las garantías de no repetición.

En términos generales, reparar significa volver al Estado anterior a que la violación se produjera. En muchos casos ello no es posible, por lo que se vuelven aún más relevantes las medidas que garantizan la no repetición de la violación y la reparación. En la jurisprudencia de la Corte IDH, estas categorías se han concretado, por ejemplo, en medidas del siguiente estilo:

- cambio de leyes
- anulación de sentencias dictadas vulnerando al debido proceso
- monumentos/memorials
- becas de estudio
- atención psicológica
- indemnización de lucro cesante, daño material y daño moral
- programas de desarrollo para comunidades campesinas e indígenas
- reconocimiento de responsabilidad internacional y petición de disculpas públicas
- publicación de la(s) sentencia(s).

### 2.2.2.4 Prevención futura. Las garantías de no repetición.

Una vez que el Estado ha violado un derecho humano, es necesario que se adopten medidas para garantizar que esa violación no volverá a ocurrir. En este sentido, existe un amplio espectro de medidas que pueden ser adoptadas por los Estados, como por ejemplo modificar

o dictar normas (constitucionales, legales o reglamentarias), capacitar a las funcionarias y funcionarios públicos, o desarrollar políticas públicas. En el fondo, las medidas idóneas para esta etapa son las mismas que se describieron en el acápite 2.2.1.1 sobre la obligación de prevención.

#### 2.2.2.5 La recomendación de la CIDH de hacer obligatoria la debida diligencia empresarial

Mientras una serie de Estados en Europa están discutiendo o ya han aprobado leyes de debida diligencia que exigirían de las empresas -por lo menos de las más grandes- adoptar un mecanismo de debida diligencia para lograr el respeto a los derechos humanos<sup>96</sup>, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha recomendado en su Informe sobre Empresas y Derechos Humanos de 2019 que los Estados, para cumplir con la obligación del artículo 1.1 de la CADH en relación con las actividades económicas realizadas por actores privados o públicos, adopten leyes de debida diligencia obligatoria.

### Ejercicios

- Leer la OG N° 16 del Comité de los Derechos del Niño e identificar las obligaciones del Estado.
- Leer extractos de OC N° 23, Hacienda Brasil Verde y Fábrica de Fuegos, identificando criterios para la “protección en conformidad con la CADH” y la debida diligencia estatal.
- Leer los hechos del caso Buzos Miskitos e identifique las obligaciones que la Corte IDH tendrá que analizar para definir si hubo o no violación de la CADH.

96 Una revisión actual de tales leyes y proyectos de leyes se puede consultar en Bright, Claire *et.al.*: *Options for Mandatory Human Rights Due Diligence in Belgium*, Leuven Centre for Global Governance Studies, 2020.

### 2.2.3 Extraterritorialidad, *forum necessitatis* y *forum non conveniens*

La pregunta por los efectos extraterritoriales de la regulación y la adjudicación de violaciones de derechos humanos en foros que no tienen jurisdicción *ratione loci*, no es nueva. Sin embargo, con la transnacionalización de la economía, reviste un carácter de especial urgencia e importancia. Esto fue reconocido por varios de los órganos de tratados, así como por la doctrina *iusinternacionalista*. Explicaremos en esta sección los conceptos y debates más relevantes desde una perspectiva de administración de la justicia.

La transnacionalización de las economías nacionales conlleva importantes debilidades de regulación, pues no existe institución u órgano que tenga la capacidad de regular una cadena de producción a través de sus etapas en distintos países. La acción colectiva o la coordinación entre los Estados es difícil, objetada por las empresas transnacionales y sus representantes, y muchas veces no prospera. Ningún Estado quiere perder su “ventaja competitiva” como lugar de inversión en relación con los demás.

En este mismo contexto, bajo el peso de la noción histórica de “soberanía”, la regulación con efectos extraterritoriales (fuera del territorio de un Estado) no está bien vista en las relaciones internacionales, bajo sospecha de “inmiscuirse en los asuntos internos” de dicho Estado. Sin embargo, problemas transnacionales requieren soluciones transnacionales y estas, de coordinación.

Es así que el proyecto de un tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos podría crear un punto de partida común para la comprensión de cuáles son los aspectos que se deben regular nacionalmente, y reducir los temores de una cancha aún más desequilibrada de la que ya existe (“*unlevel playing field*”). Mientras los países desarrollados (ricos) no quieren perder las ventajas de lugares de producción baratos y poco exigentes en términos de estándares, los países en vía de desarrollo (el Sur Global) buscan proveer estas “ventajas” para atraer la inversión.

La economía transnacional con estas características conlleva una distribución inequitativa de los impactos negativos –los costos– de este modelo. Ante ello, y relacionado con temáticas de contaminación (daño transfronterizo) y DHyE, los órganos de tratados de derechos humanos han desarrollado últimamente lineamientos sobre las obligaciones extraterritoriales de los Estados en estas materias.

Estos lineamientos abarcan dos temas principales: la regulación de las actividades de las empresas, aunque ellas ocurran fuera del territorio del Estado regulador (2.2.3.1); y el acceso a la justicia en situaciones en que el daño a los derechos humanos hubiera ocurrido fuera del Estado donde está incorporada la matriz (2.2.3.2 y 2.2.3.3).

Finalmente, mencionaremos la iniciativa de un tratado vinculante sobre DHyE que podría permitir crear una cancha más nivelada en la materia (2.2.3.4).

### 2.2.3.1 Efectos extraterritoriales de la regulación y de las políticas públicas

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptó, en 2017, una Observación General sobre empresas y derechos humanos. Esta OG construye sobre propuestas y estándares de *soft law* en materia de extraterritorialidad y DESC (Limburg Principles, Maastricht Principles), agregando algunas especificaciones.

Además, por primera vez el tema de los DESC y la extraterritorialidad se trata a través de la interpretación autoritativa (Villiger, Orakhelashvili) de un órgano de tratado. Anteriormente, los tribunales regionales y los órganos de tratados solo se habían pronunciado sobre asuntos de extraterritorialidad en el contexto de operaciones armadas y ocupaciones.

El Comité indica que “el Pacto establece obligaciones concretas de los Estados partes en tres niveles: respetar, proteger y dar efectividad. Esas obligaciones se aplican tanto a las situaciones que se producen en el territorio nacional como a las situaciones que tienen lugar

fuera del territorio nacional sobre las que los Estados partes pueden ejercer un control<sup>97</sup>, y especifica esta obligación con inusual detalle:

### **Comité de Derechos Económicos, Sociales y Cultural Observación General N° 24**

#### *C. Obligaciones extraterritoriales*

25. En los últimos 30 años se ha observado un aumento notable de las actividades de las empresas transnacionales, unas corrientes de inversión y de comercio cada vez mayores entre los países y la aparición de cadenas mundiales de suministro. Además, los grandes proyectos de desarrollo cuentan cada vez con más inversiones privadas, a menudo en forma de alianzas público-privadas entre los organismos del Estado y los inversores privados extranjeros. Esos hechos hacen que cobre especial importancia la cuestión de las obligaciones extraterritoriales en materia de derechos humanos de los Estados.

26. En su declaración de 2011 sobre las obligaciones de los Estados partes en relación con el sector empresarial y los derechos económicos, sociales y culturales, el Comité reiteró que las obligaciones de los Estados partes en el Pacto no terminan en sus fronteras territoriales. Los Estados partes deben adoptar las medidas necesarias para prevenir las vulneraciones de los derechos humanos en el extranjero por empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción (ya se hubieran constituido con arreglo a su legislación o tuvieran su sede social, administración central o domicilio comercial principal en el territorio nacional), sin atentar a la soberanía ni menoscabar las obligaciones de los Estados anfitriones en virtud del Pacto. El Comité también ha abordado obligaciones extraterritoriales específicas de los Estados partes en relación

con las actividades empresariales en sus observaciones generales anteriores relativas al derecho al agua, el derecho al trabajo, el derecho a la seguridad social y el derecho al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, así como en los exámenes de los informes periódicos de los Estados.

27. Esas obligaciones extraterritoriales de los Estados en virtud del Pacto se derivan del hecho de que las obligaciones del Pacto se expresan sin restricción alguna vinculada al territorio o la jurisdicción. Si bien el artículo 14 del Pacto señala que el Estado debe instituir una enseñanza primaria obligatoria “en su territorio metropolitano o en otros territorios sometidos a su jurisdicción”, esa referencia no figura en las demás disposiciones del Pacto. Además, el artículo 2, párrafo 1, menciona la asistencia y la cooperación internacionales como un medio para dar efectividad a los derechos económicos, sociales y culturales. Sería contradictorio que esa referencia permitiera que un Estado adoptara una actitud pasiva cuando un agente domiciliado en su territorio y/o bajo su jurisdicción y, por tanto, bajo su control o autoridad, perjudicara a los derechos de otras personas en otros Estados, o cuando la conducta de ese agente pudiera provocar que se causara un daño previsible. De hecho, los Miembros de las Naciones Unidas se han comprometido a “tomar medidas conjuntas o separadamente, en cooperación con la Organización”, para dar efectividad a los propósitos consignados en el Artículo 55 de la Carta, incluidos “el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades”. Ese deber se expresa sin ninguna limitación territorial y debe tenerse en cuenta al abordar el alcance de las obligaciones de los Estados con arreglo a los tratados de derechos humanos. En consonancia también con la Carta, la Corte Internacional de Justicia ha reconocido el alcance extraterritorial de los tratados fundamentales de derechos humanos, haciendo hincapié en su objeto y fin, su historia legislativa y la falta de disposiciones de limitación territorial en el texto. El derecho internacional

consuetudinario también prohíbe que el Estado permita que su territorio se utilice para causar daños en el territorio de otro Estado, exigencia que ha adquirido especial importancia en el contexto del derecho internacional ambiental. El Consejo de Derechos Humanos ha confirmado que esa prohibición se extiende al derecho de los derechos humanos al apoyar los principios rectores sobre la extrema pobreza y los derechos humanos en su resolución 21/11.

28. Las obligaciones extraterritoriales surgen cuando un Estado parte puede influir en situaciones que se producen fuera de su territorio, de conformidad con los límites impuestos por el derecho internacional, controlando las actividades de las empresas domiciliadas en su territorio y/o bajo su jurisdicción y, por lo tanto, contribuir al disfrute efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales fuera de su territorio nacional. A ese respecto, el Comité también toma nota de la observación general núm. 16 (2013) sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño, del Comité de los Derechos del Niño, así como de las posiciones adoptadas por otros órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos.

#### *1. Obligación extraterritorial de respetar*

29. La obligación extraterritorial de respetar requiere que los Estados partes se abstengan de interferir directa o indirectamente en el disfrute de los derechos consagrados en el Pacto por personas que se encuentran fuera de su territorio. Como parte de esa obligación, los Estados partes deben asegurarse de que no obstaculizan el cumplimiento por otros Estados de las obligaciones impuestas en virtud del Pacto. Esa obligación es particularmente pertinente en el contexto de la negociación y celebración de acuerdos de comercio y de inversión o de tratados fiscales y financieros, así como de la cooperación judicial.

## 2. Obligación extraterritorial de proteger

30. La obligación extraterritorial de proteger exige que los Estados partes adopten medidas para prevenir y corregir las vulneraciones de los derechos reconocidos en el Pacto que se producen fuera de su territorio, debido a las actividades de entidades empresariales sobre las que pueden ejercer un control, en especial en los casos en que los recursos de que disponen las víctimas ante los tribunales nacionales del Estado en que se ha producido el daño son nulos o ineficaces.

31. Esa obligación se extiende a cualquier entidad empresarial que los Estados partes puedan controlar, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional aplicable. En el marco de las competencias admisibles en virtud del derecho internacional general, los Estados pueden tratar de regular las empresas que están domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción: ello incluye las sociedades constituidas con arreglo a su legislación o que tengan su sede social, administración central o domicilio comercial principal en el territorio nacional. Los Estados partes también pueden recurrir a incentivos, aparte de imponer obligaciones directas, como las disposiciones en los contratos públicos destinadas a favorecer a las entidades empresariales que hayan establecido mecanismos sólidos y eficaces de diligencia debida en materia de derechos humanos, a fin de contribuir a la protección de los derechos económicos, sociales y culturales a escala nacional y en el extranjero.

32. Un Estado parte, aunque en general no incurre en responsabilidad internacional por las vulneraciones de los derechos económicos, sociales y culturales causadas por la conducta de una entidad privada (excepto en las tres situaciones evocadas en el párrafo 11 de la presente observación general), incumpliría sus obligaciones en virtud del Pacto si la vulneración pusiera de manifiesto que no ha adoptado medidas razonables que podrían haber impedido que se produjeran los hechos. El Estado podrá incurrir en responsabilidad en esas circuns-

tancias aunque hubiera otras causas que hayan contribuido también a esa vulneración y aun cuando el Estado no hubiera previsto que se produjera, siempre que la vulneración fuera razonablemente previsible. Por ejemplo, habida cuenta de los riesgos bien documentados asociados a la industria extractiva, es preciso obrar con la diligencia debida en relación con los proyectos de minería y explotación petrolera.

33. En cumplimiento de su deber de proteger, los Estados partes también deben pedir a las empresas que hagan todo lo posible por asegurar que las entidades en cuya conducta pueden influir, como las filiales (incluidas todas las entidades empresariales en que hayan invertido, ya se hayan constituido con arreglo a la legislación del Estado parte o de otro Estado) o los socios comerciales (como los proveedores, los franquiciados y los subcontratistas) respeten los derechos consagrados en el Pacto. Las empresas domiciliadas en el territorio y/o jurisdicción de los Estados partes deberían tener la obligación de actuar con la diligencia debida para identificar, prevenir y combatir las vulneraciones de los derechos reconocidos en el Pacto por esas filiales y socios comerciales, dondequiera que se encuentren. El Comité recalca que, si bien la imposición de esas obligaciones de diligencia debida tiene repercusiones en las situaciones que se producen fuera del territorio nacional de esos Estados en la medida en que se deben prevenir o remediar las posibles vulneraciones de los derechos del Pacto en las cadenas de suministro mundiales o en los grupos de empresas multinacionales, ello no implica el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial por los Estados interesados. Se deben establecer procedimientos apropiados de vigilancia y rendición de cuentas para asegurar una prevención y un cumplimiento efectivos. Esos procedimientos pueden incluir la imposición a las empresas del deber de informar sobre sus políticas y procedimientos para asegurar el respeto de los derechos humanos y el establecimiento de medios eficaces de rendición de cuentas y de reparación por las conculcaciones de los derechos reconocidos en el Pacto.

34. En los casos transnacionales, para lograr una rendición de cuentas y un acceso a medios de reparación efectivos se precisa la cooperación internacional. El Comité remite a ese respecto a la recomendación que figura en el informe sobre la rendición de cuentas y el acceso a las reparaciones para las víctimas de violaciones de los derechos humanos relacionadas con actividades empresariales, preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos a petición del Consejo de Derechos Humanos, en el sentido de que los Estados deben “[a]doptar medidas, utilizando las orientaciones” (anexas a ese informe) “para mejorar la eficacia de la cooperación transfronteriza entre los organismos estatales y los órganos judiciales, respecto de la aplicación en derecho público y privado de los regímenes jurídicos internos”. Se debe alentar a que haya una comunicación directa entre las fuerzas del orden respecto de la prestación de asistencia recíproca para poder actuar con mayor rapidez, en particular en lo referente al enjuiciamiento de los delitos.

35. La mejora de la cooperación internacional debería reducir el riesgo de conflictos de competencias positivos y negativos, que pueden provocar incertidumbre jurídica y la búsqueda del foro más favorable por los litigantes o impedir que las víctimas obtengan reparación. A ese respecto, el Comité celebra cualquier iniciativa encaminada a la aprobación de instrumentos internacionales que puedan reforzar la obligación de los Estados de cooperar a fin de mejorar la rendición de cuentas y el acceso a medios de reparación para las víctimas de violaciones de los derechos enunciados en el Pacto en los casos transnacionales. Cabe inspirarse en instrumentos como el Convenio sobre el Trabajo Marítimo, 2006, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en vigor desde 2013, por el que se establece un sistema de legislación nacional armonizada e inspecciones tanto por los Estados del pabellón como por los Estados del puerto de las quejas de la gente de mar a bordo de un buque cuando este entra en un puerto extranjero, o en el Convenio sobre las

Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos, 2011 (núm. 189) y la Recomendación sobre las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos, 2011 (núm. 201), de la OIT.

### 3. *Obligación extraterritorial de dar efectividad*

36. El artículo 2, párrafo 1, del Pacto dispone que se espera que los Estados partes adopten medidas colectivas, en particular mediante la cooperación internacional, con el fin de contribuir a dar efectividad a los derechos económicos, sociales y culturales de las personas que se encuentren fuera de su territorio nacional.

37. De conformidad con el artículo 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la obligación de dar efectividad requiere que los Estados partes contribuyan a que se establezca un entorno internacional que permita que los derechos del Pacto se hagan plenamente efectivos. A tal fin, los Estados partes deben adoptar las medidas necesarias en su legislación y sus políticas, incluidas medidas diplomáticas y de relaciones exteriores, para promover y contribuir a crear ese entorno. Los Estados partes también deben alentar a los agentes empresariales en cuya conducta pueden influir a que no socaven los esfuerzos de los Estados en los que desarrollan su labor para dar plena efectividad a los derechos del Pacto, por ejemplo, recurriendo a estrategias de elusión o evasión de impuestos en esos países. Para luchar contra las prácticas fiscales abusivas de las empresas transnacionales, los Estados deben combatir las prácticas de fijación de precios de transferencia e intensificar la cooperación internacional en cuestiones de tributación, así como estudiar la posibilidad de hacer tributar a las multinacionales como empresas individuales y que los países desarrollados impongan una tasa mínima de impuesto de sociedades durante un período de transición. La reducción del impuesto de sociedades con el único fin de atraer inversores fomenta una competencia a la baja que, en última instancia, merma la capacidad de todos los Estados de movilizar recursos a escala nacional para ha-

cer efectivos los derechos del Pacto. Como tal, esa práctica es incompatible con las obligaciones que incumben a los Estados partes en virtud del Pacto. Una protección excesiva del secreto bancario y unas normas permisivas en materia de impuestos de sociedades pueden afectar a la capacidad de los Estados en que se están llevando a cabo actividades económicas para cumplir su obligación de movilizar el mayor número posible de recursos disponibles con miras a aplicar los derechos económicos, sociales y culturales”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos llega a conclusiones muy similares, basándose además sobre las reglas consuetudinarias sobre daño transfronterizo.<sup>98</sup>

Ambos pronunciamientos pueden entenderse como interpretación autoritativa de los respectivos tratados sobre los cuales los órganos tienen competencia (PIDESC, CADH, respectivamente).

#### Para profundizar

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N° 23, 2017; párr. 95-104.

#### 2.2.3.2 Adjudicación de hechos ocurridos extraterritorialmente. Problemas de jurisdicción.

El acceso a la justicia, para víctimas de violaciones a los derechos humanos cometidas en el contexto de actividades económicas, se vuelve en muchos países una ilusión, ante las distintas barreras jurídicas y fácticas para ejercer este derecho (ver en general capítulo 3).

---

98 Schönsteiner, J.: “Proteger el medioambiente más allá de las fronteras: Opinión Consultiva de la Corte IDH sobre Medioambiente y Derechos Humanos”, en *Justicia Ambiental* N° 10, 2018; pp. 233-249. Disponible [en línea](#).

Para las víctimas que sufrieron una violación de sus derechos humanos por parte de una empresa extranjera o su filial, una demanda en el país de origen de la empresa pareciera ser, ante las dificultades en el país donde ocurrieron los hechos, la única posibilidad. Las reglas de jurisdicción del derecho privado, sin embargo, suelen constituir otro obstáculo más para el acceso a la justicia de estas personas, contradiciendo el antiguo principio *ubi ius ibi remedium*.

Ciertamente, hay argumentos en la doctrina y política (corporativa, judicial, económica) que buscan mostrar la inconveniencia de reglas más abiertas sobre la jurisdicción extraterritorial. Temen avalanchas de litigio por parte de personas del Sur Global sin acceso a la justicia por sistemas corruptos o ineficaces. En este sentido, el problema de acceso a la justicia solo constituye otra evidencia de las inequidades globales.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales explicita las obligaciones que tienen los Estados parte del PIDESC en la materia:

43. Las víctimas de vulneraciones cometidas por empresas transnacionales se enfrentan a obstáculos específicos para acceder a recursos efectivos. Además de la dificultad de probar los daños y perjuicios o establecer el nexo causal entre la conducta de la empresa demandada radicada en una jurisdicción y la violación resultante en otra, el litigio transnacional suele ser demasiado costoso en términos de dinero y tiempo y, cuando no se dispone de mecanismos sólidos de asistencia judicial recíproca, el acopio de pruebas y la ejecución en un Estado del fallo dictado en otro conllevan problemas específicos. En algunas jurisdicciones, la doctrina de *forum non conveniens*, según la cual un tribunal puede negarse a ejercer la jurisdicción si las víctimas disponen de otro foro, puede, en efecto, mermar la capacidad de las víctimas que residen en un Estado de obtener reparación ante los tribunales del Estado en que la empresa demandada esté domiciliada. La práctica pone de manifiesto que las reclamaciones a menudo se desestiman haciendo valer esa doctrina en favor de otra jurisdicción, sin cerciorarse necesariamente de que las víctimas tengan acceso a un recurso efectivo en la otra jurisdicción.

44. Los Estados partes deben adoptar las medidas necesarias para abordar esos desafíos con el fin de impedir la denegación de justicia y asegurar el derecho a un recurso efectivo y a reparación. Ello requiere que los Estados partes eliminen los obstáculos sustantivos, procesales y prácticos a los recursos, entre otras cosas, estableciendo regímenes de responsabilidad de la empresa matriz o del grupo, ofreciendo asistencia letrada y otros sistemas de financiación a la parte demandante, permitiendo las demandas colectivas relacionadas con los derechos humanos y los litigios de interés público, facilitando el acceso a información pertinente y la reunión de pruebas en el extranjero, incluido el testimonio de testigos, y permitiendo que esas pruebas se presenten en los procesos judiciales. La medida en que acceder a un recurso efectivo es posible y realista en la otra jurisdicción debe ser una consideración primordial en las decisiones judiciales basadas en argumentos de *forum non conveniens*. La adopción de medidas por las empresas para desalentar el ejercicio individual o colectivo de recursos, por ejemplo, aduciendo el daño a la reputación de la empresa, no debe utilizarse indebidamente para crear un efecto inhibitorio del ejercicio legítimo de esos recursos.

En la doctrina hay argumentos para fortalecer, en este contexto, la base jurisdiccional *forum necessitatis*, que constituye la otra cara del principio (prohibitivo) de *forum non conveniens*, porque el principio está formulado, desde la perspectiva de la víctima, de manera positiva.<sup>99</sup>

#### Para profundizar

- Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva N° 23, 2017, párrs. 238-243.

---

99 Skinner, capítulos 7.4 y 8.2.

– Skinner, Gwynne: *Transnational Corporations and Human Rights*, Cambridge University Press, 2020.

### 2.2.3.3 La cooperación judicial como complemento a la jurisdicción sobre hechos ocurridos extraterritorialmente

Dada la limitada aceptación de la jurisdicción extraterritorial y la denegación de justicia en muchos países receptores de inversión (*host states*), el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas ha señalado prácticas de cooperación judicial que pueden permitir una más eficaz persecución de, cuando menos, algunas de las violaciones más graves de derechos humanos que constituyen crímenes internacionales.

**Mejores prácticas y forma de aumentar la eficacia de la cooperación transfronteriza entre los Estados en lo que respecta a la aplicación de la legislación en la cuestión de las empresas y los derechos humanos: Estudio del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas (2017)**

“A. Conclusiones

86. Tal como se indica en el presente informe, cuando los Estados detectan un daño mayor en el que está implicado el sector privado, pueden elaborar procesos y marcos jurídicos para promover el cumplimiento de la ley a nivel transfronterizo. Habiendo aceptado que determinados daños transfronterizos, como la trata de personas, los vertidos tóxicos y los delitos contra la vida silvestre y los bosques, los sobornos y la corrupción, son problemas mundiales que requieren una respuesta coordinada a nivel mundial, los Estados crean y utilizan herramientas innovadoras para fomentar una cooperación transfronteriza eficaz. Cada uno de esos delitos afecta a los derechos humanos, y el Grupo de Trabajo aplaude los esfuerzos de los Estados para prevenir, detectar y castigar las violaciones cometidas por personas jurídicas o físicas. Los organismos encargados del cumplimiento de la

ley siguen teniendo dificultades para sostener una cooperación transfronteriza en los ámbitos citados, pero según las indagaciones y consultas realizadas, los Estados hacen lo posible por seguir ampliando y mejorando sus métodos de cooperación, lo cual evidencia su voluntad de encontrar soluciones.

87. Sin embargo, pese a que muchas empresas han sido acusadas de haber cometido violaciones clásicas de los derechos humanos y delitos internacionales, prácticamente ninguna ha sido investigada ni enjuiciada.

88. Así pues, como principio básico, si los abusos contra los derechos humanos relacionados con actividades empresariales constituyen delitos internacionales, esas causas tendrán prioridad y deberán tratarse en pie de igualdad con otras causas penales internacionales, y los Estados deberán utilizar las herramientas existentes a su disposición, incluidas las unidades dedicadas a los crímenes de guerra.

89. En la medida en que los casos de abusos contra los derechos humanos relacionados con actividades empresariales se den en combinación con los tipos de delitos o de infracciones reglamentarias descritos en este informe, los fiscales también deberán formular cargos al respecto. Por ejemplo, si una empresa que presuntamente ha cometido un delito de derechos humanos también ha pagado un soborno, el fiscal podrá presentar cargos por corrupción.

90. No obstante, este planteamiento fragmentario inevitablemente dejará desatendidos algunos daños en el ámbito de los derechos humanos. Los organismos encargados del cumplimiento de la ley deben explorar todas las vías legales posibles para afrontar los daños transfronterizos causados por actores económicos, como puede ser equipararlos a delitos penales o administrativos a nivel nacional. Ello consiste en traducir lo que podría clasificarse como un abuso contra los derechos humanos en un delito nacional: por ejemplo, el trabajo forzoso también puede constituir una privación de

libertad ilegal, y los crímenes de lesa humanidad pueden llevar aparejado un delito de asesinato o agresión. En cualquier caso, los cargos deben reflejar la gravedad del delito; así pues, los fiscales deben tener en cuenta las consecuencias del delito para los derechos humanos cuando decidan los cargos que van a presentar contra el actor económico.

91. Por lo tanto, se insta a los Estados a colaborar en la investigación y el enjuiciamiento de todos los casos de malas prácticas de actores económicos que vulneren derechos humanos reconocidos internacionalmente en la medida en que esas vulneraciones deriven de una conducta prohibida en una jurisdicción nacional.

92. A fin de investigar y enjuiciar correctamente esas conductas indebidas, los Estados deben aplicar las herramientas y los métodos examinados, ya sea directamente o por analogía, para facilitar la cooperación. Los medios descritos en las orientaciones del proyecto sobre rendición de cuentas y reparación que se explican en el presente informe han dado buen resultado en los casos transfronterizos. Las recomendaciones que figuran a continuación resumen brevemente dichas prácticas”.

Además de estas herramientas de derecho penal, es importante señalar la función que pueden cumplir las normas de derecho internacional privado para, por ejemplo, lograr la ejecución de una sentencia compensatoria en el país donde se encuentran suficientes fondos de la empresa para pagar los daños causados.

### Para profundizar

- Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: Mejores prácticas y forma de aumentar la eficacia de la cooperación transfronteriza entre los Estados en lo que respecta a la aplicación de la legislación en la cuestión de las empresas y los derechos humanos:

Estudio del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, A/HRC/35/33, 2017. Disponible [en línea](#).

#### 2.2.3.4 Proceso para la adopción de un tratado vinculante sobre DHyE

Para superar los problemas de coordinación y diferencias entre los Estados, y para crear un marco común de regulación de los asuntos de DHyE a nivel transnacional, varios Estados han impulsado la redacción y adopción de un instrumento vinculante sobre la materia.

Si bien tempranamente se excluyó de la agenda la responsabilidad directa de las empresas transnacionales bajo el derecho internacional, el actual proyecto de tratado incluye varias propuestas interesantes sobre cooperación judicial, acceso a la justicia y regulación transnacional de la responsabilidad empresarial por violaciones a los derechos humanos.

Sin embargo, como el tratado no recoge derecho consuetudinario internacional, se debe esperar la adopción del texto final, la ratificación y entrada en vigencia del instrumento, lo que según observadores constituye un desafío político considerable, por los intereses involucrados.

#### Para profundizar

- Open-ended Intergovernmental Working Group Chairmanship: *Second Revised Draft of the Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, 6 de agosto de 2020; especialmente su artículo 12. Disponible [en línea](#).
- Deva, Surya y Bilchitz, David (eds.): *Building a Treaty on Business and Human Rights*, Cambridge University Press, 2017.

# 3

## El rol del Poder Judicial ante las afectaciones de derechos humanos por parte de las empresas

## Asegurar una adecuada rendición de cuentas por parte de las empresas y sus miembros, conforme al derecho doméstico, implica garantizar que las responsabilidades legales en casos de ilícitos se establecerán debidamente.

En las siguientes páginas se revisará el rol que tiene el Poder Judicial en la relación entre derechos humanos y empresas. En términos generales, los mecanismos judiciales estatales domésticos tienen una función crítica en este tema, cuestión que se manifiesta en dos dimensiones de análisis.

La **primera dimensión** tiene que ver con la consecución de los objetivos centrales del sistema de justicia al momento de conocer de casos de abusos de derechos humanos vinculados con empresas, a saber, rendición de cuentas y reparación para las víctimas. Asegurar una adecuada rendición de cuentas por parte de las empresas y sus miembros, conforme al derecho doméstico, implica garantizar que las responsabilidades legales en casos de ilícitos se establecerán debidamente. Por otra parte, asegurar que las víctimas sean reparadas implica considerar:

“las distintas experiencias y expectativas de los titulares de derechos; que las reparaciones sean accesibles, asequibles, oportunas y adecuadas desde el punto de vista de los solicitantes; que no se victimice a los titulares de derechos afectados en la búsqueda de reparación; y que se ponga a su disposición un abanico de reparaciones preventivas, compensatorias y disuasorias para cada abuso contra los derechos humanos relacionados con las empresas”.<sup>100</sup>

Esto da cuenta de que, desde una perspectiva de derechos humanos, las víctimas, personas o grupos afectados deben ser centrales en los procesos judiciales.

Tanto la rendición de cuentas como la reparación constituyen objetivos interdependientes, que presentan una serie de desafíos al momento de buscar consecución. En particular, el Principio Rector 26 de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos señala:

**“Los Estados deben adoptar las medidas apropiadas para asegurar la eficacia de los mecanismos judiciales nacionales cuando aborden las violaciones de derechos humanos relacionadas**

---

100 Grupo de Trabajo sobre la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas. UN Doc. A/72/162 (2017); párr. 81.

## El actuar ineficaz del sistema de justicia, al momento de buscar una rendición de cuentas y exigir reparación a las víctimas frente a una violación de derechos humanos vinculada a una actividad empresarial, puede acarrear la responsabilidad directa del Estado.

con empresas, en particular considerando la forma de limitar los obstáculos legales, prácticos y de otros tipos que puedan conducir a una denegación del acceso a los mecanismos de reparación” (*el destacado es nuestro*).

El Comentario agrega: “Los mecanismos judiciales eficaces son esenciales para garantizar el acceso a la reparación. Su capacidad para hacer frente a las violaciones de los derechos humanos relacionadas con empresas depende de su imparcialidad, integridad y capacidad de hacer respetar las debidas garantías procesales”.

Lo expuesto incluye la importancia de ejercer jurisdicción en casos complejos de operaciones extraterritoriales (ver capítulo 2).

La **segunda dimensión** tiene que ver con el hecho de que el actuar ineficaz del sistema de justicia, al momento de buscar una rendición de cuentas y exigir reparación a las víctimas frente a una violación de derechos humanos vinculada a una actividad empresarial, puede acarrear la responsabilidad directa del Estado.

En este sentido, desde la perspectiva de la protección universal de derechos humanos, los “Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones”<sup>101</sup> establecen:

“3. La obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario según lo previsto en los respectivos ordenamientos jurídicos comprende, entre otros, el deber de:

- a) Adoptar disposiciones legislativas y administrativas y otras medidas apropiadas para impedir las violaciones;

---

101 Asamblea General. UN Doc. 60/147 (2005). Disponible [en línea](#).

b) Investigar las violaciones de forma eficaz, rápida, completa e imparcial y, en su caso, adoptar medidas contra los presuntos responsables de conformidad con el derecho interno e internacional;

c) Dar a quienes afirman ser víctimas de una violación de sus derechos humanos o del derecho humanitario un **acceso equitativo y efectivo a la justicia**, como se describe más adelante, **con independencia de quién resulte ser en definitiva el responsable de la violación**; y

d) Proporcionar a las víctimas **recursos eficaces, incluso reparación**, como se describe más adelante” (*los destacados son nuestros*).

Esta obligación ha sido abordada además por los órganos de tratados.<sup>102</sup> En particular, el Comité de Derechos Humanos, en tanto órgano autorizado para desarrollar los artículos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), ha señalado que puede ser constitutivo de violación por parte de un Estado a dicho instrumento no exigir la rendición de cuentas de actores vinculados a violaciones de derechos humanos.<sup>103</sup>

“(…) Solo se podrán cumplir plenamente las obligaciones positivas de los Estados Partes de garantizar los derechos reconocidos en el Pacto **si el Estado protege a las personas**, no solo contra las violaciones de los derechos reconocidos en el Pacto que cometan sus agentes, sino también **contra los actos que**

---

102 Los órganos de tratados corresponden a “las instituciones de Derecho Internacional encargadas de aplicar las normas convencionales; por parte de los Estados, recibieron el mandato por tanto, de interpretar los tratados y aplicarlos a las situaciones concretas que van surgiendo. Como las sociedades cambian, el alcance concreto de los tratados se va ajustando también. Este fenómeno se conoce como interpretación evolutiva de los derechos humanos. Los órganos de tratado explican y clarifican las obligaciones de los Estados a través de la adopción de comentarios generales y también a través de las respuestas a los informes presentados por los Estados. Tal es el caso, por ejemplo, del Comité de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el Comité del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité de los Trabajadores Migrantes y sus Familias, etc.”. Ortega, D. y Schönsteiner, J.: “Curso e-Learning: Derechos Humanos y Empresas”. Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile (2018).

103 Comité de Derechos Humanos. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004).

**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” (*los destacados son nuestros*).

Desde la perspectiva de los mecanismos de protección regionales de derechos humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Relatoría Especial sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (en adelante, “REDESCA”) han establecido que la obligación de investigar, sancionar y reparar puede dimanar, además:

“(…) **del derecho internacional consuetudinario y el propio ordenamiento jurídico interno de los Estados**. En ese marco, la CIDH y su REDESCA subrayan el requerimiento de que los mecanismos, políticas o marcos normativos implementados en el ámbito de empresas y derechos humanos combatan la impunidad y estén dirigidos a evitar la repetición de hechos lesivos en el futuro a través de la rendición de cuentas de las autoridades estatales y las empresas, incluyendo el acceso efectivo a la justicia, la sanción penal, administrativa, civil o de otra índole, según sea el caso, y la reparación adecuada de las víctimas a la luz de los estándares internacionales en la materia. Para ello, la Relatoría Especial subraya el rol clave de la **independencia, imparcialidad y efectiva capacidad de los sistemas de justicia** para hacer frente a estas situaciones”<sup>104</sup> (*los destacados son nuestros*).

---

104 REDESCA y CIDH: “Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos”, OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19 (2019); párr. 51.

**Los sistemas judiciales a nivel global han dado cuenta de una brecha entre las vulneraciones de derechos humanos vinculadas a empresas en sus territorios, y su capacidad de exigir una rendición de cuentas adecuada y la reparación a las víctimas.**

En este sentido, existen distintos casos en los cuales se ha concluido la responsabilidad del Estado por no actuar de manera diligente ante violaciones de derechos humanos vinculados al sector privado. Esto es, bajo la comprensión de que el poder público ha auxiliado la impunidad.<sup>105</sup>

Es por todo lo que expuesto que los Principios Rectores, en su Pilar I, establecen que los Estados tienen la obligación de proteger a las personas de los impactos negativos que operaciones empresariales puedan generar en derechos humanos. En particular, el Principio Rector 1 señala:

“Los Estados deben proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. A tal efecto deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia”.

Sin perjuicio de lo expuesto, los sistemas judiciales a nivel global han dado cuenta de una brecha entre las vulneraciones de derechos humanos vinculadas a empresas en sus territorios, y su capacidad de exigir una rendición de cuentas adecuada y la reparación a las víctimas.<sup>106</sup>

En términos generales, esto se debe a cuestiones relacionadas con la globalización (ver capítulo 1), la complejidad de las estructuras y formas societarias (ver capítulo 1), y la asimetría entre las víctimas y las empresas. Sobre este último punto se enfoca la segunda sección de este capítulo, que exhibe el derecho internacional de los derechos humanos como una herramienta de nivelación de dicha asimetría en base a los principios de la igualdad y no discriminación.

---

105 Ver, en este sentido, REDESCA y CIDH: “Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos” OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19 (2019), párrs. 124 y ss.

106 Ver en este sentido, por ejemplo, Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos: “La impunidad corporativa es lo común, mientras la indemnización a las víctimas es inusual”. Disponible [en línea](#).

Finalmente, antes de pasar a la siguiente sección, conviene tener presente las recomendaciones presentadas al Consejo de Derechos Humanos en 2016 por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH):

### **Mejorar la Rendición de Cuentas y el Acceso a las Reparaciones para las Víctimas de Violaciones de los Derechos Humanos Relacionadas con Actividades Empresariales<sup>107</sup>**

#### **Recomendaciones**

“Los Estados Miembros deben:

a) Al aplicar el pilar sobre “acceso a los mecanismos de reparación” de los Principios Rectores, considerar la posibilidad de revisar el alcance y la eficacia de los regímenes jurídicos internos que regulan el respeto por las empresas de los derechos humanos, utilizando las orientaciones que figuran en el anexo del presente informe, con miras a: i) **desarrollar políticas y reformas jurídicas que respondan más eficazmente a los aspectos prácticos de la organización y gestión de las empresas y tomen en consideración los desafíos específicos que se plantean en las complejas cadenas mundiales de suministro;** y ii) mejorar la eficacia de los mecanismos judiciales estatales como forma de garantizar la rendición de cuentas de las empresas y la reparación en casos de violaciones de los derechos humanos relacionadas con actividades empresariales;

b) Elaborar una estrategia integral de aplicación de las orientaciones para adaptarse de un modo adecuado a las estructuras, las necesidades y los desafíos jurídicos y locales, por ejemplo,

---

107 ACNUDH. A/HRC/32/19 (2016), párr. 31.

como parte de los planes de acción nacionales sobre las empresas y los derechos humanos o en el marco de las estrategias dirigidas a mejorar el acceso a la justicia en general;

c) Adoptar medidas, utilizando las orientaciones, para mejorar la eficacia de la cooperación transfronteriza entre los organismos estatales y los órganos judiciales, respecto de la aplicación en derecho público y privado de los regímenes jurídicos internos” (*los destacado son nuestros*).

Esta primera sección exhibió la responsabilidad e importancia que tiene el sistema de justicia de un país determinado en materia de rendición de cuentas y reparación. Las siguientes se enfocan en entregar herramientas para impartir justicia en casos DHyE con enfoque de derechos humanos y en explicar cómo se organizan los mecanismos de reparación en Chile.

En cada una se utilizará aquellos casos más relevantes que se han dado a nivel comparado y a nivel doméstico. Respecto de la jurisprudencia comparada, se han utilizado (i) todos aquellos casos que se han cerrado entre 2015 y 2020 sistematizados por la plataforma del “Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos”<sup>108</sup>, y (ii) casos identificados por la CIDH y la REDESCA en el antes citado informe “Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos”.

Respecto de la jurisprudencia doméstica, además de las herramientas mencionadas se han utilizado los casos sistematizados por los siguientes estudios: (i) “Respuesta a Cuestionario Empresas y derechos humanos: Acceso a mecanismos de reparación” de la Dirección de Estudios de la Corte Suprema (DECS) de 2020<sup>109</sup>, (ii) “Guía de

---

108 Información disponible [en línea](#).

109 Disponible [en línea](#).

Derechos Humanos y Empresas en Chile” del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) de 2018<sup>110</sup>, y (iii) el trabajo de recopilación de jurisprudencia de las propias autoras de este manual.<sup>111</sup>

---

110 Disponible [en línea](#).

111 Especialmente, Schönsteiner, J. y Parra, A.: “Acceso a mecanismos de reparación por violaciones a derechos humanos relacionadas con empresas en América Latina. Reporte Chile”, en Cantú, Humberto (ed.): *Derechos Humanos y Empresas: Acceso a Mecanismos de Reparación en América Latina*, Tirant Lo Blanch 2021 (a publicarse).

## 3.1

### El Poder Judicial ante el derecho internacional de los derechos humanos

**Esta sección recorre algunas cuestiones generales del derecho internacional de los derechos humanos y los estándares de derechos humanos más relevantes con relación al tema de DHyE, dando cuenta de ciertos temas de acceso a la justicia dadas las particularidades de las partes de un conflicto de DHyE.**

Para comprender de manera cabal qué significa que una controversia judicial corresponda al ámbito de DHyE y las consecuencias que ello acarrea para la labor del sistema de justicia, es fundamental visitar algunas consideraciones de derecho internacional.

Para ello, esta sección recorre algunas cuestiones generales del derecho internacional de los derechos humanos y los estándares de derechos humanos más relevantes con relación al tema de DHyE, dando cuenta de ciertos temas de acceso a la justicia dadas las particularidades de las partes de un conflicto de DHyE.

El objetivo es que quienes integren la administración de justicia, especialmente juezas y jueces, cuenten con una sistematización clara de las herramientas que les permitirán asegurar el enfoque de derechos humanos en casos vinculados a abusos cometidos por parte de las empresas. Lo anterior, con la finalidad de asegurar una adecuada atribución de responsabilidad, junto con la igualdad y no discriminación de las víctimas, sobre todo aquellas que se encuentran en riesgo de mayor vulnerabilidad.

#### 3.1.1 Incorporación, interpretación conforme y control de convencionalidad

Resulta fundamental que quienes integran los sistemas de justicia tengan presente la relación entre estándares internacionales y normas nacionales, y recurran a argumentos de derecho internacional para responder a una situación de DHyE.

Nuestra Constitución Política solamente se pronuncia sobre la incorporación de los tratados internacionales al ordenamiento interno, mas no sobre la incorporación de otras normas internacionales tales como los principios generales, la costumbre internacional, las normas de *ius cogens*, o las resoluciones de las organizaciones internacionales. Los tratados se incorporan a través de su publicación en el Diario Oficial, con posterioridad a su aprobación por el Congreso (art. 54.1 CPR).

**Mientras los tratados en general se incorporan a nivel de jerarquía legal, se ha establecido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que la jerarquía de los tratados referidos en el artículo 5º inciso segundo de la Constitución se incorporan a nivel supralegal, pero infraconstitucional (TC rol N° 1.288-2008).**

El Congreso además, a través del “mismo acuerdo aprobatorio de un tratado”, tiene la facultad de autorizar al Presidente “a fin de que, durante la vigencia de aquel, dicte las disposiciones con fuerza de ley que estime necesarias para su cabal cumplimiento” (art. 54.1 inciso final). Mientras los tratados en general se incorporan a nivel de jerarquía legal, se ha establecido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que la jerarquía de los tratados referidos en el artículo 5º inciso segundo de la Constitución se incorporan a nivel supralegal, pero infraconstitucional (TC rol N° 1.288-2008). Esto también es aplicable a las normas convencionales relevantes en materia de DHyE. Como señala Vargas Carreño:

“El problema de la incorporación del derecho internacional al ordenamiento jurídico chileno no ha ofrecido en la práctica mayores dificultades. (...) [P]or lo general, los tratados internacionales pasan a tener vigencia interna una vez que han sido promulgados y publicados en el Diario Oficial.

Respecto a las fuentes no convencionales –la costumbre y los principios generales de derecho–, la jurisprudencia y la doctrina prevaleciente han considerado, en general, que estas se incorporan automáticamente al derecho chileno y forman parte de él.

En cuanto a las resoluciones de las organizaciones internacionales, las que serán objeto de estudio en sucesivos capítulos posteriores, éstas, por lo general, requieren de un acto especial de transformación, sin perjuicio de destacar anticipadamente que, en general, ha sido voluntad del Estado de Chile dar cumplimiento a las resoluciones y a las sentencias de los órganos internacionales de los que Chile es parte”.<sup>112</sup>

Dicho esto, la interpretación del derecho es la clave de su aplicación, vigencia y consistencia. Mientras la tradición jurídica chilena de interpretación –del derecho público, incluyendo el constitucional– se basa en principios que no están recogidos ni en la Constitución ni en

---

112 Vargas Carreño, Edmundo (2007): *Derecho Internacional Público. De acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI*. Editorial Jurídica de Chile; p. 211.

la legislación, el Código Civil contiene una cláusula de interpretación que, *de facto*, ha permeado no solo el derecho civil sino también el derecho público.<sup>113</sup>

En relación con el derecho internacional, particularmente el derecho internacional de los derechos humanos, esta falta de determinación tiene hoy como consecuencia una división del Tribunal Constitucional frente a la correcta interpretación de las normas de los tratados incorporados a través del artículo 5º inciso segundo de la Constitución.<sup>114</sup> Mientras la mayoría incorpora solo los tratados y los interpreta según la idiosincrasia chilena, la minoría interpreta la norma internacional según las reglas del derecho internacional (arts. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y las reglas especiales de los tratados de los derechos humanos como el art. 29 CADH). La postura de la mayoría del TC tiene como consecuencia –deseada o aceptada– una mayor inconformidad del derecho interno con los estándares internacionales, esto es, mayor probabilidad de demandas a nivel internacional con un enlace condenatorio.<sup>115</sup>

Para la protección y garantía de los derechos humanos tal como son reconocidos por Chile a nivel internacional, es clave la interpretación de estos en conformidad con la interpretación que se les da a ese nivel. Esta “interpretación conforme” utiliza como “medio auxiliar” las decisiones de los órganos internacionales relevantes (art. 38 Estatuto de la Corte Internacional de Justicia), tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

---

113 Silva I., Luis A. (2014): “La dimensión legal de la interpretación constitucional”, en *Revista Chilena de Derecho* Vol. 41 Nº 2; pp. 437-471. Disponible [en línea](#).

114 Núñez, Constanza (2018): “Apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en una nueva Constitución”, en *Revista Ius et Praxis* Vol. 24 Nº 3; pp. 379-420 (disponible [en línea](#)), y Schönsteiner, Judith (2016): “El derecho internacional de los derechos humanos en el Tribunal Constitucional chileno: el mínimo común denominador”, en *Revista de Derecho (Valdivia)* Vol. 29 Nº 1 (disponible [en línea](#)).

115 Schönsteiner, J. y Zúñiga, M. (2021): “Complying but only when told so”, en Grote, R., Morales, M. y Paris, D. (eds), *Edward Elgar Research Handbook on Compliance in International Human Rights Law*; Edward Elgar, Cheltenham (a publicarse).

La Corte Interamericana ha establecido además, en el caso *Almonacid Arellano*, el control de convencionalidad judicial. Por estar este tema ampliamente tratado en la doctrina, no profundizaremos al respecto en este curso.<sup>116</sup>

Lo que se propone aquí, más bien, es un método práctico para la interpretación del derecho doméstico en conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos en materia de DHyE.

#### ¿Cómo proceder para la interpretación conforme en materia de DHyE?

- Hay que construir la interpretación de una cláusula de un tratado según el derecho internacional ANTES de incorporarlo vía art. 5.2 de la Constitución o vía el Código Procesal Penal.
- Los cuatro elementos que constituyen la regla básica de interpretación en el derecho internacional público (buena fe, sentido corriente en su contexto y objeto y fin, art. 31 CVDT) corresponden a una evaluación **global**. Se debe construir la interpretación tomando en cuenta todos elementos.
- Se interpreta la CADH a la luz de los otros instrumentos ratificados (art. 29 CADH), y a la luz de la jurisprudencia aplicable así como de las declaraciones que se consideran práctica subsiguiente en el sentido del art. 31.3.c CVDT o que se consideran directamente relevantes a través del art. 29d CADH.
- Se interpretan los otros tratados de derechos humanos según su cláusulas de interpretación (por ejemplo, art. 5 PIDESC y PIDCP), tomando en cuenta las decisiones de los órganos de tratado, incluyendo las observaciones generales. Los informes de los Relatores especiales de las Naciones Unidas sobre alguna materia específica se ponderan como doctrina según el art. 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia.
- Se usan los principios de *lex posterior* y *lex specialis*, y que en caso de conflicto de normas, se trata de llegar a una interpretación armónica.
- Las actas solo se usan si vía art. 31 la interpretación siguiera siendo ambigua (ver art. 32 CVDT)
- Si el resultado de esta interpretación del derecho internacional de los derechos humanos entrara en contradicción con una norma constitucional, se busca primero una interpretación armónica que responda a ambos sistemas de fuentes.

116 Véase Henríquez, Miriam (2017): *Control de convencionalidad*, DER Ediciones, y Paúl, Álvaro (2019): "Los enfoques acotados del control de convencionalidad: las únicas versiones aceptables de esta doctrina", en *Revista de Derecho (Concepción)* Vol. 87 N° 246. Disponible [en línea](#).

Dicho lo anterior, es claro que el Poder Judicial no tiene las facultades para remediar contradicciones principales entre el orden jurídico interno y las obligaciones internacionales. Es por ello que cada Estado debiera adecuar su normativa interna a los tratados internacionales, tal como indica, por ejemplo, el art. 2 CADH. Las brechas existentes entre derecho interno y obligaciones internacionales en materia de DHyE se pueden revisar en el Estudio Línea Base sobre Empresas y Derechos Humanos, publicado por el Centro de Derechos Humanos de la UDP en 2016.

### Ejercicio

Lea el resumen y conclusiones del [Estudio Línea Base 2016](#). Identifique los problemas estructurales señalados por los autores.

Para la definición de brechas, el equipo de investigación elaboró dos matrices sobre estándares de derechos humanos vigentes para el Estado de Chile. Realice una actualización de estos estándares en materia de DHyE, revisando las observaciones generales de los comités de tratados internacionales de derechos humanos de la ONU, las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los informes relevantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y los informes de los/las Relatores Especiales de las Naciones Unidas y el Grupo de Trabajo.

### Para profundizar

- Estudio sectorial sobre la industria del salmón. Disponible [en línea](#).
- Aylwin, José y Guerra, Felipe (2020): Evaluación de impacto en derechos humanos de proyectos mineros canadienses en territorio colla en Chile: el Caso de Kinross y la comunidad Pai-Ote. Disponible [en línea](#).

- Romero, Amanda, Aylwin, José y Didier, Marcel (2019): Globalización de las empresas de energía renovable: Extracción de litio y derechos de los pueblos indígenas en Argentina, Bolivia y Chile (“Triángulo del Litio”). Informe disponible [en línea](#).

### 3.1.2 Consideraciones sobre acceso a la justicia en casos de Derechos Humanos y Empresa

El corazón de la labor judicial es proveer acceso a la justicia siempre que un derecho humano haya sido vulnerado. Esto abarca violaciones por parte de órganos del Estado, por falta de respeto, falta de protección o garantía de los derechos humanos, pero también violaciones por parte de actores privados.

#### 3.1.2.1 Tipos de remedios

Como ya se expuso, el derecho a la reparación efectiva es un principio fundamental del derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, el Comentario al Principio Rector 25 señala:

“Las reparaciones (...) pueden revestir diversas formas sustantivas destinadas, en términos generales, a contrarrestar o reparar cualquier daño a los derechos humanos que se haya producido. La reparación puede incluir **disculpas, restitución, rehabilitación, compensaciones económicas o no económicas y sanciones punitivas** (ya sean penales o administrativas, por ejemplo multas), así como **medidas de prevención de nuevos daños** como, por ejemplo, los requerimientos o las garantías de no repetición” (*los destacados son nuestros*).

En este escenario, a nivel internacional se ha abordado de manera pormenorizada cuáles serían las sanciones y reparaciones adecuadas para víctimas de casos de DHyE. Los siguientes recuadros presentan un extracto de las principales conclusiones a las que ha llegado el ACNUDH a este respecto.

## Sanciones con Arreglo al Derecho Público y Otros Mecanismos de Reparación<sup>117</sup>

**“Objetivo de políticas 11: las sanciones y otros mecanismos de reparación que puedan imponerse tras la determinación de responsabilidad jurídica empresarial en casos de violaciones de los derechos humanos relacionadas con actividades empresariales ofrecen la posibilidad de una reparación efectiva para el daño y/o perjuicio correspondiente.**

11.1 Los órganos judiciales tienen autoridad y capacidad, en la legislación y en la práctica, para imponer una gama de penas una vez que se determina la responsabilidad jurídica de la empresa en casos de violaciones de los derechos humanos relacionadas con actividades empresariales, incluidas sanciones económicas y/o mecanismos de reparación no económicos, como órdenes de restitución, medidas para ayudar a la rehabilitación de las víctimas y/o reposición de recursos, medidas de satisfacción (por ejemplo, disculpas públicas) y garantías de no repetición (por ejemplo, la revocación de licencias de explotación, programas de cumplimiento obligatorio, educación y formación).

11.2 En cada caso, las sanciones impuestas a las empresas: a) son proporcionales a la gravedad de la violación y del daño ocasionado; b) reflejan el grado de culpabilidad de la empresa correspondiente (para lo que se tendrá en cuenta, por ejemplo, si la empresa ejercía de forma apropiada la diligencia debida en materia de derechos humanos; la fortaleza y la eficacia de la labor de la empresa en materia de cumplimiento; cualquier caso pasado de conducta parecida; si la empresa respondió de forma apropiada a las advertencias y otros factores pertinentes); c) están diseñadas de forma que se minimicen los riesgos de repetición o continuación de la violación y/o el

---

117 Véase ACNUDH. A/HRC/32/19 (2016), Anexo; p. 19. Disponible en [línea](#).

daño; d) son lo suficientemente desincentivadoras como para constituirse en un factor de disuasión creíble, de forma que esa empresa, y otras, se abstengan de incurrir en la conducta prohibida; y e) tienen en cuenta las cuestiones de género y las necesidades particulares de las personas o grupos expuestos a un mayor riesgo de vulnerabilidad o marginación.

11.3 En la medida de lo posible, se consulta debidamente a las víctimas: a) sobre el diseño y la aplicación de las sanciones y otros medios de reparación; b) sobre cualquier decisión de firmar un acuerdo de aplazamiento del enjuiciamiento y las condiciones de dicho acuerdo; y c) sobre los términos de cualquier solución pactada. En dichas consultas se tienen en cuenta las cuestiones de género y las necesidades particulares de las personas o grupos expuestos a un mayor riesgo de vulnerabilidad o marginación.

11.4 Los organismos estatales y/o los órganos judiciales supervisan la aplicación de las sanciones y otras formas de reparación y velan por que exista un mecanismo eficaz mediante el cual las personas interesadas puedan denunciar, presentar una reclamación o solicitar medidas correctivas, en caso de que no se apliquen dichas sanciones u otros mecanismos de reparación.

11.5 El ordenamiento jurídico interno no permite deducciones tributarias por sumas pagadas como indemnizaciones monetarias tras determinarse la responsabilidad jurídica de la empresa en casos derivados de violaciones de los derechos humanos relacionadas con actividades empresariales”.

## Medios de Reparación con Arreglo al Derecho Privado<sup>118</sup>

**“Objetivo de políticas 19: los medios de reparación con arreglo al derecho privado a resultas de la determinación de la responsabilidad jurídica de la empresa ofrecen la posibilidad de lograr una reparación efectiva por la violación y/o el daño causados.**

19.1 Los órganos judiciales tienen autoridad y capacidad, en la legislación y en la práctica, para conceder una serie de mecanismos de reparación en casos de derecho privado derivados de violaciones de los derechos humanos relacionadas con actividades empresariales, que pueden consistir en indemnizaciones monetarias o medidas de resarcimiento no monetarias, como órdenes de restitución, medidas para ayudar a la rehabilitación de las víctimas y/o la reposición de recursos, medidas de satisfacción (por ejemplo, disculpas públicas) y garantías de no repetición (por ejemplo, programas de cumplimiento obligatorio, educación y formación).

19.2 En cada caso, las medidas de resarcimiento con arreglo al derecho privado que se conceden a los demandantes: a) son proporcionales y adecuadas a la gravedad de la violación y el alcance y la naturaleza de la pérdida o daño sufridos; b) pueden, en la medida en que lo permita el ordenamiento jurídico interno correspondiente, reflejar el grado de culpabilidad de la empresa demandada (para lo que se tendrá en cuenta, por ejemplo, si la empresa ejercía de forma apropiada la diligencia debida en materia de derechos humanos; la fortaleza y la eficacia de la labor de la empresa en materia de cumplimiento; cualquier caso pasado de conducta parecida; si la empresa respondió de forma apropiada a las advertencias, y otros factores pertinentes); c) están diseñadas de forma que se minimicen los riesgos de repetición o continuación de la

---

118 Véase ACNUDH. A/HRC/32/19 (2016), Anexo; pp. 24 y 25.

violación y/o el daño; y e) tienen en cuenta las cuestiones de género y las necesidades de las personas o grupos expuestos a un mayor riesgo de vulnerabilidad o marginación..

19.3 Se consulta a los demandantes sobre el diseño y la aplicación de las medidas de reparación con arreglo al derecho privado y sobre los términos de cualquier arreglo pactado. En dicha consulta se tienen en cuenta las cuestiones de género y las necesidades de las personas o grupos expuestos a un mayor riesgo de vulnerabilidad o marginación.

19.4 Los órganos judiciales y/o los organismos pertinentes del Estado supervisan de forma adecuada la aplicación por la empresa de las medidas de reparación con arreglo al derecho privado y velan porque exista un mecanismo eficaz por el que las personas interesadas puedan denunciar, presentar una reclamación y/o solicitar medidas correctivas en caso de que no se hagan efectivas dichas medidas de reparación.

19.5 El ordenamiento jurídico interno no permite deducciones tributarias por sumas pagadas como indemnizaciones monetarias tras determinarse la responsabilidad jurídica de la empresa en casos derivados de violaciones de los derechos humanos relacionadas con actividades empresariales.

19.6 El ordenamiento jurídico interno garantiza, mediante una reglamentación, unas orientaciones y unas normas profesionales apropiadas, que las indemnizaciones monetarias se distribuyan entre los miembros de los grupos de demandantes afectados de un modo justo, transparente y no discriminatorio, teniendo presentes las cuestiones de género y las necesidades de las personas o grupos expuestos a un mayor riesgo de vulnerabilidad o marginación”.

### 3.1.2.2 Barreras de acceso a la justicia

Por último, antes de entrar a la siguiente sección de este capítulo, es importante tener en cuenta dos consideraciones sobre barreras de acceso a la justicia que no serán aquí revisadas en profundidad, debido a no ser atingentes al propósito de este documento.

En primer lugar, existen lo que podríamos denominar barreras formales, según se describe en el Principio Rector 26:

#### Principio Rector 26

“Los Estados deben asegurarse de no levantar barreras que impidan llevar casos legítimos ante los tribunales, especialmente cuando la vía judicial resulte esencial para la obtención de reparación o no haya otras vías alternativas de reparación. También deben asegurar que la corrupción judicial no obstruya la administración de justicia, que los tribunales sean independientes de presiones económicas o políticas de otros agentes del Estado y de actores empresariales, y que no se pongan obstáculos a las actividades legítimas y pacíficas de los defensores de los derechos humanos. (...)”

Pueden surgir barreras prácticas y de procedimiento para tener acceso a la reparación, por ejemplo:

- Cuando los **costos de presentar denuncias** superan el nivel necesario para disuadir acciones judiciales injustificadas y/o no pueden reducirse a niveles razonables con apoyo público, mediante mecanismos ‘basados en el mercado’ (como los seguros de litigación o los sistemas de pago de asistencia letrada) o por otros medios;
- Cuando los denunciantes tienen **dificultades para conseguir representación letrada** debido a la falta de recursos u otros incentivos para que los abogados asesoren a los denunciantes en este ámbito;

- Cuando **no se dispone de opciones adecuadas para presentar reclamaciones conjuntas** o establecer procedimientos de representación (como las demandas civiles colectivas y otros procedimientos de acción colectiva), lo cual impide que los denunciante a título individual obtengan una reparación adecuada;
- Cuando **los fiscales del Estado carecen de los recursos, los conocimientos especializados o el apoyo necesarios** para cumplir las obligaciones del Estado de investigar la implicación de personas o empresas en delitos de derechos humanos.

Muchos de estos obstáculos vienen dados o se ven agravados por las **frecuentes desigualdades entre las partes de las causas de derechos humanos relacionadas con empresas**, en particular por lo que respecta a los recursos financieros, el acceso a la información y las competencias profesionales. Además, ya sea por discriminación activa o como consecuencia involuntaria de la estructura y funcionamiento de los mecanismos judiciales, las personas pertenecientes a grupos o poblaciones expuestas a un mayor riesgo de vulnerabilidad o marginación enfrentan a menudo obstáculos culturales, sociales, físicos y financieros adicionales para acceder a estos mecanismos, utilizarlos y aprovecharlos. Debe prestarse especial atención a los derechos y las necesidades específicos de estos grupos o poblaciones en cada etapa del proceso de reparación: acceso, procedimientos y resolución” (*los destacados son nuestros*).

En segundo lugar, este capítulo tampoco revisa cuestiones de *legisferenda* que debiesen discutirse con miras a adecuar un ordenamiento jurídico que podría ser insuficiente, dado el contexto en el que se dan las complejas cadenas de valor actuales. En particular, se hace necesario revisar cuestiones relacionadas con la prescripción de las acciones y la asimetría persistente entre las víctimas y las empresas.

No nos referimos a estos aspectos, pues si bien son asuntos centrales al tema de DHyE, consideramos que tienen más que ver con cuestiones de política pública en materia de justicia que con la labor judicial propiamente tal. Sin embargo, ambas consideraciones se ven reflejadas a nivel interno, cuestión que contribuye a la sensación de impunidad en casos de abusos de derechos humanos por parte de empresas.

### Ejercicio<sup>119</sup>

Conteste las siguientes preguntas:

- ¿Cómo se vincula el derecho internacional de los derechos humanos al derecho interno en Chile?
- Discusión grupal sobre casos en que se haya aplicado el derecho internacional de los derechos humanos.
- ¿Qué obstáculos encuentra usted para al momento de utilizar el derecho internacional de los derechos humanos en su labor?

### Para profundizar

- Vargas Carreño, Edmundo (2007): “Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno en el sistema jurídico chileno”, en *Derecho Internacional Público. De acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI*. Editorial Jurídica de Chile (2007); pp. 209-223.

---

119 Preguntas elaboradas en base a manual OHCHR en cooperación con IBA. *Human Rights in the Administration of Justice. A Facilitator's Guide on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers*. United Nations (2011); p. 4.

- Observación General N° 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales. Disponible [en línea](#).
- Estudio Línea Base sobre Empresas y Derechos Humanos (2016), sección sobre Pilar III, barreras al acceso a la justicia. Disponible [en línea](#).
- CIDH: Situación de las “zonas de sacrificio” ambiental y las consecuencias de la actividad industrial sobre el derecho a la salud en Chile, 171° Período de sesiones, Sucre, 13 de febrero de 2019. Disponible [en línea](#).
- CIDH: Empresas y Derechos Humanos en las Américas, 172° Período de sesiones Kingston, 8 de mayo de 2019. Disponible [en línea](#).
- CIDH: Industrias extractivas: Acceso a la información, 161° Período de sesiones, Washington D.C., 18 de marzo de 2017. Disponible [en línea](#).

## 3.2 La protección de los derechos humanos en el contexto de operaciones empresariales por el sistema de justicia chileno

### 3.2.1 Contextualización preliminar

Habiendo dado cuenta, en la sección previa de este capítulo, de la relevancia de los estándares de derechos humanos en la impartición de justicia, y de los mecanismos existentes para integrar dichos estándares en el derecho interno, a partir de ahora se pasa revista al rol del Poder Judicial en Chile en materia de DHyE.

De acuerdo a ello, se revisan las diferentes áreas del derecho chileno de competencia de los tribunales ordinarios de justicia relevantes. Esto, analizando:

- de qué manera el sistema de justicia contribuye a la rendición de cuentas empresarial y la reparación de las personas afectadas;
- cómo se han tratado los temas de mayor preocupación y grupos que se encuentran en riesgo de mayor vulnerabilidad;
- y haciendo referencia a la vez a las principales debilidades que se han detectado, a nivel comparado, de los ordenamientos jurídicos domésticos para hacer frente a este tipo de casos, en virtud de la compleja arquitectura societaria en la cual operan las empresas en la actualidad.

En este sentido, conviene tener presente que el ordenamiento jurídico chileno presenta un desafío estructural que se radica en la Constitución Política de la República.

Alejandra Parra y Judith Schönsteiner (2021)

#### Comentario preliminar sobre las particularidades del ordenamiento jurídico doméstico

“Al momento de evaluar los mecanismos de reparación por violaciones a derechos humanos relacionadas con empresas en Chile se debe considerar que existe un problema estructural

radicado en el reconocimiento constitucional de las garantías fundamentales. El Estudio de Línea Base sobre Empresas y Derechos Humanos en Chile constató que:

‘Del catastro de derechos fundamentales [*reconocidos en la Constitución Política de la República de Chile*], son muy pocos los numerales que vienen a resguardar los derechos de los más desventajados de la sociedad frente al impacto y riesgo que puedan generar las empresas, especialmente, no hay acceso a la justicia eficaz en temas de DESC, por falta de reconocimiento de estos derechos, fundamentalmente, el derecho al agua, a la vivienda adecuada, a la educación. En segundo término, del lenguaje constitucional del Capítulo III de la Constitución, se infiere que lo que el constituyente se esmeró en resguardar fueron, más bien, las prerrogativas y derechos de los privados, entre ellos, las empresas, antes que los deberes de éstas en materia de derechos humanos. Por tanto, nuestra Constitución presenta brechas evidentes en orden a resguardar derechos humanos ante los particulares’<sup>120</sup>.

(...) El catálogo de garantías fundamentales se encuentra fuertemente orientado a regular el denominado Orden Público Económico. Esta institución contiene el principio de subsidiariedad según la jurisprudencia y doctrina mayoritaria; y, además, el derecho de propiedad ampliamente detallado, con una definición e interpretación amplia y varios mecanismos para invocarlo. Esto genera un desbalance frente a derechos humanos que no encuentran un reconocimiento explícito en la Constitución Política de la República en forma de garantía fundamental e incluso respecto de garantías fundamentales que se encuentran menos desarrolladas en el texto.

---

120 Véase, por ejemplo, Estudio Línea Base, Schonsteiner et al. (2016), p. 16 y la literatura allí referida.

Dadas las precisiones descritas, si bien el ordenamiento jurídico puede dar una apariencia de solidez en cuanto a los mecanismos que existen para acceder a la justicia, en la práctica puede ser un desafío asegurar la plena vigencia de los derechos humanos. Como ocurre en cualquier estructura normativa piramidal, la Constitución influye directamente sobre el resto las leyes, decretos y reglamentos, y por ende en los procesos de hacer cumplir la ley o *enforcement*. (...)

Por último, es importante destacar que, si bien Chile lanzó en agosto de 2017 el Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas, dicha política pública no fue formalizada en un instrumento jurídico, razón por la cual ninguna de las medidas allí enumeradas puede servir de base para la obtención de reparación a menos que ésta se implemente a través de un instrumento que permita su judicialización en tribunales o por vía administrativa”.

Sin perjuicio de lo anterior, los tipos de controversias que pueden ser sometidas a los tribunales de justicia domésticos, en caso de que una empresa vulnere derechos humanos, son los siguientes:

- controversias entre privados, cuando personas o un grupo de personas interponen acciones legales en contra de una empresa por abusos de derechos humanos; y/o,
- controversias entre privados con el Estado (o sus órganos), cuando personas o un grupo de personas interponen acciones legales en contra, por ejemplo, de empresas de propiedad del Estado, o a reparticiones públicas, por ejemplo, por falta de acceso a servicios básicos.

En estos casos, según ha constatado el ACNUDH:

“Las empresas pueden verse involucradas en violaciones de los derechos humanos de muchas maneras; por los efectos adversos que estas pueden causar o contribuir a causar a raíz de

sus propias actividades, o como consecuencia de sus relaciones comerciales”.<sup>121</sup>

En todos estos casos, como se explicó en la sección anterior de este capítulo, el Estado está obligado a investigar y sancionar a quien resulte responsable de la vulneración, en virtud del principio de debida diligencia al cual se encuentra sometido. La inacción del Estado en general y del sistema de justicia en particular ante controversias de este tipo, puede ser revisada por los mecanismos de protección de derechos humanos según se aborda en la siguiente sección de este capítulo.

En ese contexto, este capítulo propone una guía hacia cómo las diferentes áreas del derecho interno pueden ser utilizadas para acortar esta brecha. Ello, para ayudar a una mejor comprensión de cómo el sistema de justicia interno puede contribuir a la rendición de cuentas y remediación en casos de DHyE.

Aunque pueda parecer obvio, es importante recordar que tal como señala el Comentario al Principio Rector 11, “las empresas pueden asumir otros compromisos o llevar a cabo otras actividades para apoyar y promover los derechos humanos y contribuir así a mejorar el disfrute de los derechos. Pero esto no compensa el incumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos en el desempeño de sus actividades”. Por lo tanto, al momento de atribuir responsabilidad por impactos negativos en derechos humanos, esto debe ser considerado independientemente de las contribuciones positivas que la misma empresa pueda realizar.

### **3.2.2 Mecanismos del derecho interno de rendición de cuentas y reparación en casos de Derechos Humanos y Empresas**

#### **3.2.2.1 El *ius puniendi* estatal**

La potestad represiva del Estado, tanto en su variante jurídico-administrativa como jurídico-penal, constituye un área crucial del derecho cuando hablamos de reparación en casos de DHyE. Ello, pues el bien

---

121 Véase ACNUDH. A/HRC/32/19 (2016), párr. 1.

jurídico que tiende a proteger dicha potestad se vincula estrechamente con aquellos delitos o infracciones que más daño producen a las personas, las comunidades y la sociedad en su conjunto.

Sin embargo, a nivel comparado (en particular en la región europea) se ha constatado que no es común que las empresas o sus miembros sean investigados y sancionados por delitos vinculados a abusos de derechos humanos.<sup>122</sup>

A este respecto, se ha abordado el rol de los ministerios públicos y/o fiscalías especializadas, junto con el de las policías. Sobre esto, diferentes partes interesadas a nivel global han detectado empíricamente que:

“Cuando los actores corporativos, incluidas las entidades corporativas o los individuos que actúan en nombre de una entidad corporativa, cometen o son cómplices de la comisión de delitos relacionados con abusos de los derechos humanos, la rendición de cuentas rara vez sigue”.<sup>123</sup>

Dado lo anterior, diferentes cuerpos internacionales se han abocado a fortalecer las capacidades de los organismos estatales encargados de la investigación y el cumplimiento de la ley (en el caso de Chile, *e.g.*, Ministerio Público, Fiscalía Nacional Económica, Comisión para el Mercado Financiero, Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones).

A este respecto, resultan de particular interés los “Principios sobre Crímenes Corporativos”.<sup>124</sup> Estos principios, no vinculantes, fueron desarrollados por reconocidos expertos con el apoyo de organizaciones de la sociedad civil también expertas en la materia (*i.e.*, Amnistía Internacional y The International Corporate Accountability Roundtable).

---

122 Methven, Claire (2019): *Business and human rights. A handbook for legal practitioners*, Council of Europe; p. 127. Disponible [en línea](#).

123 “The Corporate Crimes Principles. Advancing Investigations and Prosecutions In Human Rights Cases” (2016); p. i. Disponible [en línea](#).

124 Traducción libre de “The Corporate Crimes Principles. Advancing Investigations and Prosecutions In Human Rights Cases” (2016). Los principios fueron creados por nueve expertos fueron elegidos por su experiencia en áreas temáticas relevantes, incluido el derecho penal internacional y el derecho de los derechos humanos, y

## Principios sobre Crímenes Corporativos

- “1. Combatir la impunidad de los delitos corporativos investigando y persiguiendo las ofensas
2. Combatir la impunidad de los delitos corporativos transfronterizos declarando competencia
3. Garantizar la rendición de cuentas y la transparencia en los procesos judiciales en que se persigan delitos corporativos
4. Identificar los estándares legales y asegurar la evidencia necesaria para establecer la responsabilidad por delitos corporativos en su jurisdicción
5. Colaborar ampliamente para garantizar la rendición de cuentas por delitos corporativos, particularmente en casos transfronterizos.
6. Perseguir cargos que reflejen la gravedad de los delitos corporativos cometidos.
7. Investigar y enjuiciar a los actores corporativos que tengan la mayor responsabilidad en relación a los delitos cometidos
8. Utilizar todas las herramientas legales disponibles para recopilar evidencia, construir casos y obtener la cooperación de testigos críticos en casos de delitos corporativos
9. Garantizar que las víctimas de delitos corporativos puedan obtener reparación efectiva

---

por representar una diversidad de jurisdicciones legales. La Comisión está copresidida por el juez Ian Binnie, exjuez de la Corte Suprema de Canadá, y la profesora Anita Ramasastry, experta en lucha contra la corrupción y DHyE. Disponible [en línea](#).

10. Implementar medidas e incentivos apropiados para proteger a las víctimas, informantes, denunciantes, testigos y expertos en casos de delitos corporativos”.

A continuación se exponen algunas particularidades de relevancia, distinguiendo entre la variante jurídico-penal y la jurídico-administrativa.

### Justicia penal

*Delitos constitutivos de abusos de derechos humanos en el contexto empresarial y su aplicación a nivel comparado y doméstico*

El derecho penal interno tipifica en gran medida los diferentes hechos constitutivos de abusos severos de derechos humanos de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos (mencionados en la primera sección del presente capítulo).

En efecto, algunos de estos delitos incluso han sido tipificados en Chile, producto de la ratificación de ciertos tratados internacionales (e.g., delito de trata de personas). Entonces, bajo su obligación de protección a las personas, el Estado ha extendido la responsabilidad a personas jurídicas y/o personas naturales. Sin perjuicio de lo anterior, no se reconoce como en otros países un estatuto penal sistemático en relación con el denominado derecho penal laboral o derecho penal ambiental, ni un delito especial relativo a la explotación sexual comercial de niños y niñas.

En el siguiente recuadro se sistematizan las principales categorías de abusos severos de derechos humanos determinadas por el ACNUDH y que deben ser perseguidos criminalmente, junto con su reflejo en la ley penal chilena.

Abusos severos de derechos humanos	Código Penal (CP) y otros
Participación en actos que pueden llegar a ser crímenes internacionales	Financiamiento del terrorismo Lavado de activos
Asesinato	Delito de homicidio simple y calificado (arts. 391 y ss. CP)
Secuestro	Delito de secuestro (art. 141 CP)
Agresiones físicas severas (incluye en ciertos casos la violación severa de normas sobre salud y seguridad en el trabajo, y la violación severa de estándares de protección a los consumidores)	Delito de lesiones (art. 140 CP) Delito de violación (art. 361 CP) Delito de abuso sexual (arts. 365 bis y 366 CP) Delitos contra la salud pública (arts. 313 y ss. CP)
Trabajo forzado y prácticas de esclavitud moderna	Delito de trata de personas fines de trabajo forzado, esclavitud, servidumbre o prácticas análogas (art. 411 quáter CP)
Daños medioambientales severos y/o de gran escala	Delitos contenidos en la ley general de Pesca y Acuicultura (e.g., contaminación de aguas) Tráfico ilícito de residuos (artículo 44 Ley N° 20.920) Delito de incendio (art. 476 N° 3 y N° 4 CP).

**Una materia que ha suscitado especial atención a nivel comparado es la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En este sentido, Chile presenta avances comparativos con la región, al reconocer este estatuto de responsabilidad.**

A este respecto, una materia que ha suscitado especial atención a nivel comparado es la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En este sentido, Chile presenta avances comparativos con la región, al reconocer este estatuto de responsabilidad.

Desde la perspectiva de los DHyE, es particularmente relevante que si el delito es cometido por personas naturales que se encuentran bajo la dirección o supervisión directa de dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, la persona jurídica también será responsable.

Sin perjuicio de lo anterior, llama la atención que de los tipos de sanciones que pueden ser aplicadas a las personas jurídicas, la disolución o cancelación de su personalidad no sea aplicable a las empresas de propiedad del Estado ni a las empresas que prestan servicios públicos "(...) cuya interrupción pudiere causar graves consecuencias sociales

y económicas o daños serios a la comunidad, como resultado de la aplicación de dicha pena”.<sup>125</sup> Los estudios comparados de DHyE han calificado estas excepciones como inmunidades que no se ajustan necesariamente a la importancia de promover una rendición de cuentas adecuada, aun considerando de las motivaciones que el legislador habría tenido a este respecto.<sup>126</sup>

### Casos ejemplares

**Caso por la supuesta complicidad en el delito de tortura por parte de una empresa francesa en Libia.** La empresa Amesys “está acusada en un caso criminal en curso de complicidad con los abusos de los derechos humanos por parte del gobierno de Gaddafi en Libia al proporcionarle equipo de vigilancia. Dos organizaciones, la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH) y la Ligue des droits de l’Homme (LDH), presentaron una denuncia penal en el caso el 19 de octubre de 2011 ante un tribunal de París. La denuncia afirma que en 2007 Amesys celebró un contrato con el gobierno libio para proporcionar equipo de vigilancia de comunicaciones que el gobierno utilizaba para interceptar las comunicaciones privadas de Internet. La denuncia también alega que Amesys ayudó a desarrollar y monitorear una red de vigilancia que las autoridades utilizaron para identificar a los opositores de Gaddafi, a quienes el gobierno luego detuvo y torturó. Amesys confirmó que celebró un acuerdo con las autoridades Libias en 2007, pero afirma que el equipo proporcionado no permite la supervisión de las líneas telefónicas. Sostiene que celebró el acuerdo en un contexto diplomático de acercamiento con Libia, país que había declarado que deseaba luchar contra el terrorismo. La empresa declara que sus actividades cumplen con las leyes internacionales, europeas y francesas. El 21 de mayo de 2012, un fiscal en París abrió una investigación con-

125 Artículo 8º de la Ley Nº 20.393.

126 Methven, Claire: *Business and human rights. A handbook for legal practitioners*. Council of Europe (2019); pp. 123-125.

tra la empresa. En enero de 2013, un tribunal de apelaciones francés dictaminó que se podía iniciar investigación judicial sobre las acusaciones de complicidad de Amesys en actos de tortura. El 30 de mayo de 2017, Amesys fue declarado ‘testigo asistido’ [*esto es, que no seguirá siendo investigado, pero que todavía puede ser implicado si se descubre nueva evidencia*].<sup>127</sup>

**Homicidio de la defensora ambiental Berta Cáceres en Honduras.** “...El tribunal de Honduras que juzga el caso de Berta Cáceres condenó ...a siete personas y absolvió a otra más por su implicación en el asesinato de la líder ecologista. Entre los condenados están los tres sicarios que dispararon contra Cáceres el 2 de marzo de 2016, dos exmilitares y dos trabajadores vinculados a la empresa DESA (Desarrollos energéticos), que construiría la presa hidroeléctrica a la que la ecologista se oponía frontalmente... La familia de la ecologista se mostró contraria al fallo y opinó que ‘hubo condenas pero no hubo justicia’, como resumió la hija de Bertha Cáceres... en referencia a que no se ha investigado a los dueños de la hidroeléctrica. Organizaciones como CEJIL (Centro por la Justicia y el Derecho Internacional) y Amnistía Internacional consideran que ‘los autores intelectuales del asesinato aún están en impunidad’... Además de señalar a los culpables, el tribunal... hizo públicos algunos detalles que abonan las dudas sobre quiénes fueron los autores intelectuales o de dónde salió el dinero para pagar a los sicarios. La sentencia constató que las protestas lideradas por Berta Cáceres molestaban a los directivos de DESA y que intentaron asesinarla sin éxito un mes antes...”.<sup>128</sup>

**Cuasidelito de homicidio por muerte de trabajadores mineros en Chile.** En 2015 el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de La Serena condenó por cuasidelito de homicidio a los propietarios de una mina en Andacollo, en la que fallecieron dos trabajadores en diciembre del 2012. El tribunal dio por

127 BHRRC. Amesys lawsuit (re Libya) (2011). Traducción libre. Original disponible [en línea](#).

128 Diario *El País*: “El juicio de Berta Cáceres: siete condenas y un sabor agridulce”, BHRRC (2018). Disponible [en línea](#).

**El ordenamiento jurídico interno ha tipificado como hechos constitutivos de delitos ciertas prácticas que dan cuenta de influencias indebidas sobre el Estado. De este modo, si bien estas conductas en sí mismas no son equivalentes o equiparables a violaciones de derechos humanos, existe una convergencia sólida entre la conducta típica y una eventual vulneración.**

establecido que los empleadores proporcionaron material explosivo a las víctimas para extraer materia, sin medidas de seguridad a este respecto.<sup>129</sup>

*Otros delitos que podrían causar abusos de derechos humanos*

De acuerdo a lo expuesto en la sección precedente, un tema de especial atención en la región lo constituyen las políticas fiscales, prácticas tributarias empresariales y poder de influencia en la toma de decisiones públicas. En este sentido, la sociedad civil utiliza el concepto “captura corporativa” para referirse a:

“(…) los medios por los cuales una élite económica socava la realización de los derechos humanos y medioambientales mediante el ejercicio de una influencia indebida sobre las instituciones y los responsables de tomar decisiones en el ámbito nacional e internacional”.<sup>130</sup>

En este sentido, el ordenamiento jurídico interno ha tipificado como hechos constitutivos de delito ciertas prácticas que dan cuenta de influencias indebidas sobre el Estado. De este modo, si bien estas conductas en sí mismas no son equivalentes o equiparables a violaciones de derechos humanos, existe una convergencia sólida entre la conducta típica y una eventual vulneración.

Se considera que la jurisprudencia en ciertos casos podría incluir consideraciones de derechos humanos para asegurar una protección integral y completa de los mismos. Si bien este tema se analiza en profundidad en el capítulo 4, a continuación se detallan los delitos más relevantes y su potencial impacto.

129 Causa rol N° 161/2015 (reforma procesal penal). Resolución N° 16531 Corte de Apelaciones de La Serena, de 6 de mayo de 2015.

130 Red-DESC: “Captura corporativa: definición y características”, en “El proyecto de captura corporativa” (sin fecha). Disponible [en línea](#).

Tipificación	Potencial impacto en derechos humanos
<b>Fraude al fisco (art. 239 CP)</b>	Por ejemplo, cuando desde la función pública se defrauda o se consintiera en una defraudación que va en perjuicio del presupuesto público necesario para corregir desigualdades económicas, o acceder a ciertos derechos económicos o sociales.
<b>Cohecho (art. 248 CP)</b>	Por ejemplo, con la finalidad de evadir regulación en materia ambiental o sanitaria por parte de una empresa, con impacto en los derechos de las personas.

*Otras cuestiones de relevancia a nivel comparado en materia penal*

- Tendencia hacia la aplicación de la herramienta penal en contra de personas defensoras de derechos humanos, con la finalidad de silenciar su actuar. Por ejemplo, atribuyéndoles conductas típicas asociadas al crimen organizado (*e.g.*, asociación ilícita), generando en realidad una vulneración de la libertad de expresión.
- Atribución de responsabilidad a la alta dirección o administración, por delitos cometidos por los mandos medios. En este sentido se ha explotado la coautoría vertical y la autoría mediata.

**Casos ejemplares**

**Criminalización de personas defensoras de derechos humanos mediante la aplicación de la Ley RICO en Estados Unidos.** En 2017, un juez federal en California desestimó un caso contra Greenpeace y otros activistas ambientales. La empresa Rolute Forest Products utilizó la Racketeer Influenced and Corrupt Organization Act para acusar a Greenpeace de inducir “fraudulentamente” a las personas a nivel global “para donar millones de dólares en base a afirmaciones materialmente falsas y engañosas sobre su supuesto propósito ambiental y sus ‘campañas’ contra empresas”. Greenpeace argumentó que el caso era “un esfuerzo para amordazar la

libertad de expresión” y se ajustaba a la definición que tiene el Estado de California de una demanda estratégica contra la participación pública.<sup>131</sup>

**Caso Gerente de Danzer en Alemania, relativo a hechos ocurridos en la República Democrática del Congo.** “El 2 de mayo de 2011, una unidad de las fuerzas de seguridad locales entró en la aldea de Bongulu en la provincia de Équateur, República Democrática del Congo. Según testigos presenciales, alrededor de 60 soldados y policías hicieron estragos, golpeando a numerosos aldeanos y violando a varias mujeres y niñas. Las fuerzas de seguridad utilizaron los vehículos de una empresa maderera, Siforco SARL, en ese momento filial del grupo alemán-suizo Danzer.

La empresa no solo proporcionó los vehículos y los conductores, sino que el gerente local de la subsidiaria de Danzer también pagó a los soldados y a la policía después de la redada. La violencia fue desencadenada por un conflicto entre los pobladores y Siforco por la inversión en proyectos sociales y de infraestructura.

En marzo de 2015, la Oficina del Fiscal del Estado en Tubinga suspendió las investigaciones contra el gerente superior (...) ECCHR y Global Witness presentaron una denuncia penal acusando a un alto directivo de Danzer de graves violaciones de derechos humanos contra miembros de una comunidad forestal en la RDC.

El administrador está acusado de participe por omisión, en los delitos de violación, lesiones corporales graves, detención ilegal e incendio provocado. Como gerente responsable de asuntos comerciales africanos en Danzer, debería haber dado a los empleados locales instrucciones específicas para casos de conflicto. La fiscalía estatal no tuvo en cuenta las pruebas

---

131 Traducción libre de la información obtenida en BHRRC de autoría de Leber, Rebeca y Jones, Mother (2017): “Corporate Bullies” Are Using RICO Laws to Go After Greenpeace. Disponible [en línea](#).

clave, incluidos los archivos de dos procedimientos de investigación en el Congo. Estos archivos contienen registros de testimonios de varias víctimas y testigos que proporcionan un relato coherente del incidente que se corresponde con los informes de investigación de las autoridades congoleñas”.<sup>132</sup>

## Justicia administrativa

El derecho administrativo sancionador es otra forma de asegurar la rendición de cuentas societaria. En el caso de Chile, constituye un área del derecho que se vincula con cuestiones fundamentales para el tema de DHyE: la provisión de servicios básicos, el correcto funcionamiento del mercado y la realización de los derechos laborales colectivos e individuales.

Las sanciones que contempla el ordenamiento jurídico a este respecto operan como un elemento disuasivo (*e.g.*, multas, restricciones de operación, prohibición de contratación con el Estado y caducidad de concesiones). Por ello, la justicia administrativa no constituye necesariamente un mecanismo de reparación a las víctimas de manera directa, cuestión que desde un enfoque de DHyE también debe ser considerada al momento de conocer de estos casos.

## Caso ejemplar

**Corte de Apelaciones de Antofagasta deja sin efecto una autorización de la Dirección General de Aguas para que empresa minera realice exploración de aguas subterráneas en territorios indígenas.** La Comunidad Indígena Atacameña de Peine interpuso recurso de reclamación administrativa en contra de la Dirección General de Aguas, que autorizó a la

---

132 Traducción libre de ECCHR: “No investigations against Danzer manager over human rights abuses against community in DRC” (original disponible [en línea](#)). Véase también “German court investigates raid on Congolese village” (disponible [en línea](#)).

Compañía Minera Zaldívar SpA para explorar aguas subterráneas. La Corte de Apelaciones de Antofagasta analizó si la autorización se ajustaba a las normas sobre la protección de pueblos indígenas, señalando en su considerando sexto que dicha resolución había sido dictada de manera ilegal al no considerar el procedimiento de consulta indígena. Invoca, además, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el cual impide invocar normas de derecho interno para desconocer lo establecido por tratados internacionales.<sup>133</sup>

### 3.2.2.2 Justicia civil

La facultad del Poder Judicial de conocer de las causas civiles constituye una instancia de relevancia para las víctimas de abusos de derechos humanos relacionados a la acción de empresas.

En el ordenamiento jurídico interno, es posible reconocer instituciones que operan de manera *ex ante* y de manera *ex post*. Por lo mismo, la herramienta civil sirve en términos de prevención y reparación.

Si bien el derecho civil interno no hace referencia expresa a los derechos humanos, el ordenamiento jurídico contiene una serie de instituciones útiles para las víctimas en casos de DHyE, según se expone a continuación. En este sentido, los siguientes acápites se benefician del trabajo de profesores como Enrique Barros, quien ha estudiado de manera exhaustiva la responsabilidad civil.

## Responsabilidad

La responsabilidad civil es la institución que más se ha explorado a nivel comparado en materia de DHyE. Su naturaleza es reparatoria y opera de manera *ex post*, lo que quiere decir que cuando se ejerce, la vulneración a derechos humanos ya existió.

---

133 Causa rol N° 5/2020 (reclamación administrativa) de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 30 de octubre de 2020.

En materia de responsabilidad *extracontractual*<sup>134</sup>, la obligación de reparar todo daño a víctimas, mediando culpa, dolo o regímenes de responsabilidad estricta en virtud de ciertas acciones u omisiones, se convierte en central. Ello, en virtud del deber de cuidado general y recíproco que las personas naturales o jurídicas deben observar.

A continuación, se presentan algunas consideraciones a partir de los elementos de la responsabilidad por el hecho propio de las personas jurídicas, y por el hecho ajeno de sus dependientes.

- **Atribución de responsabilidad.** De conformidad con el profesor Barros, en primer lugar, con respecto a la responsabilidad por el hecho propio, se requiere: a) un hecho atribuible a los órganos o representantes de una empresa, cuya actuación compromete patrimonialmente a la misma; o b) un hecho negligente atribuible a la organización en su conjunto. Esto ocurre cuando no se sabe quién es la persona natural específica que actuó con culpa.<sup>135</sup>

“En organizaciones empresariales complejas esta culpa en la organización es una manera de hacer valer la responsabilidad en situaciones de incertidumbre acerca del agente individual del daño, pero en las que existe certeza de que ha habido una conducta negligente atribuible al conjunto de la organización (...)”.<sup>136</sup>

Desde el enfoque de DHyE este sistema de atribución es fundamental. Constituye un mecanismo de rendición de cuentas efectivo, porque radica la responsabilidad en quienes controlan o tienen poder sobre la acción u omisión. Además, constituye un mecanismo de responsabilidad efectivo en aquellos casos en que, dada la complejidad que tienen ciertas operaciones, es muy difícil determinar un sujeto particular como responsable de una vulneración de derechos humanos.

---

134 Los siguientes apartados se basan en el trabajo de profesores como Enrique Barros, quien ha estudiado de manera exhaustiva la responsabilidad civil, proponiendo dar una mirada al tema desde la intersección entre empresas y derechos humanos.

135 Barros, Enrique (2010): *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 1ª edición. Editorial Jurídica de Chile; p. 70.

136 Idem.

En segundo lugar, con respecto a la responsabilidad por el hecho ajeno, la persona jurídica o sus altas ejecutivas y ejecutivos responden por el hecho de sus dependientes. En este sentido, la responsabilidad por el hecho ajeno está construida sobre la base de un ilícito doble civil. Lo realizado por el dependiente y la falta de cuidado de quien lo tiene a su cargo.

Desde el enfoque de DHyE, en aquellos casos en que la persona que ha ocasionado la vulneración de derechos humanos se encuentra individualizada, se hace relevante el estatuto de responsabilidad jurídica por hecho de los dependientes. La relación de cuidado o dependencia asociada a la capacidad de impartir órdenes y vigilar la actividad, es especialmente relevante en el caso de la responsabilidad por el hecho de los contratistas.

- **Culpa.** De conformidad con el profesor Barros, la culpa entendida como dolo o negligencia debe ser ponderada en base a ciertos criterios de argumentación, a saber: a) intensidad del daño, b) probabilidad; c) valor social de la acción que provoca el daño, d) costo de evitar el accidente, y e) tipo de relación entre el autor del daño y la víctima.<sup>137</sup> Asimismo, el profesor Barros enseña que dicha ponderación es discrecional de las juezas y jueces.

Desde el enfoque de DHyE, es fundamental considerar que la capacidad que tiene una empresa para generar una vulneración de derechos humanos corresponde a circunstancias que, de conformidad con los Principios Rectores, las empresas deben tener consideradas en su matriz de riesgo. Esto, según se explicó en la sección previa, es una herramienta que las y los jueces tienen para evaluar la diligencia con la que se actuó en un caso concreto. Lo anterior, sin perjuicio de la discusión sobre obligaciones de medio y obligaciones de resultado expuesta en el capítulo 2 de este trabajo.

---

161 Véase Barros, Enrique (2010): *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 1ª edición. Editorial Jurídica de Chile.

Por último, el profesor Barros establece ciertas condiciones de presunción de culpa, a saber: peligrosidad de la acción, control de los hechos y rol de la experiencia. Asimismo, el ordenamiento jurídico presume la culpa de los altos ejecutivos o de la persona jurídica por los hechos de sus dependientes, de conformidad con los artículos 2320 inciso cuarto y 2322 del Código Civil, lo que prácticamente se ha transformado en una responsabilidad vicaria a lo largo de la evolución jurisprudencial. La descarga de esta presunción exige por parte de la persona jurídica demostrar que no ha podido impedir el hecho. Nuevamente, desde un enfoque de DHyE, la debida diligencia explicada en el capítulo 2 es relevante al momento de ponderar las circunstancias.

- **Daño.** Este elemento de la responsabilidad es el que se centra en la vulneración de derechos humanos propiamente tal que buscar ser tutelada por el derecho. En este sentido, el impacto negativo en derechos humanos genera uno de los daños más irreparables que puede sufrir una persona. Una vulneración de este tipo es de tal entidad, que nunca será posible volver a las víctimas a su estado anterior.

Por otro lado, dada la relevancia de este tipo de daños, las empresas siempre debiesen prestar la mayor atención para no incurrir en abusos. Cuando el daño es el menoscabo de un derecho humano, siempre será significativo.

- **Causa.** Por último, la causa como elemento no presenta mayores particularidades en casos de DHyE, con una excepción: que los Principios Rectores extienden la responsabilidad a las acciones u omisiones de los y las distintas partícipes de una cadena de valor, mientras que el derecho civil no responsabiliza por acciones y omisiones distantes a quien se busca atribuir responsabilidad.<sup>138</sup> Esto es lo que en doctrina se clasifica como *razonable proximidad* como criterio de atribución de los daños.

---

138 Véase Barros, Enrique (2010): *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 1ª edición. Editorial Jurídica de Chile.

A este respecto, al momento de verificar el nexo causal en un caso determinado, puede resultar útil lo señalado por la letra a del Principio Rector 17 y su Comentario, el cual indica que la empresa:

“debe abarcar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que la empresa haya provocado o contribuido a provocar **a través de sus propias actividades**, o que guarden relación directa con **sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales**”.

Y su Comentario agrega: “Para las empresas que cuenten con numerosas entidades en sus cadenas de valor puede resultar demasiado difícil proceder con la diligencia debida en materia de derechos humanos a nivel de cada entidad. En tal caso, las empresas **deben identificar las áreas generales que presenten mayor riesgo de consecuencias negativas sobre los derechos humanos**, ya sea debido al contexto operativo de ciertos proveedores o clientes, a las operaciones, los productos o los servicios de que se trate, o a otras consideraciones pertinentes, y **dar prioridad a la debida diligencia en materia de derechos humanos en esas áreas**. Pueden plantearse cuestiones de complicidad cuando una empresa contribuye o parece contribuir a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos causadas por otras partes. La complicidad tiene una acepción jurídica y otra no jurídica. En su acepción no jurídica, las empresas pueden ser consideradas ‘cómplices’ de actos cometidos por otra parte, por ejemplo, cuando parecen beneficiarse de una infracción cometida por esa otra parte.

(...) Por lo general, también cabe la posibilidad de iniciar acciones civiles contra empresas que supuestamente hayan contribuido a causar un daño, aunque no pueda ser definido en términos de derechos humanos. La jurisprudencia de derecho penal internacional indica que el criterio pertinente para definir la complicidad es la asistencia práctica prestada a sabiendas en la comisión de un delito o la incitación con efectos relevantes sobre la comisión del mismo” (*los destacados son nuestros*).

Sin embargo, es menester tener presente que el término de “relación directa” no supone la necesidad de un nexo causal, como el ACNUDH especificó en 2013.<sup>139</sup>

A continuación, se presentan algunas consideraciones sobre tendencias de la responsabilidad de las personas jurídicas relevantes a la cuestión de derechos humanos y empresas.

- **Responsabilidad de la matriz, por acciones u omisiones de sus subsidiarias, como responsabilidad por el hecho propio.** A nivel comparado, ya se ha comenzado a reconocer jurisprudencia que hace responsable a la matriz por los hechos de su filial. A este respecto, se ha construido un test que evalúa (i) la similitud de los negocios de la matriz con su filial; (ii) el grado de conocimiento de una matriz sobre los riesgos de su filial, y (iii) la confianza que las partes interesadas depositaban en la filial dada la experiencia acumulada en la matriz.

Al momento de conocer de este tipo de casos, se debe tener presente que la globalización ha producido operaciones transnacionales y complejas estructuras societarias tanto a nivel doméstico como internacional (a este respecto, ver capítulo 1).

Esta es una cuestión de relevancia para las víctimas, toda vez que al buscar reparaciones pueden encontrarse con el vaciamiento de las personas jurídicas que han producido el daño o ausencia de capital en los países donde este se produjo. Al respecto, desde una perspectiva de derechos humanos, ni la extraterritorialidad ni las estructuras societarias complejas pueden ser utilizadas para amparar la impunidad en ciertos casos.

En tal sentido, hay que distinguir entre las complejidades que se presentan al interior de un mismo territorio jurisdiccional y las

---

139 ACNUDH, Response to Request from the Chair of the OECD Working Party on Responsible Business Conduct, RRDD/DESIB/CM/ff, 27 de noviembre de 2013; sección 1.

complejidades que se presentan en el caso de empresas transnacionales. A este respecto, la CIDH y REDESCA han recomendado:

“Establecer regímenes jurídicos de responsabilidad compartida de la empresa matriz o grupo empresarial. El concepto de las responsabilidades jurídicas compartidas hace referencia a aquellas situaciones donde múltiples actores contribuyen a un mismo daño y cuya responsabilidad jurídica por dicho daño es distribuida entre los actores contribuyentes al mismo”.<sup>140</sup>

Por todo lo expuesto, actualmente se ha comenzado a establecer de manera positiva el deber de cuidado que deben tener las matrices respecto de sus filiales. Un ejemplo de esto lo constituye la ley sobre el deber de vigilancia de empresas matrices en Francia, presentado en el capítulo 2.

- **Acciones colectivas.** A nivel comparado, se está discutiendo cada vez más la posibilidad de autorizar demandas colectivas, entendiendo que generalmente los abusos de derechos humanos cometidos por una empresa afectarán a más de una persona.

A este respecto, se ha recomendado por parte de la CIDH y REDESCA el permitir demandas colectivas en casos de derechos humanos y litigios de interés público.<sup>141</sup> Por su parte, a nivel comparado, el Consejo Europeo ha recomendado que los países permitan que tanto personas jurídicas sin fines de lucro como sindicatos tengan legitimación activa en representación de las víctimas. Ha recomendado, además, que se busquen soluciones colectivas para casos similares en materia de DHyE.<sup>142</sup>

Conviene recordar aquí que a nivel doméstico, además de las demandas colectivas o de interés difuso revisadas en el caso de la

140 REDESCA y CIDH: “Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos” OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19 (2019); pp. 72-73.

141 REDESCA y CIDH: “Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos” OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19 (2019); párr. 133.

142 Ver Consejo de Europa: “Recommendation CM/Rec(2016)3 of the Committee of Ministers to member States on human rights and business” (2016). Disponible [en línea](#).

protección a los derechos del consumidor (ver capítulo 2), el ordenamiento jurídico interno permite acumular demandantes con iguales pretensiones, de conformidad con el artículo 18 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, los artículos precitados exigen la determinación de las víctimas en un momento procesal en el que todavía puede ser difícil su determinación.

- **Carga de la prueba.** Otro de los desafíos que enfrentan las víctimas de abusos de derechos humanos por hechos relacionados con empresas es poder probar en juicio los diferentes elementos que atribuyen responsabilidad. En Chile, sin perjuicio de existir ciertos casos de responsabilidad estricta en los que no es necesario acreditar la culpa o el dolo,<sup>143</sup> también se manifiesta esta dificultad.

La CIDH, junto con REDESCA, han subrayado la importancia de invertir la carga de la prueba en aquellos casos en que la empresa tenga conocimiento o control exclusivo de los hechos.

“Para estos efectos, algunos principios aplicables a los estándares de prueba en el marco de procedimientos internacionales en materia de derechos humanos pueden informar la valoración de prueba en estos contextos. Por ejemplo, reconociendo gradaciones que dependerán de la naturaleza del litigio y gravedad de los hechos; la aplicación de prueba circunstancial, indicios y presunciones de los que se puedan inferir conclusiones consistentes sobre los hechos; la inversión de la carga probatoria cuando no pueda obtenerse información decisiva sin la cooperación de la empresa involucrada o cuando haya contestaciones elusivas o ambiguas sobre las acusaciones hechas contra estas”.<sup>144</sup>

---

143 El ordenamiento jurídico chileno reconoce algunas hipótesis de responsabilidad estricta en virtud del riesgo implícito que generan ciertas actividades. Los casos de responsabilidad estricta son: (i) el derrame de hidrocarburos y otras sustancias nocivas al mar; (ii) la utilización de plaguicidas; (iii) art. 2327 (tenencia de animales fieros) y 2328 (daño causado por una cosa que se cae o arroja de un edificio) del Código Civil; y (iv) la infracción a ciertos instrumentos regulatorios medioambientales.

144 REDESCA y CIDH: “Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos” OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19 (2019); p. 74.

— **Responsabilidad de los administradores de sociedades anónimas o sociedades por acciones para con sus accionistas.**

Por último, en materia de responsabilidad podemos encontrar ciertas posibilidades de litigación que podrían generar una suerte de prevención de daños para personas o grupos que estén en riesgo de verse afectados por operaciones empresariales. En este sentido, se ha señalado que:

“Es posible construir el deber de cuidado de los directores y gerentes de empresas en Chile en relación con su deber de respetar los derechos humanos. De conformidad con el artículo 42 número 7 de la Ley de Sociedad Anónimas los directores no pueden realizar actos ilegales. En este sentido, se debería reforzar la idea que actualmente el mecanismo más idóneo para eximirse de una eventual responsabilidad por impactos negativos es la debida diligencia reconocida en los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos. Esto permitiría dotar de contenido una defensa frente a la construcción jurisprudencial de la regla del juicio de negocio para directores en Chile. Sin embargo, esto es complejo pues es un estándar extra normativo y no vinculante. Asimismo, como se dijo al comienzo de este documento, la política pública de empresas y derechos humanos en Chile no fue promulgada mediante un instrumento jurídico por lo que hace más débil el valor que el Estado le brinda a instrumentos como los Principios Rectores”.<sup>145</sup>

### Casos ejemplares

**El derecho a la honra en la jurisprudencia chilena.** La DECS identificó “(...) tres sentencias en las que esta [Primera] Sala se refirió expresamente a la afectación de derechos fundamentales al declarar la responsabilidad extracontractual

145 Schönsteiner, J. y Parra, A.: “Acceso a mecanismos de reparación por violaciones a derechos humanos relacionadas con empresas en América Latina. Reporte Chile”, en Cantú, Humberto (ed.): *Derechos Humanos y Empresas: acceso a mecanismos de reparación en América Latina*, Tirant Lo Blanch, 2021 (a publicarse).

de una empresa”.<sup>146</sup> Dos de estas se encuentran relacionadas con el derecho a la honra y empresas cuya operación son los medios de comunicación. La tercera sentencia también se vincula al derecho a la honra y la propia imagen, pero en el contexto de empresa bancaria.

**Reconocimiento del daño a la comunidad en el caso de Bajos de Mena en Chile.** “En Lizana vs. Municipalidad de Puente Alto, el Estado de Chile, el municipio de Puente Alto y una compañía de bienes raíces fueron encontrados responsables de permitir que un grupo de personas instalara sus hogares en terrenos adyacentes a un antiguo vertedero, que fue cerrado contraviniendo las normas ambientales vigentes. Como consecuencia, la gente estuvo expuesta a gases y malos olores, afectando su vida diaria, que se reflejó en el orden de compensación por el daño moral causado a la demandante. Este caso fue innovador ya que otorgó daño moral colectivo, inexistente previamente. Se estimó que la comunidad estaba dañada y no solo personas en particular”.<sup>147</sup>

**Responsabilidad por falta de regulación de la autoridad de generación de electricidad de Tailandia.** En 2015, 131 personas que vivían cerca de la central eléctrica de Mae Moh en Tailandia ganaron una demanda contra la Autoridad de Generación de Electricidad de Tailandia (EGAT). El tribunal determinó que la planta no había controlado adecuadamente sus emisiones entre 1992 y 1998, lo que provocó que los y las integrantes de la comunidad sufrieran problemas de salud.

---

146 Dirección de Estudios de la Corte Suprema: “Respuesta a Cuestionario Empresas y Derechos Humanos: Acceso a mecanismos de reparación” (2020); pp. 6 y ss.

147 Traducción libre de Schönsteiner J., Contardo J.I.: Chile. En Kessedjian C., Cantú Rivera H. (eds.) *Private International Law Aspects of Corporate Social Responsibility*. Serie Ius Comparatum Global Studies in Comparative Law, vol 42. Springer, Cham. (2020).

En este sentido, la autoridad era responsable pues falló al momento de regular las emisiones de dióxido de sulfuro de la planta.<sup>148</sup>

**Responsabilidad de la matriz en Inglaterra por violación de normas sobre salud y seguridad en el trabajo en Sudáfrica.** En 2012, un tribunal del Reino Unido responsabilizó a una empresa matriz por daños a un trabajador de una de sus filiales con sede en Sudáfrica. El reclamante fue contratado por una empresa subsidiaria de propiedad de Cape plc entre 1959 y 1962, y en 2007 descubrió que, como resultado de la exposición al asbesto durante ese período, había desarrollado asbestosis. La filial ya no existía y no tenía póliza de seguro que cubriera reclamaciones por daños y perjuicios por asbestosis.

Ante ello, el trabajador presentó una demanda contra Cape plc, alegando que le debía, e incumplió, un deber de cuidado hacia él. Cape plc negó que tuviera un deber de cuidado con los trabajadores de su filial.

El Tribunal de Apelación sostuvo que Cape plc asumió la responsabilidad del trabajador y le debía un deber directo que había incumplido. En su sentencia, afirmó que el deber de diligencia de una empresa matriz hacia los trabajadores de su filial no existía automáticamente, y solo surgía en circunstancias particulares. Si bien, como regla general, no debería ser posible “traspasar el velo corporativo”, aquí se podrían identificar deberes paralelos de cuidado entre la empresa matriz y los y las trabajadores de la subsidiaria, y la empresa subsidiaria y sus trabajadores y trabajadoras. Esto se debió a que: (i) la empresa matriz y la subsidiaria tenían negocios relativamente similares; (ii) la empresa matriz sabía (o debería haber sabido) que el sistema de trabajo de la filial no era seguro; y (iii) la empresa matriz sabía (o debería haber

---

148 BHRRC: *Lawsuit against Electricity Generating Authority of Thailand (re Mae Moh power plant)*, 2015. Disponible [en línea](#).

previsto) que la subsidiaria o sus trabajadores confiarían en que utilizarían ese conocimiento superior para garantizar la protección de ellos y ellas.<sup>149</sup>

**Caso Samarco.** “En 2015, dos represas mineras operadas por Samarco Mineração SA, *joint venture* de Vale y BHP, colapsaron en Brasil. Esto llevó a que se presentaran múltiples demandas en Brasil, Australia, Estados Unidos y el Reino Unido. Las demandas incluyen denuncias por negligencia en la operación de la presa presentadas por los accionistas y una demanda por daños y perjuicios por parte de las víctimas del colapso de la presa y sus familias.

En agosto de 2018, BHP Billiton resolvió un litigio colectivo liderado por dos accionistas de los planes de pensión de Alabama, ante el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos en Manhattan, acordando una compensación de 50 millones de dólares, sin admisión de responsabilidad”.<sup>150</sup>

*Otras instituciones de conocimiento de los tribunales civiles de relevancia en materia de derechos humanos y empresas*

- **Medidas cautelares y tutela anticipada.** En virtud de la magnitud de los daños que genera un abuso de derechos humanos en las personas este tipo de instituciones revisten especial importancia. Al mismo tiempo, el sistema de justicia se puede beneficiar del marco de DHyE como herramienta de análisis al momento de conocer de una controversia específica. Dentro de este grupo, es especialmente relevante hacer algunas consideraciones a este respecto.

- a) Dotar con contenido de derechos humanos los presupuestos de la tutela cautelar. Por ejemplo, al momento de

---

149 BHRRC: Chandler vs. Cape plc [Judgment], 2012. Traducción libre de información disponible [en línea](#).

150 BHRRC: BHP & Vale lawsuit (re dam collapse in Brazil, filed in the US), 2018. Traducción libre de información disponible [en línea](#).

ponderar el *periculum in mora*, *fumus boni iuris* y la proporcionalidad, puede ser útil considerar la posición de la parte demandante en relación con los grupos en riesgo de mayor vulnerabilidad y los derechos vulnerados, todo de conformidad a lo expuesto en la primera sección de este capítulo. Explorar medidas cautelares innominadas, guiadas por los estándares de derechos humanos expuestos en dicha sección.

b) Instituciones como los interdictos posesorios regulados en el artículo 549 del Código de Procedimiento Civil también pueden ser analizados desde la perspectiva de DHyE, por ejemplo en casos de tierras reclamadas o ante proyectos que afecten a comunidades. Asimismo, la acción popular frente a daños contingentes cuando exista una amenaza a personas (in)determinadas, contenida en el artículo 2333 del Código Civil, es de utilidad. Especialmente en aquellos casos en que una operación afecte a una comunidad de personas, ya que si bien legitimación activa dependerá de las personas amenazadas, si se está en presencia de un grupo indeterminado, la podrá ejercer cualquier persona de un territorio en virtud del interés común<sup>151</sup>. Si es un grupo determinado, deberá ejercerla alguna de ellas. “(...) en el caso de la acción preventiva, la legitimación pasiva es de quien pueda precaver el daño contingente, sin perjuicio a demandar a otros sujetos responsable en caso de que el daño se torne cierto”.<sup>152</sup>

- **Acción de no discriminación arbitraria.** Esta acción contenida en la Ley N° 20.609 corresponde a un mecanismo de tutela específico en caso de derechos humanos. Sin embargo, desde la perspectiva de reparación, no es significativa para las víctimas y la magnitud del daño que los casos de DHyE importan. Esta acción es especialmente relevante desde una perspectiva de grupos en riesgo de vulnerabilidad.

---

151 Díez, José Luis (2016): “La acción de daño contingente del artículo 2333 del Código Civil chileno: sus elementos y ámbito de aplicación”, en *Revista de Derecho (Valparaíso)* Vol. 46) N° 1; pp. 133-153 (p.144). Disponible [en línea](#).

152 Ídem.

### Caso ejemplar

En 2016, una usuaria de la empresa de Transportes de Pasajeros Metro S.A. “(...) se subió al metro en la estación Santiago Bueras, aproximadamente a las 8:00 am, y estando en la estación Santa Isabel, el metro frena bruscamente, para luego de unos minutos informar que por razones de seguridad, toda la Estación debía ser evacuada en atención a que el GOPE de Carabineros concurriría a examinar un artefacto que se podría presumir como explosivo. Consecuencia de lo anterior, es que todas las personas que se encontraban en el metro comenzaron a salir, mientras que ella intentaba realizar lo mismo. Ante la imposibilidad de evacuar el metro correctamente, atendida la cantidad de gente que había, se quedó esperando a que algún funcionario del metro la pudiese asistir. Una vez que el andén se encontró relativamente vacío, se acercó en compañía de un funcionario de Metro a la escala a fin de poder subir, en razón de que la estación Santa Isabel, no cuenta con ascensor. Sin perjuicio de ello, las instalaciones en cuestión cuentan con un mecanismo, denominado salva escala, que precisamente tiene por objeto facilitar la subida de las personas que así lo requieran. Al consultar al Jefe de Estación (de quien desconoce el nombre) acerca de tal mecanismo, a fin que pudiese salir del lugar tan pronto como fuese posible, atendida la amenaza de artefacto explosivo, éste le indica que el salva escalera estaba malo, por lo que no había forma de que me pudiesen subir. Ante tal respuesta, lógicamente, solicité que se buscara la forma de poder salir del lugar, recibiendo la misma respuesta negativa”.<sup>153</sup>

Al conocer de un recurso de casación el marco de un acción de no discriminación arbitraria, la Excma. Corte Suprema estimó que la empresa incurrió en un acto de discriminación

153 Exposición de hechos del fallo de primera instancia del 29º Juzgado Civil de Santiago, causa rol Nº C-20679-2016, de 13 de marzo de 2016.

**La Constitución Política de la República establece el deber de las empresas de respetar los derechos humanos. Esto, en cuanto las garantías fundamentales tienen efecto horizontal. De acuerdo con ello, la acción de protección puede ser utilizada directamente contra una empresa, por actos que constituyan violaciones de derechos humanos.**

arbitraria con relación a los estándares sobre accesibilidad contenidos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.<sup>154</sup>

### 3.2.2.3 Otros instrumentos relevantes del derecho interno

#### *Acción de protección*

A nivel comparado, las acciones constitucionales, en tanto instrumentos de tutela preventiva y/o de urgencia, han sido entendidas como fundamentales en materia de (empresas y) derechos humanos.

Las víctimas suelen reconducir acciones vinculadas a abusos empresariales como actos que privan de libertad, o que generan algún tipo de privación perturbación u amenaza en otro tipo de derechos como la integridad física, psíquica e incluso el derecho a la vida.

En Chile ha ocurrido algo similar, toda vez que la acción de protección tiene una clara contribución a la rendición de cuentas societaria, pues permite ponderar afectaciones y, eventualmente, tutelar derechos de manera efectiva.

La Constitución Política de la República establece el deber de las empresas de respetar los derechos humanos. Esto, en cuanto las garantías fundamentales tienen efecto horizontal.<sup>155</sup> De acuerdo con ello, la acción de protección puede ser utilizada directamente contra una empresa, por actos que constituyan violaciones de derechos humanos. Además, quien tenga la legitimación activa puede interponer también el recurso en contra del regulador atingente, en caso de que este exista. En ese sentido, existe jurisprudencia emblemática

154 Corte Suprema, sentencia de reemplazo en autos rol Nº 41388-2017, de 27 de julio de 2018.

155 Schönsteiner, J. *et al.*: "Estudio de Línea Base sobre Empresas y Derechos Humanos en Chile" (2016); p. 14. ("Tienen plena vigencia en las relaciones entre particulares, lo que en doctrina comparada se denomina como 'eficacia horizontal de los derechos fundamentales' (Peña, 2006), y en nuestro derecho como principio de 'vinculación directa de la Constitución'. En efecto, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales se encuentra consagrada expresamente en el artículo 6.2, de la Constitución Política, al señalar que 'los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo'").

no solo para nuestro país, sino también para el resto de la región, que da cuenta de cómo la acción de protección constituye una vía idónea de protección sustantiva.

Sin perjuicio de lo expuesto, desde una perspectiva procesal, las víctimas de abusos societarios en Chile han encontrado desafíos para tutelar sus derechos a través de esta vía en ciertas circunstancias. Se han detectado dos razones procesales para no dar lugar a una acción de protección: la imposibilidad de brindar tutela cautelar y la deferencia con las instancias especializadas.<sup>156</sup> En esta misma línea, se ha señalado que:

“En la práctica muchas veces las acciones constitucionales, incluyendo aquellas que son relevantes para el tema empresas y derechos humanos, son declaradas inadmisibles por existir otras vías posibles para su conocimiento”.<sup>157</sup>

En este sentido, desde un enfoque de derechos humanos conviene tener presente ciertas consideraciones relevantes en materia de acceso a la justicia al momento de conocer de estos casos.

El marco de DHyE constituye una herramienta de análisis que permite analizar el nivel de vulnerabilidad de personas o grupos en un momento y contexto determinado, junto con la magnitud del riesgo que una operación particular representa. Según esto, se puede tener en consideración, en primer lugar, que para las víctimas que viven en situación de pobreza puede ser difícil conseguir asesoría letrada gratuita.

Por ejemplo, la Corporación de Asistencia Judicial no siempre tiene mandato para este tipo de casos, y la práctica *pro bono* se encuentra limitada por los conflictos de interés que abogados y abogadas podrían tener en este tipo de casos.<sup>158</sup> En efecto, se ha reconocido empírica-

156 Larraucau, J. (2020): “Los límites procesales de la protección de derechos fundamentales y el filtro de admisibilidad en la Corte de Apelaciones”, en *Revista de Derecho (Coquimbo)* Vol. 27. Disponible [en línea](#).

157 Schönsteiner, J. y Parra, A. (2021): “Acceso a mecanismos de reparación por violaciones a derechos humanos relacionadas con empresas en América Latina. Reporte Chile”, en Cantú, Humberto (ed.): *Derechos Humanos y Empresas: Acceso a Mecanismos de Reparación en América Latina*, Tirant Lo Blanch (a publicarse).

158 Schönsteiner, J. et al.: “Estudio de Línea Base sobre Empresas y Derechos Humanos en Chile” (2016); p. 19.

mente que son las clínicas jurídicas de algunas universidades y las ONG quienes llevan, por ejemplo, casos ambientales.<sup>159</sup> En este contexto, la acción de protección es, para muchas personas y grupos en situaciones de extrema vulnerabilidad, la única herramienta a su alcance.

En segundo lugar, desde una perspectiva de DHyE se debe tener en consideración que la experiencia comparada ha demostrado lo relevante que es poder recurrir mediante mecanismos de tutela preventiva y anticipada ante el Poder Judicial, en todos aquellos casos en que la operación constitutiva de la vulneración se encuentra estrechamente vinculada con la administración del Estado. Esto se da, por ejemplo, cuando se está ante casos que involucran un sector regulado, o una operación de control estatal, como ocurre con las empresas de propiedad del Estado. Ello, sin perjuicio de la existencia de instancias especializadas.

#### **Andrés Bordalí (2006)**

#### **Recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica**

“En materia de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales la doctrina nacional y comparada adopta a lo menos tres tipos de actitudes en relación a la procedencia de medidas de urgencia. La más común en nuestro medio jurídico es la que sostiene que tratándose de derechos fundamentales dicha tutela debe darse por medio de un proceso constitucional urgente de tipo cautelar. El amparo de derechos fundamentales ante las Cortes de Apelaciones –en Chile básicamente el *habeas corpus* y el Recurso de Protección– viene a ser prácticamente la única posibilidad eficaz de dar tutela jurisdiccional al titular del derecho fundamental vulnerado.

---

159 Cordero, Luis *et al.* (2017): “Derribando mitos: propuestas para mejorar el acceso a la justicia ambiental en Chile”. Espacio Público, Informe de Políticas Públicas Nº 13; p. 55. Disponible [en línea](#).

Otro sector de la doctrina nacional señala que no es posible dar tutela adecuada a los derechos fundamentales mediante un recurso urgente como nuestro Recurso de Protección.

Una tercera posición proviene del derecho comparado. Se trata de una posición intermedia. Podemos incluir en esta la tesis de Ignacio Díez-Picazo. Sostiene este autor que la tutela jurisdiccional de derechos fundamentales puede otorgarse vía proceso de urgencia, como podría ser un proceso de tipo sumario, pero nada impide que el proceso ordinario permita dar adecuada tutela a dichos derechos. Lo esencial en este último caso será permitir que se dicten dentro de esa vía ordinaria las medidas cautelares que aseguren la efectividad de la eventual sentencia estimatoria. De este modo, los derechos fundamentales pueden pero no deben necesariamente tutelarse vía tutela de urgencia” .<sup>160</sup>

### Caso ejemplar

**Caso Complejo Quintero Puchuncaví.** La Corte Suprema al conocer de una acción de protección en el caso de la zona de Quintero Puchuncaví, indicó “que al iniciar el análisis de las cuestiones de fondo planteadas en autos es útil dejar asentado que, tal como acertadamente señala el fallo recurrido, en la situación general de grave contaminación de la bahía de Quintero, Ventanas y Puchuncaví se entrelazan posibles afectaciones a tres derechos fundamentales, en particular la vida de las personas, su salud y su derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación, siendo pertinente analizar su eventual vulneración en conjunto, puesto que una afectación seria de la salud, por causa de una emergencia ambiental severa, amenaza también la vida y, en todo caso, la integridad física o, cuando menos, psíquica, de las personas.

---

160 Bordalí Salamanca, Andrés (2006): “Recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica”, en *Revista de Derecho (Valdivia)* Vol. 19 N° 2; pp. 205-228 (pp. 219 y 220). Disponible [en línea](#).

(...) El señalado desconocimiento pone de manifiesto, a su vez, una amenaza concreta, cierta y que no puede ser ignorada para la integridad, salud y vida de los vecinos de Quintero, Ventanas y Puchuncaví, así como para el medioambiente en el que habitan, puesto que, ignorando su identidad y, por ende, no hallándose sujetos a medición, es posible e, incluso, probable, que los gases o compuestos que causaron los hechos de que se trata hayan continuado siendo expelidos al aire en fecha posterior a los eventos de autos, de modo que, aún hoy día, podrían afectar los citados derechos”.<sup>161</sup>

### *Justicia ambiental*

La justicia ambiental es una de las áreas con mayor desarrollo en materia de DHyE y tiene que ver con las relaciones que una empresa mantiene con los territorios y comunidades en los que opera.

En este contexto, los derechos ambientales de las personas y grupos que viven cerca de una determinada operación, contemplan una protección sustantiva de ciertos derechos (*e.g.*, fuentes alimentarias, agua, desforestación y contaminación<sup>162</sup>) y una protección procedimental de acceso a ciertos derechos (*i.e.*, participación, información, justicia).

Estos derechos se encuentran reconocidos en los distintos tratados expuestos en la sección anterior. Asimismo, las cuestiones sobre cambio climático se revisan de manera particular en el capítulo 4.

Respecto al ordenamiento jurídico interno en Chile, se ha constatado que:

“La normativa chilena vigente en la materia permite concluir que efectivamente existen normas que tienen por objeto la

---

161 Estudio DECS, citando Corte Suprema causa rol N° 5888-2019, de 28 de mayo de 2019; considerando 10, 35 y 57.

162 INDH: “Guía de Derechos Humanos y Empresas en Chile” (2018); pp. 104 y ss.

protección y promoción de los derechos de los ciudadanos a la salud, medioambiente y medios de vida, incluida, por ejemplo, agua potable, aire limpio y tierra cultivable. En materia de derecho medioambiental contamos con una legislación que, junto con consagrar qué derechos se busca que terceros, incluidas las empresas, no vulneren –o contaminen dentro de los límites establecidos por la ley a la hora de desarrollar sus respectivas actividades, establece medidas de prevención para mitigar el impacto ambiental que resulta de las actividades desarrolladas por estos terceros”.<sup>163</sup>

Desde una perspectiva de rendición de cuentas y reparación en casos de DHyE, en todo caso es necesario tener ciertas consideraciones entendiendo el derecho ambiental como un ámbito especializado:

- Todavía existen ciertos ámbitos en los que algunos límites son más permisivos que las recomendaciones de organismos internacionales. (*e.g.*, recomendaciones sobre emisiones por parte de la Organización Mundial de la Salud<sup>164</sup>).
- Los mecanismos de participación ciudadana sustanciados ante la institucionalidad ambiental no siempre cumplen los estándares internacionales aplicable sobre los derechos de acceso a la participación e información. Esto se da especialmente en materia de consulta indígena.<sup>165</sup>

### Dominique Hervé y Débora Bascur

#### La Protección de los Derechos de las Comunidades Indígenas en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental por Parte de los Tribunales Ambientales: ¿Avance y/o Retroceso?

163 Schönsteiner, J. et al.. “Estudio de Línea Base sobre Empresas y Derechos Humanos en Chile” (2016) p. 30.  
 164 Ver para una revisión Victoria Mahu, “Derecho a la Salud y Contaminación del Aire: Regulación en Chile y Estándares Internacionales”, Tesis de Seminario (Pregrado), supervisada por Judith Schönsteiner, enero de 2016.  
 165 Entre otros, Cristóbal Gonzalo Carmona Caldera (2017): “The road less travelled: the duty to consult and the special rule of article 15.2 of ILO Convention 169 in the case of geothermal energy concessions in Chile”, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 35:4; pp. 485-501.

“A partir de los casos identificados se puede concluir que las siguientes han sido las principales alegaciones presentadas por las comunidades indígenas ante los tribunales ambientales, al impugnar las correspondientes RCA: que las observaciones ciudadanas formuladas por personas y comunidades indígenas, no fueron debidamente consideradas por la autoridad correspondiente; que no se realizó el PCI conforme al Convenio 169 de la OIT, cuando era procedente; que el área de influencia de los proyectos, determinada por el titular y las autoridades, era menor al área efectivamente afectada por el proyecto; y la existencia de susceptibilidad de afectación directa. [...]

Los estándares internacionales de protección de comunidades indígenas no se condicen con el sistema implementado en la institucionalidad ambiental, por cuanto el cumplimiento del requisito de susceptibilidad de afectación directa tiene un estándar tan alto que impide que las comunidades puedan, en el contexto del SEIA, encontrar un reconocimiento a sus derechos garantizados por el Convenio 169”.<sup>166</sup>

En este entendido, el control *ex post* de la función judicial puede tener un rol clave en generar que se respete el estándar más alto, de conformidad con lo planteado respecto de la incorporación del derecho internacional al derecho interno.

### Caso ejemplar

**Caso por contaminación ambiental en Egipto en el cual se recurrió a diversos mecanismos domésticos e internacionales.** “En 2016, los residentes del área de Wadi al-Qamar en Egipto presentaron una demanda ante un tribunal egipcio impugnando el uso de carbón por parte de Alexandria

---

166 Hervé, Dominique y Bascur, Débora (2019): “La Protección de los Derechos de las Comunidades Indígenas en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental por Parte de los Tribunales Ambientales: ¿Avance y/o Retroceso?”. En *Justicia Ambiental Climática*, revista de la ONG Fima, Año XI N° 11; pp. 197-232 (p. 219 y p. 229). Disponible [en línea](#).

Portland Cement Company. Las casas de los demandantes se encuentran a diez metros de las instalaciones de producción de la empresa y han sufrido impactos en la salud; por lo que solicitan al tribunal que anule la decisión de permitir el uso de carbón en zonas residenciales. El Tribunal encontró a la empresa responsable de causar contaminación ambiental y daños a la salud entre los residentes.

Durante varios años, los residentes habían presentado quejas ante el gobierno y ante el Asesor de Cumplimiento Ombudsman (CAO), el mecanismo de recurso independiente de la Corporación Financiera Internacional (IFC) que proporcionó fondos a Titan Cement Egypt / Alexandria Portland para expandir su fabricación de cemento en Egipto.

La demanda solicita al tribunal que anule la decisión del Primer Ministro de enmendar el Reglamento Ejecutivo de la Ley de Medio Ambiente, que permitía el uso del carbón en zonas residenciales, en 'casos de necesidad y donde sirva al bien público', eliminando la prohibición general más antigua. La demanda también solicita la invalidación de la decisión de permitir que Titan Cement Egypt / Alexandria Portland utilice carbón en su producción de cemento.

Titan Cement Egypt sostiene que realizó inversiones de EGP 451 millones, lo que contribuyó a reducir drásticamente las emisiones de polvo, por debajo de los estándares legalmente especificados e incluso por debajo de los estándares europeos. La compañía declaró que encargó a un tercero independiente la implementación de una evaluación de impacto ambiental y social antes de pasar al uso de carbón. Según Titan Cement Egypt, un comité de investigaciones formado por el Ministerio de Medio Ambiente descubrió que los casos de salud registrados están dentro del rango promedio del país.

El 18 de enero de 2018, el Tribunal de Delitos Menores de Dekhelia de Alejandría sostuvo que la empresa era responsable de causar contaminación ambiental y daños a la salud

entre los residentes de Wadi al-Qamar. La empresa apeló la decisión. El 21 de marzo de 2018, el tribunal de apelaciones confirmó la sentencia del 18 de enero”<sup>167</sup>.

### *Justicia laboral*

Por último, corresponde revisar las cuestiones relativas a la justicia laboral. Desde una perspectiva de DHyE, este ámbito del derecho tiene que ver con las relaciones que mantiene una empresa y sus miembros con sus trabajadores y trabajadoras.

El derecho internacional de los derechos humanos, según los instrumentos mencionados en sección anterior, reconoce a este respecto los derechos individuales de los trabajadores y trabajadoras (*e.g.*, libertad de trabajo), así como sus derechos colectivos (*e.g.*, derecho a la sindicalización).

En Chile, los abusos más severos de derechos humanos a personas trabajadoras se encuentran cubiertas por el derecho penal. A la vez, existe el procedimiento de tutela laboral ante afectaciones de derechos fundamentales particulares contenidos en las Constitución Política de la República.

Desde una perspectiva de DHyE, las áreas que han recibido mayor atención son, dado su impacto, las siguientes:

- Derechos de las mujeres, especialmente el derecho a vivir una vida libre de violencia en concordancia con los casos de abuso sexual en el ámbito laboral.
- Sindicalización y derechos a huelga de las y los trabajadores.
- Erradicación del trabajo infantil, sin perjuicio de las medidas proteccionales que se deban brindar.

---

167 BHRRC.: Titan Cement lawsuit (re air pollution, Egypt), 2016. Traducción libre de información disponible [en línea](#).

- Derechos laborales y no discriminación de trabajadores y trabajadoras migrantes.

Así, el control *ex post* de la función judicial puede tener un rol clave en generar que se respete el estándar más alto, de conformidad con lo planteado respecto de la incorporación del derecho internacional al derecho interno.

### Casos ejemplares

**Desafuero de trabajadora embarazada con contrato a plazo fijo en Chile.** “Esta sentencia de unificación de jurisprudencia, resuelve un recurso interpuesto ante el rechazo de la demanda que solicitaba autorización judicial para desaforar a una trabajadora embarazada, por existir un contrato de plazo fijo. La Corte Suprema hizo un análisis de la maternidad, señalando que esta se encuentra protegida por normativa internacional y por normativa interna, tanto constitucional como legal en el Código del Trabajo en sus artículos 201 y siguientes. Luego, realiza un análisis del artículo 174 estableciendo que es una facultad del juez analizar los elementos objetivos y subjetivos que pueden estar tras la decisión de desaforar. En este sentido, la circunstancia de que exista un contrato a plazo fijo no es lo único relevante, sino también deben analizarse circunstancias subjetivas. Lo relevante de este enfoque es que aclara la obligatoriedad que tienen los/as jueces/zas de realizar su análisis considerando el derecho internacional de los derechos humanos, que es incorporado en función del artículo 5º de la Constitución Política de la República. En esta sentencia, encontramos que el derecho internacional sirve para interpretar una institución jurídica y determinar su alcance, otorgando criterios al juzgador para valorar la concurrencia de circunstancias objetivas y subjetivas para permitir o denegar un desafuero”.<sup>168</sup>

---

168 Nash Rojas, Claudio y Núñez Donald, Constanza (2018): “Impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la protección jurisdiccional de grupos en situación de discriminación estructural en Chile”. En *Estudios Constitucionales* Vol. 16 Nº 2, pp. 221-270, en referencia a Corte Suprema rol Nº 8891-2014, de 15 de enero de 2015.

**Condena Codelco (División Chuquicamata) por prácticas antisindicales.** En este caso, el tribunal citando la Convención Americana de Derechos Humanos y la Constitución Política de la República condenó a la empresa estatal. Ello, por incurrir en una práctica desleal al ejercer una presión moral indebida mediante la emisión de comunicados parciales durante un proceso de negociación colectiva. La sanción fue una multa y se ordenó a la Inspección del Trabajo realizar una charla a los y las trabajadoras, y la empresa sobre libertad sindical.<sup>169</sup>

**Discriminación salarial a una persona refugiada en Australia.** En 2012, una persona refugiada de Afganistán presentó una queja ante el Ombudsperson del trabajo en Australia alegando que su empleador, Sunshine Fruit Market, una subsidiaria de Mhoney Pty Ltd., no le pagaba el sueldo que le correspondía. El Ombudsperson presentó una demanda, y el Tribunal Federal de Melbourne que conoció del caso determinó la existencia de violaciones a los derechos laborales (*i.e.*, falta de pago del salario mínimo, las horas extraordinarias o la jubilación, la falta de pausas para comer, la falta de pago de la licencia anual al momento de la terminación y otros violaciones de mantenimiento de registros) y obligó a la empresa pagar al demandante salarios impagos, y multó a la compañía, con la pena más grande jamás ganada por el FWO en Australia. En la sentencia, el juez de la causa declaró que la sanción debería ser vista como un elemento disuasivo general a la industria minorista, que tiene la reputación de pagar menos a los trabajadores.<sup>170</sup>

169 Sentencia Nº S-5-2018 del Juzgado de Letras del Trabajo de Calama, de 4 de abril de 2019.

170 BHRRC.: Mhoney Pty Ltd lawsuit (re underpaid immigrant worker in Australia), 2016. Traducción libre de información disponible [en línea](#).

## Ejercicio

- Reflexione sobre la forma en la que el tribunal que usted dirige podría contribuir a mejorar la incorporación a nivel doméstica de los derechos humanos en casos vinculados a empresas.
- Reflexione sobre los mayores desafíos que encuentran las víctimas en el ordenamiento jurídico doméstico para acceder a la justicia en casos de DHyE.
- Reflexiones sobre qué tipo de reparaciones usted encuentra adecuada para casos de abuso de empresas a derechos humanos según el ámbito de la competencia de su tribunal.

## Para profundizar

- Audiencia CIDH sobre uso indebido de la justicia penal contra defensores ambientales en las Américas. Disponible [en línea](#).
- Daños punitivos en materia civil: profundización Barros, referente a los daños punitivos; pp. 304 y 310.
- Explore la base de datos de jurisprudencia del [BHRRC](#) sobre Empresas y Derechos Humanos.
- Estudio DECS. Cuestionario sobre Empresas y Derechos Humanos. Disponible [en línea](#).
- Gibson, Dunn (2017): “Corporate Social Responsibility Statements–Recent Litigation and Avoiding Pitfalls”. Disponible [en línea](#).

## 3.3 Mecanismos alternativos de solución de conflictos en materia de DHyE

La función del Poder Judicial en materia de rendición de cuentas y remedios para las víctimas, en casos de abusos de derechos humanos por entes morales, coexiste con otros mecanismos. Esto es fundamental para promover un sistema integral de reparación a víctimas.

En este sentido, tal como lo ha señalado el Comité DESC, “(...) no se debe considerar que [los *mecanismos extrajudiciales*] sustituyan a los mecanismos judiciales (que a menudo siguen siendo imprescindibles para ofrecer una protección eficaz contra determinadas conculcaciones de los derechos del Pacto)”<sup>171</sup>, sino que deben ser vistos como alternativas adicionales que, tanto para los Principios Rectores como para la CIDH y su REDESCA, son especialmente relevantes para lograr reparar en etapas tempranas.<sup>172</sup> En este sentido, el Comentario al Principio Rector 25 señala:

“(...) los mecanismos de reclamación a nivel operacional pueden ofrecer recursos y soluciones de fase temprana. Por otra parte, es posible complementar o reforzar los mecanismos estatales y de nivel operacional mediante las funciones de reparación de iniciativas de colaboración, así como de los mecanismos internacionales y regionales de derechos humanos”.

Los Principios Rectores distinguen entre dos tipos de mecanismos: extrajudiciales de reclamación del Estado y mecanismos de reclamación no estatales. Como requisito transversal, todos estos mecanismos deben ser eficaces, cuestión que es explicada de manera pormenorizada en el Principio Rector 31, según se presenta en el siguiente recuadro.

171 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Observación General N° 24, UN Doc. E/C.12/GC/24, 10 de agosto de 2017; párr. 53.

172 REDESCA y CIDH: “Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos”, OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19 (2019); párr. 143.

## Criterios de Eficacia de los Mecanismos de Reclamación Extrajudiciales

### Principio Rector N° 31

“Para garantizar su eficacia, los mecanismos de reclamación extrajudiciales, tanto estatales como no estatales, deben ser:

- a) **Legítimos:** suscitar la confianza de los grupos de interés a los que están destinados y responder del correcto desarrollo de los procesos de reclamación;
- b) **Accesibles:** ser conocidos por todos los grupos interesados a los que están destinados y prestar la debida asistencia a los que puedan tener especiales dificultades para acceder a ellos;
- c) **Predecibles:** disponer de un procedimiento claro y conocido, con un calendario indicativo de cada etapa, y aclarar los posibles procesos y resultados disponibles, así como los medios para supervisar la implementación;
- d) **Equitativos:** asegurar que las víctimas tengan un acceso razonable a las fuentes de información, el asesoramiento y los conocimientos especializados necesarios para entablar un proceso de reclamación en condiciones de igualdad, con plena información y respeto;
- e) **Transparentes:** mantener informadas a las partes en un proceso de reclamación de su evolución, y ofrecer suficiente información sobre el desempeño del mecanismo, con vistas a fomentar la confianza en su eficacia y salvaguardar el interés público que esté en juego;
- f) **Compatibles con los derechos:** asegurar que los resultados y las reparaciones sean conformes a los derechos humanos internacionalmente reconocidos;

g) **Una fuente de aprendizaje continuo:** adoptar las medidas pertinentes para identificar experiencias con el fin de mejorar el mecanismo y prevenir agravios y daños en el futuro;

Los mecanismos de nivel operacional también deberían:

h) **Basarse en la participación y el diálogo:** consultar a los grupos interesados a los que están destinados sobre su diseño y su funcionamiento, con especial atención al diálogo como medio para abordar y resolver los agravios” (*los destacados son nuestros*).

En base a lo expuesto, el objetivo de esta sección es presentar qué mecanismos, dentro de estas categorías, se pueden reconocer en Chile. Lo anterior, con la finalidad de apreciar sus diferencias con el proceso judicial e iluminar la interacción que puede existir entre los diferentes sistemas.

Esto es relevante para el Poder Judicial, toda vez que las partes pueden manifestar, en el curso de procedimientos judiciales en curso, que han acudido o que tienen la intención de acudir a alguno de estos por diversos motivos que se expondrán.

### 3.3.1 Mecanismos extrajudiciales de reclamación establecidos en Chile

La categoría que a continuación se expone incluye los mecanismos establecidos al interior de diferentes órganos autónomos o independientes que forman parte de la administración del Estado (*e.g.*, Comisión para el Mercado Financiero, Dirección del Trabajo, superintendencias) y el Poder Legislativo (*e.g.*, comisiones especiales investigadoras de la Cámara de Diputados cuando investigan la reacción estatal en cuestiones que involucran el actuar de entes privados).

Algunos ejemplos emblemáticos sobre el relevante actuar de estas instituciones para cuestiones de DHyE lo constituyen, por ejemplo, los procesos infraccionales que ha conducido la Dirección del Trabajo producto de la vulneración de derechos de las y los trabajadoras durante la crisis sanitaria producida por la pandemia de COVID-19.

Otro ejemplo es el trabajo que ha realizado la Comisión Especial Investigadora de la Cámara de Diputados sobre el accionar de los órganos públicos para afrontar la emergencia producida por la contaminación de los sistemas de producción y provisión de agua potable de la comuna de Osorno. Ambos ejemplos se revisarán en el capítulo 4.

Los procedimientos sustanciados y el actuar de estas instituciones, ante casos de vulneración de derechos humanos por parte de empresas, debe también guiarse por el principio de debida diligencia explicado anteriormente. En este sentido, los mecanismos deben ser eficaces, apropiados y

“al igual que en el caso de los mecanismos judiciales, los Estados deberían estudiar la forma de equilibrar la relación de fuerzas entre las partes en las causas de derechos humanos relacionadas con empresas y eliminar cualquier otro obstáculo al acceso a reparación de las personas pertenecientes a grupos o poblaciones con mayor riesgo de vulnerabilidad o marginación”<sup>173</sup>.

Sin perjuicio de lo expuesto, en Chile es posible reconocer mecanismos creados específicamente para cuestiones sobre DHyE, según se expone a continuación.

#### 3.3.1.1 Punto Nacional de Contacto de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico

Las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, de acuerdo con su Prólogo:

---

173 Comentario al Principio Rector 27 de los Principios Rectores de Naciones Unidas para las Empresas y los Derechos Humanos.

“son recomendaciones dirigidas por los gobiernos a las empresas multinacionales que operan en países adherentes o que tienen su sede en ellos. Contienen principios y normas no vinculantes para una conducta empresarial responsable dentro del contexto global, conformes con las leyes aplicables y las normas reconocidas internacionalmente. Las Directrices constituyen el único código de conducta empresarial responsable, exhaustivo y acordado multilateralmente, que los gobiernos se han comprometido a promover”.

Entre sus recomendaciones, se encuentra la necesidad de que los gobiernos establezcan una institución denominada Punto Nacional de Contacto (en adelante, “PNC”), los cuales deben actuar de conformidad con los principios de visibilidad, accesibilidad, transparencia y responsabilidad.

“La función de los Puntos Nacionales de Contacto (PNC) consiste en favorecer la eficacia de las Directrices. Los PNC operarán de conformidad con los criterios fundamentales de visibilidad, accesibilidad, transparencia y responsabilidad para fomentar el cumplimiento del objetivo de equivalencia funcional”.<sup>174</sup>

A partir de 2011, mismo año en que se adoptaron los Principios Rectores, la OCDE modificó sus Líneas Directrices para Empresas Multinacionales con la finalidad de alinear ambos instrumentos. Ello, agregando un Capítulo IV denominado “Derechos Humanos” y relativo a la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos.

En este contexto, los PNC hoy tienen la facultad de implementar procedimientos vinculados a abusos de derechos humanos por parte de empresas multinacionales. Este procedimiento se denomina “instancias específicas” y se encuentra regulado de la forma que se expone a continuación.

---

174 Directriz I de la Guía de Procedimiento de las Líneas Directrices.

### Implementación en instancias específicas

“El Punto Nacional de Contacto contribuirá con la resolución de las cuestiones que puedan surgir en relación con la implementación de las Directrices en instancias específicas de manera imparcial, previsible, equitativa y compatible con los principios y normas establecidos en las Directrices. El PNC ofrecerá un foro para el debate y asistirá al sector empresarial, a las organizaciones de trabajadores, otras organizaciones no gubernamentales y otras partes interesadas que pretendan resolver las cuestiones planteadas de manera eficaz y oportuna y de conformidad con la legislación aplicable.

Al proporcionar esta asistencia, el PNC:

1. Realizará una evaluación inicial para determinar si las cuestiones planteadas merecen un examen más detallado y dará una respuesta a las partes involucradas.
2. En los casos en los que las cuestiones planteadas merezcan un análisis más detallado, ofrecerá sus buenos oficios para que las partes involucradas puedan resolver la cuestión.

Para ello, el PNC consultará con dichas partes y, cuando proceda:

- a) procurará obtener asesoramiento de las autoridades competentes y/o los representantes del sector empresarial, las organizaciones de trabajadores, otras organizaciones no gubernamentales y los expertos que resulten pertinentes;
- b) consultará con el PNC del otro país o de los otros países involucrados;
- c) procurará obtener orientación del Comité si tuviera alguna duda acerca de la interpretación de las Directrices en determinadas circunstancias;

d) ofrecerá y, con el acuerdo de las partes involucradas, facilitará el acceso a medios consensuados y no contenciosos, tales como la conciliación o la mediación, para asistir a las partes en la resolución de las cuestiones planteadas.

3. Una vez concluidos los procedimientos y después de realizar las consultas con las partes involucradas, publicará los resultados de los procedimientos, teniendo en cuenta la necesidad de proteger la información sensible, ya se trate de información comercial o de otra información de las partes interesadas, mediante la publicación de:

a) un comunicado cuando el PNC decida que las cuestiones que hubieran surgido no justifican un examen más detallado. Dicho comunicado deberá, como mínimo, describir las cuestiones que hubieran surgido y los motivos en los que se basa la decisión del PNC.

b) un informe cuando las partes hubieran llegado a un acuerdo respecto de las cuestiones suscitadas. El informe deberá, como mínimo, describir las cuestiones que hubieran surgido, los procedimientos iniciados por el PNC para asistir a las partes y la fecha del acuerdo. La información sobre el contenido del acuerdo solo se podrá incluir si las partes involucradas dan su consentimiento.

c) un comunicado cuando no se hubiese alcanzado acuerdo o cuando una parte no estuviera dispuesta a participar en los procedimientos. Este comunicado deberá, como mínimo, describir las cuestiones que hubieran surgido, los motivos por los cuales el PNC hubiera decidido que tales cuestiones merecen un examen más detallado y los procedimientos iniciados por el PNC para asistir a las partes. El PNC formulará recomendaciones apropiadas sobre la implementación de las Directrices, que habrán de figurar en el comunicado. En su caso, también podrá indicar los motivos por los cuales no se ha podido alcanzar

## Chile adhiere a las Líneas Directrices y de acuerdo con ellas estableció el PNC en el Ministerio de Relaciones Exteriores, específicamente en el departamento OCDE de la Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales.

un acuerdo. El PNC notificará oportunamente al Comité los resultados de los procedimientos específicos que haya puesto en marcha.

4. Con el objeto de facilitar la resolución de las cuestiones que hubieran surgido, el PNC adoptará las medidas que resulten apropiadas para proteger toda información sensible, comercial o de otro tipo, así como los intereses de demás partes involucradas en la instancia específica. Mientras los procedimientos establecidos en el párrafo 2 se encuentren en curso, se mantendrá la confidencialidad del mismo. Al término de los procedimientos, si las partes involucradas no hubiesen acordado una resolución para las cuestiones suscitadas, las partes podrán comunicar y discutir estas cuestiones libremente. No obstante, la información y las opiniones proporcionadas durante los procedimientos por otra parte involucrada se mantendrán bajo confidencialidad, salvo que dicha otra parte diese su consentimiento para la divulgación de tal información u opiniones o cuando la no divulgación resultara contraria a las disposiciones establecidas en la legislación nacional.

5. Si surgieran cuestiones en países no adherentes, tomará las medidas que sean necesarias para comprender las cuestiones planteadas y aplicará estos procedimientos en los casos en que ello fuera pertinente y factible”.

Chile adhiere a las Líneas Directrices y de acuerdo con ellas estableció el PNC en el Ministerio de Relaciones Exteriores, específicamente en el departamento OCDE de la Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales.

De este modo, el PNC en Chile es un mecanismo de reclamación por infracciones a las Líneas Directrices que funciona desde hace más de 15 años. Asimismo, en el caso chileno la labor del PNC es acompañada por dos comités:

- **Comité Espejo.** Corresponde a un “(...) grupo de partes interesadas, integrado por representantes de asociaciones empresariales, sindicatos, sociedad civil, academia y expertos en materias relacionadas a la Conducta Empresarial Responsable. Según se señala en los Estatutos aprobados en abril de 2019, la función principal del Comité es la de asesorar al PNC en la sensibilización y promoción de actividades que permitan un canal de comunicación directo con las partes interesadas y la sociedad en general. Para ello, debe definir un Plan Anual promocional”.<sup>175</sup>
- **Comité Consultivo.** Corresponde a “(...) representantes de organismos públicos, cuya función principal es apoyar al PNC en la tramitación de las instancias específicas, proveyendo la experiencia y conocimiento técnico necesarios para el mejor abordaje de las solicitudes de revisión”.<sup>176</sup>

Entre los casos más emblemáticos sobre DHyE se encuentra Starbucks vs. Sindicato y CUT, de 2014. En este caso, el Sindicato de Trabajadores de Starbucks Coffee S.A. y la Central Unitaria de Trabajadores de Chile solicitaron una Instancia Específica por violaciones al capítulo de derechos humanos de las Líneas de Directrices (*i.e.*, vulneraciones de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores y trabajadoras), entre otras.

De este modo, se sustanció un procedimiento en el cual las partes lograron llegar a un acuerdo, destacándose:

“(...) que el arribo a un histórico y primer acuerdo de este tipo, entre empresa y sindicato, es un primer paso en torno a **reconocer la validez representativa** del Sindicato Starbucks. Asimismo, es una destacable aproximación a la búsqueda de un **cambio en la política organizacional** de dicha empresa, que responda a la debida observancia, al respeto de las recomendaciones internacionales sobre Responsabilidad Social Empresarial y la promoción de una sana colaboración entre ambas partes que sin duda son

---

175 Información disponible [en línea](#) en la página del PNC Chileno.

176 Información disponible [en línea](#) en la página del PNC Chileno.

imprescindibles para mantener un clima laboral acorde con las necesidades e intereses colectivos”<sup>177</sup> (*los destacados son nuestros*).

Por último, conviene tener presente que la Instancia Específica no requiere agotamiento de los recursos judiciales reconocidos por el ordenamiento jurídico doméstico, y las partes pueden hacer solicitudes a este respecto en cualquier momento.<sup>178</sup>

### 3.3.1.2 Instituto Nacional de Derechos Humanos

De conformidad con el artículo 3º número 10 de la Ley N° 20.405, que lo crea, le corresponde al Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH):

“Prestar su asesoría, en materias de su competencia, a **organismos públicos y privados** que lo soliciten; asimismo, **desarrollar la cooperación, asesoría técnica e interlocución** con corporaciones, fundaciones y demás organizaciones privadas, nacionales y extranjeras, cuyos objetivos se relacionen con las funciones del Instituto, y celebrar con ellas convenios para ejecutar proyectos o acciones de interés común” (*los destacados son nuestros*).

En este sentido, el Instituto:

“Tiene como misión cautelar y promover la plena vigencia de los derechos humanos en Chile. En su misión institucional le corresponde **observar, informar e intervenir** en la defensa de los derechos humanos amenazados o vulnerados, como asimismo impulsar la construcción de una cultura que los reconozca y promueva en todos los ámbitos de la vida nacional a través de **informes, declaraciones y recomendaciones**, procediendo en su accionar de manera autónoma, independiente y pluralista”<sup>179</sup> (*los destacados son nuestros*).

---

177 Fernández S., Gastón: Declaración final. Disponible [en línea](#).

178 Ver en este sentido, por ejemplo, sentencia N° O-4678-2019 del 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de 6 de febrero de 2020.

179 INDH: “Guía de Derechos Humanos y Empresas en Chile” (2018); p. 13.

El INDH, al igual que el resto de las instituciones nacionales de derechos humanos de otros países, se rige por los Principios de París. En este sentido, en la Declaración de Edimburgo de la Alianza Global de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (ex Comité Internacional de Coordinación de las INDH), se acordó en el artículo 20 “(...) apoyar a las víctimas de abusos empresariales y facilitar su acceso a obtener reparación judicial y no judicial”.

Dado este contexto, el INDH durante los más de 10 años desde su creación ha abordado el tema de DHyE con mayor o menor intensidad. Desde una perspectiva de mecanismos alternativos de acceso a la justicia, ha realizado las siguientes acciones:

- Misiones de observación a territorios afectados por casos de DHyE. Por ejemplo, a la Región de los Lagos (2016)<sup>180</sup> y Quintero-Puchuncaví (2018)<sup>181</sup>.
- Firma de un memorándum de entendimiento con el PNC para generar canales de colaboración e intercambio ante las instancias específicas.<sup>182</sup>

Por último, conviene tener presente que la labor del INDH también se relaciona de manera estrecha con el acceso a la justicia mediante mecanismos judiciales. En este sentido, el INDH cumple un rol fundamental:

- En materia de documentación que puede servir como prueba relevante en juicios. Por ejemplo, el INDH cuenta con un mapa de conflictos socioambientales.<sup>183</sup> Además, en el desarrollo de sus informes anuales también ha abordado estos casos.

---

180 Información disponible [en línea](#).

181 Información disponible [en línea](#).

182 Global Forum on Responsible Business Conduct, Session Note: The Role of National Contact Points and National Human Rights Institutions in RBC Policy Making, 21 June 2018. En *National Human Rights Institutions and Access to Remedy in Business and Human Rights. Part 1: Reviewing the role and practice of NHRIs* (2020); p. 44. Disponible [en línea](#).

183 Información disponible [en línea](#).

- En la presentación de *amicus curiae*. En este sentido, ver por ejemplo el documento presentado en el marco de un recurso de protección interpuesto por las comunidades indígenas Atacameñas y Collas en contra de CORFO y SQM.<sup>184</sup>
- Interposición de acciones judiciales dentro de su competencia. En este sentido, ver por ejemplo lo realizado en el marco de la situación de Petorca.<sup>185</sup>

### 3.3.2 Mecanismos de reclamación no estatales reconocidos en Chile

Este tipo de mecanismos de acceso a remedios son de gran importancia, pues tal como señala el Comentario del Principio Rector 28, “pueden ofrecer ventajas concretas, como la rapidez de acceso y reparación, unos costos reducidos y/o alcance transnacional”.

Sin perjuicio de lo anterior, cada uno de los mecanismos posibles de reconocer en Chile presentan sus propias particularidades y desafíos. A este respecto, la confianza de los usuarios en general, y de las víctimas en particular, es necesaria para su correcto funcionamiento. En especial, tanto el Grupo de Trabajo sobre DHyE, como la CIDH y la REDESCA resaltan:

**“(...)el rol fundamental y posición central que deben tener las víctimas, como titulares de derechos, en todo el proceso de reparación”.** Así, comparte la posición del Grupo de Trabajo sobre empresas y derechos humanos en cuanto a que los mecanismos de reparación deben tener en cuenta ‘las distintas experiencias y expectativas de los titulares de derechos; que las reparaciones sean accesibles, asequibles, oportunas y adecuadas desde el punto de vista de los solicitantes; que no se victimice a

---

184 Información disponible [en línea](#).

185 El INDH “(...) **adhirió** al Recurso de Amparo rol N° 357-2017, presentado ante la Ilma. Corte de Apelaciones de Valparaíso por la presidenta del Comité del APR de San José de Cabildo, **atendida la denuncia interpuesta en su contra por supuesta usurpación de aguas**, gestionando la Sede Regional de Valparaíso, las coordinaciones pertinentes con la Defensoría Penal Pública, para que representase en el procedimiento judicial respectivo a la demandada Sra., Verónica Vilches. Asimismo, el INDH **presentó una denuncia ante la Fiscalía de la Ligua**, atendidas las amenazas de muerte recibidas por Rodrigo Mundaca y Verónica Vilches en su rol de dirigentes del movimiento MODATIMA, solicitando además las medidas de protección respectivas”. INDH. “Misión Observación Provincia de Petorca” (2018); p. 25. Disponible [en línea](#).

**Este tipo de mecanismo es cada vez más frecuente y puede variar desde un canal de denuncias, hasta un sistema más complejo de interacción con trabajadores y comunidades. En ese sentido, los Principios Rectores han establecido lo siguiente:**

los titulares de derechos afectados en la búsqueda de reparación; y que se ponga a su disposición un abanico de reparaciones preventivas, compensatorias y disuasorias para cada abuso contra los derechos humanos relacionado con las empresas”<sup>186</sup> (*los destacados son nuestros*).

Adicionalmente, la CIDH y REDESCA han enfatizado en la importancia que estos mecanismos también funcionen de manera transnacional.<sup>187</sup>

### 3.3.2.1 Mecanismo de reclamación administrados por las mismas empresas

Este tipo de mecanismo es cada vez más frecuente y puede variar desde un canal de denuncias, hasta un sistema más complejo de interacción con trabajadores y comunidades. En ese sentido, los Principios Rectores han establecido lo siguiente:

#### Principio Rector 29

**“Para que sea posible atender rápidamente y reparar directamente los daños causados, las empresas deben establecer o participar en mecanismos de reclamación eficaces de nivel operacional a disposición de las personas y las comunidades que sufran las consecuencias negativas.**

#### Comentario

Las personas y comunidades que hayan sufrido las consecuencias negativas de las actividades de una empresa pueden acceder directamente a los mecanismos de reclamación de nivel operacional. Por lo general estos mecanismos los administran las propias empresas, ya sea por sí solas o también es

186 REDESCA y CIDH. “Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos” OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19 (2019), párr. 146.

187 Véase REDESCA y CIDH. “Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos” OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19 (2019).

posible recurrir a un experto u organismo externo aceptable para ambas partes. No es necesario que los denunciantes hayan explorado previamente otras vías de recurso. Pueden dirigirse directamente a la empresa para evaluar los daños y solicitar su reparación.

Los mecanismos de reclamación de nivel operacional desempeñan dos funciones esenciales en relación con la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos.

- En primer lugar, contribuyen a determinar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos como parte de la obligación de una empresa de proceder con la debida diligencia en materia de derechos humanos. Concretamente, ofrecen un cauce para que las personas directamente afectadas por las operaciones de la empresa expresen su preocupación cuando consideren que están sufriendo o van a sufrir consecuencias negativas. Analizando las tendencias y las pautas de las denuncias, las empresas también pueden identificar problemas sistémicos y adaptar sus prácticas en consecuencia;
- En segundo lugar, estos mecanismos permiten que la empresa se ocupe de los daños detectados y repare las consecuencias negativas, de forma temprana y directa, a fin de evitar daños mayores o una escalada de reclamaciones.

Estos mecanismos no requieren que la denuncia o la reclamación se basen en una presunta violación de los derechos humanos para que pueda plantearse, ya que su objetivo específico es identificar cualquier preocupación legítima de los posibles afectados. Si no se identifican y tratan a tiempo estas preocupaciones, pueden derivar en conflictos y violaciones de derechos humanos más graves.

Los mecanismos de reclamación de nivel operacional deben responder a ciertos criterios para resultar más eficaces en la práctica (Principio 31). Estos criterios pueden cumplirse con tipos muy diversos de mecanismos, en función de las exigencias de escala, los recursos, el sector, la cultura y otros parámetros.

Los mecanismos de reclamación de nivel operacional pueden constituir un complemento importante de los procesos más amplios de participación de las partes interesadas y de negociación colectiva, pero no pueden sustituirlos. No se los debe utilizar para socavar la función de los sindicatos legítimos en el marco de las disputas laborales ni para impedir el acceso a los mecanismos de reclamación judiciales u otros de tipo extrajudicial”.

De este modo, la confianza es fundamental, pues el abuso de derechos humanos que se busca prevenir, mitigar o remediar se vincula a la misma empresa que diseña e implementa el mecanismo.<sup>188</sup>

“Para estos efectos, la CIDH y su REDESCA también consideran razonable que, en su diseño y operación, dichos mecanismos tengan en cuenta las garantías desarrolladas sobre igualdad de armas, motivación de las decisiones, imparcialidad del órgano decisorio y el respeto al plazo razonable, en orden de proporcionar un recurso efectivo y reparación a las víctimas a la par de efectuar las sanciones y correcciones que correspondan.

(...)En el caso particular de operaciones empresariales que impacten poblaciones indígenas, dichos mecanismos extrajudiciales deberán priorizar su construcción de manera participativa y en

---

188 REDESCA y CIDH: “Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos” OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19 (2019), párrs. 144 y 145.

**Los mecanismos que se han ido creando son cada vez más complejos, e intentan mantener independencia de las empresas a través de la constitución de grupos de supervisión integrados por miembros de la sociedad civil. Esto permite fortalecer la confianza de las y los usuarios.**

respeto al derecho a la consulta previa, libre e informada de acuerdo a los estándares interamericanos sobre la materia”.<sup>189</sup>

A este respecto, los mecanismos que se han ido creando son cada vez más complejos, e intentan mantener independencia de las empresas a través de la constitución de grupos de supervisión integrados por miembros de la sociedad civil. Esto permite fortalecer la confianza de las y los usuarios.

### Mecanismo ejemplar

#### Consejo Asesor de Contenidos de Facebook

“La finalidad del Consejo es proteger la libertad de expresión. Para ello, tomará decisiones independientes basadas en principios sobre contenido en Facebook e Instagram y emitirá recomendaciones sobre la política de contenido relevante de la empresa Facebook.

Una vez conformado, el Consejo constará de 40 miembros de todo el mundo con un conjunto diverso de disciplinas y perfiles. Estos miembros podrán seleccionar los casos de contenido que se someterán a revisión y ratificar o revertir las decisiones de contenido de Facebook.

El propósito del Consejo no es ser una mera extensión del proceso de revisión de contenido actual de Facebook. Su función principal será revisar un porcentaje de casos altamente representativos y determinar si las decisiones se han tomado de acuerdo con los valores y las políticas de Facebook.

189 REDESCA y CIDH: “Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos” OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19 (2019), párr. 144.

### Principios de funcionamiento

- Independiente: El Consejo es una entidad separada de la empresa Facebook y emitirá su juicio independientemente en casos individuales y en cuestiones de políticas. Tanto el Consejo como su comité administrativo están financiados por un Fideicomiso independiente.
- Accesible: Las personas podrán apelar las decisiones de contenido de Facebook e Instagram ante el Consejo. Cualquier persona cuyo contenido seleccione el Consejo para revisión tendrá la oportunidad de compartir una declaración en la que exponga su postura.
- Eficaz: El Consejo tiene la facultad de decidir si Facebook e Instagram deben permitir o eliminar contenido. Estas decisiones son vinculantes, a menos que implementarlas suponga infringir la ley. El Consejo también puede decidir redactar recomendaciones sobre políticas de contenido de la empresa.
- Transparente: El Consejo se compromete a compartir públicamente declaraciones escritas sobre sus decisiones y fundamentos. Cada decisión se publicará y archivará en el sitio web del Consejo. Además, emitirá informes anuales de su trabajo”.<sup>190</sup>

Por último, es importante mencionar a este respecto que muchas veces, las empresas y las comunidades y/o víctimas de vulneraciones de derechos humanos llegan a acuerdos que buscan prevenir la vía

---

190 Información disponible [en línea](#).

judicial. Existen casos en los que se han intentado impugnar dichos acuerdos a través de una revisión judicial, aduciendo ciertos vicios del consentimiento.<sup>191</sup>

### 3.3.2.2 Mecanismos de reclamación establecidos en el marco de asociaciones gremiales

Como una variable de los mecanismos explicados anteriormente, puede ocurrir que las asociaciones gremiales implementen sus propios sistemas transversales a más de una empresa.

En Chile, este es el caso del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, a cuyo respecto conviene tener presente que los estándares de funcionamiento corresponden a los mismos explicados en el acápite anterior.

#### Principio Rector 30

**“Las corporaciones industriales, las colectividades de múltiples partes interesadas y otras iniciativas de colaboración basadas en el respeto de las normas relativas a los derechos humanos deben garantizar la disponibilidad de mecanismos de reclamación eficaces.**

#### Comentario

Las normas relativas a los derechos humanos se reflejan cada vez más en los compromisos asumidos por las corporaciones industriales, las colectividades de múltiples partes interesadas y otras iniciativas de colaboración, en forma de códigos de conducta, normas de funcionamiento, acuerdos marco mundiales entre sindicatos y empresas transnacionales y otros similares.

---

191 Para entender cómo han interpretado los tribunales, a nivel comparado, la validez de dichos acuerdos, un ejemplo relevante de analizar lo constituye el caso *Olgeta Meri Iगत Raits* en caso de *Porgera*, referido a víctimas de abuso sexual por trabajadores de mina en Papúa Nueva Guinea. Disponible [en línea](#).

Estas iniciativas de colaboración deben garantizar la disponibilidad de mecanismos eficaces para que las partes afectadas o sus representantes legítimos planteen sus inquietudes cuando consideren que se han incumplido los compromisos en cuestión. La legitimidad de este tipo de iniciativas puede verse en entredicho si no se establecen esos mecanismos. Los mecanismos pueden establecerse al nivel de los miembros individuales, de la iniciativa de colaboración, o de ambos. Estos mecanismos deben fomentar la rendición de cuentas y contribuir a reparar las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos”.

### 3.3.3 Mecanismos internacionales

Dado los indudables impactos negativos que hoy en día las empresas pueden generar en derechos humanos de personas, comunidades, trabajadores y trabajadoras, y sobre todo en aquellos grupos en riesgo de mayor vulnerabilidad, los mecanismos de derechos humanos también han comenzado a expandir su alcance con relación a dichas situaciones.

Sin perjuicio de lo anterior, el Principio Rector 28 señala:

“En general, estos mecanismos se han ocupado más bien de presuntas violaciones de la obligación de los Estados de respetar los derechos humanos. No obstante, algunos también se han ocupado de casos de **incumplimiento de la obligación del Estado de proteger contra las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas**” (*los destacados son nuestros*).

En el caso de Chile, existen cuatro sistemas de relevancia: el sistema interamericano, el sistema universal, los mecanismos de la Organización Internacional del Trabajo y la Corte Penal Internacional.

### 3.3.3.1 Sistema interamericano de derechos humanos

En primer lugar, el Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos. Por su parte, la CIDH ha conocido del tema de DHyE a través de sus diferentes mecanismos para conocer de caso concretos: audiencias temáticas, solicitud de medidas cautelares y peticiones, y controles de admisibilidad.

#### Caso ejemplar CIDH

“En el marco del análisis de un caso de dos migrantes indocumentados en Estados Unidos que sufrieron lesiones como parte de sus actividades laborales, indicó que la rama judicial no ha reconocido plenamente el derecho de las víctimas a la no discriminación ni ha protegido de manera adecuada o efectiva sus derechos como trabajadores de acuerdo con lo dispuesto en la Declaración Americana. En ese marco, indicó que pese a la existencia de juicios contra los empleadores por incumplimiento de las condiciones de indemnización por accidente de trabajo, las reparaciones son condicionadas, reducidas o denegadas a la situación migratoria de los trabajadores. La Comisión fue informada, además, de un contexto en que agentes del Estado cooperan con empresas empleadoras y compañías de seguros para negar prestaciones laborales a trabajadores en dicha situación así como de un contexto que evidencia la incertidumbre que enfrentan los trabajadores indocumentados con respecto al resultado de sus reclamos. En ese marco, la CIDH subrayó que los actos del Estado tuvieron el efecto de extinguir las dos demandas de indemnización por accidente de trabajo vulnerando los derechos a la no discriminación y la seguridad social de las víctimas. Finalmente, entre otras recomendaciones, dispuso que el Estado asegure que los trabajadores indocumentados tengan los mismos derechos y recursos que los trabajadores

documentados frente a violaciones de sus derechos en el lugar de trabajo y que se mejore la detección de empleadores que violan derechos laborales de trabajadores indocumentados”.<sup>192</sup>

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “CorteIDH”) ya cuenta con los primeros fallos en que establece la responsabilidad del Estado vinculada a vulneración de empresas con ocasión de operaciones empresariales.

### Caso ejemplar

#### Corte IDH

“El 15 de julio de 2020 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “la Corte” o “el Tribunal”) dictó sentencia mediante la cual declaró la responsabilidad internacional de la República Federativa de Brasil por las violaciones a diversos derechos en perjuicio de 60 personas fallecidas y seis heridas en la explosión en una fábrica de fuegos artificiales en el municipio de Santo Antônio de Jesus, estado de Bahia, así como de 100 familiares de las personas fallecidas y sobrevivientes a la explosión. La Corte encontró que, como consecuencia de la explosión, fueron violados los derechos a la vida, integridad personal, trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias, derechos de la niña y del niño, igualdad y no discriminación, protección judicial y garantías judiciales. En consecuencia, la Corte declaró que el Estado es responsable por la violación de los artículos 4.1, 5.1, 19, 24 y 26, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (...)

192 REDESCA y CIDH: “Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos” OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19 (2019); p. 70.

La Corte recordó que, aunque un acto, omisión o hecho de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de los derechos de otro, este no es automáticamente atribuible al Estado, sino que corresponde analizar las circunstancias particulares del caso y la concreción de las obligaciones de garantía. En este sentido, la Corte estableció que los Estados tienen el deber de regular, supervisar y fiscalizar la práctica de actividades peligrosas, que implican riesgos significativos para la vida e integridad de las personas sometidas a su jurisdicción, como medida para proteger y preservar estos derechos.

La Corte encontró que, en este caso, el Estado catalogó la fabricación de fuegos artificiales como una actividad peligrosa y, en efecto, reglamentó las condiciones en que debía ejercerse. Así, la fabricación de fuegos artificiales exigía un registro previo, estrictos permisos y fiscalización. Dichos permisos fueron otorgados, pero, pese a ello, el Estado no desplegó ninguna acción de control o fiscalización previa a la explosión, al punto que reconoció ante la Comisión Interamericana que ‘falló al fiscalizar’. De acuerdo con la Corte, esa conducta omisiva del Estado dio lugar a la violación de los derechos a la vida de las 60 personas que fallecieron como consecuencia de la explosión de la fábrica de fuegos, y del derecho a la integridad personal de las seis personas que resultaron heridas. Además, debido a que dentro de las personas fallecidas y sobrevivientes había niñas y niños, la Corte declaró que en este caso se violó el artículo 19 de la Convención Americana respecto de ese grupo de personas”.<sup>193</sup>

---

193 Véase resumen oficial del caso CorteIDH. Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C Nº 407. Otros fallos: Caso Pueblos Kalifña y Lokono vs. Surinam (2015): Corte Interamericana de derechos Humanos, 25 de noviembre de 2015; Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra vs. Honduras (2015): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 8 de octubre de 2015.

Además, la CorteIDH próximamente conocerá de un caso en el cual se revisará la actuación del Estado de Chile con relación a una Institución de Salud Previsional y el tratamiento de una niña diagnosticada con una enfermedad neurodegenerativa:

### **M.V.R. con Chile**

#### **Extracto oficial CorteIDH**

“El presente caso se relaciona con la alegada validación del Estado de la decisión de la aseguradora de salud, Isapre Más-Vida, de finalizar unilateral y arbitrariamente el régimen de “hospitalización domiciliaria” que la niña M.V., diagnosticada con el síndrome de Leigh, requería de modo esencial para su supervivencia. Ante esta situación, se alude que la familia de la niña M.V. interpuso una acción de protección el 26 de octubre de 2010 la que fue conocida en última instancia por la Corte Suprema de Justicia, órgano que sentenció a favor de la prestadora de salud sin tomar en consideración la especial posición de garante respecto de los derechos de la niñez y de las personas con discapacidad ni los derechos sociales de la niña M.V. el 26 de enero de 2011. También se aduce que en diciembre de 2011 la familia inició un segundo proceso, de tipo arbitral, ante la Superintendencia de Salud para cuestionar el levantamiento del tratamiento a M.V. La Superintendencia resolvió a favor de la víctima, el 27 de agosto de 2012, en virtud de un estudio económico, en el que resultaba más eficiente prestar la cobertura por las contingencias económicas posteriores que su suspensión podrían desencadenar. En virtud de ello, se alega la falta de regulación, control y sistemas de reclamación adecuados para la fiscalización de la decisión del levantamiento del tratamiento de la niña M.V., sumado a la falta de protección en el marco de la posición estatal de garante de la niñez, generando riesgos para su vida y salud, contrarios a sus obligaciones en materia de seguridad social. Asimismo, se aduce que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia y de la Superintendencia no motivaron sus decisiones en con-

sideración su interés superior de niña, así como la vulnerable situación en el marco de sus obligaciones convencionales respecto de ella como niña con discapacidad. Además, se argumenta la vulneración del derecho a la integridad personal de los padres de la niña, C.A.d.P.R.F. y R.A.V.L., por el dolor ocasionado por la inestabilidad a la que se expuso la frágil vida de su hija. En suma, se arguye que el Estado es responsable por la violación de los derechos a la salud, seguridad social, vida, integridad, garantías judiciales y protección judicial y la protección especial de la niñez consagrados en los artículos 4.1, 5.1, 19, 26, 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento”.<sup>194</sup>

### 3.3.3.2 Sistema universal de los derechos humanos

En segundo lugar, el Sistema Universal de Protección a los Derechos Humanos. Dicho sistema puede conocer mediante de casos concretos a través de los órganos de tratado y sus procedimientos especiales.

#### Caso ejemplar

##### Comité de Derechos Humanos

En este caso, el Comité “encuentra responsabilidad internacional del Estado paraguayo por la falta de control del respeto de las normas ambientales dentro de actividades empresariales en el sector agrícola que afectaron negativamente varios derechos humanos de los solicitantes. En el caso analizado por dicho órgano se concluyó que la falta de supervisión e investigación estatal adecuada sobre empresas que realizan

---

194 CIDH: Caso M.V.R. vs. Chile, disponible [en línea](#).

**La labor de los sistemas de protección de derechos humanos se vincula de manera estrecha con el acceso a la justicia mediante mecanismos judiciales. Estos mecanismos cumplen un rol fundamental en materia de monitoreo y documentación, que puede servir como prueba relevante en juicios; e incluso presentación de *amicus curiae*.**

fumigaciones con agroquímicos le pueden generar responsabilidad al Estado por la omisión de éste en su deber de proteger los derechos humanos”<sup>195</sup>.

Conviene tener presente que la labor de los sistemas de protección de derechos humanos se vincula de manera estrecha con el acceso a la justicia mediante mecanismos judiciales. Estos mecanismos cumplen un rol fundamental en materia de monitoreo y documentación, que puede servir como prueba relevante en juicios; e incluso presentación de *amicus curiae*.

### 3.3.3.3 Corte Penal Internacional

Chile, al haber ratificado el Estatuto de Roma, reconoce jurisdicción a la Corte Penal Internacional. Por ello, es posible perseguir a representantes y altos cargos de empresas, ámbito respecto al cual se han desarrollado nuevas tendencias de relevancia en materia de DHyE.

Claire Methven (2019)

#### La Corte Penal Internacional en el contexto de Empresas y Derechos Humanos

“El Estatuto de Roma restringe la jurisdicción de la Corte Penal Internacional a las personas naturales (artículo 25 (1)). Sin embargo, cuando un estado reconoce la responsabilidad penal de las empresas y ha ratificado el Estatuto de Roma, se ha sugerido que las empresas aún pueden ser procesadas por crímenes internacionales. (...)”

195 REDESCA y CIDH: “Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos” OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19 (2019), párr. 128 en referencia al Comité de Derechos Humanos. Portillo Cáceres y otros vs. Paraguay (Comunicación núm. 2751/2016), UN Doc. CCPR/C/126/D/2751/2016, 9 de agosto de 2019.

Un hecho reciente notable, en este contexto, es que la Fiscalía de la Corte Penal Internacional anunció la intención de aumentar su enfoque en el futuro en delitos o prácticas que conduzcan a ‘la destrucción del medioambiente, la explotación ilegal de recursos naturales o la despojo de tierras’, donde estos ocasionan daños sociales, económicos y ambientales a las comunidades afectadas”.<sup>196</sup>

### Ejercicio

- Reflexione sobre los beneficios y debilidades que tienen los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos.
- Reflexione sobre los vicios de consentimiento u otros problemas que podrían generar en los acuerdos a los que lleguen personas o comunidades directamente con empresas, entendiendo la asimetría de su relación.

### Para profundizar

- Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, 2011. Disponible [en línea](#).
- Para conocer sobre otros de los casos que ha recibido el PNC en Chile, ver información disponible [en línea](#).
- Declaración de Edimburgo de la Alianza Global de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos. Disponible [en línea](#).

---

196 Methven, Claire (2019): *Business and human rights. A handbook for legal practitioners*, Council of Europe; p. 129.

- Comité de Derechos Humanos: Portillo Cáceres y otros vs. Paraguay (Comunicación núm. 2751/2016), UN Doc. CCPR/C/126/D/2751/2016, 9 de agosto de 2019.
- Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antón de Jesus vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C Nº 407.
- Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam (2015): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 25 de noviembre de 2015.
- Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra vs. Honduras (2015): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 8 de octubre de 2015.

# 4

## Temas específicos a través de la jurisprudencia

En este capítulo se presentarán algunas cuestiones de DHyE que están siendo debatidas actualmente a nivel internacional y nacional. La revisión se realizará a la luz de decisiones judiciales de distintas jurisdicciones.

## 4.1 Cambio climático, sequía y empresas

El cambio climático y sus consecuencias, como las sequías o inundaciones, es uno de los mayores desafíos de nuestro siglo. Sin la reducción significativa de los gases de efecto invernadero por parte de las empresas, las metas de mitigación del calentamiento global son ilusorias.

Por sus consecuencias, el cambio climático es también un asunto de derechos humanos, particularmente porque su impacto será más gravoso para grupos ya previamente desventajados:

*“Recordando que en el Acuerdo de París aprobado en virtud de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático se reconoce que el cambio climático es un problema común de la humanidad y que las partes, al adoptar medidas para hacer frente al cambio climático, deberían respetar, promover y tomar en consideración sus respectivas obligaciones con respecto a los derechos humanos, el derecho a la salud, los derechos de los pueblos indígenas, las comunidades locales, los migrantes, los niños, las personas con discapacidad y las personas en situaciones de vulnerabilidad y el derecho al desarrollo, así como la igualdad de género, el empoderamiento de la mujer y la equidad intergeneracional”*.<sup>197</sup>

---

197 Consejo de Derechos Humanos: “Los derechos humanos y el cambio climático”. Resolución aprobada en julio de 2019, A/HRC/RES/41/21. Disponible [en línea](#).

**Se espera de los Estados garanticen ciertos derechos procedimentales que permiten a los y las ciudadanas un mejor control de su gestión en esta materia, como lo son el derecho a la información sobre el clima, la participación pública en la toma de decisiones al respecto y el acceso a la justicia en asuntos climáticos.**

La relación entre los derechos humanos y el cambio climático suele darse desde al menos, tres perspectivas: la primera es que los efectos del cambio climático pueden impactar varios derechos, como el derecho a la salud, a la alimentación, al agua, a la vivienda, a la educación, a una vida cultural, el derecho al desarrollo y a la vida, en la medida de que pone en riesgos la existencia de las personas.

La segunda vinculación se produce en relación con los grupos de personas que se ven más afectadas por el cambio climático. Se ha señalado que los efectos de este no afectan a todos grupos de la sociedad de igual forma.

Al respecto, como señala la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, “los efectos del cambio climático se dejarán sentir con más fuerza en los segmentos de la población que ya se encuentran en situaciones vulnerables debido a factores como la pobreza, el género, la edad, la condición de minoría y la discapacidad. En virtud de la normativa internacional de derechos humanos, los Estados están jurídicamente obligados a hacer frente a esas vulnerabilidades, de conformidad con el principio de igualdad y no discriminación”.<sup>198</sup>

En tercer lugar, se espera de los Estados garanticen ciertos derechos procedimentales que permiten a los y las ciudadanas un mejor control de su gestión en esta materia, como lo son el derecho a la información sobre el clima, la participación pública en la toma de decisiones al respecto y el acceso a la justicia en asuntos climáticos.

Las empresas son las mayores emisoras de gases de efecto invernadero en el mundo. Algunos estudios incluso han señalado que un grupo de solo 100 empresas son las responsables de la emisión del 71 % de este tipo de gases en el mundo.<sup>199</sup>

198 Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la relación entre el cambio climático y los derechos humanos, 15 de enero de 2009. A/HRC/10/61; párr. 42.

199 Ver CDP Worldwide: *The Carbon Majors Database CDP Carbon Majors Report 2017*, disponible [en línea](#).

En la literatura suelen distinguirse dos tipos de litigios en relación con el cambio climático: los litigios proactivos, iniciados para generar cambios en las políticas, por ejemplo, por parte de actores de la sociedad civil que piden la adopción o reforma de la legislación climática, y los litigios reactivos, iniciados para oponerse a cambios de políticas, por ejemplo, por parte de empresas para rechazar cambios legislativos.<sup>200</sup>

Pese a que los litigios reactivos han sido los más utilizados, varios autores señalan que la adopción del Acuerdo de París ha significado un punto de inflexión para aumentar de manera significativa las iniciativas judiciales proactivas, si bien los primeros casos documentados corresponden a la década de los 80.

Entre 1986 y finales de mayo de 2020 se ha identificado un total de 1.587 casos de litigios climáticos iniciados. La mayoría, 1.213 casos, se han iniciado en Estados Unidos y 374 casos en otros 36 países y ocho jurisdicciones regionales o internacionales. Fuera de EE. UU., la mayoría de los casos se han presentado en Australia (98 casos), el Reino Unido (62) y los órganos y tribunales de la UE (57).<sup>201</sup>

El litigio proactivo sobre el cambio climático puede significar demandas de actores no estatales a Estados, entre actores no estatales, y entre Estados. De esta última situación, no se conoce todavía algún caso.

#### 4.1.1 Litigio entre actores no estatales y Estados

Este tipo de litigio es el más común dentro de los litigios proactivos, lo que tiene sentido considerando que los Estados son los principales obligados en materia de derechos humanos relacionados con el cambio climático. En algunos casos, se ha demandado al Estado

200 Savaresi, Annalisa y Auz, Juan (2019): "Climate Change Litigation and Human Rights: Pushing the Boundaries". En *Brill* Vol. 9: issue 3; pp. 244-262.

201 Setzer J. y Byrnes, R. (2020): *Global trends in climate change litigation: 2020 Snapshot*. Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science.

por acciones que resultan incompatibles con lograr los objetivos del Acuerdo de París (1.1.1 y 1.1.2), mientras que en otros se reclama la inacción estatal para lograr dichos objetivos (1.1.3-1.1.5).<sup>202</sup>

#### 4.1.1.1 Caso Thabametsi, Earthlife Africa Johannesburg<sup>203</sup>

Earthlife, una organización no gubernamental ambientalista, impugnó la autorización otorgada por el Director Jefe del Departamento de Asuntos Ambientales de una central eléctrica a carbón en la provincia de Limpopo, en el norte de Sudáfrica, operada por la empresa Thabametsi. Earthlife primero presentó un recurso administrativo ante el Ministro de Asunto Ambientales y luego uno judicial, ante el Tribunal Superior de Gauteng en Pretoria, frente al rechazo del recurso administrativo.

La acción judicial se basó en que, según la ley medioambiental de Sudáfrica, la evaluación ambiental debe realizarse considerando “todos los factores relevantes” relacionados con el medioambiente. Para la recurrente, si se interpreta la norma a la luz de las disposiciones nacionales e internacionales, los impactos en el cambio climático deberían constituir uno de esos factores. El reclamante enfatizó que la autorización ambiental violó la legislación ambiental y, por lo tanto, debía ser anulada debido a que las autoridades no habían evaluado ni considerado los impactos del cambio climático, solicitándose una nueva evaluación del proyecto a la luz de estos estándares.

En tanto, la autoridad administrativa y la empresa Thabametsi, como parte interesada, argumentaron que no había disposición expresa para incluir el cambio climático en la evaluación de impacto ambiental bajo la ley nacional o internacional. Por lo tanto, la evaluación y consideración de los impactos del cambio climático no podría constituir un requisito obligatorio. Destacaron que quedaba a discreción del gobierno decidir sobre las medidas de cambio climático, ya que ellas

202 Ambos casos de esta sección extraídos de Saiger, Anna Julia (2019): “Domestic Courts and the Paris Agreement’s Climate Goals: The Need for a Comparative Approach”. En *Transnational Environmental Law* Vol. 9: issue 1, 2020; pp. 37-54 (disponible [en línea](#)).

203 Kotzé, Louis y Du Plessis, Anél: “Putting Africa on the Stand: A bird's eye view of climate change litigation on the continent”, en *Environmental Law*, Vol 50, No. 3 (2020); p. 615-663. Disponible [en línea](#).

siempre deben ser equilibradas frente a las necesidades de desarrollo de Sudáfrica. En el caso, se esperaba que la central eléctrica de Thabametsi garantizaría las demandas energéticas del país.

La Corte analizó las normas que rigen la evaluación de impacto ambiental relacionándolas con la interpretación de los principios de la ley ambiental, en particular el desarrollo sostenible y el principio de precaución. Asimismo, vinculó la interpretación a la sección 24 de la Constitución de Sudáfrica, que establece el derecho a un medioambiente limpio y la Sección 223 de la Constitución, que da prioridad a cualquier interpretación que se ajuste a obligaciones internacionales. El tribunal reconoció que las obligaciones internacionales imponen considerar los impactos del cambio climático en las políticas nacionales, pero al mismo tiempo enfatizó que el régimen legal internacional permite el desarrollo de centrales eléctricas de carbón en el futuro inmediato. Las Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional<sup>204</sup> de Sudáfrica prevén un pico en las emisiones de gases de efecto invernadero hasta 2020. Por lo tanto, se prevé que su dependencia del carbón disminuya a lo largo de un período de tiempo más largo.

La segunda consideración de la Corte fue la referida al cumplimiento del deber de tomar en cuenta los impactos del cambio climático. El tribunal estimó que no era así, teniendo a la vista las decisiones administrativas y la resolución del recurso administrativo resuelto por el Ministro. La Corte señaló que una consideración general del cambio climático a nivel nacional no es suficiente y que los impactos deben evaluarse específicamente en relación con el proyecto en cuestión. Así, el tribunal resolvió que el Ministro debería sustituir la decisión inicial por una nueva que se basara en la evaluación de impacto del cambio climático.

---

204 De acuerdo con art. 3 del Acuerdo de París: “En sus contribuciones determinadas a nivel nacional a la respuesta mundial al cambio climático, todas las Partes habrán de realizar y comunicar los esfuerzos ambiciosos que se definen en los artículos 4, 7, 9, 10, 11 y 13 con miras a alcanzar el propósito del presente Acuerdo enunciado en su artículo 2. Los esfuerzos de todas las Partes representarán una progresión a lo largo del tiempo, teniendo en cuenta la necesidad de apoyar a las Partes que son países en desarrollo para lograr la aplicación efectiva del presente Acuerdo”.

Con esta decisión, el tribunal afirmó el deber del tomador de decisiones administrativas de considerar los impactos del cambio climático, pero esto dejó espacio para que las autoridades sopesen las necesidades de desarrollo versus la protección del clima.

En enero de 2018, el Ministro aprobó la autorización de la planta, estimando que si bien esta tendría importantes emisiones de gases de efecto invernadero y por lo tanto causaría impactos en el cambio climático, los beneficios de generación de energía del proyecto superaban los daños.<sup>205</sup>

El 26 de marzo de 2018, Earthlife Africa y otras organizaciones impugnaron la decisión del Ministro, pidiendo al tribunal que anulara la decisión como ilegal, esta vez por no considerar los impactos del cambio climático específicos del sitio asociados con el proyecto.

El 19 de noviembre de 2020, el Tribunal Superior, en virtud de un acuerdo entre los demandantes y los acusados, emitió una orden que anula todas las autorizaciones gubernamentales para la central eléctrica de carbón. El Tribunal también ordenó a los acusados pagar las costas judiciales.

#### 4.1.1.2 Caso del Aeropuerto de Viena, Austria<sup>206</sup>

En este ejemplo, iniciativas ciudadanas, vecinos y la ciudad de Viena recurrieron ante el Tribunal Administrativo Federal para impugnar la construcción de la tercera pista del aeropuerto de Viena, basándose en que las autoridades omitieron estimar los impactos en el cambio climático del proyecto y bajo la premisa de que la Ley de Aviación de Austria señala que, al momento de otorgar un permiso, deben considerarse “otros intereses públicos”.

El 2 de febrero de 2017, el Tribunal Administrativo Federal de primera instancia resolvió la interpretación de esos “otros intereses públicos”. La Ley de Aviación en sí misma no proporcionaba criterios para evaluar qué intereses deben ser considerados y cómo deben

---

205 Las iniciativas judiciales posteriores a la sentencia de 2017 están documentadas [en línea](#).

206 Saiger, *ibidem*.

**El Tribunal Constitucional de Austria revocó la sentencia señalando que el razonamiento del Tribunal Administrativo Federal fue inconstitucional y arbitrario, estableciendo que la CMNUCC y el Acuerdo de París no eran aplicables al caso.**

estar equilibrados. El Tribunal, por tanto, se refirió a la jerarquía del sistema jurídico austriaco y a las acciones tomadas por los poderes de gobierno elegidos democráticamente.

Para tales efectos, estimó que las obligaciones internacionales de Austria en virtud de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) y el Acuerdo de París, obligarían a las autoridades a integrar los impactos del cambio climático en su equilibrio de intereses en el procedimiento de toma de decisiones de los grandes proyectos. De acuerdo con la legislación austriaca, la obligación de reducir las emisiones de GEI en un 16 %, en relación con la línea de base, en sectores que no forman parte del régimen de comercio de emisiones, era exigible solo desde 2020. Como Estado miembro de la Unión Europea (UE), Austria no presentó su propias Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional bajo el Acuerdo de París, pero se comprometió con el objetivo de la UE de una reducción del 40 % en las emisiones de GEI para 2030 en relación con las líneas base de 1990.

El tribunal no solo revisó la decisión administrativa, sino que, de conformidad con el artículo 28 (2) de la Ley Federal sobre Procedimientos de los Tribunales Administrativos, sustituyó la decisión. Esto ocurre siempre que la autorización inicial es ilegal debido a la falta de consideración de todas las circunstancias relevantes en el proceso de toma de decisiones a nivel administrativo.

El Tribunal Constitucional de Austria revocó la sentencia señalando que el razonamiento del Tribunal Administrativo Federal fue inconstitucional y arbitrario, estableciendo que la CMNUCC y el Acuerdo de París no eran aplicables al caso.

Si bien el Tribunal Constitucional estuvo de acuerdo en la necesidad de llevar a cabo un equilibrio de intereses, subrayó que los intereses públicos específicos deben encontrarse en la Ley de Aviación. Estimó que el Acuerdo de París no se aplicaría a nivel nacional, ya que solo genera obligaciones internacionales. También señaló que declaraciones políticas de las autoridades de gobierno elegidas democráticamente no pueden ser tratadas como ley.

Las normas constitucionales con un enfoque en la sostenibilidad podrían orientar la interpretación de las disposiciones de la Ley de Aviación solo cuando la protección del medioambiente estaba prevista. En este sentido, el Tribunal estimó que como la Ley de Aviación (en vigor desde 1957) no se refería a la protección del medioambiente, la Constitución no podía orientar la interpretación de las normas jurídicas indeterminadas de esta ley.

#### 4.1.1.3 Generaciones Futuras contra el Estado de Colombia

Un grupo de 25 jóvenes y niños colombianos, de entre 7 y 25 años de edad, presentaron acción de tutela ante la Corte Suprema de Justicia de Colombia, a través de la cual alegan que la protección de los derechos a la vida, a la salud y a un medioambiente sano habría sido vulnerada por el gobierno y las autoridades locales, al no haber adoptado medidas necesarias para evitar la deforestación en la Amazonía colombiana, contribuyendo así a aumentar las emisiones de gases de efecto invernadero.<sup>207</sup>

“Considerando una expectativa de vida en promedio de 78 años, señalan ser parte de las generaciones futuras que deberán soportar los efectos del cambio climático. espera[n] desarrollar [su] vida adulta entre los años 2041-2070 y [su] vejez desde el año 2071 en adelante. En esos periodos de tiempo, según los escenarios de cambio climático presentados por el IDEAM, se espera que la temperatura promedio en Colombia aumente 1,6 °C y 2,14 °C, respectivamente”.<sup>208</sup>

Señalan que el Estado ha adquirido obligaciones nacionales e internacionales a través del Acuerdo de París y la Ley 1753 de 2015, “para lograr la ‘(...) reducción de la deforestación y de la emisión de los gases efecto invernadero en un contexto de cambio climático (...)’, entre los cuales, destacan la obligación de disminuir ‘la tasa neta de deforestación a cero en la Amazonía colombiana para el año 2020’”.<sup>209</sup>

207 Moraga, Pilar: “Comentario Sentencia Corte Suprema de Colombia, de 5 de abril de 2018”. Disponible [en línea](#).

208 Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencia causa N° STC4360-2018, párr. 2.1. Disponible [en línea](#).

209 Ibid., párr. 2.2.

Sobre la base de la evidencia presentada en el proceso, la Corte Suprema de Justicia resolvió que el gobierno nacional y las autoridades locales y regionales no están cumpliendo adecuadamente con los compromisos adquiridos para resguardar la Amazonía. Por ello dispuso:

“Ordenar a la Presidencia de la República, al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, y a la Cartera de Agricultura y Desarrollo Rural para que, en coordinación con los sectores del Sistema Nacional Ambiental, y la participación de los accionantes, las comunidades afectadas y la población interesada en general, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de la tutela, formulen un plan de acción de corto, mediano y largo plazo, que contrarreste la tasa de deforestación en la Amazonía, en donde se haga frente a los efectos del cambio climático.

Ordenar a las anteriores autoridades formular en un plazo de cinco (5) meses, con la participación activa de los tutelantes, las comunidades afectadas, organizaciones científicas o grupos de investigación ambientales, y la población interesada en general, la construcción de un ‘pacto intergeneracional por la vida del amazonas colombiano-PIVAC’, en donde se adopten medidas encaminadas a reducir a cero la deforestación y las emisiones de gases efecto invernadero, el cual deberá contar con estrategias de ejecución nacional, regional y local, de tipo preventivo, obligatorio, correctivo, y pedagógico, dirigidas a la adaptación del cambio climático.

Ordenar a todos los municipios de la Amazonía colombiana realizar, en un plazo de cinco (5) meses, actualizar e implementar los Planes de Ordenamiento Territorial, en lo pertinente, deberán contener un plan de acción de reducción cero de la deforestación en su territorio, el cual abarcará estrategias medibles de tipo preventivo, obligatorio, correctivo, y pedagógico, dirigidas a la adaptación del cambio climático.

Ordenar a la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía-Corpoamazonia, la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Norte y el Oriente Amazónico-CDA, y la

Corporación para el Desarrollo Sostenible del Área de Manejo Especial La Macarena-Cormacarena, realizar en un plazo de cinco (5) meses, en lo que respecta a su jurisdicción, un plan de acción que contrarreste mediante medidas policivas, judiciales o administrativas, los problemas de deforestación informados por el IDEAM.

Adicionalmente, en lo de sus facultades, los organismos querrelados tendrán que, en las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la tutela, incrementar las acciones tendientes a mitigar la deforestación. Y presentar con mensaje de urgencia las denuncias y querellas ante las entidades administrativas y judiciales correspondientes”.<sup>210</sup>

#### 4.1.1.4 Caso Holanda con Urgenda<sup>211</sup>

La Fundación Urgenda y un grupo de 900 ciudadanos holandeses demandaron al gobierno holandés para obligar al Estado a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, principalmente CO<sub>2</sub>, de manera más agresiva. Si bien en su demanda reconocen que se trata de un problema de carácter global, se argumenta que los Países Bajos son un país rico y desarrollado, un país catalogado bajo el Anexo I en términos de la Convención sobre el Clima de la ONU, que se ha beneficiado del uso de fuentes de energía fósil desde la Revolución Industrial hasta hoy. Señalan que Holanda es uno de los países con las emisiones de gases de efecto invernadero per cápita más altas del mundo –principalmente de CO<sub>2</sub> peligroso, que permanece mucho tiempo en la atmósfera– y que la firma y ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Clima por Holanda no debería ser una mera formalidad.<sup>212</sup>

Una cuestión central del caso era si el Estado tenía el deber de imponer más reducciones en las emisiones de gases de efecto invernadero, por encima de los límites ya establecidos en la política climática holandesa. Urgenda señaló tres fuentes de derecho que

210 Resumen de la sentencia elaborado por la Corte Suprema disponible [en línea](#).

211 Caso extraído de Environmental Law Alliance. Disponible [en línea](#).

212 Tribunal de Distrito de La Haya, traducción no oficial de la sentencia al inglés; párr. 28. Disponible [en línea](#).

respaldan este deber de cuidado: los artículos 2 y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (derecho a la vida y a la privacidad y vida familiar); el artículo 21 de la Constitución holandesa, y el deber general de diligencia en el Código Civil holandés.

El Tribunal de Distrito de La Haya consideró que la Convención Europea de Derechos Humanos y la Constitución holandesa no era aplicables al caso, debido a que requieren tener interés directo para ser invocados (en calidad de víctima) y que no existía jurisprudencia de Corte Europea de Derechos Humanos sobre la materia. Sin embargo, la misma Corte determinó que el Estado violó su deber de diligencia bajo el Código Civil holandés, en que requiere que las partes tomen medidas cautelares para mitigar una situación peligrosa.

El Tribunal de Distrito consideró los acuerdos climáticos de las Naciones Unidas y la Unión Europea, junto con los principios del derecho internacional y la ciencia climática, para definir el alcance del deber de cuidado del Estado con respecto a cambio climático, declarando que las obligaciones y principios internacionales tienen un “efecto reflejo” en el derecho nacional. En este sentido, estimó que los tribunales pueden tener en cuenta las obligaciones y los principios del derecho internacional cuando interpretan los estándares abiertos de las leyes nacionales. Sobre esta base, el Tribunal de Distrito concluyó que el gobierno actuó con negligencia cuando estableció un objetivo de reducción de emisiones de CO<sub>2</sub> en un 17 % por ciento en comparación con los niveles de 1990, en lugar del 25 %.

El Tribunal de Distrito de La Haya determinó que el gobierno holandés debe reducir las emisiones de gases de efecto invernadero en al menos un 25 % -en comparación con 1990- para 2020 para cumplir con su deber de cuidado de proteger a los ciudadanos holandeses contra el peligro inminente causado por el cambio climático.

El 9 de octubre de 2018, el Tribunal de Apelación de La Haya (Países Bajos) confirmó la Decisión del Juzgado de Distrito en el caso Urgenda.<sup>213</sup>

---

213 Sentencia de la Corte de Apelación de la Haya, disponible [en línea](#) (traducción no oficial al inglés).

En diciembre de 2019, la Corte Suprema revisó el caso y si bien confirmó las dos sentencias anteriores, realizó algunas aclaraciones adicionales interesantes desde el punto de vista de los derechos humanos. En efecto, sostuvo que los riesgos del cambio climático estaban incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), particularmente en el artículo 2 (derecho a la vida) y el artículo 8 (vida privada y familiar). De esta forma, la Corte sentó las bases del argumento de que el cambio climático es una cuestión de derechos humanos.

Además, el Tribunal Supremo confirmó que la ausencia de respuesta definitiva en la jurisprudencia del Corte Europea de Derechos Humanos no impedía que el órgano jurisdiccional nacional emitiera un dictamen sobre la alcance de las obligaciones positivas del Estado. Por el contrario, la Corte Suprema aceptó que la práctica de los Estados contratantes del CEDH, tratados internacionales, fuentes de derecho indicativo y principios del derecho internacional, como el principio de “no causar daño” y el principio de precaución, daban una base común para responder a estas nuevas cuestiones de derecho.<sup>214</sup>

#### 4.1.1.5 Caso *Carvalho y otros contra Unión Europea*<sup>215</sup>

La acción legal fue presentada en mayo de 2018 ante el Tribunal General de la UE, contra el Parlamento Europeo y el Consejo de Ministros como órganos legislativos de la UE. Los denunciantes eran diez familias y una asociación en representación de otras familias, dedicadas en su totalidad a la agricultura y el turismo, es decir, en campos ocupacionales con una exposición relativamente directa a las consecuencias del cambio climático.

Las familias residían en el norte de Suecia, la costa alemana del Mar del Norte, el sur Portugal, el sur de Francia, los Alpes italianos y los Cárpatos rumanos, así como en el norte de Kenia y en la isla de Vanua Levu (Fiyi). Sus preocupaciones, se referían a la disponibili-

214 Setzer J. y Byrnes R. (2020), *ibid*; p. 16.

215 Caso extraído de *Armando Carvalho and Others vs. EU: Invoking Human Rights and the Paris Agreement for Better Climate Protection Legislation* (disponible [en línea](#)) y *Armando Ferrão Carvalho and Others vs. The European Parliament and the Council: “The People’s Climate Case”* (disponible [en línea](#)).

dad de agua: riesgos y daños por insuficiencia de agua (con sequías), sobreabundancia de agua (aumento del nivel del mar, inundaciones y tormentas), y aumento de la temperatura del agua (derretimiento de los glaciares, aumento de la lluvia sobre la nieve). También se relacionan con la frecuencia e intensidad de las olas de calor. A diferencia del caso Urgenda, que se basaban en el interés público, en este caso los demandantes reclamaban por daños causados a ellos y ellas mismas.

En cuanto a las solicitudes de los y las demandantes, se pide en primer lugar la anulación de una directiva y dos regulaciones de la UE por no establecer objetivos adecuados de emisiones de gases de efecto invernadero. Los demandantes argumentaron que las reducciones de emisiones inadecuadas violan leyes de orden superior que protegen los derechos fundamentales a la salud, la educación, la ocupación y la igualdad de trato, así como también establecen obligaciones para proteger el medioambiente. Por otro lado, se entabló una acción de responsabilidad extracontractual por los daños causados.

En mayo de 2019, el Tribunal General desestimó el recurso sin pronunciarse sobre el fondo. En su lugar, estimó que los demandantes no podían interponer la demanda por no verse afectados suficiente y directamente por estas políticas (criterio de “preocupación directa e individual”). El tribunal concluyó que los demandantes no estaban legitimados para presentar la acción porque el cambio climático afecta a todas las personas de una manera u otra y la jurisprudencia requiere que los demandantes se vean afectados por el acto impugnado de una manera que sea particular para ellos o por razón de circunstancias en las que se diferencian de todas las demás personas, y en virtud de estos factores las distingue individualmente.

Las demandantes recurrieron contra la decisión del Tribunal General, pero la resolución de la apelación se encuentra pendiente.

#### **4.1.2 Litigios contra empresas: Carbon Majors**

En los últimos años se han iniciado diversas acciones en contra las principales empresas de combustibles fósiles conocidas como “Carbon Majors”. Los casos de litigio climático se presentan contra ellas por una variedad de motivos: demandas de responsabilidad

buscando reparación por daños provocados por el cambio climático, demandas por fraude a los accionistas y tergiversación de los impactos del cambio climático en sus negocios, reclamos relacionados con una evaluación ambiental inadecuada de proyectos y denuncias de violaciones de derechos humanos.<sup>216</sup>

Actualmente hay en curso al menos 40 casos vinculados al cambio climático en todo el mundo contra empresas *Carbon Major*, la mayoría de los cuales se han presentado desde 2005 en Estados Unidos.

El desafío principal de estos casos es atribuir eventos específicos relacionados con el clima a emisiones globales de gases de efecto invernadero o emisores específicos. Por este motivo, no existen casos documentados sobre demandas por daños con resultados exitosos en contra de estas empresas.

Las otras líneas de litigios contra las empresas también han tenido resultados negativos. En el caso Harvard Climate Justice Coalition contra President & Fellows of Harvard College, la Corte de Apelaciones de Massachusetts desestimó una demanda presentada por un grupo de estudiantes de la Universidad de Harvard para obligar a la universidad a deshacerse de las inversiones de su fondo de inversión en compañías de combustibles fósiles. El fundamento fue que dichas inversiones impactaban en la libertad académica de la universidad. El tribunal estimó que los estudiantes carecían de legitimidad para cuestionar la forma en que la universidad administraba los fondos y que la relación entre las inversiones y la libertad académica de la universidad no habían sido acreditadas.

En la apelación, el Tribunal Superior de Massachusetts desestimó la acción señalando que los estudiantes individuales no tenían legitimación para reclamar la mala gestión de los activos caritativos en función de su condición de estudiantes porque sus derechos como estudiantes eran “ampliamente compartidos” con miles de otros estudiantes de Harvard y no eran lo suficientemente “específicos”

---

216 Setzer J. y Byrnes R. (2020): *ibid*; p. 19.

y “personales” para dotarlos de legitimación procesal. El tribunal también rechazó el argumento de los estudiantes en cuanto a que la inversión de Harvard en combustibles fósiles interfería con los derechos personales, porque disminuía su educación en campos como el derecho ambiental y porque el financiamiento de Harvard a la “negación del cambio climático” restringió la libertad académica e impidió la asociación de los estudiantes con “colegas con ideas afines”. En este caso, el Tribunal estimó nuevamente que los impactos no eran personales ni específicos, sino más bien especulativos.<sup>217</sup>

Se han presentado varias demandas fundadas en que estas empresas están engañando a los consumidores sobre el papel central que juegan sus productos en causar el cambio climático y/o engaños intencionales a inversores sobre los riesgos materiales derivados del clima para su negocio. Uno de estos casos –State of New York vs. Exxon Mobil Corporation– se cerró recientemente. El juez del estado de Nueva York falló en favor de Exxon un caso civil interpuesto por el Fiscal General del Estado, quien había argumentado que la empresa había incurrido en fraude a través de sus declaraciones sobre cómo contabilizaba los costos de regulación del cambio climático.

El caso comenzó en 2015, con una investigación de cuatro años que llevó, en última instancia, a una demanda que alega que las proyecciones de costos relacionados con el cambio climático divulgadas públicamente por Exxon eran inconsistentes con sus proyecciones internas y, por lo tanto, fraudulentas. El tribunal sostuvo que la mayoría de las decisiones de inversión no se basan en el costo del cambio climático y, por lo tanto, el Fiscal General no había podido probar tergiversación relevante de la información.<sup>218</sup>

Finalmente, en relación a las iniciativas realizadas sobre la base de vulneraciones de derechos humanos, en 2015 la Comisión de Derechos Humanos de Filipinas inició una investigación a petición de un grupo de ciudadanos filipinos y ONG, tras la pérdida generalizada de vidas y daños a la propiedad y personas asociadas con fenómenos

217 Caso documentado [en línea](#).

218 Setzer J. y Byrnes R. (2020): *ibid*; p. 21.

meteorológicos cada vez más extremos que afectan a Filipinas. En la petición se solicita investigar el rol de 47 empresas en el cambio climático.<sup>219</sup> Si bien no se trata de una instancia judicial, en diciembre de 2019, en un evento realizado durante las negociaciones climáticas de la ONU (COP25), la Comisión de Derechos Humanos anticipó el resultado de la investigación: que las empresas *Carbon Major* podrían considerarse legal y moralmente responsables de las violaciones de derechos humanos derivadas del cambio climático.<sup>220</sup> El informe aún no ha sido publicado.

En el caso *Notre Affaire à Tous and Otros contra Total*, un grupo de ONG francesas junto a una docena de gobiernos locales franceses presentaron una demanda en contra de Total, la petrolera francesa y la principal empresa de carbono. La iniciativa solicitaba al tribunal a dictar orden judicial que obligara a Total a emitir una estrategia corporativa que 1) identifique los riesgos resultantes de las emisiones de GEI resultantes del uso de bienes y servicios que produce Total, 2) identifique los riesgos de daños graves relacionados con el clima, y 3) emprenda acciones para asegurar que las actividades de la empresa se alineen con una trayectoria compatible con los objetivos climáticos del Acuerdo de París.

Los demandantes argumentan que estas obligaciones se derivan de la Ley de Vigilancia Debida, que requiere que una empresa elabore un “plan de vigilancia” que identifique y busque mitigar los riesgos para los derechos humanos, las libertades fundamentales, el medioambiente y la salud pública, que pudieran resultar directa o indirectamente de las operaciones de la empresa y de las empresas a las que pertenece. La demanda fue desestimada por incompetencia del tribunal, señalándose que debía recurrirse a los tribunales de comercio.<sup>221</sup>

Como vemos, el resultado de las acciones judiciales emprendidas hasta ahora ha sido bastante dispar, y los casos más exitosos son aquellos que requieren a los Estados adoptar medidas en relación al cambio

219 Información extraída de [BHRRC](#).

220 Setzer J. y Byrnes R. (2020): *ibid*; p. 22.

221 Caso extraído de Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment (disponible [en línea](#)).

climático. Los casos aquí revisados muestran que todavía quedan muchos desafíos para establecer mecanismos de responsabilidad para las empresas que emiten GEI y de reparaciones adecuadas para las víctimas de los efectos del cambio climático.

### Ejercicio

¿Podrían casos de esta índole ser presentados en Chile? ¿En qué jurisdicción?

Lea rol N° 72.198-2020, de 18 de enero de 2021 (disponible [en línea](#)). ¿En qué medida es una decisión que recae dentro del marco DHyE y en qué medida no?

## 4.2 Empresas, COVID-19 y derechos laborales<sup>222</sup>

El COVID-19 ha implicado desafíos importantes para el mundo del trabajo. Por un lado, es evidente que la situación económica causada por la crisis sanitaria tiene un impacto en los ingresos, e incluso en la continuidad de algunas empresas. Por otro, las restricciones de movimiento han acelerado un cambio en el modelo de prestación de servicios, ya sea por la necesidad de avanzar hacia un estándar no presencial o, en los casos en que ello no es posible, por la necesidad de que las empresas provean a sus trabajadores de condiciones sanitarias adecuadas.

En términos generales, es obligación de los Estados velar por que la crisis del COVID-19 no signifique vulneraciones al derecho al trabajo, a los derechos sindicales, al derecho a la salud y a condiciones adecuadas de vida. Como en la mayoría de las situaciones de crisis, la pandemia afecta de manera especial a los grupos más vulnerables, aquellos que se encuentran en situaciones particularmente precarias para poder hacer valer sus derechos.

En esta materia, la empresa tiene un rol como empleador, pero también como actor en la recuperación económica, que a su vez constituye la oportunidad de una recuperación más sustentable en lo ecológico. Allí se percibe un vínculo con la debida diligencia en materia de derechos humanos, a través de la evaluación de impacto en derechos humanos que podría permitir la mitigación del daño de la pandemia, especialmente en relación con sus impactos en los derechos humanos.

---

222 Lectura de contexto general en Informe Anual UDP, a partir de p. 344 (disponible [en línea](#)).

### 4.2.1 La visión de los organismos internacionales de derechos humanos

Desde el inicio de la crisis del COVID-19, diversos organismos de los sistemas universal e interamericano relevaron la necesidad de que los Estados adoptaran medidas especiales para la protección de los derechos de las todas las personas sin discriminación.

En relación a los derechos laborales, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló, como obligación de los Estados:

“Proteger los derechos humanos, y particularmente los DESCAs, de las personas trabajadoras en mayor situación de riesgo por la pandemia y sus consecuencias. Es importante tomar medidas que velen por asegurar ingresos económicos y medios de subsistencia de todas las personas trabajadoras, de manera que tengan igualdad de condiciones para cumplir las medidas de contención y protección durante la pandemia, así como condiciones de acceso a la alimentación y otros derechos esenciales. Las personas que hayan de proseguir realizando sus actividades laborales, deben ser protegidas de los riesgos de contagio del virus y, en general, se debe dar adecuada protección a los trabajos, salarios, la libertad sindical y negociación colectiva, pensiones y demás derechos sociales interrelacionados con el ámbito laboral y sindical”.<sup>223</sup>

En una declaración posterior, la CIDH precisó los estándares de protección con que debe contar el personal de la salud durante la crisis.<sup>224</sup>

El Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos hizo algunas precisiones sobre el rol de las empresas durante la crisis, en especial sobre las condiciones laborales de trabajadores y trabajadoras. Asimismo, precisó lo que se espera de los gobiernos.

---

223 Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. Resolución 1/2020 (disponible [en línea](#)).

224 Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Derechos Humanos de las Personas con COVID-19. Resolución 4/2020 disponible [en línea](#)).

Sobre el rol de Estado, en cuanto a su obligación de protección, el Grupo de Trabajo señaló medidas especiales en relación a las ayudas estatales a empresas y a su rol de comprador de bienes:

“La crisis ha puesto de manifiesto lo vitales que son estos trabajadores para nuestra respuesta actual y para nuestro futuro. Están en primera línea, desde la producción de máscaras y la recogida de basura, hasta la entrega de suministros a nuestras puertas. Mientras los gobiernos se esfuerzan por extender un salvavidas financiero a las empresas en dificultades, también deberían recordar la necesidad de crear y proteger la capacidad de recuperación de los trabajadores y garantizar que los derechos humanos sean el centro de las respuestas. Salvar a las empresas es, por supuesto, esencial para salvar los medios de vida de sus trabajadores y de las familias que dependen de ellos (que para algunas pequeñas y medianas empresas puede ser la misma cosa). Es necesario que las respuestas se diseñen teniendo en cuenta las repercusiones para las personas.

El Grupo de Trabajo considera que todo apoyo financiero o rescate a las empresas debe ir acompañado de un claro requisito de compromiso de cumplir las normas de conducta empresarial responsable, en particular el respeto de los derechos humanos y la dignidad de las personas, garantizando que los trabajadores no corran riesgos para la salud y la seguridad, que se les conceda baja por enfermedad remunerada y que no se les explote con la justificación de crisis y emergencia. Si bien las máscaras pueden ser desechables, los trabajadores no lo son.

Los Principios Rectores de las Naciones Unidas piden coherencia en las políticas públicas. Entre otras cosas, ello exige que las empresas estatales den ejemplo tratando a las personas con respeto y dignidad y exigiendo lo mismo a sus socios comerciales; y que en la contratación pública se integre la debida diligencia en materia de derechos humanos. Cuando los gobiernos adquieren grandes cantidades de equipos médicos y de protección, deberían hacerlo eligiendo empresas que respeten los derechos de los trabajadores y no se beneficien del uso de trabajo forzoso o infantil en sus cadenas de suministro.

Este es un momento para reconocer y recompensar a las empresas que se comprometan con una práctica sostenible y responsable.

Es importante que los Estados también se coordinen y trabajen juntos a través de instituciones multilaterales y de una colaboración eficaz, en lo que respecta tanto a las medidas de salud pública como a la puesta en orden de la economía mundial en una vía sostenible”.<sup>225</sup>

En una línea similar, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos ha señalado la importancia de que “las intervenciones estatales orientadas a aliviar la repercusión económica del COVID-19, tanto en forma de ayuda financiera, como de medidas de estímulo o cualquier otra intervención específica en pro de las empresas, deberían estipular que las corporaciones beneficiarias han de atenerse a los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos. El núcleo de las medidas estatales encaminadas a apoyar a las empresas durante la crisis debería ser la protección de los trabajadores, en particular de quienes se encuentran en situaciones de mayor precariedad”.<sup>226</sup>

En cuanto a las empresas, sobre la responsabilidad de respetar los derechos humanos, en especial los derechos laborales, el Grupo de Trabajo puso énfasis en la necesidad de implementar medidas sanitarias para evitar contagios y evitar despidos tanto en las empresas como en su cadena de suministro:

El segundo pilar de los Principios Rectores –la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos– se aplica independientemente de la forma en que los gobiernos cumplan sus obligaciones y se aplica en todos los contextos. Dado que la crisis ejerce una enorme presión sobre numerosas empresas de todos los sectores, y que muchas de ellas se enfrentan a decisiones empresariales muy difíciles, es el momento de demostrar lo

---

225 Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Asegurarse de que las empresas respeten los derechos humanos durante la crisis de COVID-19 y después: La relevancia de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos (disponible [en línea](#)).

226 Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Directrices relativas a la COVID-19, 8 de mayo de 2020 (disponible [en línea](#)).

que significan en la práctica los compromisos de una conducta empresarial responsable.

Algunas empresas desempeñan un papel especial en esta situación debido a la naturaleza de sus productos o servicios (en particular, la capacidad de producir productos para salvar vidas). Sin embargo, todas las empresas tienen la responsabilidad básica de prevenir y abordar los efectos adversos en los que puedan verse involucradas, y de tratar a las personas con dignidad. La debida diligencia en materia de derechos humanos es fundamental para garantizar que se identifique y mitigue cualquier riesgo para las personas. Ello incluye la adopción de medidas preventivas adecuadas para garantizar la salud y la seguridad de los trabajadores. Para los propios trabajadores de las empresas esto significa protegerlos de los riesgos cuando se les pide que continúen trabajando, y asegurar garantías fundamentales, como la baja por enfermedad remunerada, y proporcionar equipos y material de seguridad.

Los Principios Rectores también aclaran que la responsabilidad de las empresas se extiende más allá de sus propias actividades, ya sea cuando contribuyen a los impactos adversos causados por otros, o cuando están directamente vinculadas a sus operaciones, productos o servicios a través de los impactos adversos causados por las relaciones empresariales. Por ejemplo, las empresas deben evaluar los efectos en los trabajadores de su cadena de suministro, más allá del primer nivel, y esperar lo mismo de sus socios empresariales y proveedores. Hemos visto conducta empresarial ejemplar por parte de algunas empresas, tomando medidas para pagar a los trabajadores de empresas subcontratadas, o evitando activar automáticamente cláusulas de “fuerza mayor” para cancelar pagos y pedidos que perjudicarían a los proveedores en dificultades. Sin embargo, también hemos visto muchas malas prácticas durante la crisis.

## 4.2.2 Situaciones observadas desde la sociedad civil

En su rol de fiscalización, desde la sociedad civil se han denunciado diversas situaciones sobre el actuar de las empresas en relación a sus trabajadores y trabajadoras.<sup>227</sup>

### 4.2.2.1 Suspensión de los contratos a través de la Ley de Protección al Empleo

Al inicio de la crisis sanitaria, considerando los efectos económicos que las restricciones de movimiento podían acarrear a las empresas, se emitió una ley que permite a las empresas suspender temporalmente la relación laboral con sus trabajadores.

En esta figura, el empleador debe continuar pagando las cotizaciones previsionales de sus empleados, y estos pueden acceder al pago de remuneraciones con cargo al seguro de cesantía (conformado principalmente por el ahorro individual de trabajadores y trabajadoras).

La ley no exigía, para acceder al mecanismo, que la empresa estuviera en una situación económica determinada. Un importante *holding* informó que se acogería a la referida ley en varias de sus empresas y, a los pocos días, salió a la luz pública que el mismo grupos de empresas había acordado repartir el 80 % de las utilidades a sus accionistas, lo que generó un amplio debate sobre el uso inapropiado de esta ley. La respuesta fue la necesidad de dictar una nueva ley que restringiera a un 30 % las utilidades a repartir entre los accionistas cuando las empresas se acogieran a la Ley de Protección al Empleo.<sup>228</sup>

Dado el amplio debate público, la empresa decidió retirar su decisión y reintegró los fondos a la Administradora de Fondos de Cesantía.<sup>229</sup>

---

227 Ver, por ejemplo, “Empresas y derechos humanos en Chile en tiempos de COVID-19” (disponible [en línea](#)).

228 Ver nota en diario [La Tercera](#).

229 Ver nota en [Radio Universidad de Chile](#).

#### 4.2.2.2 Afectación de las condiciones laborales. Los riesgos del teletrabajo.

Las restricciones de movimiento significaron que muchos trabajadores y trabajadoras tuvieran que cambiar la modalidad de prestar servicios a sus empleadores. Se aprobó prontamente, en marzo 2020, una ley que regulaba el teletrabajo para establecer ciertas condiciones mínimas.

Sin embargo, el teletrabajo, en las condiciones en que se desarrolló durante 2020, es más una respuesta a la crisis sanitaria que un modelo planificado de trabajo. Las condiciones de encierro, el cierre de los colegios, la falta de espacios adecuados de trabajo, implicaron dificultades importantes para cumplir con las obligaciones laborales. Algunas empresas adoptaron medidas especiales de flexibilidad horaria considerando las dificultades de sus trabajadores y trabajadoras, pero en otras hubo sobrecarga laboral y no se respetaron tiempos de desconexión adecuados a la realidad de la crisis.

#### 4.2.2.3 Condiciones sanitarias

Durante la crisis sanitaria, hubo un grupo importante de empresas que prestaron servicios de primera necesidad y, por lo tanto, requirieron que sus trabajadores y trabajadoras continuaran con la prestación de servicios en modalidad presencial.

En el mundo se observaron diversas iniciativas legales para que estas empresas contaran con protocolos adecuados para evitar el contagio del COVID-19. Adicionalmente, algunos rubros como el minero fueron particularmente cuestionados, porque se les atribuyó un rol en el contagio del COVID-19 en algunas regiones.<sup>230</sup>

A propósito de la falta de condiciones para evitar el contagio, se han presentado diversas acciones judiciales. Por ejemplo, en Estados Unidos, en abril de 2020 se presentó una demanda en contra de Iowa Tyson Foods, una importante empresa dedicada al procesamiento de carne, por el hijo de uno de los trabajadores que murió de

---

230 Ver nota en [Ciper](#).

COVID-19 acusando a la empresa de homicidio culposo. El padre, Isidro Fernández, fue uno de los más de 1.000 trabajadores infectados en medio del brote ocurrido en la planta.

Tyson Foods emplea a unos 100.000 trabajadores en todo el país. Al menos otros cinco empleados en las instalaciones de Waterloo, Iowa, también murieron, según Associated Press.<sup>231</sup>

El rol de los inversionistas para verificar el cumplimiento de las normas sanitarias en las empresas donde invierten también se ha documentado. Así por ejemplo, dos de los mayores inversores del mundo, Blackrock and Norges Bank Investment Management, votaron en contra de la reelección de los directores de uno de los fabricantes de equipos de protección personal más grandes del mundo después que, según se informara, más de una cuarta parte de su fuerza laboral contrajera COVID-19.

En noviembre, se informó que los dormitorios de los trabajadores de la empresa se habían convertido en foco del mayor brote de COVID-19 en Malasia. Blackrock informó en su boletín de votación que más de 5.000 de los trabajadores de Top Glove (25 % de la fuerza laboral) habían sido infectados. Blackrock afirmó en su boletín de votación que las condiciones reveladas por los denunciantes y las investigaciones de las agencias gubernamentales de Estados Unidos y Malasia son claramente distintas a las informadas a los accionistas.<sup>232</sup>

#### 4.2.2.4 Subcontratistas, trabajo precario e informal. PyMEs y derechos humanos.

Pese a que las malas prácticas durante el COVID-19 se han observado en empresas de todos los tamaños, las más pequeñas -dado su nivel de sus ingresos- han presentado dificultades en el mundo, exponiendo a los y las trabajadoras que se encuentran más abajo en la cadena de suministro y que suelen encontrarse en mayores condiciones de vulnerabilidad.

---

231 Caso documentado [en línea](#) (Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos) y [BBC News](#).

232 Caso documentado en [BHRRC](#).

En tiempos normales, estas trabajadoras y trabajadores enfrentan bajísimos salarios, condiciones de trabajo peligrosas e inseguras, y muy poca o ninguna protección social; a menudo corresponden a mujeres principales cuidadoras en sus familias o a personas migrantes.

La suspensión de los contratos de suministro por parte de las empresas más grandes ha expuesto la precariedad de su situación. Así, en la industria de confección de ropa se ha documentado que, en Camboya, 100 fábricas cerraron debido a “factores relacionados con COVID-19”, como la falta de materias primas y la falta de pedidos. Por otro lado, se documentado un alto nivel de contagio entre los trabajadores migrantes camboyanos en Tailandia. En la India, el cierre nacional ha tenido un impacto devastador en los trabajadores de la industria de fabricación de cuero y calzado de la India, ya que muchos no recibieron pago durante el periodo de cierre y miles han sido despedidos o despedidos.<sup>233</sup>

### Ejercicio

Realice una revisión de casos sobre la posible judicialización de a) violaciones a los derechos laborales durante la pandemia y b) de medidas que, en principio, estaban diseñadas a proteger los derechos humanos/laborales durante la pandemia.

### Para profundizar

- Varas, Karla: “El modelo de relaciones laborales chileno, un cómplice de la desigualdad”, en Zúñiga, Marcela (ed): Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile, Ediciones UDP 2020, pp. 344.

---

233 Casos documentados [en línea](#).

- Declaración del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos: “Asegurarse de que las empresas respeten los derechos humanos durante la crisis de COVID-19 y después: La relevancia de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos”, 2020. Disponible [en línea](#).

## 4.3 Litigio transnacional: agua potable en Osornoy daño ambiental en Pascua Lama

El derecho al agua potable y saneamiento ha sido reconocido por primera vez explícitamente en la Observación General N° 15 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en el año 2002, sobre la base del derecho a un nivel adecuado de vida y el derecho disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (artículos 11 y 12 del PIDESC). En la referida observación se hace referencia al agua, pero sin conferir un estatus de derecho autónomo.

Como señalan Contreras y Schönsteiner, “al crear un Relator Especial sobre el Derecho al Agua en 2008, el Consejo de Derechos Humanos se hizo cargo de ese reconocimiento internacional. En 2010, finalmente, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la Resolución 64/292 que reconoce la existencia del derecho al agua y saneamiento. Así, el derecho humano al agua fue reconocido directamente por los Estados, mientras en la Observación General N° 15 se había desarrollado su alcance y contenido, en virtud de la función del Comité de proveer la ‘interpretación autoritativa’ del PIDESC”.<sup>234</sup>

La Observación General N° 15 establece el contenido del derecho señalando que “el derecho implica que el agua debe estar físicamente accesible; ser de calidad y culturalmente aceptable; estar en un lugar donde la seguridad física de las personas puede ser garantizada y a un precio que no comprometa la capacidad de las personas de adquirir otros servicios básicos. La OG también indica que el derecho debiera ser justiciable”.<sup>235</sup>

Sobre el rol de los privados y la obligación de Protección de los Estados, la Observación General señala:

“23. La obligación de proteger exige que los Estados Partes impidan a terceros que menoscaben en modo alguno el disfrute del

---

234 Informe UDP 2017; p. 108. Disponible [en línea](#).

235 Ibidem; p. 109.

derecho al agua. Por terceros se entiende particulares, grupos, empresas y otras entidades, así como quienes obren en su nombre. La obligación comprende, entre otras cosas, la adopción de las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias y efectivas para impedir, por ejemplo, que terceros denieguen el acceso al agua potable en condiciones de igualdad y contaminen o exploten en forma no equitativa los recursos de agua, con inclusión de las fuentes naturales, los pozos y otros sistemas de distribución de agua.

24. Cuando los servicios de suministro de agua (como las redes de canalización, las cisternas y los accesos a ríos y pozos) sean explotados o estén controlados por terceros, los Estados Partes deben impedirles que menoscaben el acceso físico en condiciones de igualdad y a un costo razonable a recursos de agua suficientes, salubres y aceptables. Para impedir esos abusos debe establecerse un sistema regulador eficaz de conformidad con el Pacto y la presente Observación general, que prevea una supervisión independiente, una auténtica participación pública y la imposición de multas por incumplimiento”.<sup>236</sup>

#### 4.3.1 Agua potable Osorno

Entre los días 10 y 21 de julio de 2019, se produjo un corte de agua que afectó a la ciudad Osorno, en la Región de Los Lagos. El corte se produjo por la contaminación con petróleo diésel de la planta de agua potable de la empresa ESSAL en Caipulli, tras un derrame.<sup>237</sup> La situación llevó a las autoridades a decretar alerta sanitaria en la ciudad, estableciéndose centros de abastecimiento de agua potable y decretándose la suspensión de los eventos masivos, el cierre de los restaurantes, servicios públicos y locales con atención de personas.<sup>238</sup>

---

236 Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales: Observación General N° 15, Derecho al Agua. Disponible [en línea](#).

237 Ver [en línea](#).

238 Ver nota en radio Cooperativa [en línea](#).

Luego de una investigación, la Superintendencia de Servicios Sanitario aplicó una multa ascendente a 2.720 UTA, equivalente a \$1.640.878.080 en moneda de agosto de 2020, habiéndose aplicado el máximo que permite la ley según el tipo de infracción en seis de los nueve cargos formulados a la empresa.

Los nueve cargos por los cuales se sanciona a ESSAL son los siguientes:

- haber incurrido en deficiencias en la calidad del servicio de producción y distribución de agua potable;
- haber incurrido en deficiencias en la continuidad del servicio de distribución de agua potable, debido a un corte no programado entre los días 11 y 17 de julio de 2019;
- haber incurrido en deficiencias en la continuidad del servicio de distribución de agua potable, debido a un corte no programado entre los días 17 y 21 de julio de 2019.
- haber afectado a la generalidad de la población con la falta de operación de la planta de agua potable Caipulli;
- haber puesto en peligro la salud de la población debido a la contaminación de la distribución de agua con petróleo;
- haber infringido las instrucciones contenidas en el Ord. SISS N° 3459/08 (procedimiento de emergencia)
- haber infringido las instrucciones contenidas en el Ord. SISS N° 3459/08 (suministro alternativo)
- haber infringido las instrucciones contenidas en el Ord. SISS N° 4561/18 (plazo de solución a obras comprometidas);
- haber entregado información manifiestamente errónea a las autoridades y a la población.

La referida multa todavía es susceptible de recursos administrativos y judiciales.

La autoridad administrativa también inició la tramitación de un procedimiento especial destinado a determinar la eventual caducidad de las concesiones de agua potable de Osorno, el que todavía se encuentra pendiente. Paralelamente, vecinos de Osorno y empresarios afectados interpusieron demandas civiles.

En base a que ESSAL es una empresa en ese momento controlada por el grupo francés Suez, el 19 de julio de 2020 cuatro organizaciones de la sociedad civil –Red Ambiental Ciudadana de Osorno, la Federación Internacional por los Derechos Humanos (FIDH), el Observatorio Ciudadano y la Liga Francesa de Derechos Humanos (LDH) – enviaron un requerimiento formal a la empresa Suez en el que se le pide que cumpla la ley francesa sobre el deber de vigilancia de 27 de marzo de 2017, instándole a tomar las medidas necesarias para resolver estas deficiencias e ilegalidades reiteradas en su prestación del servicio de suministro de agua a Osorno, y a evitar que otra crisis sanitaria se produzca nuevamente en esta ciudad o en otros municipios chilenos en los que opera ESSAL y otras sociedades controladas por el grupo francés.<sup>239</sup>

La ley de debida diligencia francesa establece una obligación de vigilancia para las empresas respecto de los impactos vinculados a sus propias actividades, los de las empresas bajo su control, los de los proveedores y subcontratistas y con quienes tienen una relación comercial establecida, exigiendo informar públicamente sus planes de vigilancia. La ley faculta a las víctimas y a otras partes interesadas para denunciar en los tribunales de justicia a las empresas que no cumplan con esta obligación y establece la aplicación de multas significativas a las empresas que incumplan este deber.<sup>240</sup>

---

239 FIDH: Tras crisis sanitaria en Osorno, empresa Suez recibe requerimiento para modificar su plan de vigilancia. Disponible [en línea](#).

240 Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa (2017): Francia: Parlamento adopta nueva ley que impone obligaciones de debida diligencia en derechos humanos sobre cadenas de suministro de grandes empresas. Disponible [en línea](#).

Ante la falta de respuesta adecuada de la empresa, las organizaciones ya referidas se encuentran preparando una denuncia ante tribunales civiles franceses. Por su parte, en septiembre de 2020, Suez anunció la venta de su participación en ESSAL a la empresa canadiense Algonquin Power & Utilities Corp.<sup>241</sup>

### 4.3.2 Pascua Lama

La empresa transnacional minera Barrick Gold (Canadá), a través de su filial chilena Compañía Minera Nevada S.A. en Chile y de sus filiales argentinas Barrick Exploraciones Argentina S.A. y Exploraciones Mineras Argentinas, bajo el régimen provisto por el Tratado Binacional Minero entre Chile y Argentina, inició en el año 2001 en Chile el proceso de evaluación ambiental del proyecto Pascua Lama para explotación de oro y plata.

El proyecto obtuvo su aprobación en 2005, con serios cuestionamientos de organizaciones ambientalistas<sup>242</sup>, agricultores y pueblos indígenas<sup>243</sup> del Valle del Huasco, quienes señalaron que se pondría en riesgo los glaciares que se encontraban sobre la mina y afectando con ello además el abastecimiento de agua<sup>244</sup> para un valle que ya afrontaba dificultades con la escasez del agua.

Durante su funcionamiento se iniciaron diversos procedimientos administrativos y judiciales, en el ámbito local y ante la CIDH.

Así, en diciembre de 2009, se presentó una denuncia contra el Estado de Chile ante la CIDH, por vulneración de derechos de los pueblos indígenas, señalándose en ella que “la ejecución del proyecto en el centro del territorio ancestral afectaría el ejercicio de sus actividades económicas tradicionales, alteraría sus costumbres y formas de vida, generaría daños ambientales en su hábitat y se les privaría de recursos naturales esenciales para garantizar sus derechos económicos, sociales y culturales... que la ejecución del proyecto colocaría en situación

241 Ver nota [en línea](#).

242 Impactos ambientales en un [informe](#) de 2010.

243 Impactos en los pueblos indígenas en un [informe](#) del Observatorio de Derechos de Pueblos Indígenas.

244 Procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponible [en línea](#).

de vulnerabilidad alimenticia y económica y, consecuentemente, amenazaría su supervivencia e integridad territorial y cultural, al poner en riesgo la totalidad del ecosistema que sustenta tales espacios territoriales”. La denuncia fue declarada admisible y todavía está pendiente su resolución.

En el año 2018, las autoridades administrativas decretaron el cierre de la mina por incumplimiento de resolución de calificación ambiental.

En el área judicial, se presentaron diversos recursos –por los afectados y por la empresa en contra de las resoluciones administrativas que la sancionaron– que terminaron con una sentencia del Tribunal Ambiental en septiembre 2020, que ordenó la clausura de la mina y confirmó multa por 7.000 millones de pesos.<sup>245</sup>

En paralelo a los procedimientos internos de Chile, en Canadá se presentó una demanda colectiva por 3.000 millones de pesos liderada por un fondo de pensiones contra Barrick Gold, por tergiversaciones en sus divulgaciones ambientales. La demanda de clase, cuya admisibilidad fue aprobada por la Corte Suprema de Justicia de Ontario en octubre de 2019, afirma que Barrick dio un relato falso de los impactos potenciales del proyecto en el momento en que se estaba construyendo en un área ambientalmente sensible de la cordillera de los Andes.

El fallo sobre admisibilidad solo se refiere a la información publicada por Barrick en el informe del segundo trimestre de 2012, que muestra que los 675 fideicomisarios de pensiones sufrieron pérdidas por miles de millones en su calidad de accionistas minoritarios debido a las divulgaciones incompletas/falsas de información que la empresa hizo sobre el proyecto.<sup>246</sup>

---

245 Ver [en línea](#).

246 Caso documentado [en línea](#).

Previamente, en 2016 y en el marco de una acción de clase, se aprobó en Estados Unidos un acuerdo extrajudicial con accionistas minoritarios por 140 millones de dólares por motivos similares, sin que la empresa reconociera ningún tipo de responsabilidad.<sup>247</sup>

---

247 [Caso en línea.](#)

## 4.4 Consumidores, medioambiente y derechos humanos: publicidad engañosa

Desde hace algunos años se ha creado mayor conciencia sobre el rol de las empresas, especialmente multinacionales, en los impactos sobre el medioambiente causados por sus actividades y las de su cadena de suministro. Este proceso tiene su origen en mayores exigencias de los consumidores y en la facilidad que otorga internet para poder investigar situaciones de derechos humanos vinculadas a determinados productos o servicios.

En respuesta a estos nuevos desafíos, las empresas empezaron a publicitar la inocuidad de sus actividades y productos, como también la de sus cadenas de suministro. En más de alguna ocasión, esta publicidad no tenía una política empresarial del cuidado del medioambiente que le sirviera de sustento. Este mismo mecanismo se utiliza para certificar las condiciones laborales de la cadena de suministro y la retribución justa a los proveedores/as de materias primas.

### 4.4.1 Conceptos

Como explica Claudia Alejos, “el *greenwashing* es un anglicismo derivado de *whitewashing* (blanqueo de dinero), con una connotación ‘verde’. Fue un término acuñado en los años ochenta por Jay Westerveld, un reportero ambientalista americano, que observó que en los hoteles existían placas que promovían la reutilización de las toallas con el fin de ahorrar agua, al no lavarse a diario y así ‘preservar la naturaleza’. Sin embargo, el periodista observó que esta medida no tenía relación alguna con la política ambiental del hotel, sino que evidenciaba un fin netamente comercial”.<sup>248</sup>

De acuerdo al Servicio Nacional del Consumidor (Sernac), “el ‘*greenwashing*’, o engaño verde (ecológico), es definido como ‘el uso de argumentos ecológicos con fines mercantiles’. El *greenwashing* es una práctica que se materializa destacando un aspecto ecológico (una

248 Citado en Felipe Fernández y Judith Schönsteiner: ARTÍCULO 28 F, Comentario a la Ley del Consumidor, Legal Publishing (a publicarse en 2021).

imagen, una frase, una cifra, etc.) para vender productos que no lo son realmente y pueden generar error o engaño en los consumidores. Algunos de los ejemplos más claros del *greenwashing* son los relacionados con empaques engañosos, etiquetas ecológicas inexistentes o leyendas falsas que son muy atractivas como ‘eficiencia energética’, ‘Producto 100% natural’, ‘Producto Orgánico’ o ‘Amigables con el medio ambiente’<sup>249</sup>.

#### 4.4.2 Regulación en Chile

La publicidad engañosa está prohibida en Chile, según la Ley del Consumidor:

“Artículo 28. Comete infracción a las disposiciones de esta ley el que, a sabiendas o debiendo saberlo y a través de cualquier tipo de mensaje publicitario induce a error o engaño respecto de: f) Su condición de no producir daño al medio ambiente, a la calidad de vida y de ser reciclable o reutilizable”.

#### Felipe Fernández y Judith Schönsteiner

##### Comentario al Artículo 28f

[en Felipe Fernández e Íñigo De la Maza (eds): *Comentario a la Ley del Consumidor*, Legal Publishing (a publicarse en 2021)]

De la lectura del artículo 28 letra f) se aprecia que la norma sanciona que se emita un mensaje publicitario que induzca a error o engaño respecto de la condición de un bien o servicio de 1) no producir daño al medioambiente; 2) a la calidad de vida; y 3) de ser reciclable o reutilizable.

---

249 Sernac: Informe Publicidad Medioambiental. Disponible [en línea](#).

Esto significa que el proveedor anunciante no puede hacerle creer al consumidor que compró un bien o contrató un servicio que cumple ciertas características especiales, que denominaremos “medioambientales”, si estas no existen o no hubiera evidencia de que las cumple efectivamente.

Se trata de una hipótesis especial de publicidad engañosa, que sanciona un tipo particular de publicidad, que se conoce como “publicidad comercial con apelación medioambiental”. Esta es aquella que emite mensajes en que de alguna manera es visible el medioambiente, pero que tiene por finalidad satisfacer fines comerciales o de imagen; es decir, la publicidad no tiene fines ni intereses medioambientales.<sup>250</sup> Entonces, se utilizan referencias al medioambiente para promover un bien o servicio, como si se tratara de una cualidad especial. Esta publicidad es sancionable en aquellos casos en que las referencias medioambientales con significado positivo no sean ciertas o sean engañosas. En otros términos, se hace creer al consumidor, algo que no es. Por ejemplo, que el bien es reciclable o que no daña el medio ambiente, en circunstancias que no lo es, o sí lo hace.

En realidad, consideramos que esta norma sanciona, al menos en parte, lo que se ha denominado *greenwashing*.

Como explica Claudia Alejos, “el *greenwashing* es un anglicismo derivado de *whitewashing* (blanqueo de dinero), con una connotación ‘verde’. Fue un término acuñado en los años ochenta por Jay Westerveld, un reportero ambientalista americano, que observó que en los hoteles existían placas que promovían la reutilización de las toallas con el fin de ahorrar agua, al no lavarse a diario y así ‘preservar la naturaleza’. Sin embargo, el

---

250 Alvarado (2008); pp. 173-174.

periodista observó que esta medida no tenía relación alguna con la política ambiental del hotel, sino que evidenciaba un fin netamente comercial.<sup>251</sup>

El término “greenwashing” se ha definido como “hacer creer a la gente que su empresa protege al medio ambiente, más de lo que realmente hace”<sup>252</sup>; o bien, como “la ampliación selectiva de información ambientalmente positiva a través de la publicidad, que causa una imagen distorsionada de la realidad en la mente del consumidor, en la que estos aspectos ‘ecológicos’ se encuentran sobrerrepresentados”.<sup>253</sup> Para el Servicio Nacional del Consumidor<sup>254</sup>, “consiste en difundir cualidades o virtudes del producto para que aparezcan como respetuosos del medio ambiente, pero que en realidad es solo una cuestión de forma y no de fondo, por lo que se convierte en un uso engañoso de la ‘publicidad verde’ que afecta la decisión de los/as consumidores/as”.<sup>255</sup>

(...)

En nuestro medio el Sernac ya ha manifestado su preocupación por estas materias. En efecto, el ente estatal ha realizado distintos informes de publicidad medioambiental. (...)

En realidad, estos informes muestran la tendencia de los proveedores de utilizar expresiones que apelan al cuidado del medio ambiente, como que los productos son “ecológicos”, “verdes”, “naturales”, con “diseño sustentable”, “amigable con el medioambiente”, entre otros. Para el ente estatal, estas

251 Alejos (2013); p. 7.

252 *To make people believe that your company is doing more to protect the environment than it really is.* Ver [en línea](#).

253 Hallama, Montlló, Rofas y Ciutat (2011); p. 7.

254 En adelante, Sernac.

255 Sernac (2016); p. 6.

expresiones son vagas y requieren ser comprobables. Por eso, se ofició y/o denunció a las empresas tras cada informe. Sin embargo, no se conocen los resultados de dichas gestiones.

Llama la atención que el Sernac en ninguno de estos informes o reportes haga mención a la norma objeto de comentario. Pero, sí se hace referencia al término *greenwashing*, que consideramos es la institución que permite entender la norma en comento. (...)

Así las cosas, dada la importancia y amplitud que podría tener esta norma, creemos que es correcta su ubicación. Sin embargo, resta la tarea de delimitar la regulación. Entonces, el desafío está en delimitar qué debe entenderse por “medioambiente”, “calidad de vida” y “reciclable o reutilizable”. (...)

En la legislación chilena no se conoce una referencia a la frase exacta “no producir daño ambiental”, que es la formulación que ocupa la LPDC. Sin embargo, en el artículo 2º letra e) de la Ley N° 19.300 se define el daño ambiental como “toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes”. Así entonces, se abarca, por ejemplo, la disminución en la biodiversidad o la contaminación de aire, suelo y agua. Por su parte, el medio ambiente está definido en el artículo 2º letra m) como el “el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”. Sin embargo, es preciso señalar que la infracción al artículo 28 letra f) LPDC no está supeditada a una sentencia condenatoria en el sistema de justicia ambiental.

Más vago parece el segundo elemento calificativo del artículo, cuando indica que la publicidad engañosa se constituye indicando que un producto no produce “daño a la calidad

de vida”, mientras no sea así. El artículo no define el sujeto cuya calidad de vida se debiera afectar. El concepto “calidad de vida” fue incorporado por la Organización Mundial de la Salud en 1996, ampliando el anterior concepto de morbilidad/mortalidad y expectativa de vida. Se incluyeron aspectos contextuales tales como el grado de independencia, las relaciones sociales, el entorno, y aspectos espirituales.<sup>256</sup>

La legislación chilena no ha recogido el concepto con una definición. Sin embargo, existen varias menciones legales al concepto y este tampoco es ajeno a las políticas públicas ni los pronunciamientos de los tribunales. En este sentido, la Ley N° 20.670 que crea el sistema Elige vivir sano, la Ley N° 19.996 que establece un régimen de garantías de salud, y la Ley N° 20.422 sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, hablan de “mejorar la calidad de vida” sin especificar qué significa eso. En materia de políticas públicas, el concepto ha sido utilizado, por ejemplo, en la campaña “prevenir es mejor”, por un entorno laboral saludable. Por eso, puede decirse que la “calidad de vida” está estrechamente vinculada con aspectos importantes del derecho a la salud, o el derecho a vivir en un medioambiente sano. Y, precisamente, por el vacío en la regulación interna, es que se hacen relevantes, de manera directa, algunos instrumentos internacionales como los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos del 2011 o de las Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) para Empresas Multinacionales, también del 2011, ambos reiteradamente respaldados por el Estado de Chile, para interpretar los términos del artículo 28 letra f).

256 OMS (1996). Véase también OMS (2010). Para una discusión del concepto, véase Urzúa y Caqueo-Urizar (2012); pp. 61-71.

En materia ambiental, la Ley N° 19.300 incluye en el artículo 2° letra d), dentro de la definición de “contaminante” elementos que pongan en riesgo la calidad de vida de las personas; en la letra g) se define “desarrollo sustentable” como “el proceso de mejoramiento sostenido y equitativo de la calidad de vida de las personas...”; y, en la letra m) se entiende por “medio ambiente libre de contaminación” aquel en el que los contaminantes se encuentran en concentraciones y periodos inferiores a aquellos susceptibles de constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental”. Finalmente, el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (Decreto N° 40), en su artículo N° 7, incluye un listado de circunstancias que generarían efectos adversos en la calidad de vida de un grupo humano, alterando su sistema de vida, lo que produciría la obligación de realizar un Estudio de Impacto Ambiental para llevar a cabo un proyecto con estos efectos.

Considerando la definición del término y su recepción en Chile, se sugieren dos hipótesis: primero, que sea la calidad de vida del consumidor o de la consumidora que se dañe; y segundo, que el daño a la calidad de vida ocurra en la cadena de suministro, a los y las trabajadoras que elaboren el producto, o, más remotamente, a las personas que viven en las cercanías de los lugares de producción. Así, bajo la segunda hipótesis, surge por ejemplo la pregunta de en qué medida podría ser publicidad engañosa promover el uso de automóviles eléctricos como “limpios” en nuestro país mientras la matriz energética aún está basada mayoritariamente en carbón y, efectivamente, al usar el producto se genera un daño al ambiente y a la calidad de vida de las personas que viven cerca de las termoeléctricas.

En cuanto a la definición de “reciclable o reutilizable”, esta no se encuentra explicitada en nuestra legislación. Sin embargo, existen definiciones para “reciclaje” que nos podrán aportar el sentido de la referencia. Así, la Ley N° 20.920, que esta-

blece el marco para la gestión de residuos, la responsabilidad extendida del productor y fomento al reciclaje, en el artículo 3° N° 23, señala que el reciclaje es el “empleo de un residuo como insumo o materia prima en un proceso productivo, incluyendo el co-procesamiento y compostaje, pero excluyendo la valorización energética”<sup>257</sup>. La reutilización, en cambio, se define como la “acción mediante la cual productos o componentes de productos desechados se utilizan de nuevo, sin involucrar un proceso productivo” (artículo 3° N° 26).<sup>258</sup> Es importante destacar que la Ley N° 20.920 solo somete un listado de residuos limitados bajo el alcance de la ley; las definiciones, sin embargo, se pueden entender como generales.

Así las cosas, las expresiones que utiliza el artículo 28 letra f) (medio ambiente, calidad de vida y ser reciclable o reutilizable) pueden ser entendidas a la luz de las diversas normativas o instrumentos internacionales mencionados, pues ellos permiten, por una parte, delimitar de mejor manera el objeto o alcance de esta disposición, y por otra, dar una real operatividad a la norma.

Además de lo anterior, cabe preguntarnos por una hipótesis distinta. En la medida que el comercio justo está creciendo en Chile<sup>259</sup>, el Sernac y los tribunales probablemente se verán confrontados con denuncias y demandas de compensación relacionadas con productos declarados como “*Fair trade*” que no corresponden a tales. En este sentido, al no existir cláusula específica al respecto, y si la característica del producto publicitado no se subsume bajo las categorías de producir “daño ambiental” o “daño a la calidad de vida”, podrán argu-

257 Ley N° 20.920, artículo 3° N° 23.

258 Ley N° 20.920, artículo 2° N° 26.

259 Todos los estudios hasta ahora indican una demanda relativamente pequeña, pero creciente, por productos de comercio justo. Véase, por ejemplo, Roa (2016).

mentar, tal como ha ocurrido en otras jurisdicciones<sup>260</sup>, que la característica de comercio justo se subsume al artículo 28 inciso c, más específicamente, las “características relevantes” del bien o servicio “destacadas por el anunciante”. Esto puede ser el caso, por ejemplo, cuando un producto lleva un sello de comercio justo mientras la empresa productora fue sancionada por inobservar las leyes laborales de nuestro país, o si se comprobara que los sueldos pagados en la elaboración del producto no son justos tal como el sello o el anuncio publicitario sugiere.

Nos parece que tal argumento debiera ser acogido puesto que para los/las consumidoras socialmente responsables el comercio justo pasa a ser una “característica relevante” del producto a la que el proveedor responde en su publicidad si esta no correspondiera a la realidad, no se ve razón alguna por la que el artículo 28 no aplicara, ya que “induce a error o engaño” sobre el mayor valor que tendría el producto para este grupo de consumidores y para el que están dispuestos a pagar un precio mayor. El derecho de los/las consumidores/as en este sentido parece ir más allá de los derechos de propiedad intelectual o de marca del sello, que se podrá demandar a parte por quienes otorgan el sello.

Entonces, en estos casos especiales que podrían estimarse que no subsumibles en el literal f) del artículo 28, es posible acudir a la letra c) de la misma disposición, aunque también reinterpremando la expresión “característica relevante”, atendidas en particular las actuales condiciones del tráfico y la creciente preocupación de los/as consumidores/as sobre estos temas.

---

260 Por ejemplo, en *Danell Tomasella vs. Nestlé USA Inc.* (2019): “Plaintiff would not have purchased the Chocolate Products or paid as much for them had Nestlé disclosed the truth about the child and slave labor in the supply chain”.

Finalmente, parecería que el proveedor final tendría que asumir la responsabilidad también en casos donde los hechos que contravienen el anuncio publicitario –o los estándares del sello– hubieran ocurrido fuera de Chile, en la cadena de suministro del producto, siempre que el proveedor supo o debiera haber sabido de estos hechos. Las Naciones Unidas recomiendan, desde el año 2011, que las empresas realicen un proceso de debida diligencia para estar conscientes de los riesgos de violaciones de derechos laborales, derechos humanos y de daño ambiental que pueden estar materializándose en su cadena de suministro. El deber de cuidado del proveedor que publicita un producto con ciertas características –sustentable, ambientalmente amigable, de comercio justo, etc.– pareciera implicar que ejerza tal proceso de debida diligencia en sus cadenas de suministro nacional y transnacionales, para así no exponerse a demandas basadas en que debiera haber sabido, por ejemplo, que en su cadena de suministro se emiten contaminantes a mayor escala de lo señalado por la publicidad.

#### 4.4.3 Casos de publicidad engañosa en materia ambiental

##### **Servicio Nacional del Consumidor con Distribuidora y Comercializadora de Alimentos Sen Limitada**

El Servicio Nacional del Consumidor denunció “al proveedor fundado en que tres personas, tras consumir comida japonesa en el lugar, resultaron intoxicadas. El ente estatal alegó que dichos problemas de salud se habían producido como consecuencia directa de los productos alimenticios consumidos en el lugar, y que incluso la Seremi de Salud clausuró el lugar en virtud por múltiples cuestiones, como no rotular la fecha de vencimiento de los productos o no respetar la cadena de fríos. En lo que nos interesa, alegó que el proveedor en su página web publicitaba que cumplía con estándares de calidad, lo que inducía a engaño a los consumidores, por lo que

fundó su acción, entre otras disposiciones, en el artículo 28 letras b), e) y f). El proveedor se defendió, entre otras cosas, alegando que los productos que utilizaba los compraba a una empresa que contaba con la certificación de mayor exigencia en materia de manipulación de alimentos.

El tribunal de primera instancia rechazó la acción, por problemas de legitimación pasiva, motivo por el cual no se pronunció respecto de las alegaciones presentadas. La Corte de Apelaciones, por su parte, descartó las infracciones fundado en que no se había probado que las intoxicaciones se hubiesen producido a causa de los alimentos ingeridos comprados en el local del proveedor”.<sup>261</sup>

#### **Servicio Nacional del Consumidor con C. de A. Ingeniería Limitada (estufas no contaminantes)**

“El Servicio Nacional del Consumidor denunció la infracción a los artículos 3º inciso primero letra b) y 28 letras c) y f), fundado en que el proveedor había publicitado una determinada estufa con los mensajes ‘Única certificada para Santiago’, ‘Oficialmente aprobada por el Ministerio de Salud y Ministerio de Medio Ambientes Mayo 2012’, ‘La estufa más ecológica’, ‘No contribuye al cambio climático’; y, además, en un tamaño reducido que impide su adecuada identificación y lectura, el denominado ‘sello voluntario’ que daría cuenta de la participación del producto en el Plan de Prevención de Descontaminación Atmosféricas Región Metropolitana.

El Sernac fundó su denuncia en que la normativa relativa a la vigencia del programa del mencionado sello no había entrado en vigor, por lo que se afectaba, a su vez, la vigencia del

---

261 Fernández y Schönsteiner, *ibidem*.

programa de este. Asimismo, sostuvo que el referido sello no otorgaba una certificación, aprobación o autorización, sino que simplemente acreditaba el cumplimiento de un determinado procedimiento de emisiones, por lo que las afirmaciones de la pieza publicitaria no se condecían con la naturaleza y características del programa. También sentenció que la expresión ‘Oficialmente aprobada por el Ministerio de Salud y Ministerio de Medio Ambientes Mayo 2012’ resultaba errónea y engañosa porque atribuía a la estufa una calidad que no tenía, porque no había sido aprobada por ningún organismo.

Sostuvo, además, que las expresiones ‘la estufa más ecológica’ y ‘no contribuye al cambio climático’, profundizaban la gravedad de las infracciones. Respecto de la primera se consideró que solo se había acreditado, en una instancia voluntaria (la del proceso del sello), la medición de emisión de material particulado, lo que no significaba el reconocimiento del carácter ecológico de la estufa respecto de los demás productos del mercado; y, respecto de la segunda, que la Seremi de Salud había emitido un informe respecto del producto en cuestión y determinó que presentaba una tasa máxima de material particulado que si bien resultaba aceptable, no permitía sostener que no contribuía al cambio climático. En virtud de todo lo anterior, consideró que las expresiones publicitarias resultaban engañosas, toda vez que incidían en una errónea representación de la identidad y características relevantes del producto, lo que infringía las disposiciones alegadas por el ente estatal.

El tribunal sentenció que las frases ‘única certificada para Santiago’ y ‘Oficialmente aprobada por el Ministerio de Salud y Ministerio de Medio Ambiente Mayo 2012’ constituían publicidad falsa, toda vez que se había alterado la veracidad de una información, ya que, dada la prueba aportada, se había demostrado con el oficio emanado de la Subsecretaría del Medio Ambiente, que dicho organismo no contaba con facultades para certificar o autorizar productos, por lo que este no podía, entonces, haber sido aprobado oficialmente por los Ministerios que se señalaban en la publicidad. Asimismo, sostuvo que

en virtud de la regulación del procedimiento voluntario para obtener el cuestionado sello, difícilmente podía sostenerse que el producto poseía una característica exclusiva respecto de otros disponibles en el mercado, sobre todo en atención a que la regulación aún no entraba en vigor y que el sello sólo acreditaba el cumplimiento de un programa voluntario.

En relación a las frases ‘La estufa más ecológica’ y ‘No contribuye al cambio climático’, consideró que se trataban de publicidad engañosa porque inducían a error a sus destinatarios por las características del lenguaje utilizado, ya sea por la ambigüedad de la información o por la omisión que la misma implicaba, ya que si bien la cuestionada estufa se encontraba en el listado de calefactores que habían ingresado al programa sello voluntario, ese hecho no importaba el reconocimiento de un supuesto carácter ecológico, sino que sólo del cumplimiento del estándar establecido por una determinada regulación, esto es, que cumplía con la emisión máxima de material particulado. Y, respecto de la segunda, declaró además que hacía creer a los consumidores que el uso del calefactor resultaba inocuo para el medioambiente, sin producir emisiones contaminantes.

En virtud de todo lo anterior, se consideró que el proveedor había infringido los literales c) y f) del artículo 28, toda vez que la forma en que se había estructurado el mensaje publicitado, en virtud de los términos empleados en el mismo y su contenido, alteraba la veracidad de las afirmaciones y entrañaban una equívocidad suficiente para estimar por acreditada las infracciones.

Así las cosas, dada la importancia y amplitud que podría tener esta norma, creemos que es correcta su ubicación. Sin embargo, resta la tarea de delimitar la regulación. Entonces, el desafío está en delimitar qué debe entenderse por ‘medio ambiente’, ‘calidad de vida’ y ‘reciclable o reutilizable’.<sup>262</sup>

---

262 Fernández y Schönsteiner, *ibidem*.

#### 4.4.4 Casos en otras jurisdicciones: Caso Lidl (Alemania)

En abril de 2010, por iniciativa del European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR) y la Campaña Ropa Limpia (CCC, por las iniciales en inglés de *Clean Clothes Campaign*), la Agencia de Protección al Consumidor de Hamburgo presentó una queja por competencia desleal contra el minorista de descuento alemán Lidl, ante reclamos hechos frente a los anuncios de la empresa sobre condiciones de trabajo justas en su cadena de proveedores.

La denuncia acusó a Lidl de engañar a los consumidores utilizando anuncios para crear la impresión de que las condiciones de trabajo en los proveedores de Lidl eran fundamentalmente buenas y cumplían con los estándares mínimos establecidos por Lidl.

Sin embargo, un estudio realizado por la CCC y la ECCHR pudo demostrar que las costureras que trabajaban en muchos de los proveedores de Lidl denunciaron condiciones de trabajo inhumanas: horas de trabajo excesivas, deducciones salariales como castigo, pago de horas extraordinarias inexistente o incierto, obstrucción de la actividad sindical y discriminación contra las empleadas. Señalándose que estas prácticas violaban las convenciones de la Organización Internacional del Trabajo, el Código de Conducta BSCI (*Business Social Compliance Initiative*) y las obligaciones voluntarias asumidas por Lidl.

La denuncia contra Lidl resultó en un rápido éxito: unas semanas después de que se hizo, Lidl acordó en una declaración a la Agencia de Protección al Consumidor para retractarse de las afirmaciones hechas en los anuncios sobre condiciones de trabajo justas y que se abstendría de realizar declaraciones de sobre el cumplimiento de estándares laborales si estos no estaban siendo cumplidos.<sup>263</sup>

---

263 Caso extraído de ECCHR. Disponible [en línea](#).

### Para profundizar

- ¿Quién tiene la responsabilidad? ¿La empresa o los consumidores? Palazzo *et. al.*: "Shopping for a better world. How consumer decisions can help to promote sustainability and human rights", en Baumann-Pauly, Dorothee y Nolan, Justine (eds.): *Business and Human Rights*, 2016.

# 5

## Captura del Estado, corrupción y derechos humanos

## 5.1 Antecedentes generales

Según la CIDH, si bien a nivel internacional se ha vinculado el fenómeno de la corrupción con la estabilidad de los sistemas democráticos, los instrumentos internacionales desarrollados a la fecha no han declarado el vínculo entre la corrupción y los derechos humanos de manera explícita.

Asimismo, en los instrumentos de derechos humanos, tanto a nivel universal como regional, tampoco se ha considerado expresamente el fenómeno de la corrupción.<sup>264</sup> Sin embargo, como se señala en la Cumbre de las Américas celebrada en el año 2018, donde los Estados suscribieron el Compromiso de Lima sobre Gobernabilidad Democrática frente a la Corrupción [...], “que la prevención y el combate a la corrupción son fundamentales para el fortalecimiento de la democracia y el Estado de Derecho en nuestros países, y que la corrupción debilita la gobernabilidad democrática, la confianza de la ciudadanía en las instituciones y tiene un impacto negativo en el goce efectivo de los derechos humanos y el desarrollo sostenible de las poblaciones de nuestro Hemisferio, al igual que en otras regiones del mundo”.<sup>265</sup>

La corrupción y el soborno solamente constituyen un aspecto de la influencia indebida o ilegal que las empresas pueden ejercer sobre el Estado y la toma de decisiones que debiera regirse por consideraciones de interés público, no de intereses particulares o sectoriales. Es por ello que, en 2001, Hellman y Kauffman acuñaron el término “captura corporativa del Estado” para designar fenómenos de distinta índole a través de los cuales las empresas influyen la formulación de las reglas del juego a su favor.

**La corrupción y el soborno solamente constituyen un aspecto de la influencia indebida o ilegal que las empresas pueden ejercer sobre el Estado y la toma de decisiones que debiera regirse por consideraciones de interés público, no de intereses particulares o sectoriales.**

264 Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos*, 6 de diciembre de 2019; párr. 19. Disponible [en línea](#).

265 Compromiso de Lima, Gobernabilidad Democrática frente a la Corrupción, Lima 2018. Disponible [en línea](#).

El siguiente recuadro reúne las distintas definiciones de “captura del Estado” que se encuentran en la literatura.

#### Definiciones de Captura

- |  |  |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>— El nobel de economía <b>George J. Stigler</b> fue uno de los primeros en referirse a fenómeno al definir la captura regulatoria como “los usos potenciales de recursos y poderes públicos para mejorar el estatus económico de grupos económicos (como industrias y ocupaciones)”, y afirmar que cada industria u ocupación que tiene suficiente poder político para utilizar el estado buscará controlar la entrada (de nuevos competidores)”.</li> <li>— <b>Paul Johnson</b> define una institución capturada como aquella que “está bajo la influencia de los intereses económicos de los grupos que están mayormente afectados por sus decisiones y políticas”.</li> <li>— <b>Janine Wedel</b> define la captura del Estado como la “manipulación ilícita y no transparente del poder del Estado para beneficiar a intereses privados, sean políticos o empresas privadas.</li> <li>— <b>J. Hellman y James G. Kaufmann</b> definen la captura del Estado como “empresas determinando y afectando la formulación de las reglas del juego a través de pagos privados a funcionarios y políticos”.</li> <li>— <b>El Fondo Monetario Internacional</b> la define como “el esfuerzo de empresas para moldear las leyes, políticas y regulaciones del Estado para su propio beneficio a través de la provisión de ganancias privadas ilícitas a funcionarios públicos”.</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>— <b>El Banco Mundial</b> define la captura como “la capacidad de algunos actores en la arena política de ser capaces de diseñar o implementar una política que maximiza sus beneficios privados ante el bienestar social debido a su mayor poder de negociación”.</li> <li>— <b>Oxfam America</b>, en su documento Political Rigging, define la captura como “proceso en el que actores, difuminando el poder oficial y privado, transforman un sistema, parcial o totalmente, para que favorezca a una élite minoritaria a expensas de la mayoría no privilegiada”.</li> <li>— <b>John Crabtree y Francisco Durand</b> al hablar de captura política la definen como el “proceso en el cual las élites económicas del poder, a pesar de la vigencia de las instituciones democráticas, utilizan una fuerza política abrumadora para proteger y proyectar sus intereses económicos sobre el Estado, negociando, aislando o simplemente ignorando las voces discordantes gobierno a gobierno [...] [y que] iría, sin embargo más allá del estado como tal al incluir una gama de actividades relacionadas con la formación de la opinión pública.</li> <li>— <b>Manuel Villoria</b> define la captura de políticas como “el control por grandes grupos de interés de áreas de políticas dentro de un Estado, de forma tal que los gobernantes no pueden -ni muchas veces quieren- formular políticas autónomamente en ese ámbito”.</li> </ul> |
|--|--|

Fuente: Cortés, H. y D. Itriago (2018): “El fenómeno de la captura: desenmascarando el poder. Guía de análisis de la captura de políticas públicas y su efecto sobre la desigualdad”. Oxfam Intermon, Madrid, según resumen en Oxfam, Democracias Capturadas, 2018; p. 14.

La captura del Estado se puede dar, más allá del soborno, a través del nepotismo, de la amenaza de funcionarios públicos, el financiamiento de campañas políticas, las puertas giratorias entre el mundo público y privado, y las consultorías o asesorías políticas, siempre que se limita la libertad de decisión de un ente público en la definición de las reglas del juego, o la aplicación favorable de las reglas a ciertas entidades.

El Grupo de Trabajo sobre derechos humanos y empresas transnacionales y otras empresas comerciales (Grupo de Trabajo) ha señalado que los mecanismos internacionales de derechos humanos, incluido el Consejo de Derechos Humanos, han prestado cada vez más atención al impacto negativo de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos, e hizo numerosas recomendaciones a los Estados miembros con el objetivo de prevenir y suprimir la corrupción.

Según el nivel, la omnipresencia y la forma de corrupción, esta puede tener efectos devastadores en los derechos humanos, ya que puede socavar la disponibilidad, calidad y accesibilidad –sobre la base de la igualdad– de bienes y servicios que Estados deben proporcionar para cumplir con las obligaciones internacionales de derechos humanos. Además, socava el funcionamiento y la legitimidad de las instituciones y procesos del Estado, debilita el Estado de derecho y, en última instancia, el propio Estado. Asimismo, señala que los grupos marginados y discriminados son los que sufren de manera desproporcionada los efectos de la corrupción. Finalmente ha señalado que está bien establecido que la corrupción que involucra a actores empresariales daña los derechos humanos de trabajadores y comunidades afectadas por ella.<sup>266</sup>

En su último informe, de junio de 2020, el Grupo de Trabajo identifica algunas áreas críticas en materia de corrupción por parte de las empresas<sup>267</sup>:

266 Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y empresas transnacionales y otras empresas comerciales: *Preliminary Concept Note*. Disponible [en línea](#).

267 Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y empresas transnacionales y otras empresas comerciales, "Report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises", junio 2020. Disponible [en línea](#).

- a. **Contratación pública.** La compra por parte de gobiernos y empresas estatales de bienes, servicios y obras y la adjudicación de concesiones gubernamentales es susceptible de corrupción, a menudo en forma de soborno, malversación y abuso de funciones y fijación de precios, cárteles y otras prácticas anticompetitivas. En estos casos, señala que los riesgos se ven agravados por el volumen de transacciones, los intereses financieros en juego y “la complejidad del proceso, la estrecha interacción entre los funcionarios públicos y las empresas, y la multitud de partes interesadas”.

También señala que “algunas empresas pagarán sobornos para obtener un contrato o concesión, a veces siguiendo las demandas de los funcionarios del gobierno. Esto puede resultar en que los Estados no reciban servicios o productos adecuados a los dineros invertidos. En algunos casos, los servicios públicos vitales son clave para la realización de los derechos humanos, como la atención médica, la educación y la vivienda, la corrupción puede significar que los servicios se presten parcialmente o abiertamente no se presten”.

- b. **Adquisición de tierras.** Una débil gobernanza de la tierra, donde los derechos a la tierra y los recursos naturales no son los adecuadamente documentados, ni debida y efectivamente reconocidos, junto con transparencia limitada, permite que prosperen los funcionarios y las empresas corruptas. El Grupo de Trabajo señala “que el soborno es particularmente frecuente en contextos de adquisición de tierras, por ejemplo, cuando los funcionarios aceptan sobornos de empresas para acceder o registrar tierras. La corrupción también se produce cuando la policía, el poder judicial u otras autoridades estatales permiten o facilitan la apropiación indebida de tierras. En la medida que la adquisición de tierras a gran escala es necesaria para muchas actividades comerciales, como la agroindustria y proyectos de infraestructura, la corrupción en este contexto a menudo resulta en un gran número de personas despojadas de sus tierras”.

El Grupo de Trabajo ha destacado la especial relación entre los pueblos indígenas y su tierra ancestral y observó que compensación, o una oferta de tierra alternativa, puede no remediar el

desplazamiento forzado. En esta materia, recalca que “la falta de reparación y la violación de la relación entre las personas y la tierra hace la experiencia de los pueblos indígenas de perder tierras por la adquisición corrupta de tierras, se particularmente dramática”.

- c. **Cadenas de suministro farmacéuticas y sanitarias.** Sobre ambas industrias, el Grupo de Trabajo plantea que “la pandemia brinda la oportunidad de considerar la corrupción en las cadenas de suministro y cómo una empresa, en cualquier lugar de la cadena de suministro, puede verse implicada en abusos de derechos humano al provocar, contribuir o estar directamente vinculado a ellos debido a sus relaciones comerciales con otras partes. Las cadenas de suministro globales a menudo son susceptibles a la corrupción, ya que las empresas y sus agentes pueden pagar sobornos para acceder a los mercados. Se pueden pagar sobornos para evitar inspecciones gubernamentales de salud y seguridad, por ejemplo, en fábricas. La corrupción da como resultado que productos esenciales, como alimentos y medicinas, se desvíen del suministro de mercados públicos a manos privadas”.

El Grupo de Trabajo también identifica riesgos de que los medicamentos puedan desviarse del uso público a las partes que pagan sobornos para adquirir medicamentos escasos, tal como el ingreso de medicamentos falsificados y de calidad inferior en las cadenas de suministro, que es otro desafío.

- d. **Sector extractivo.** Se ha destacado a este sector como un área en la que importantes actividades de corrupción se llevan a cabo, a menudo relacionadas con el acceso a concesiones gubernamentales rentables. El Grupo de Trabajo señala que la OCDE descubrió que una quinta parte de los casos de soborno transnacional entre 1999 y 2014 había ocurrido en ese sector y señala que si bien algunos gobiernos han explorado formas de incentivar la diligencia debida en materia de derechos humanos por parte de las empresas extractivas, regulaciones sobre diligencia debida y divulgación obligatorias, hay problemas recurrentes sobre la falta

de evaluaciones de impacto sobre los derechos humanos en los procesos de concesión de licencias o concesión, o derechos de minería, petróleo o gas.

Los efectos de la corrupción no son homogéneos en toda la población, por eso tanto el Grupo de Trabajo como la Comisión Interamericana han señalado que mujeres, niños, niñas y adolescentes experimentan los impactos adversos de las actividades comerciales de manera diferente y de manera desproporcionada en comparación con los hombres y enfrentan barreras adicionales a los recursos.

## 5.2 Relación entre corrupción y afectación de derechos humanos. La dificultad de crear una relación de causalidad. Experiencias comparadas.

Pese a la gravedad de los impactos que puede tener la corrupción, existen muy pocos casos exitosos en el mundo donde se haga efectiva la responsabilidad civil y penal de los autores y se otorgue reparación a las víctimas. Al respecto, se han planteado como dificultades la carencia de pruebas, la existencia de zonas grises como el financiamiento de elecciones sin documentos, la planificación tributaria agresiva, el ocultamiento de empresas y cuentas bancarias en paraísos tributarios con el propósito de eludir o evadir impuestos, la puerta giratoria.<sup>268</sup>

También se señala como causa los acuerdos entre dos élites que operan en red: las que manejan las empresas y las que dirigen los gobiernos, lo que puede incluir acuerdos de silencio entre organismos estatales y los privados como también protección mutua.<sup>269</sup>

Desde las políticas públicas también se observan dificultades para abordar la corrupción. Así por ejemplo, se ha planteado como explicación el hecho de que la corrupción es, en cierto sentido, un “crimen invisible” en comparación con otros como el terrorismo. Otro motivo es el alto costo y las dificultades involucradas en la lucha contra la corrupción (a nivel nacional e internacionalmente) en comparación con el tráfico de drogas o la trata de personas. Sin embargo, se ha señalado que la corrupción es el factor común para estos delitos más visibles.<sup>270</sup>

268 Durand, Francisco: *Odebrecht. la empresa que capturaba gobiernos*, 1ª ed., 1ª reimpr. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial: Oxfam, 2019. Disponible [en línea](#).

269 Durand, *ibidem*.

270 Barkhouse, Hoyland y Limon: “Corruption: a human rights impact assessment”, en Universal Rights Group y Kroll, 2018. Disponible [en línea](#).

Las víctimas de la corrupción no están tan lejos de la infracción, como a menudo se supone. Por ejemplo, el desvío de fondos públicos para la compra de vacunas para enfermedades prevenibles que termina en bolsillos privados, tiene como resultado que los niños pueden morir.<sup>271</sup>

Pese a ello, existen claras limitaciones para establecer una relación de causalidad entre una acción de corrupción y los impactos en derechos humanos (daños). Recientemente, se ha realizado un esfuerzo por medir empíricamente los impactos inmediatos y graves de la corrupción en los derechos humanos protegidos internacionalmente, mostrándose, por ejemplo, que mientras que la esperanza de vida media a nivel mundial ronda los 68,4 años, en los y las habitantes de los países del quintil más bajo del “análisis comparativo de niveles de corrupción”, la esperanza de vida se reduce a una media de 60,5 años. Por el contrario, si se trata de una persona proveniente del quintil más alto, la expectativa de vida es sobre los 80 años.<sup>272</sup>

---

271 Barkhouse, Hoyland y Limon, *ibidem*.

272 Barkhouse, Hoyland y Limon, *ibidem*.

## 5.3 Algunos casos de corrupción y empresas

### 5.3.1 Caso Siemens (Alemania)

Siemens AG es una multinacional alemana conglomerada con sede en Munich. Siemens y sus subsidiarias emplean aproximadamente 420.000 personas en casi 190 países. Es la empresa electrónica más grande de Europa y una empresa de ingeniería eléctrica con actividades en los campos de la industria, la energía y la salud. Está organizada en seis divisiones principales: Industria, Energía, Salud, Inversiones de capital, Soluciones y servicios de TI de Siemens y Siemens Servicios Financieros.<sup>273</sup>

El 13 de diciembre de 2011, la Securities and Exchange Commission de EE. UU. acusó a siete ejecutivos de Siemens de violar la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero por su participación durante una década en un esquema de soborno en Argentina para retener un contrato de mil millones de dólares con el gobierno, para producir tarjetas de identidad nacionales destinadas a los ciudadanos argentinos.

Según la denuncia de la SEC, presentada en el Tribunal de Distrito de Manhattan, el plan duró desde 1996 hasta principios de 2007. Para obtener el contrato, por un total de 1.260 millones de dólares estadounidenses, Siemens sobornó a funcionarios gubernamentales argentinos con 70 millones de dólares a través de un intermediario. Luego se determinó que el costo de la tecnología de las tarjetas era el doble del presupuestado originalmente por el gobierno argentino.<sup>274</sup>

Siemens acordó pagar más de 1.300 millones de dólares para resolver investigaciones de soborno de amplio alcance en los Estados Unidos y Alemania, que incluían el contrato con Argentina. Como parte de ese acuerdo, Siemens y su subsidiaria argentina se declararon culpables en Estados Unidos por violaciones de la Ley de Prácticas Corruptas en el

---

273 Caso extraído de Wenzhong y Fu Limin (2012): "A Case Study of Siemens' Violation of Business Ethics in Argentine Based On Stakeholder Theory", en *Global Journal of Management and Business Research* Vol XII: issue XIII Version I.O, 2012. Disponible [en línea](#).

274 Ibidem.

Extranjero, que prohíbe a las empresas sobornar a funcionarios extranjeros. Asimismo, varios de los ejecutivos se declararon culpables en los juicios penales y fueron extraditados a EE. UU. a cumplir con sus sentencias.<sup>275</sup>

Este fue uno de los variados casos de corrupción en los que se vio involucrada la empresa.<sup>276</sup>

### 5.3.2 Caso Acreditación de Universidades Privadas (Chile)

En este caso se acusó a una persona jurídica, una universidad conformada como corporación de derecho privado sin fines de lucro, por el delito de cohecho activo o soborno. Esta conducta consistió en obtener fraudulentamente la acreditación de calidad institucional y de los programas de estudio que impartiría.

Para determinar la responsabilidad penal de la corporación en las conductas sancionadas, ejecutadas por el rector de la universidad, y estableciendo que fueron realizadas en interés y provecho de la universidad, el tribunal consideró además que:

“...las conductas de corrupción se desplegaron como consecuencia directa del incumplimiento, por parte de la persona jurídica imputada, de los deberes de dirección y supervisión, al no haberse implementado ningún tipo de modelos de organización administración y supervisión, tendientes a prevenir ese tipo de delitos”.<sup>277</sup>

### 5.3.3 Caso Corpesca

En los últimos años se levantaron varios casos sobre financiamiento irregular por parte de las empresas a las campañas electorales. Se han iniciado diversos procesos judiciales y la mayoría de ellos todavía siguen en curso.

---

275 Ver [en línea](#).

276 Ver [en línea](#).

277 Sentencia de 2 de junio de 2016, 8° Juzgado de Garantía de Santiago. Causa RUC 1200084351-O, RIT N° 4799-2012.

Uno de los casos más emblemáticos fue el caso Corpesca, donde recientemente se dictó veredicto condenando a la empresa por los delitos de cohecho cometidos por su gerente general, y a dos ex miembros del Congreso.<sup>278</sup>

En relación al actuar de la empresa, esta fue condenada de conformidad a la Ley N° 20.393, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya que pese a contar con un modelo de prevención de delitos se estimó que su implementación fue deficiente. Algunos de los aspectos señalados por el Tribunal:

1. Incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión. El Gerente General de la compañía no estaba sujeto a ningún control o cuestionamiento ni auditoría, lo que le permitió la ejecución del delito de soborno (...).
2. Falta de Autonomía del Encargado de Prevención de Delitos. Se estimó que (...) no tenía las facultades suficientes o idoneidad para ejercer algún tipo de supervisión sobre el Gerente General, toda vez que el Encargado, quien a su vez ejercía el cargo de Subgerente de Administración, no contaba con autonomía para fiscalizarlo, al no tener acceso al Directorio ni al resto de los altos ejecutivos que dependían del Gerente General en la cadena de mando de la empresa (...).
3. Falta de incorporación del Modelo de Prevención a los contratos de trabajo.(...) El tribunal agrega especialmente que los ejecutivos son los cargos más sensibles para incurrir en los ilícitos contemplados en la Ley 20.393.
4. Desconocimiento del Modelo de Prevención y falta de actividades destinadas a crear una verdadera cultura de prevención. Se logró acreditar que el modelo no era, por regla general, debidamente conocido en la empresa. Asimismo, pese a reconocer hechos que podían implicar actividades ilícitas, se estableció que después de la renuncia del gerente general a la empresa, no solo se agradeció su gestión en una carta, sino que se le pagó una indemnización

---

278 Veredicto de fecha 2 de diciembre de 2020, 3° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago. Causa RUC 1410025253-9, RIT N° 309-2018.

de más de 300.000.000 de pesos y se le contrató en otra empresa de propiedad del grupo controlador. A juicio del Tribunal, esto denota negligencia, falta de cultura corporativa, falta de interés, compromiso y falta de resarcimiento del derecho.<sup>279</sup>

## Ejercicio

Identifique el potencial impacto en derechos humanos del caso Odebrecht.

## Para profundizar

### *Captura del Estado*

- Cañete, Rosa (2018): *Democracias capturadas: el gobierno de unos pocos*, Oxfam 2018. Disponible [en línea](#).
- Hellman, J. y D. Kauffman (2001), “Confronting the Challenge of State Capture in Transition Economies”, en *Finance and Development* Vol. 38 No. 3 (septiembre 2001). Disponible [en línea](#).
- Fairfield, T. (2015): “Structural power in comparative political economy: perspectives from policy formulation in Latin America”, en *Business and Politics*, 17 (3); pp. 411- 441.

### *Relación entre corrupción y empresas y derechos humanos*

- UN Working Group on Business and Human Rights: *Preliminary Concept Note: Connecting Business and Human Rights with Anti-corruption*. Disponible [en línea](#).

---

279 Honorato, Delavau: “Alerta Legal/Jurisprudencia en Materia de Compliance y Consejos Prácticos”. Disponible [en línea](#).

- Grupo de Trabajo: Relación entre la cuestión de las empresas y los derechos humanos y las actividades de lucha contra la corrupción, A/HRC/44/43, 17 de junio de 2020. Disponible [en línea](#).
- CIDH: Corrupción y Derechos Humanos, 2019, disponible [en línea](#).
- Herramienta ACNUDH/Centro de Derechos Humanos UDP/Contraloría General de la República de Chile, Cartillas, 2018. Disponible [en línea](#).



