

NUEVAS VOCES

SEGUNDA EDICIÓN

SEMILLERO DE INVESTIGACIÓN:
DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS
Y CONDUCTA EMPRESARIAL
RESPONSABLE

Contribuciones desde
**la Academia
Latinoamericana**

Copyright © Organización Internacional del Trabajo, Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos y Academia Latinoamericana de Derechos Humanos y Empresas 2023

Primera edición 2023

Las publicaciones de la Oficina Internacional del Trabajo gozan de la protección de los derechos de propiedad intelectual en virtud del protocolo 2 anexo a la Convención Universal sobre Derecho de Autor. No obstante, ciertos extractos breves de estas publicaciones pueden reproducirse sin autorización, con la condición de que se mencione la fuente. Para obtener los derechos de reproducción o de traducción, deben formularse las correspondientes solicitudes a Publicaciones de la OIT (Derechos de autor y licencias), Oficina Internacional del Trabajo, CH-1211 Ginebra 22, Suiza, o por correo electrónico a rights@ilo.org, solicitudes que serán bien acogidas.

Las bibliotecas, instituciones y otros usuarios registrados ante una organización de derechos de reproducción pueden hacer copias de acuerdo con las licencias que se les hayan expedido con ese fin. En www.ifrro.org puede encontrar la organización de derechos de reproducción de su país.

OIT, ACNUDH, OCDE, y ALDHE

Nuevas Voces. Contribuciones desde la Academia Latinoamericana para avanzar hacia una cultura de Conducta Empresarial Responsable y respeto por los Derechos Humanos, Segunda Edición. Lima: OIT, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2023. 145 p.

Desarrollo sostenible, empresas, derechos humanos, conducta empresarial responsable, trabajo decente.

ISBN: 978-92-2-039009-2 (versión impresa)

ISBN: 978-92-2-039010-8 (versión web pdf)

Datos de catalogación de la OIT

Las denominaciones empleadas, en concordancia con la práctica seguida en las Naciones Unidas, y la forma en que aparecen presentados los datos en las publicaciones de la OIT no implican juicio alguno por parte de la Oficina Internacional del Trabajo sobre la condición jurídica de ninguno de los países, zonas o territorios citados o de sus autoridades, ni respecto de la delimitación de sus fronteras.

La responsabilidad de las opiniones expresadas en los artículos, estudios y otras colaboraciones firmados incumbe exclusivamente a sus autores, y su publicación no significa que la OIT o la ACNUDH o la OCDE o la ALDHE las sancione.

Las referencias a firmas o a procesos o productos comerciales no implican aprobación alguna por la Oficina Internacional del Trabajo, o la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos o la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos o la Academia Latinoamericana de Derechos Humanos y Empresas, y el hecho de que no se mencionen firmas o procesos o productos comerciales no implica desaprobación alguna.

Las publicaciones y los productos digitales de la OIT pueden obtenerse en las principales librerías y redes de distribución digital, u ordenándose a: ilo@turpin-distribution.com. Para más información, visite nuestro sitio web: ilo.org/publns o escribanos a: biblioteca_regional@ilo.org.



Financiado por
la Unión Europea

La producción de este libro ha sido financiada por la Unión Europea a través del Proyecto Conducta Empresarial Responsable en América Latina y el Caribe (CERALC). Sus contenidos son responsabilidad exclusiva de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (ACNUDH) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), y no necesariamente reflejan los puntos de vista de la Unión Europea.



ÍNDICE

I. Prólogo	5
II. Presentación	7
II. Prefacio	9
IV. Categoría A - Destacados Estudiantes de grado bachiller-pregrado y recientes graduados	11
1. Impulsar la agenda EDH desde la judicatura. El rol del daño punitivo. Autor: Dacunda Pedro.	12
V. Categoría A - Mención de Honor Estudiantes de grado bachiller-pregrado y recientes graduados	19
1. El impacto de los incentivos para vincular mujeres en las compras públicas y en la dirección de las entidades corporativas en Colombia. Autores: Nudelman Bastidas, Sharon / Santiago Hoyos Daza, David	20



ÍNDICE

VI. Categoría B - Destacados	32
Estudiantes de maestría y doctorado	
1. Avaliações de linha base na America Latina: A pesquisa-ação como alternativa diagnóstica feminista e decolonial. Autor/a: Bertholdi Juliana.	33
2. Litígios Climáticos em Face de Empresas: a Responsabilidade em Respeitar os Direitos Humanos. Autor/a: Stefanello Pires, Julia.	45
3. El estado como actor económico: Un análisis de los efectos provocados por la financiación de la economía brasileña. Autoras: Teixeira dos Santos Braz, Érika / Oromi Lopes, Fernanda.	54
VII. Categoría B - Mención de honor	63
Estudiantes de maestría y doctorado	
1. A Busca por Remediação a partir da Jurisdição Extraterritorial: O Caso Mariana na Corte Britânica. Autor/a: Almeida de Moraes, Patricia.	64
2. Fazendo o Bem Depois de Fazer o Mal: Uma perspectiva do rompimento da barragem de Fundão à Luz do Neo-institucionalismo e da Remediação Integral. Autoras: Brezighello Hojaij, Tamara / Temer, Thaís	75
3. El impacto de los planes de acción nacionales sobre Empresas y Derechos Humanos en América Latina. Autor/a: Chinchilla Fuentes, Luis Ovidio.	87
4. Coherencia en la gestión de políticas públicas para respetar y garantizar Derechos Humanos. Autor/a: Valle Ruidiaz, Anabella.	105



ÍNDICE

VIII. Categoría C - Destacados Jóvenes docentes e investigadores/as	113
1. Las normas de derecho internacional privado de la propuesta de directiva sobre Diligencia Debida de las Empresas en materia de sostenibilidad de La Unión Europea. Una Lectura Desde El Derecho Argentino. Autor/a: Bardel Daniela.	114
2. Ineficacia de los mecanismos judiciales argentinos en materia de defensa de la competencia para la reparación en materia de Empresas y Derechos Humanos. Autor/a: Rostán, Matías Ignacio.	132



PRÓLOGO

Avanzar hacia una cultura de Conducta Empresarial Responsable, que priorice el respeto y la promoción de los derechos humanos, es una tarea de todas y todos.

Por una parte, los Estados son los primeros responsables en proveer marcos regulatorios y de política pública para construir ambientes propicios para el desarrollo y operación de empresas social y ambientalmente sostenibles, poniendo en el centro del marco de actuación estatal la protección de los derechos humanos y la garantía de acceso a mecanismos eficaces y efectivos de reparación cuando éstos son vulnerados.

Por el lado de las empresas, se espera que éstas respeten los derechos humanos en sus actividades empresariales, incluyendo sus cadenas de suministro y sus relaciones comerciales.

Para ello, es crucial implementar procesos de debida diligencia basada en el riesgo para identificar, prevenir, mitigar y reparar impactos reales y potenciales sobre el medio ambiente, el trabajo decente y los derechos humanos en general, incluyendo el apoyo a empresas pequeñas y medianas que participan de estas cadenas de suministro, las cuales muchas veces tienen capacidades humanas y técnicas limitadas para abordar y responder por estos impactos.

Hay un actor que cumple un rol fundamental: la Academia. La generación de conocimiento, a través de la investigación y el análisis, así como la propuesta de soluciones a las problemáticas empresariales vinculadas con impactos sobre los derechos humanos, son elementos fundamentales para aportar a la generación de valor compartido, a políticas públicas basadas en la evidencia y para lograr el diálogo, la participación significativa y el compromiso de las partes interesadas, incluidas las organizaciones de empleadores, trabajadores y sociedad civil.

En particular, el sector de la academia en América Latina y el Caribe ha dado pasos muy importantes para sumar y enriquecer la mirada regional sobre discusiones que ya tienen significativos avances en otras regiones, fomentando propuestas y soluciones efectivas en consideración del contexto y las problemáticas locales.

Desde el Proyecto sobre Conducta Empresarial Responsable en América Latina y el Caribe (CERALC), iniciativa inédita que, mediante el apoyo de la Unión Europea, reúne a la Organización Internacional del Trabajo, a la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, se entiende el vital rol de la Academia para enriquecer este debate a nivel regional y nacional.

Por ello, y reconociendo la sustantiva contribución a esta discusión, es que, de manera conjunta las agencias de CERALC y la Academia Latinoamericana de Derechos Humanos y Empresas, presentaron el 2022 la segunda edición del Concurso de Ensayos sobre Empresas y Derechos Humanos y Conducta Empresarial Responsable, bajo el lema **“Semillero de investigación: Empresas y derechos humanos y conducta empresarial responsable”**.

En esta publicación, tenemos el honor de compartir aquellos trabajos seleccionados, así como las menciones honrosas, de estudiantes, académicos y académicas Latinoamericanos. Son miradas nuevas, con preguntas incisivas y reflexiones agudas, que esperamos contribuyan a la construcción de mejores políticas públicas y mejores prácticas empresariales, para así, sin dejar a nadie atrás, co-construir una cultura de respeto y promoción de los derechos humanos en el contexto empresarial.

Desde el Proyecto CERALC saludamos a todas y todos los estudiantes e investigadores que contribuyeron a la generación de nuevo conocimiento en este ámbito y, en particular, a quienes integran esta publicación con los ensayos más destacados.



Es un honor presentar esta recopilación de ensayos, una obra que destaca el talento y la creatividad de las y los participantes de nuestra segunda edición del Concurso Internacional de Ensayos en Conducta Empresarial Responsable y Empresas y Derechos Humanos.

En un esfuerzo por fomentar la creatividad y el desarrollo intelectual, hemos decidido adoptar un modelo diferente para nuestro concurso. En lugar de enfocarnos únicamente en la competencia y la selección de ganadoras y ganadores, quisimos convertirlo en un semillero de ideas y una plataforma para el crecimiento y la mejora de los textos. Para lograr este objetivo, buscamos proporcionar retroalimentación y orientación por parte de reconocidas y reconocidos expertos en el campo de las empresas y los derechos humanos, para que brinden sugerencia a sus escritos bajo este marco. Esperamos que no solo resulte en la identificación de talentos prometedores, sino también en la generación de nuevas ideas y el fortalecimiento de la investigación y la exploración de temas importantes.

Este concurso de ensayos adopta un enfoque regional que reconoce las realidades locales, así como los desafíos comunes. Al hacerlo, buscamos que se reflejen las diversas experiencias y perspectivas de nuestra geografía, lo que, a su vez, puede llevar a un mayor entendimiento y colaboración entre investigadoras e investigadores de diferentes

países. Al enfocarnos en los temas y problemas específicos de la región, podemos crear una plataforma para presentar soluciones relevantes para los problemas actuales que enfrentamos. Además, al fomentar la reflexión y el diálogo desde esta mirada, podemos construir una comunidad intelectual más fuerte y conectada, que contribuya con un progreso significativo en Latinoamérica.

Cada uno de los ensayos seleccionados ofrece una visión única y valiosa sobre una variedad de materias relevantes de nuestro tiempo bajo el marco de la conducta empresarial responsable. Desde la dimensión laboral y la debida diligencia, hasta cuestiones ambientales, las y los autores han explorado temáticas de gran relevancia y han presentado ideas innovadoras e inspiradoras. Esta colección es un testimonio de la capacidad de jóvenes académicas y académicos para transformar y enriquecer nuestra comprensión del mundo que nos rodea.

Agradecemos al Consejo Directivo de la Academia Latinoamericana de Derechos Humanos y Empresas, que una vez más ha brindado su tiempo para integrar el jurado y ejercer de revisoras y revisores de los textos en las sesiones del semillero. También a representantes del proyecto CERALC por el apoyo y comentarios recibidos a los ensayos.

En resumen, esperamos que esta colección de ensayos no solo inspire a las y los lectores a reflexionar sobre tópicos acuciantes, sino que también los anime a difundir sus ideas y perspectivas en su comunidad. El marco de empresas y derechos humanos es un tema crucial que se ha convertido en una parte fundamental del discurso contemporáneo sobre la justicia social y económica en nuestra región. Requiere un cambio de paradigma, un enfoque más consciente y crítico para considerar cómo las empresas y las organizaciones pueden impactar en los derechos humanos y el medio ambiente. Es una cuestión que está aquí para quedarse, y es vital que sigamos comprometidos en el diálogo y la reflexión sobre cómo podemos construir un futuro más justo y equitativo. Les invitamos a leer, compartir y participar en estos temas a medida que avanzamos hacia un futuro más próspero, sostenible y respetuoso de los derechos humanos y del ambiente para nuestra región.

Denisse Cufre

Coordinadora segunda
edición

Danielle Anne Pamplona

Directora Adjunta Academia
Latinoamericana de Derechos
Humanos y Empresas

Florencia Wegher Osci

Coordinadora primera
edición



PREFÁCIO

É uma honra apresentar esta coleção de ensaios, um trabalho que destaca o talento e a criatividade dos participantes em nossa segunda edição do Concurso Internacional de Ensaio sobre Conduta Empresarial Responsável e Empresas e Direitos Humanos.

Em um esforço para fomentar a criatividade e o desenvolvimento intelectual, decidimos adotar um modelo diferente para nosso concurso. Em vez de nos concentrarmos apenas na competição e na seleção dos vencedores, quisemos transformá-lo em um foco de idéias e em uma plataforma para o crescimento e o aperfeiçoamento dos textos. Para atingir este objetivo, procuramos fornecer feedback e orientação de especialistas reconhecidos na área de empresas e direitos humanos com sugestões aos seus textos dentro deste marco. Esperamos que não só resulte na identificação de talentos promissores, mas também na geração de novas idéias e no fortalecimento da pesquisa e exploração de temas importantes.

Este concurso de ensaios tem uma abordagem regional que reconhece as realidades locais, bem como os desafios comuns. Ao fazê-lo, procuramos refletir as diversas experiências e perspectivas de nossa geografia, o que, por sua vez, pode levar a uma maior compreensão e colaboração entre pesquisadores de diferentes países. Ao nos concentrarmos em questões e problemas específicos da região, podemos criar uma plataforma para apresentar soluções

relevantes para os problemas atuais que enfrentamos. Além disso, incentivando a reflexão e o diálogo a partir deste ponto de vista, podemos construir uma comunidade intelectual mais forte e mais conectada, o que pode contribuir com o progresso significativo na América Latina.

Cada um dos ensaios selecionados oferece insights únicos e valiosos sobre uma variedade de questões relevantes de nosso tempo sob a estrutura de uma conduta empresarial responsável. Desde trabalho e due diligence até questões ambientais, os autores exploraram tópicos altamente importantes e apresentaram idéias inovadoras e inspiradoras. Esta coleção é uma prova da capacidade dos jovens acadêmicos de transformar e enriquecer nossa compreensão do mundo ao nosso redor.

Somos gratos ao Conselho Diretor da Academia Latino-Americana de Direitos Humanos e Empresas, que mais uma vez dedicou seu tempo para servir no júri e como revisores dos textos nas sessões de lançamento. Agradecemos também aos representantes do projeto CERALC por seu apoio e comentários sobre os ensaios.

Em resumo, esperamos que esta coleção de ensaios não só inspire os leitores a refletir sobre questões urgentes, mas também os incentive a divulgar suas idéias e perspectivas em sua comunidade. O marco de empresas e direitos humanos é uma questão crucial que se tornou parte fundamental do discurso contemporâneo sobre justiça social e econômica em nossa região. O problema requer uma mudança de paradigma, uma abordagem mais consciente e crítica para considerar como as empresas e organizações podem impactar os direitos humanos e o meio ambiente. É uma questão que veio para ficar, e é vital que continuemos a nos engajar no diálogo e na reflexão sobre como podemos construir um futuro mais justo e eqüitativo. Convidamos você a ler, compartilhar e se engajar nestas questões enquanto caminhamos para um futuro mais próspero, sustentável e respeitoso dos direitos humanos e do meio ambiente para nossa região.

Denisse Cufre

Coordenadora da segunda
edição

Danielle Anne Pamplona

Vice-Diretora
Academia Latinoamericana de
Direitos Humanos e Empresas

Florencia Wegher Osci

Coordenadora da primeira
edição



CATEGORÍA DESTACADOS



Estudiantes de grado bachiller-pregrado
y recientes graduados

A

Pedro Dacunda

Universidad Nacional del Litoral



Destacados

Impulsar la agenda EDH desde la judicatura. El rol del daño punitivo¹

Pedro Dacunda

Universidad Nacional del Litoral - CAI+D "Dimensión jurídica de la Conducta Empresarial Responsable y su vinculación con los Derechos Humanos"

I. Introducción

Las empresas son el motor de la economía, contribuyen al crecimiento económico y social a través de la creación de empleo, el desarrollo de habilidades y tecnología, y la provisión de bienes y servicios. Sin embargo, sus actividades pueden, al mismo tiempo, producir impactos adversos en las personas, el ambiente y la sociedad. Es a estas posibles afectaciones que la agenda de Empresas y Derechos Humanos (EDH) -compuesta por un conjunto de herramientas y dispositivos que asisten a la implementación de procesos de debida diligencia en Derechos Humanos- busca dar respuesta.

De este modo, si bien “la prevención es el objetivo principal de la debida diligencia”², sucede que “aun con las mejores políticas y prácticas, una empresa puede provocar o contribuir a provocar consecuencias negativas sobre los Derechos Humanos”³. Cuando esto ocurre, una de las obligaciones básicas de las empresas consiste en proveer o contribuir a proveer la reparación de los efectos negativos “mediante procesos legítimos, que pueden consistir en mecanismos judiciales y extrajudiciales del Estado, así como mecanismos de reclamación no estatales”⁴. En este sentido, “[e]l “abanico de reparaciones” reconocido por los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos (PRNU) proporciona una amplia gama de vías que pueden responder mejor a la complejidad de las estructuras comerciales, los abusos de los derechos humanos y los derechos de [las personas afectadas] por las actividades de las empresas”⁵.

No obstante, en América Latina “la resolución de conflictos por la vía judicial (...) es una tradición sumamente arraigada, que usualmente se privilegia frente a otros mecanismos”⁶. Así, resulta de interés analizar los aportes que los órganos jurisdiccionales de los Estados pueden generar para operativizar los postulados del acceso a la justicia e impulsar la implementación de procesos de debida diligencia en Derechos Humanos por parte de las empresas. Particularmente, el presente trabajo pretende abordar la capacidad transformadora que, en este sentido, puede tener en la conducta empresarial la condena en sede judicial por daños punitivos.

¹ El presente trabajo procura evitar el sesgo de discriminación en razón del género, por lo que será escrito en lenguaje no sexista. Véase, entre muchos otros, Honorable Cámara de Diputados de la Nación Argentina, *Guía para el uso de un lenguaje no sexista e igualitario en la HCDN*.

² OCDE (2018), *Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable*, p. 80.

³ ONU (2011), *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, remediar y respetar’*. Nueva York y Ginebra. HR/PUB/11/04, p. 28.

⁴ UNGA (2018), *La debida diligencia de las empresas en materia de derechos humanos – prácticas emergentes, desafíos y perspectivas futuras*. UN Doc A/73/163, p. 5.

⁵ Wegher Osci, Florencia Soledad (2022). A remediation system is only as strong as its weakest link: challenges and opportunities for Argentina’s National Contact Point, Nova Centre on Business, Human Rights and the Environment Blog.

⁶ Cantú Rivera, Humberto (2022). La reparación en el ámbito de los derechos humanos y las empresas. Cantú Rivera, Humberto (Editor), *Experiencias Latinoamericanas sobre reparación en materia de empresas y derechos humanos*. Bogotá, Colombia: Fundación Konrad Adenauer, p. 14.

II. Mecanismos de reparación

Dentro de los instrumentos internacionales centrales en materia de EDH que regulan la expectativa de conducta de las empresas, los PRNU buscan ordenar la actividad empresarial y su impacto sobre los derechos humanos. En ese sentido, el acceso a mecanismos de reparación eficaces es un componente fundamental de los PRNU, encontrándose presente en sus tres pilares y previendo pautas de conducta claras tanto para los Estados (PRNU 1, 25) como las empresas (PRNU 22). En particular, es el tercer pilar de los PRNU el que refiere al acceso a estos mecanismos de reparación y, a su vez, “el que se enfrenta a mayores retos de contribución expresa ante la amplia existencia de procedimientos civiles, penales, administrativos y constitucionales in *foro doméstico*”⁷ por tratarse del pilar olvidado⁸.

De esta manera, el acceso a la justicia como derecho humano fundamental, “no se agota con el ingreso de las personas a la instancia judicial, sino que se extiende a lo largo de todo el proceso”⁹; y, más aún, incluye el reconocimiento de los rubros que componen la indemnización y su cuantificación. Por ello, es pertinente destacar que, pese a que los países de América Latina no han generado grandes avances en el desarrollo de leyes de debida diligencia¹⁰, ciertos tribunales han tenido en cuenta el marco EDH para fundamentar sus decisiones¹¹. A este respecto, es relevante para la región analizar la forma en que determinados mecanismos pueden ser utilizados por quienes juzgan con un enfoque de derechos humanos, para así impulsar la agenda EDH. Para ello, partimos desde la experiencia argentina en la aplicación de la figura del daño punitivo, a fin de pensar la forma en que puede extrapolarse la experiencia nacional a otras jurisdicciones de la región.

⁷ Cantú Rivera, Humberto (2022). Los aportes judiciales latinoamericanos a la agenda de derechos humanos y empresas. Cufre, Denisse Yanil & Wegher Osci, Florencia Soledad (Coordinadoras), *Empresas y Derechos Humanos en y para Argentina*. Tomo 2022-B, La Ley, p. 14.

⁸ UNGA (2021), A/HRC/47/39, párrs. 92 et ss., citado por Cantú Rivera, Humberto (2022), *ibidem*.

⁹ OEA (2011), *Garantías para el acceso a la justicia. El rol de los defensores públicos oficiales*. AG/RES. 2656 (XLI-O/11), p. 1.

¹⁰ Los mayores avances, tanto en leyes sectoriales como generales, se han visto en el continente europeo. Para su análisis ver Bernaz, Nadia (2022). Debida diligencia obligatoria en derechos humanos y ambiente. Tendencias y lecciones desde Europa. Cufre, Denisse Yanil & Wegher Osci, Florencia Soledad (Coordinadoras), *op. cit.*, pp. 3-5.

¹¹ Un análisis del tema puede verse en Debevoise and Plimpton (2021), *UN Guiding Principles on Business and Human Rights at 10. The Impact of the UNGPs on Courts and Judicial Mechanisms*, pp. 125-163.

III. Daño Punitivo

La multa civil o sanción punitiva disuasiva aparece como un instituto que, bien utilizado, cuenta con el potencial para generar incentivos suficientes para que las empresas implementen procesos de debida diligencia, a la par que revisen y adecuen su participación en los mecanismos de reparación estatales y el desarrollo de sus mecanismos corporativos.

El daño punitivo consiste en una suma dineraria suplementaria o independiente de la indemnización compensatoria que le pudiera corresponder a la víctima para reparar los daños sufridos. Tiene por finalidad castigar una grave inconducta, hacer desaparecer los beneficios obtenidos a través de ella y prevenir su reiteración en el futuro¹². Con esta figura “se trata de desbaratar la perversa ecuación que aconseja dejar que se produzca un perjuicio pues, en sí, resulta más económico repararlo en los casos singulares que prevenirlo para la generalidad”¹³. De esta forma, es cuando las empresas actúan guiadas por esa lógica, despreocupándose –con dolo o, al menos, culpa grave– por la adopción de mecanismos para prevenir los daños o repararlos legítimamente, que la multa civil se torna procedente¹⁴.

El instituto tiene su origen en el *common law*, si bien han sido pocos los países del derecho continental que han receptado la figura, “ello no implica, sin embargo, que la academia de estas jurisdicciones no los hayan discutido. Por el contrario, la posibilidad de ‘transplantar’ la institución a ciertos ordenamientos del *civil law* ha generado debates vigorosos en América Latina”¹⁵.

Argentina es el único país latinoamericano que los ha regulado expresamente en su legislación, para litigios de consumidores y en su ley de defensa de la competencia¹⁶. Aún más, existe jurisprudencia que ha aplicado la figura en materia ambiental¹⁷ y laboral¹⁸. Por otro lado, en Uruguay existió un proyecto de ley para su incorporación¹⁹ que no logró aprobarse. En México²⁰ y Perú²¹, se ha reconocido su aplicación por vía jurisprudencial. Otros países de la

¹² Pizarro, Ramón Daniel & Vallespinos, Carlos Gustavo (2017), *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo I, Argentina, Santa Fe: Rubinzal Culzoni, pp. 862-863.

¹³ Fundamento 15 del proyecto de ley iniciado ante la Honorable Cámara de Diputados de la Nación Argentina (expte. 1061-D-2006).

¹⁴ Irigoyen Testa, Matias (2021). Fórmula de daños punitivos: una explicación detallada. *Cuantificación del daño*, Revista de Derecho de Daños, Tomo 2, Argentina, Santa Fe: Rubinzal Culzoni, p. 168.

¹⁵ Martínez Alles, María Guadalupe (2019). Punitive Damages: Reorienting the Debate in Civil Law Systems. *JETL*. 10(1), p. 74.

¹⁶ Artículos 52 bis, Ley 24.240 y 64, Ley 27.442, respectivamente.

¹⁷ Cámara Civil y Comercial, Junín (19/11/2015). “Décima, Julia G. y otros c. Productos de Maíz SA (Ingredión Argentina SA) s. Daños y perjuicios”. La Ley, 2016-A.

¹⁸ Tribunal del Trabajo Nº 4, Morón (19/10/2021), “Muñoz Jorge Alberto c/ Membrana Alumantec S.R.L y Otro/A s/despido”.

¹⁹ Recuperado de <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/100428>.

²⁰ Resolución del amparo directo 30/2013 y su relacionado 31/2013 según lo estableció la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, citado por Cantú Rivera, Humberto (Coordinador) (2022). México. Cantú Rivera, Humberto (Editor), op. cit., p. 331.

²¹ V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional, citado por Cieza Mora, Jairo (2020). Breve aproximación de los denominados Daños Punitivos: Una mirada desde el Derecho Civil y el Derecho Laboral. *Gaceta Civil y Procesal Civil*, Tomo 90, pp. 35-36.

región, si bien no los reconocen expresamente, sí tienen en cuenta sus elementos para la cuantificación del daño moral, como Colombia²² y Brasil²³. En Chile, al tener un sistema jurídico en “extremo legalista y formalista”²⁴, se complejiza la posibilidad de la utilización del mecanismo. Por su parte, en Ecuador, esta figura “no se encuentra prevista en el ordenamiento jurídico”²⁵.

IV. Implicancias de condenar por daños punitivos con un enfoque EDH

Si pretendemos que los daños punitivos tengan un impacto real en el accionar futuro de la empresa condenada, su cuantificación es de gran relevancia a los fines de evitar tanto la sobredisuación como la infradisuación. Si se fija una suma muy excesiva, se le impondrá a la empresa la adopción de precauciones que no son socialmente deseables y que pueden distorsionar o modificar innecesariamente el proceso de priorización²⁶ que esté llevando adelante, o generar aumentos de precios y distorsión de los mercados. Mientras que la infradisuación puede llevar a que la indemnización sea insuficiente para disuadir al proveedor en su conducta²⁷.

Pero, ¿cómo puede estimarse el monto que tendrá la virtualidad suficiente para generar un cambio en la conducta de la empresa? En este camino aparece como respuesta favorable la utilización de fórmulas matemáticas para el cálculo²⁸, que tengan esencialmente en cuenta las probabilidades que la empresa tiene de ser condenada por la indemnización compensatoria de daños provocados (PC) y de ser sentenciada por daños punitivos (PD), junto con otras variables. El uso de una fórmula proporciona pautas objetivas y racionales para justificar los montos de las condenas. A su vez, tiene la potencialidad de impulsar un cambio en el accionar de las empresas, dado que las sumas indemnizatorias que resultan del cálculo hacen que ya no sea económicamente viable dañar, logrando que los regímenes estén “acompañados de consecuencias que sean lo suficientemente fuertes como para garantizar que una masa crítica de los negocios que cubren incorporen los DDHH en la estrategia comercial y la gestión de riesgos”²⁹.

²² García Matamoros, Laura Victoria & Arévalo Ramírez, Walter (2019). Desarrollos recientes sobre daños punitivos en el derecho continental, en el common law, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en el derecho internacional. *Revista de Derecho Privado*. Universidad Externado de Colombia, N° 37, pp. 191-194.

²³ da Rocha, Maria Vital; Mendes, Davi Guimarães (2017). Da indenização punitiva: análise de sua aplicabilidade na ordem jurídica brasileira. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, Ed. RT, vol. 12. ano 4. pp. 211-252.

²⁴ Schönsteiner, Judith & Parra, Alejandra (Coordinadoras) (2022). Chile. Cantú Rivera, Humberto (Editor), op. cit., p. 181.

²⁵ Perhavec Oviedo, Gabriela (Coordinadora) (2022). Ecuador. Cantú Rivera, Humberto (Editor), op. cit., p. 275.

²⁶ OCDE (2018), op. cit., pp. 46-49.

²⁷ Cámara Civil, Comercial y de Minería de San Juan, Sala 2 (2019). “Maldonado, Miguel Ángel c/ Garbarino s/ Ordinario”.

²⁸ La fórmula más difundida para el cálculo de daños punitivos puede verse en Irigoyen Testa, Matías (2012). Cuantificación de los daños punitivos: una propuesta aplicada al caso argentino. Castillo Cadena, Fernando & Reyes Buitrago, Juan (coordinadores), *Relaciones contemporáneas entre derecho y economía*, Colombia, Bogotá: Grupo Editorial Ibañez y Universidad Pontificia Javeriana, pp. 27-61.

²⁹ Ruggie, John Gerard; Rees, Caroline & Davis, Rachel (2021). Ten Years After: From UN Guiding Principles To Multi-Fiduciary Obligations. *Business and Human Rights Journal*, p. 14.

Así, a las empresas les resultaría redituable implementar procesos de debida diligencia, tener una participación activa en los mecanismos estatales de reparación y robustecer sus propios mecanismos corporativos. Ello, por cuanto si durante el proceso judicial la entidad puede demostrar que lleva adelante una gestión del riesgo basada en los derechos humanos, se la eximiría de una condena por daño punitivo. De esta forma, al “reconocer los esfuerzos de aquellas empresas que demuestran que están tomando medidas significativas para cumplir con el estándar”³⁰, los requisitos para su aplicación no estarían dados, ya que “el hecho de que una empresa aborde con seriedad y exhaustividad la debida diligencia en materia de derechos humanos puede ser determinante para moderar la sanción. Ello no será siempre pertinente (p. ej., cuando la reparación sea de carácter exclusivamente compensatorio), pero sí (...) en los casos civiles en que los “daños punitivos” formen parte del conjunto de medidas de reparación”³¹.

Una valiosa virtud que tiene el uso de fórmula matemática es que en ella se pueden incorporar al análisis las particulares situaciones de las víctimas. La variable “PC” puede modificarse y traducirse en menores posibilidades de acceso a la justicia³² cuando las afectadas sean personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad o marginación, ya que “se enfrentan a obstáculos adicionales en la búsqueda de acceso a reparaciones efectivas”³³. La fórmula tiene la capacidad de tener en cuenta las particulares situaciones en que se encuentran las mujeres, grupos LGBTIQ+, pueblos originarios, personas afectadas por conflictos, personas mayores, en contextos de movilidad humana, con discapacidad, personas defensoras de derechos humanos, pudiendo tener en cuenta un enfoque interseccional.

De esta forma, se evita que “la gran mayoría de las demandas civiles relacionadas con la participación de empresas en graves abusos contra los derechos humanos se inici[en] en los tribunales de los Estados Unidos” debido a la “potencialidad de las generosas compensaciones y la posibilidad de, si tienen éxito, ser resarcidos por daños compensatorios y punitivos”³⁴, con los inconvenientes que ello conlleva³⁵.

En casos con elementos multinacionales, uno de los grandes inconvenientes ha sido el uso de la figura del *forum non conveniens*. Ciertas legislaciones latinoamericanas han dado respuesta a este problema previendo en sus normas internas que, cuando se aplica el instituto por parte de quienes juzgan en Estados Unidos, los tribunales del domicilio de las víctimas puedan aplicar el derecho de aquel país, incluyendo la figura del daño punitivo. Tal es el caso del artículo 12 de la Ley N° 364 de Nicaragua, que ha recurrido a dicha regulación para alterar “las leyes aplicables a ciertos juicios llevados a cabo en Nicaragua debido a la barrera impuesta por la doctrina del *forum non conveniens*”³⁶.

³⁰ Ruggie, John Gerard; Rees, Caroline; Davis, Rachel (2021), ibidem.

³¹ UNCHR (2018), Improving accountability and access to remedy for victims of business-related human rights abuse: The relevance of human rights due diligence to determinations of corporate liability. A/HRC/38/20/Add.2, p. 9.

³² Lo que genera que el resultado indemnizatorio final aumente.

³³ UNGA (2017), Acceso a recursos efectivos bajo los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: aplicación del Marco de las Naciones Unidas de proteger, respetar y remediar. A/72/162, p. 10.

³⁴ Zerk, Jennifer (2013), Corporate liability for gross human rights abuses: Towards a fairer and more effective system of domestic law remedies, p. 94, y su análisis de casos.

³⁵ Ver Zerk, Jennifer (2013), ibidem; y Taylor, Mark; Thompson, Robert & Ramasastry, Anita (2010), Overcoming Obstacles to Justice. Improving Access to Judicial Remedies for Business Involvement in Grave Human Rights Abuses.

³⁶ All, Paula Maria; Iud, Carolina & Rubaja, Nieve (2019). Repensando la conveniencia del “forum non conveniens”. La Ley, p. 8 y cita 55.

Finalmente, el Estado, en su faz administrativa y con la finalidad de determinar correctamente los valores de las variables, tiene un rol de suma relevancia, ya que es el encargado de la producción de estadísticas necesarias a las cuales pueda recurrirse a la hora de juzgar. Con todo ello, se busca que los Estados “establezcan mecanismos eficaces de reclamación que puedan ofrecer reparaciones efectivas”³⁷.

V. Cierre

Incorporar la regulación de una teoría integral de daños punitivos por parte de los Estados de América Latina y el Caribe, con las características analizadas, puede tener la capacidad de impulsar la adecuación de la conducta empresarial a los estándares EDH. A su vez, la sanción punitiva sirve para robustecer los sistemas de justicia de los países de la región y el acceso de las víctimas a los mecanismos de reparación.

Simultáneamente, al otorgar mayores montos indemnizatorios, se sortea un obstáculo financiero para el acceso a la justicia dado que se evita que “la demanda civil no result[e] financieramente viable”³⁸. Para que esto suceda, es necesario que los montos otorgados en concepto de daños punitivos sean lo suficientemente representativos, lo que se logra mediante el uso de una fórmula que tenga en cuenta las particulares situaciones de vulnerabilidad de las víctimas. Esta tendencia se observa en aquellas resoluciones judiciales que tienen especialmente en cuenta el marco EDH como referencia interpretativa para fundamentar la condena por daños punitivos y que abordan el vínculo existente entre la debida diligencia y los mecanismos de reparación³⁹.

La ventaja empresarial consistirá en adoptar procesos de gestión del riesgo en Derechos Humanos; que si bien no las eximirá de responder ante eventuales daños que puedan ocasionar en sus propias actividades o de su cadena de suministro⁴⁰, sí podría dispensarlas de la condena por daños punitivos.

³⁷ UNGA (2017), op. cit., p. 8.

³⁸ Taylor, Mark; Thompson, Robert & Ramasastry, Anita (2010), op. cit., p. 22.

³⁹ Ver las dos recientes sentencias de la titular del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial N° 1, en lo Civil y Comercial de la Primera Nominación de Santa Fe. “Valenzuela, Silvina Marina c/ Telecom Argentina S.A. s/ Ordinario” (25/04/2022), AR/JUR/51069/2022, y “Cantisani, Aldana María c/ Assist Card Argentina SA de Servicios s/ Sumarísimo” (03/06/2022).

⁴⁰ Para un análisis exhaustivo ver Bonnitche, Jonathan & McCorquodale, Robert (2017). The Concept of ‘Due Diligence’ in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights., *EJIL*, Vol. 28 No. 3, pp. 899–919; Ruggie, John Gerard & Sherman, John F. (2017). The Concept of ‘Due Diligence’ in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Reply to Jonathan Bonnitche and Robert McCorquodale., *EJIL*, Vol. 28 No. 3, pp. 921–928 y Bonnitche, Jonathan & McCorquodale, Robert (2017). The Concept of ‘Due Diligence’ in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Rejoinder to John Gerard Ruggie and John F. Sherman, III. *EJIL*, Vol. 28 No. 3, pp. 929–933.



CATEGORÍA MENCIONES DE HONOR



Estudiantes de grado bachiller-pregrado
y recientes graduados

A

**Sharon Nudelman
Bastidas y
David Santiago
Hoyos Daza**

Universidad del Rosario



Mención de honor

El impacto de los incentivos para vincular mujeres en las compras públicas y en la dirección de las entidades corporativas en Colombia

**Sharon Nudelman Bastidas y
David Santiago Hoyos Daza**

Universidad del Rosario
Clínica Jurídica contra la Violencia Intrafamiliar y de Género, Comité de Investigación.
Consultorio Jurídico de la Facultad de Jurisprudencia

La inclusión de las mujeres en la actividad económica se ha incorporado con mayor determinación en la agenda mundial de los últimos tiempos, con la finalidad de combatir la desigualdad de género, los techos de cristal y los prejuicios de género que se presentan en la adjudicación de contratos estatales y en la contratación en altos cargos en grandes empresas corporativas. En el caso colombiano, por una parte, han surgido normas sobre incentivos para la inclusión de las mujeres en las compras públicas y, por otra parte, el Gobierno Nacional ha buscado incentivar la presencia de mujeres -y otros grupos sociales- en altos cargos al interior de las empresas a través del surgimiento de las Sociedades de Beneficio e Interés Colectivo (BIC).

En relación con estos incentivos, resulta válido reflexionar acerca de su impacto en el ámbito de la igualdad material de género. Dentro de este marco, el presente ensayo responde al siguiente interrogante: **¿La inclusión de incentivos para integrar a las mujeres en las compras públicas y en la dirección de entidades corporativas ha contribuido a la igualdad de género en Colombia?**

Según el informe titulado *“Mujeres y hombres: brechas de género en Colombia”*, presentado por el DANE en septiembre de 2020, en Colombia existen brechas muy marcadas entre hombres y mujeres, en ámbitos como la participación en la economía nacional, la vinculación en cargos públicos y la violencia física y sexual. Esta brecha tuvo un efecto doble con ocasión de la pandemia del Covid-19 que afectó al mundo y al país.

De otra parte, de acuerdo con la Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH - 2018), el 50% de las mujeres colombianas en edad de trabajar, es decir, aquellas mayores de 18 años de edad, no hace parte de la fuerza laboral. Aunque la Tasa Global de Participación (TGP) de las mujeres creció 6,7 puntos de 2008 a 2019, pasando del 46,4% al 53,1%, la brecha con relación a los hombres es todavía de 20,8 puntos (73,9% de ellos son parte de la fuerza laboral). Además, la TGP de las mujeres se ha mantenido prácticamente sin cambios desde 2012 (DANE, 2020, p. 9).

Igualmente, **“la brecha en la TGP entre mujeres urbanas (56,7%) y rurales (39,1%) es amplia, de casi 18 puntos. En los departamentos, la variación en la participación económica de las mujeres se traduce en tasas que van desde el 31,1% en Chocó hasta el 62,7% en Bogotá”** (Ídem).

Los siguientes gráficos permiten visualizar las brechas entre hombres y mujeres en las cabeceras del país y el sector rural, así como la discriminación a nivel territorial:

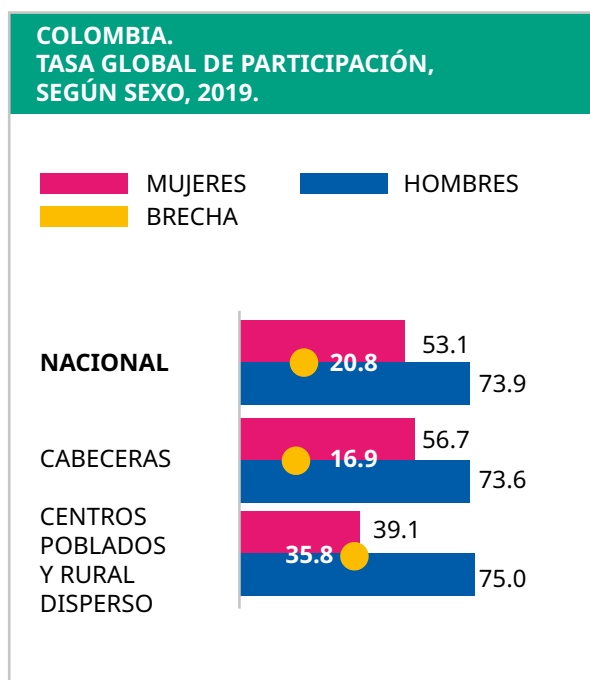


Figura 1. TGP según sexo, a nivel nacional, cabeceras y centros poblados y rural disperso, 2019.

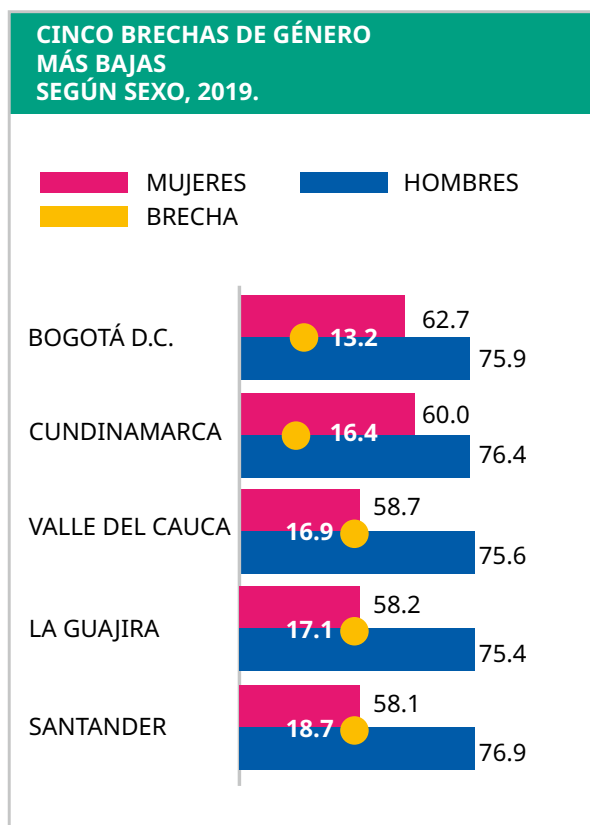


Figura 2. según sexo, en las 5 ciudades con menor brecha de género, 2019.

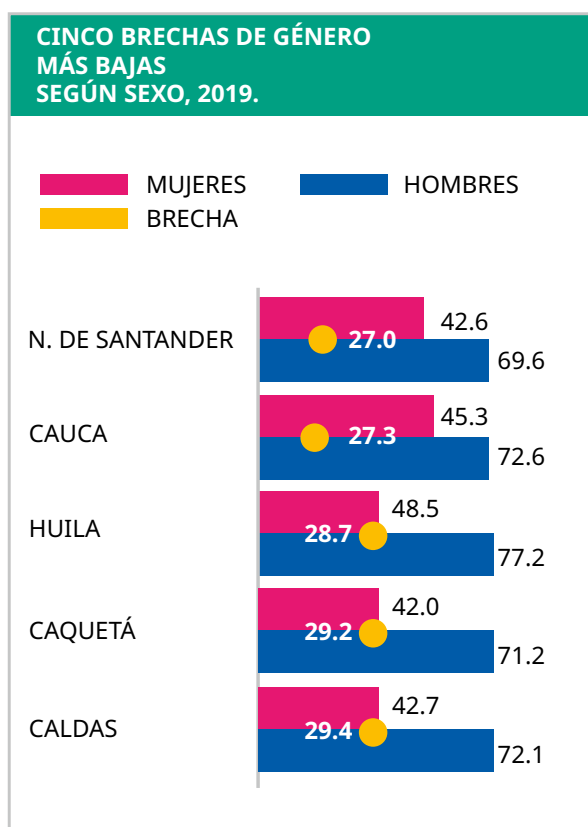


Figura 3. TGP según sexo, en las 5 ciudades con mayor brecha de género, 2019.

Las gráficas anteriores permiten evidenciar la brecha de género en Colombia. Para delimitar el análisis de esta al ámbito de las compras públicas y el derecho corporativo, es necesario tener un panorama general de cómo se presenta la desigualdad de género en el país, partiendo de la participación de las mujeres y de los hombres en el mercado laboral, y por ende, en la actividad económica del país.

1. Compras públicas inclusivas

La promoción de la participación de la mujer en los escenarios de la contratación pública ha sido parte fundamental de los objetivos implementados en las agendas gubernamentales durante los últimos años, como respuesta a los desafíos que impone una sociedad cada vez más globalizada y con relaciones sociales cada vez más complejas. Sobre este punto, el Banco Interamericano de Desarrollo ha resaltado que:

“ La promoción de los grupos vulnerables constituye una de las banderas del desarrollo sostenible de los países, siendo los intereses de las mujeres un punto relevante en las agendas gubernamentales, en términos de acceso a la educación, igualdad en el empleo, acceso a posiciones de poder, mejoramiento general de su calidad de vida y participación en la economía (2018, p. 7). ”

En este orden de ideas, es fundamental tener presente que existe una cantidad considerable de pequeñas y medianas empresas lideradas por mujeres, por lo cual su inclusión en el sistema de compras públicas también coadyuva al desarrollo y crecimiento económico nacional y regional, traduciéndose a su vez, en mayores posibilidades de empleo formal. Para efectos de cuantificar esta representación en el mercado, es procedente resaltar que, **para el caso de América Latina y el Caribe, “(...) hay aproximadamente 1,2-1,4 millones de Pequeñas y Medianas Empresas (PyME) propiedad de mujeres o dirigidas por ellas, y las mujeres administran 25%-43% de las microempresas y pequeñas empresas y 26%-29% de las empresas medianas.” (Ídem).**

Sin embargo, son varias las barreras y obstáculos específicos que enfrentan las mujeres para lograr un acceso efectivo al sistema de compras públicas a nivel internacional, entre los cuales se encuentran: acceso al capital financiero y garantías subsidiarias, gestión y uso del tiempo, acceso al capital social, tamaño de sus empresas, autopercepción sobre su capacidad de aplicar y ganar, prejuicios de género de quienes deciden el otorgamiento de contratos, percepciones negativas o de poca transparencia, entre otros (Virgilí, Dalia., 2020). Es por esto que, los distintos gobiernos han identificado la necesidad de implementar acciones afirmativas que propendan por una verdadera inclusión de las mujeres, bien sea a través de su legislación nacional o mediante incentivos entregados por las mismas empresas.

En el caso colombiano, el panorama no es del todo alentador. Con respecto a la legislación existente en materia de contratación pública, la Corporación Transparencia por Colombia en alianza con ONU Mujeres (2019) señaló que:

A pesar de que en Colombia se cuenta con un desarrollo normativo que allana el terreno para promover la inclusión, la superación de las inequidades y la participación de las mujeres en diversos ámbitos públicos y privados, en la práctica todavía hace falta materializar iniciativas concretas que promuevan la participación de las mujeres en el sistema de contratación y compras públicas (p. 11).

Por esta razón, estas organizaciones, con el objetivo de diseñar una ***Hoja de Ruta para Incentivos de Género en la Contratación Pública y Lista de Chequeo, en cada etapa de o sector del Ciclo de Contratación Pública para Incentivar la Participación de la Mujer***, proponen aplicar los incentivos y el enfoque de género en tres modalidades de selección específicas. Bajo este entendido:

“ (...) la oportunidad de realizar la inclusión de criterios de género se presenta en las modalidades de selección donde se evalúan criterios adicionales al precio, como es el caso de la Licitación Pública, la Selección Abreviada y el Concurso de Méritos, así mismo, la aplicación del criterio de género deberá ser evaluado en la etapa precontractual, ya que es específicamente en los estudios previos donde se establecen los criterios de selección del proponente (Ibidem, p. 21). ”

Con esto en mente, y en aras de contrastar la información recolectada en la literatura y en algunos convenios nacionales e internacionales con la realidad colombiana, en términos de una inclusión material y tangible frente a la participación de la mujer en el mercado, en este análisis se hace revisión de la Ley 2069 de 2020 y otras normas, y su materialización en los contratos celebrados por las autoridades departamentales y sus políticas de contratación con enfoque de género.

Respecto de la Ley 2069 de 2020 ***“Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia”***, es procedente resaltar que en el Parágrafo del artículo 19 se brinda un incentivo a las Mipymes del sector agropecuario que incluyan mujeres del sector rural. En este sentido, la norma dispone que:

“ Los emprendimientos que tengan en su mayoría la participación de mujeres rurales tendrán prioridad en los programas y serán candidatos a acceder a recursos no reembolsables provenientes de fondos especiales destinados a su promoción y fortalecimiento. Así mismo, dentro de su capacitación se incluirán temas de liderazgo y empoderamiento femenino. ”

Por otro lado, el artículo 35-2, amplía la lista de factores de desempate que deberán cumplir las entidades estatales en sus procesos de contratación, sin perjuicio de la modalidad de contratación seleccionada, entre los cuales, se incluye la inclusión de mujeres cabeza de familia:

“ 2. Preferir la propuesta de la mujer cabeza de familia, mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar o de la persona jurídica en la cual participe o participen mayoritariamente; o, la de un proponente plural constituido por mujeres cabeza de familia, mujeres víctimas de violencia intrafamiliar y/o personas jurídicas en las cuales participe o participen mayoritariamente.”

Adicionalmente, el Decreto Distrital No. 332 del 29 de diciembre de 2020, proferido por la alcaldesa Claudia López, en el ejercicio de sus facultades legales y constitucionales, dispuso algunas acciones afirmativas para lograr una vinculación efectiva de las mujeres en la contratación pública que se adelante en la capital. Es así como el artículo 3 del Decreto señala unos porcentajes mínimos de mujeres que deberían estar vinculadas a los contratos o convenios ejecutados en la ciudad, de manera progresiva y diferenciada por rama. Asimismo, el artículo señala que en caso de que una entidad no pueda cumplir con los porcentajes para las fechas señaladas, deberá consignar tal observación en los pliegos de condiciones y estudios previos, justificando técnicamente las razones por las cuales le es imposible su cumplimiento.

Ahora bien, con el propósito conocer el impacto de lo dispuesto en el artículo 35-2 de la Ley 2069 de 2020, se consultó a cada una de las 32 Alcaldías del territorio nacional, junto con la Gobernación de Cundinamarca, vía derecho de petición, sobre el número de contratos estatales celebrados entre el año 2019 y los días transcurridos en el año 2022 en los que se tuvo en cuenta alguno(s) de los factores de desempate contenidos en el citado artículo, así como las acciones afirmativas desplegadas para promover la inclusión de las mujeres en sus procesos de contratación, el resultado no es alentador.

Aunado a este envío masivo de peticiones a los entes descentralizados, se consultó a la Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer, como órgano adscrito a la Presidencia de la República, sobre los resultados del Fondo Mujer Emprende y las acciones afirmativas que se han desplegado desde el orden nacional para lograr una mejor vinculación de las mujeres en las compras públicas. La respuesta oficial demostró un avance en materia de equidad de género que se materializó en iniciativas como la inclusión del Pacto por la Equidad de la Mujer dentro del Plan Nacional de Desarrollo 2018 - 2022, la coadyuvancia de la Consejería en la redacción y socialización de la Ley 2069 de 2020, o el diseño de un plan piloto de intervención para mujeres rurales en las compras públicas en los departamentos

de Boyacá, Huila, Meta y Nariño, con apoyo de organizaciones como ONU Mujeres.

Aun así, al día de la presentación de este ensayo, se han recibido apenas 17 respuestas a los Derechos de Petición radicados, en los cuales menos del 30% de las entidades consultadas, remitieron información detallada y de fondo sobre acciones afirmativas concretas e innovadoras implementadas para promocionar la inclusión de la mujer en sus procesos contractuales.

Las respuestas obtenidas, con algunas excepciones, demuestran la ausencia de políticas claras de inclusión de la mujer en el campo más allá del simple acatamiento de lo dispuesto en la ley, como también una baja participación de empresas lideradas por mujeres, llevando a considerar otros fenómenos como la falta de información y de medidas de promoción y vinculación de mujeres en el entorno empresarial.

2. Responsabilidad corporativa a través de las sociedades BIC.

La igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres y las niñas se ha convertido en un objetivo mundial cuando los Estados miembros de las Naciones Unidas incluyeron la igualdad de género dentro de los objetivos de desarrollo sostenible argumentando que la igualdad es un derecho humano fundamental y es un pilar necesario para construir un mundo pacífico, próspero y sostenible (Naciones Unidas, 2020).

Para lograr el cumplimiento del objetivo mencionado, la concepción de las Sociedades y las empresas ha evolucionado. Anteriormente se consideraba que la única finalidad de estas organizaciones era producir y repartirse utilidades entre los asociados. Sin embargo, dicha finalidad ha sido ampliada y ha cambiado el enfoque teniendo en cuenta que la responsabilidad corporativa donde es necesaria la inclusión y la diversificación de las grandes corporaciones. Es así como en Colombia surgieron las Sociedades de Beneficio e Interés Colectivo en el 2018 dando inicio a una nueva generación de empresas donde existe unidad entre el desarrollo de sus actividades comerciales y económicas, y la ejecución de conductas que generan un bienestar general para la humanidad, de conformidad con la Doctora Yira López: ***“las sociedades BIC son una expresión de un enfoque social, ambiental y ético del derecho societario”*** (López Yira, 2021, p. 158).

Por lo tanto, la adopción de la condición BIC no está relacionada con algún incentivo económico o beneficio tributario que pueda generarse, la finalidad para adoptar dicha condición está vinculada con la creación de una comunidad de accionistas y directivos que desarrollen una actividad económica con una responsabilidad social real y tangible. A pesar

que todas las Sociedades tienen dicha obligación, a través de las Sociedades BIC se hace una distinción entre las sociedades donde se puede identificar quienes se hacen reconocer como entidades social y ambientalmente responsables.

Las Sociedades BIC requieren un compromiso estatutario, específicamente en el objeto social, por parte de los asociados para adoptar la condición de **“Beneficio e Interés Colectivo”**, es decir, se necesita agregar en el objeto social al menos una de las actividades enunciadas en el Decreto Reglamentario dentro de las cuales se encuentra la siguiente actividad: **“Expandir la diversidad en la composición de las juntas directivas, equipo directivo, ejecutivo y proveedores, con el fin de incluir personas pertenecientes a distintas culturas, orientaciones sexuales, capacidades físicas heterogéneas y de género, minorías étnicas, creencias religiosas diversas”** (Decreto 2046 de 2019).

La actividad anteriormente citada es relevante para la consecución de la igualdad de género. De conformidad con el The Deloitte Global Center for Corporate Governance, realizado en 2019, se evidenció que en Colombia solamente el 16.6% de los miembros de las Juntas Directivas son mujeres y el 8.6% de los presidentes de las Juntas Directivas son Mujeres (Deloitte, 2019). Asimismo, un estudio realizado por el Colegio de Estudios Superiores de Administración (CESA) en el 2019 evidenció que en las sociedades emisoras de valores el 17% de los miembros de las Juntas Directivas son mujeres (Trujillo, María Andrea, y Guzmán, Alexander, 2019).

Sin embargo, de acuerdo con el informe especial realizado por la Superintendencia de Sociedades sobre equidad de género en posiciones de liderazgo de la sociedades colombianas, se evidenció que en el 2019 el 23.61% de los miembros de las Juntas Directivas son mujeres y que el porcentaje de miembros de Juntas Directivas mujeres disminuye entre mayor tamaño sea la sociedad.

En ese orden de ideas, la Superintendencia de Sociedades anualmente presenta un informe de buenas prácticas empresariales donde se evidenció lo siguiente (Supersociedades, 2019-2020):

AÑO	2017	2018	2019	2020
Porcentaje de sociedades que tienen uno o más mujeres en la Junta Directiva	57.14%	57.82%	58.46%	62.99%

Tabla 1. Resultado del informe de buenas prácticas empresariales de la Superintendencia de Sociedades.

A partir de los porcentajes enunciados en la tabla, es evidente que ha aumentado la presencia de las mujeres en las Juntas Directivas a lo largo de los últimos años, pero el informe presentado por la Superintendencia de Sociedades no indica cuantas de estas sociedades adoptaron la condición BIC, por lo tanto, vale la pena preguntarse: ¿la creación de las sociedades BIC ha tenido alguna incidencia en el aumento de mujeres en las Juntas Directivas durante los últimos años?

No ha sido posible resolver el interrogante planteado teniendo en cuenta que no existen bases de datos suficientes relacionadas con las Sociedades BIC, no se ha creado un registro público donde sea sencillo identificar las sociedades de Beneficio e Interés Colectivo ni tampoco identificar cuáles son los compromisos que han sido adquiridos para determinar si se adoptó alguna actividad relacionada con la igualdad de género.

Conclusión

A manera de conclusión, es posible indicar que los incentivos que han sido creados por el Gobierno Nacional relacionado con la promoción de la mujer en el sistema de compras públicas y en la composición de las entidades corporativas, no necesariamente son generadores de una verdadera igualdad de género, incluso, pueden no estar aportando lo suficiente para cumplir con el objetivo mundial incluido por los Estados miembros de las Naciones Unidas.

Con respecto a la contratación pública desde los entes territoriales, la legislación nacional es aparentemente garantista y fomenta el emprendimiento y las empresas lideradas por mujeres, mediante la inclusión de factores de desempate con enfoque de género, donde las mujeres del sector rural y las víctimas de violencia intrafamiliar juegan un rol esencial. Sin embargo, en la práctica, siguen existiendo dudas frente a la materialización de estos incentivos, vista la ausencia de proponentes mujeres en los contratos celebrados en los últimos cuatro años, y la ausencia de estrategias claras y acciones afirmativas coherentes que propendan por la consecución de procesos contractuales con enfoque de género.

En el caso de las sociedades BIC, la información recolectada por los diferentes estudios realizados por la Superintendencia de Sociedades y otras entidades demuestran un aumento de mujeres como miembros de Juntas Directivas, sin embargo, no se ha identificado cuál es la razón de dicho aumento y si efectivamente las Sociedades BIC han tenido alguna injerencia en la disminución de la brecha de género en las entidades corporativas. Es por esto que se hace relevante realizar un seguimiento a las sociedades que adoptan esta condición, es decir, que la Superintendencia de Sociedades haga una veeduría real para poder identificar si realmente están cumpliendo con su labor o si, por el contrario,

los empresarios únicamente están adoptando esta condición para tener el signo distintivo sin realmente estar generando un cambio y un aporte a la sociedad.

Referencias

- **Banco Interamericano de Desarrollo. (2018). Promoción de la mujer en las compras públicas.**
2022, julio 19, de Inter-American Development Bank. Sitio web:
<https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Toolkit-Promoci%C3%B3n-de-la-mujer-en-las-compras-p%C3%BAblicas.pdf>
- **Congreso de Colombia. (2020). Ley 2069 del 31 de diciembre de 2020. 2022,**
julio 20, de Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. Sitio web:
<https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%202069%20DEL%2031%20DE%20DICIEMBRE%20DE%202020.pdf>
- **DANE. (2020). MUJERES Y HOMBRES: BRECHAS DE GÉNERO EN COLOMBIA. 2022,**
julio 19, de DANE. Sitio web:
<https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/genero/publicaciones/mujeres-y-hombre-brechas-de-genero-colombia-resumen-ejecutivo.pdf>
- **Deloitte. (2019). Women in the boardroom**
A global perspective. Sitio web:
<https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Risk/gx-risk-wob-latin-south-america-180222.pdf>
- **Duque, I.. (2019). Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, para reglamentar las Sociedades Comerciales de Beneficio e Interés Colectivo. [Decreto 2046 de 2019]. DO: 51135.**
- **López, Claudia. (2020). Decreto 332 de 2020 Alcaldía Mayor de Bogotá, D.C.. 2022,**
julio 20, de Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.. Sitio web:
<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=104165>
- **López, Yira. (2021). Las Sociedades de Beneficio e Interés Colectivo – BIC -. La respuesta del Derecho Societario a las preocupaciones por la sostenibilidad ambiental y social. En Transformación del Derecho Comercial. Reflexiones a propósito de los 50 años del Código de Comercio (157 - 168). Tirant Lo Blanch.**

- **Naciones Unidas. (s.f.). Objetivo 5: Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas. 2022,**
julio 19, de Objetivos de desarrollo sostenible. Sitio web:
<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/gender-equality/>
- **Superintendencia de Sociedades. (2019).**
Informe de Buenas Prácticas Empresariales. Sitio Web:
<https://www.supersociedades.gov.co/Noticias/Publicaciones/Revistas/2020/INFORME-BUENAS-PRACTICAS-EMPRESARIALES-2019.pdf>
- **Superintendencia de Sociedades. (2020).**
Informe de Buenas Prácticas Empresariales. Sitio web:
<https://www.supersociedades.gov.co/Noticias/Publicaciones/Revistas/2021/Informe-Buenas-Practicas-Empresariales.pdf>
- **Transparencia por Colombia & ONU Mujeres. (2019).**
Hoja de Ruta para Incentivos de Género en la Contratación Pública y Lista de Chequeo, en cada etapa de o sector del Ciclo de Contratación Pública para Incentivar la Participación de la Mujer. 2022, julio 17, de Transparencia por Colombia. Sitio web:
https://transparenciacolombia.org.co/Documentos/Publicaciones/sistema-politico/hoja_ruta_mujeres.pdf
- **Trujillo, María Andrea. & Guzmán, Alexander. (2019). Gobierno Corporativo y Equidad de Género. CESA.**
- **Virgilí, Dalia. (2020). Perspectiva de Género en las compras públicas. Llamado a la acción. 2022,**
julio 19, de ONU Mujeres. Sitio web:
<https://lac.unwomen.org/es/digiteca/publicaciones/2020/10/ganar-ganar-perspectiva-de-genero-en-las-compras-publicas>



CATEGORÍA DESTACADOS



Estudiantes de maestría y doctorado

B

Juliana Bertholdi

Pontifícia Universidade
Católica do Paraná (PUCPR)



Destacados

AVALIAÇÕES DE LINHA BASE NA AMERICA LATINA: A PESQUISA-AÇÃO COMO ALTERNATIVA DIAGNÓSTICA FEMINISTA E DECOLONIAL

Eixo: Abordagens intersetoriais e de grupos vulneráveis

Juliana Bertholdi

Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR)

I. INTRODUÇÃO

O presente ensaio é desdobramento de reflexões realizadas durante o mestrado em Justiça, Democracia e Direitos Humanos da PUCPR, em que se pretendeu explorar as complexidades e desafios metodológicos latinoamericanos na formatação de Planos Nacionais de Ação (PNAs) em Empresas e Direitos Humanos, adotando-se a crítica decolonial e feminista às metodologias e ferramentas pré-existentes¹, cunhadas a partir dos países do Norte Global². Entende-se, no entanto, que a visão crítica deve ser adotada desde as Avaliações de Linha Base Nacionais (ALBN).

Já foi defendido que “o desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos vem sendo parcial e androcêntrico, privilegiando uma visão masculina do mundo”³. Pretende-se afirmar, no entanto, que, para além de parcial e androcêntrico, o desenvolvimento dos estudos na área de Empresas e Direitos Humanos pode ser atravessado por características coloniais. As visões feministas emprestadas à disciplina muitas vezes reproduzem um “feminismo civilizatório”, cujas pautas não necessariamente relacionam-se com as demandas mais urgentes do Sul Global⁴.

Defende-se, assim, a construção de uma metodologia própria latinoamericana, de viés decolonial e feminista, a partir de diálogos locais que permitam a construção de uma unidade normativa, desde as Avaliações de Linha Base Nacionais, atualmente formuladas a partir de metodologias essencialmente originadas no Norte Global.

¹ BERTHOLDI, J (2021). **Propostas de redação aos planos nacionais de ação latinoamericanos desde uma análise feminista**, PUCPR, Curitiba, 2021. Disponível em: <https://archivum.grupomarista.org.br/pergamumweb/vinculos/00009c/00009cf4.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2021.

² WALLERSTEIN, I (1986). The Essential Wallerstein. pp. 112-128.

³ CHARLESWORTH, H (1994). What are Women's Human Rights? In: Cook, Rebecca J.; **Human Rights of Women: National and International Perspectives**.

⁴ SECK, S. L; SIMONS, P (2019). Resource Extraction and the Human Rights of Women and Girls. **Canadian Journal of Women and the Law**. V. 31, n. 7, p. i-vii.

II. DA CONFIGURAÇÃO INDUSTRIAL LATINO-AMERICANA E SUAS CARACTERÍSTICAS ESPECIALMENTE DELETÉRIAS ÀS MULHERES

Pretende-se demonstrar, neste primeiro tópico, que as características da industrialização tardia e exploratória na América Latina (AL) gerou desafios específicos com relação às populações vulneráveis, aqui exemplificadas nas questões de Gênero.

O processo de industrialização/modernização motivado pela globalização funcionou como um grande catalizador da expansão das empresas de caráter transnacional, que se alocaram de maneira significativa na América Latina⁵.

O professor e economista Celso Furtado⁶ aloca as transformações estruturais sofridas pela periferia em virtude da instalação das empresas e capitais transnacionais em duas fases: a) a industrialização substitutiva de importações; b) a reabertura das econômicas periféricas, diversificando suas exportações e remodelando o sistema de divisão internacional do trabalho⁷.

Esta segunda fase, que Sunkel caracteriza como “desnacionalização e ‘subsidiarização’ da indústria latino-americana”⁸ potencializou as consequências negativas sofridas pelas minorias sociais locais, ao reforçar o fenômeno da divisão internacional do trabalho, relegando a AL às atividades de primários-exportadores⁹ e gerando impactos significativos na reprodução das estruturas que condicionaram a subordinação feminina latino-americana¹⁰.

Tal movimento foi largamente incentivado por benefícios fiscais, pela vulnerabilidade política e econômica local – que viabilizava a captura regulatória¹¹ e de políticas públicas¹² – e pela fiscalização mais branda em relação às violações aos Direitos Humanos¹³.

Deste modo, entende-se as mulheres latino-americanas estão sujeitas a condições de subalternização que se somam à sua condição periférica às questões de gênero,

⁵ ZUBIZARRETA, J. H (2009). **Las Empresas Transnacionales frente a los Derechos Humanos**: história de una asimetría normativa, Bilbao: Hegoa e Omal.

⁶ FURTADO, C (1981). Estado e empresas transnacionais na industrialização periférica. *Revista de Economia Política*, Vol. 1, nº1, jan/mar, 1981, p. 41-50.

⁷ BERTHOLDI, J. (2021). *Opcit.*

⁸ UNKEL, Osvaldo (2020). **Capitalismo transnacional y desintegración nacional**. Buenos Aires: Editora Nueva Vision, 1972, p.22.

⁹ FURTADO, C (1961). **Desenvolvimento e Subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura.

¹⁰ WINKEL, Heidemarie; POFERL, Angelica (2021). **Multiple Gender Cultures, Sociology, and Plural Modernities**: Re-reading Social Constructions of Gender across the Globe in a Decolonial Perspective. Nova Iorque: Routledge. p. 39.

¹¹ POSNER, R (2014). The concept of regulatory capture. In: CARPENTER, Daniel; MOSS, David. **A. Preventing regulatory capture**: Special interest influence and how to limit it. Cambridge: Cambridge University Press.

¹² SANTANO, A.C (2020). La captura de políticas públicas como obstáculo la buena administración em Brasil. In: CARBALLAL Almudena Fernández; MORANDINI, Federico; MALDONADO, Marco Aurelio González (Coord.). **La buena administración y la ética pública en el derecho administrativo**. Bogotá: Ibáñez.

¹³ JENKINS, Rhys (1984). **Transnational corporations and industrial transformation in Latin America**. Londres: The Macmillan Press. p. 5.

tornando-as um grupo especialmente vulnerável. Ainda são poucos os estudos que buscam compreender qual a natureza e extensão destas vulnerabilidades no contexto latino-americano. Há, no entanto, estudos que tangenciam o tema ao explorar o local das mulheres no contexto das atividades transnacionais de maior impacto social, com especial destaque para a indústria extrativista, as cadeias de fornecimento e os serviços públicos privatizados¹⁴.

No caso específico do extrativismo predatório, há larga produção acadêmica que dá conta das consequências deletérias para toda a sociedade que habita seu entorno, e, em especial, para as mulheres¹⁵. Dentre os maiores impactos da indústria extrativista sobre a vida das mulheres latino-americanas, destacam-se : a) a precarização do trabalho do cuidado; b) perda da autonomia financeira; c) violações do direito à alimentação e perda da soberania alimentar; d) violência intrafamiliar; e) violência sexual; f) violações do direito à saúde; g) violações do direito à participação em assuntos relativos ao meio ambiente; h) criação e aumento das redes de prostituição e escravidão sexual; i) violações do direito à terra e à propriedade; j) perda da identidade cultural e debilitação dos papéis comunitários e ancestrais das mulheres; e k) agressões e criminalização das defensoras de direitos humanos¹⁶.

Consequências similares são identificadas em outras áreas sensíveis, como a indústria das cadeias de fornecimento, que representam grande desafio na responsabilização das empresas matrizes por violações aos DH. Aponta Cantú que tal dificuldade é replicada nas diferentes áreas de atividade industrial, em setores como o automotivo, agroalimentar, têxtil e de telecomunicações¹⁷.

Tais dificuldades se exasperam quando associadas à questão de gênero, a exemplo das maquilas mexicanas, onde o número de mulheres empregadas chegou a atingir 74%¹⁸. Como aponta Salzinger, tal integração foi baseada em estereótipos construídos sobre relação com o trabalho feminino e a natureza dos processos de produção de mão-de-obra intensiva, as habilidades de trabalho manual das mulheres e a suposta docilidade e fraqueza ligada a seu gênero¹⁹.

Entre os desafios apontados para as mulheres, estão: a) a carga de 4h diárias médias de trabalho doméstico não remunerado; b) a divisão sexual do trabalho e a ausência de políticas de conciliação entre trabalho e vida familiar; c) a ausência de serviços de cuidado infantil e práticas trabalhistas flexíveis²⁰, d) discriminação com as mulheres grávidas; e) aumento

¹⁴ CANTÚ, Humberto Rivera (2017). **Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina**. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. p. 68.

¹⁵ SECK, S. L; SIMONS, P (2019). Opcit.

¹⁶ CARVAJAL, L (2016). **Extractivismo en la América Latina: impacto en la vida de las mujeres y propuestas de defensa del territorio**. Bogotá, Colombia: FAU – Fondo Accion Urgente. P. 9.

¹⁷ CANTÚ, H (2017). **Derechos humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina**. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. P.70.

¹⁸ COSTA, G.; AYANG, L (2016). Empresas maquiladoras no México: reflexos para a mão de obra feminina. **Revista Perspectiva**, V.9, N. 16, p. 118.

¹⁹ SALZINGER, Leslie (2007). De los tacones altos a los cuerpos cubiertos: significados generizados en (la) producción de la industria maquiladora para la exportación de México. *Debate feminista vueltas y revueltas*, V. 18, N.35, México, p. 13.

²⁰ CENTRO DE INVESTIGACION DE LA MUJER EM LA ALTA DIRECCIÓN (2017). **Estatísticas sobre mujeres y empresarias en México**. Disponível em: https://www.ipade.mx/wpcontent/uploads/2017/04/Estadisticas_sobre_mujeres_y_empresarias_en_Mexico.pdf, Acesso em: 30 julho 2022.

²¹ SALZINGER, Leslie (2007). Opcit.

²² TOLEDO, C (2004). **Maquila: inferno para as mulheres**. PSTU. Disponível em: <https://www.pstu.org.br/maquila-inferno-para-as-mulheres/>. Acesso em: 30 jul. 2022.

exponencial das violências de gênero, com especial destaque para o feminicídio²¹. Assim, a indústria maquiladora mexicana é vista como “sinônimo de precariedade, abusos, assédio e violência sexual contra as mulheres, total falta de liberdade sindical e de negociação, salários de fome e jornadas esgotantes”²².

Deste modo, entende-se como fundamental reconhecer que, em suas diversas formas e setores, a atuação das empresas transnacionais na América Latina está arraigada à apropriação neocolonial, afetando sobremaneira a qualidade de vida das mulheres latino-americanas nos mais variados aspectos, em termos muitas vezes diversos daqueles que são enfrentados pela população masculina ou mesmo pela população feminina do Norte Global.

III. A PESQUISA-AÇÃO COMO SOLUÇÃO ÀS AVALIAÇÕES DE LINHA BASE NACIONAIS NA AMÉRICA LATINA

Quase dez anos após a aprovação unânime dos POEDHs, o bom desenvolvimento dos PNAs na América Latina ainda representa um grande desafio, reverberando a dificuldade de se construir uma coesão normativa local²³. O procedimento prévio, denominado Avaliação de Linha Base Nacional (ALBN) consiste nas investigações iniciais que irão diagnosticar a situação do país para implementação dos POEDHs.

Muitas destas ALBN não se preocupam em realizar qualquer espécie de consulta popular, focando essencialmente em pesquisa exploratória documental, não havendo, portanto, a desejada participação ativa dos interessados, especialmente por parte da sociedade civil. Tal opção metodológica, ainda que válida do ponto de vista técnico, ignora por completo a importância da consulta local para uma análise de impacto precisa, sobretudo quando aplicado um viés de gênero. Esta foi a opção adotada, por exemplo, no estudo chileno²⁴.

Quando adotada a consulta pública nas ALBN, como no caso colombiano, esta não necessariamente foi pautada pela população. Explica-se: sabe-se que em 2013 foi um processo de consulta realizado por meio de 32 encontros de que participaram 19 mil lideranças sociais e 9 mil organizações, que deu origem a Política Pública Integral de Direitos Humanos²⁵. No sítio do governo, através do direcionamento por um link denominado

²³ Fala de Cristopher Ballinas na Mesa “Regional Trends and Dialogue: Latin America and The Caribbean”, no **Forum on Business and Human Rights das Nações Unidas**, ocorrida no dia 18 de novembro de 2020, das 16h45 às 18h00.

²⁴ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS – UDP (2016). **Estudo de línea base sobre empresas y derechos humanos Chileno**. Santiago, 2016. 221 p.

²⁵ COLOMBIA (2013). **Política Pública Integral de Derechos Humanos**. Diário oficial colombiano, p. 99.

“participantes”, é possível acessar o “Ciclo da Política Pública”, mas não consta a especificação dos agentes participantes da formulação do texto final²⁶, sendo impossível afirmar o quão influenciado pelas consultas foram os produtos, ou mesmo se havia paridade de gênero nas lideranças consultas. As “Diretrizes para uma política pública de direitos humanos e empresas” de 2014 contém nove eixos e nenhuma referência à questão de gênero senão a intenção genérica de abordagem do tema contida no item 1.6.6.

Tais falhas, ainda que anteriores à edição da Cartilha de Gênero em Empresas e Direitos Humanos, responsável pela integração dos direitos da mulher e gênero nos PNAs²⁷, podem derivar-se de um erro diagnóstico ainda nas ALBN.

Assim, não obstante os conhecimentos hegemônicos sejam úteis a embasar estudos latino-americanos, não merecendo ser rechaçados por completo, é certo que apresentam bases epistêmicas que espelham as próprias estruturas culturais e econômicas, merecendo questionamentos quanto à sua aplicabilidade e relevância enquanto ferramentas de combate aos problemas enfrentados na América Latina. É neste escopo que se defende a utilização da metodologia de Pesquisa-Ação nas ALBN.

O termo “Pesquisa-Ação” foi utilizado pela primeira vez por Lewin²⁸. Esta metodologia, conforme Tripp, é um dos inúmeros tipos de investigaçãoação, termo genérico para qualquer processo que siga ciclo no qual se aprimora a prática pela oscilação sistemática entre agir no campo de prática e investigar a respeito dela²⁹.

A Pesquisa-Ação, portanto, é marcada pela intervenção constante na realidade do “objeto de estudo”, que se torna assim igualmente ativo na pesquisa, ao modificar-se permanente durante a pesquisa e por causa da pesquisa. Assim, parte-se de uma problemática inicial para compreensão do objeto, sendo propostas mudanças a partir da investigação dialogada. Assim, conforme a pesquisa se concretiza e toma corpo de aplicação, pode ser direcionada, adaptada ou adotada por um órgão diretor para mediar a sua execução na prática.

Percebe-se, assim, sua aplicabilidade plena ao ideário de uma ALBN, uma vez que possui em comum o objetivo de estabelecer mecanismos de intervenções para com problemas sociais, possibilitando um progresso aos empecilhos encarados em determinado espaço, ampliando conhecimentos sobre o local estudado, acrescentando informações ou promovendo uma intervenção inovadora³⁰.

Como ensina Tripp, “a solução de problemas (...) começa com a identificação do problema, o planejamento de uma solução, sua implementação, seu monitoramento

²⁶Documentos sobre Políticas Públicas no Estado da Colômbia disponíveis em http://historico.derechoshumanos.gov.co/Observatorio/Publicaciones/Documents/140724lineamientos-politica_web.pdf. Acesso em 15 fev. 2020.

²⁷UN. **Booklet Gender Dimensions of the Guiding Principles on Business and Human Rights – Report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises**. Genebra, 2019. 72 p.

²⁸BARBOSA, R.; GIFFIN, K (2011). Gênero, saúde reprodutiva e vida cotidiana em uma experiência de pesquisa-ação com jovens da Maré, Rio de Janeiro. **Interface: Comunic, Saúde, Educ**, V.11, N.23, p. 549-567.

²⁹TRIPP, David (2005). Pesquisa-ação: uma introdução metodológica. **Educação e Pesquisa**, V.31, N.13, p.443-466.

³⁰SELISTER-GOMES, M.; QUATRIN-CASARIN, E.; DUARTE, G (2019). El conocimiento situado y la investigación-acción como metodologías feministas y decoloniales: un estudio bibliométrico. **Revista Cs**, [S.L.], p. 47-72, 9 set. 2019. Universidad Icesi. <http://dx.doi.org/10.18046/recs.i29.3186>.

e a avaliação de sua eficácia”³¹. Para a correta aplicação da metodologia, é necessário que o cientista, além da familiaridade e do conhecimento sobre o tema debatido, disponha do suporte de “agentes sociais, entidades ou instituições, para melhor viabilizar a interlocução no transcorrer da pesquisa e aplicação do projeto”³². Tal postura é fundamental, pois isso facilita “maiores informações e possíveis reflexões inovadoras sobre o objeto, visto que, quanto mais informações, melhor será o resultado final, ou seja, sua intervenção”³³.

É neste aspecto que a ferramenta da “Pesquisa-Ação” pode contribuir de maneira significativa à construção dos PNAs Latino-Americanos:

“Compreendendo não apenas os passos que compõe tal modalidade e são já aplicados à disciplina de EDH, mas também as ferramentas de suporte fundamentais a sua correta execução.”

³¹ TRIPP, David (2005). Opcit.

³² COSTA, Liana; et al (2008). O desafio da supervisão e pesquisa-ação em casos de abuso sexual: os professores e as suas questões. **Paidéia**, V.18, N.40, p.355-370.

³³ SELISTER-GOMES, M.; QUATRIN-CASARIN, E.; DUARTE, G (2019). Opcit.

IV. CONCLUSÕES

Desta forma, o que se defende neste ensaio de PNAs, especialmente quando da realização das ALBN, não pode se afastar (1) do framework metodológico já delineado nos Relatórios anteriormente desenvolvidos pelo Grupo de Trabalho da ONU; (2) dos documentos internacionais que tratam de temáticas transversais, como raça e gênero; (3) dos frameworks previamente desenvolvidos por organismos internacionais, que possibilitam a construção de uma racionalidade mais assertiva; (4) de metodologias decoloniais próprias, capazes de depurar e adequar os dados necessários para adaptações às realidades locais, sugerindo-se a Pesquisa-ação.

Um exemplo vital do afirmado no item (1) é o Relatório A/HRC/4/74³⁴, que diz respeito ao desenvolvimento de materiais e metodologias para a realização de avaliações do impacto da atividade empresarial nos Direitos Humanos, cuja leitura deve ser realizada juntamente ao Relatório nº A/HRC/8/5³⁵, responsável por delinear o framework “proteger, respeitar e remediar”. Destaca-se ainda a metodologia de construção dos Planos Nacionais de Ação disponibilizada pela ONU³⁶.

Para além deste grupo de relatórios, há uma vasta gama de documentos internacionais que tem por objetivo realizar a implementação dos POEDHs de forma mais assertiva e inclusiva. Um exemplo destes documentos mencionados no item (2) é o Relatório A/HRC/41/43, denominado Gender dimensions of the Guiding Principles on Business and Human Rights – Report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, cujo objetivo previamente delineado pelas resoluções CDH nº 17/4³⁷ e 35/7³⁸ era “apresentar o impacto diferenciado e³⁶ desproporcional das atividades comerciais nas mulheres e meninas”³⁹.

Finalmente, de se destacar o hercúleo trabalho desenvolvido pela União Europeia e por organismos internacionais para desenhar frameworks de desenvolvimento de PNAs conforme descrito no item (3). Na América Latina, destaca-se a larga aplicação do trabalho desenvolvido pelo Danish Institute for Human Rights em parceria com o International Corporate Accountability Roundtable (ICAR), a Cartilha “National Action Plans on Business and Human Rights Toolkit”, com edições que datam de 2014⁴⁰ e 2017⁴¹.

³⁴ UN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. A/HRC/4/74 (2007).

³⁵ _____. Human Rights Council, 8th session. A/HRC/8/5 (2008).

³⁶ GRUPO DE TRABALHO EM EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS (2014). Organização das Nações Unidas. **Guidance on National Action Plans on Business and Human Rights**.

³⁷ UN. Guiding Principles on Business and Human Rights. Implementing the United Nations. “Protect, Respect and Remedy” Framework. New York and Geneva, 2011. Disponível em: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf. Acesso em 17 jan 2021.

³⁸ UNHRC. A/HRC/RES/35/7, 2011. Disponível em: <https://undocs.org/A/HRC/RES/35/7>. Acesso em 30 jan. 2021.

³⁹ Idem.

⁴⁰ DANISH INSTITUTE, ICAR. **National Action Plans on Business and Human Rights Toolkit**. Copenhagen, 2014. Disponível em: <https://www.humanrights.dk/publications/nationalaction-plans-business-human-rights>. Acesso em 17 fev 2021.

⁴¹ Idem.

No entanto, conclui-se ser necessário o desenvolvimento de metodologias e obtenção de dados especificamente para a realidade latino-americana, reconhecendo-se a limitação dos documentos anteriormente elencados para solucionar os desafios próprios de nossa região.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARBOSA, R.; GIFFIN, K (2011). Gênero, saúde reprodutiva e vida cotidiana em uma experiência de pesquisa-ação com jovens da Maré, Rio de Janeiro. **Interface: Comunic, Saúde, Educ**, V.11, N.23, p. 549-567.
- BERTHOLDI, J (2021). **Propostas de redação aos planos nacionais de ação latino-americanos desde uma análise feminista**, PUCPR, Curitiba, 2021 Disponível em: <https://archivum.grupomarista.org.br/pergamumweb/vinculos/00009c/00009cf4.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2021.
- CANTÚ, H (2017). **Derechos humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina**. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. P.70.
- CENTRO DE DERECHOS HUMANOS – UDP (2016). **Estudo de línea base sobre empresas y derechos humanos Chileno**. Santiago, 2016. 221 p.
- CENTRO DE INVESTIGACION DE LA MUJER EM LA ALTA DIRECCIÓN (2017). **Estatísticas sobre mujeres y empresarias en México**. Disponível em: https://www.ipade.mx/wpcontent/uploads/2017/04/Estadisticas_sobre_mujeres_y_empresarias_en_Mexico.pdf, Acesso em: 30 julho 2022.
- CHARLESWORTH, H (1994). What are Women's Human Rights? In: Cook, Rebecca J.; Human **Rights of Women: National and International Perspectives**.
- COLOMBIA (2013). **Política Pública Integral de Derechos Humanos**. Diário oficial colombiano, , p. 99.
- COSTA, G.; AYANG, L (2016). Empresas maquiladoras no México: reflexos para a mão de obra feminina. **Revista Perspectiva**, V.9, N. 16, p. 118.
- COSTA, Liana; et al (2008). O desafio da supervisão e pesquisa-ação em casos de abuso sexual: os professores e as suas questões. **Paidéia**, V.18, N.40, p.355-370.
- DANISH INSTITUTE, ICAR. **National Action Plans on Business and Human Rights Toolkit**. Copenhagen, 2014. Disponível em: <https://www.humanrights.dk/publications/national-action-plans-business-humanrights>. Acesso em 17 fev 2021.

- FURTADO, C (1961). **Desenvolvimento e Subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura.
- FURTADO, C (1981). Estado e empresas transnacionais na industrialização periférica. **Revista de Economia Política**, Vol. 1, nº1, jan/mar, 1981, p. 41-50.
- JENKINS, Rhys (1984). **Transnational corporations and industrial transformation in Latin America**. Londres: The Macmillan Press. p. 5.
- POSNER, R (2014). The concept of regulatory capture. In: CARPENTER, Daniel; MOSS, David. A. **Preventing regulatory capture: Special interest influence and how to limit it**. Cambridge: Cambridge University Press.
- SALZINGER, L (2007). De los tacones altos a los cuerpos cubiertos: significados generizados en (la) producción de la industria maquiladora para la exportación de México. **Debate feminista vueltas y revueltas**, V. 18, N.35, México, p. 13.
- SANTANO, A.C (2020). La captura de políticas públicas como obstáculo la buena administración em Brasil. In: CARBALLAL Almudena Fernández; MORANDINI, Federico; MALDONADO, Marco Aurelio González (Coord.). **La buena administración y la ética pública en el derecho administrativo**. Bogotá: Ibáñez.
- SECK, S. L; SIMONS, P (2019). Opcit. CARVAJAL, L (2016). **Extractivismo en la América Latina: impacto en la vida de las mujeres y propuestas de defensa del territorio**. Bogotá, Colombia: FAU – Fundo Accion Urgente. P. 9.
- SELISTER-GOMES, M.; QUATRIN-CASARIN, E.; DUARTE, G (2019). El conocimiento situado y la investigación-acción como metodologías feministas y decoloniales: un estudio bibliométrico. **Revista Cs**, [S.L.], p. 47-72, 9 set. 2019. Universidad Icesi. <http://dx.doi.org/10.18046/recs.i29.3186>.
- TOLEDO, C (2004). **Maquila: inferno para as mulheres**. PSTU. Disponível em: <https://www.pstu.org.br/maquila-inferno-para-as-mulheres/>. Acesso em: 30 jul. 2022.
- TRIPP, David (2005). Pesquisa-ação: uma introdução metodológica. **Educação e Pesquisa**, V.31, N.13, p.443-466.
- UN. **Booklet Gender Dimensions of the Guiding Principles on Business and Human Rights – Report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises**. Genebra, 2019. 72 p.
- _____. COMISSION ON HUMAN RIGHTS. A/HRC/4/74 (2007).

- _____. Human Rights Council, 8th session. **A/HRC/8/5** (2008).
- _____. Guiding Principles on Business and Human Rights. Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework. New York and Geneva, 2011. Disponível em: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf. Acesso em 30 jan. 2021.
- _____. UNHRC. A/HRC/RES/35/7, 2011. Disponível em: <https://undocs.org/A/HRC/RES/35/7>. Acesso em 30 jan. 2021.
- _____. GRUPO DE TRABALHO EM EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS (2014). Organização das Nações Unidas. **Guidance on National Action Plans on Business and Human Rights**. em 17 jan 2021.
- UNKEL, Osvaldo (2020). **Capitalismo transnacional y desintegración nacional**. Buenos Aires: Editora Nueva Vision, 1972, p. 22.
- WALLERSTEIN, I (1986). The Essential Wallerstein. pp. 112-128.
- WINKEL, Heidemarie; POFERL, Angelica (2021). **Multiple Gender Cultures, Sociology, and Plural Modernities**: Re-reading Social Constructions of Gender across the Globe in a Decolonial Perspective. Nova Iorque: Routledge. p. 39.
- ZUBIZARRETA, J. H (2009). **Las Empresas Transnacionales frente a los Derechos Humanos**: história de una asimetría normativa, Bilbao: Hegoa e Omal.



CATEGORÍA DESTACADOS



Estudiantes de maestría y doctorado

B

Julia Stefanello Pires

Pontifícia Universidade Católica
do Paraná (PUCPR)



Destacados

LITÍGIOS CLIMÁTICOS EM FACE DE EMPRESAS: A RESPONSABILIDADE EM RESPEITAR OS DIREITOS HUMANOS

**6. Cambio climático, transición justa y Conducta
empresarial responsable**

Julia Stefanello Pires

Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR)

I. INTRODUÇÃO

Um meio ambiente equilibrado é primordial para que se possa garantir os direitos humanos. Alterações climáticas podem resultar em cenários de violação maciça de direitos, como enchentes, secas e epidemias, que atingem principalmente as populações mais carentes. A Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima (*United Nations Framework Convention on Climate Change*), define mudanças climáticas como uma mudança de clima atribuída "(...) directly or indirectly to human activity that alters the composition of the global atmosphere and which is in addition to natural climate variability observed over comparable time periods"¹, conceito adotado no presente estudo.

Desde o Protocolo de Kyoto² reconhece-se que os principais setores fontes da emissão gases de efeito estufa (GEE) antropogênicos referem a práticas relacionadas às atividades empresariais. Em 2007, o *Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC) divulgou um relatório³ apontando que as empresas figuram entre os principais contribuintes para as emissões de GEE.

Apesar disso, as empresas não estão vinculadas por um marco regulatório que as relacione às questões climáticas. Embora contribuam para as causas do aquecimento global, não são obrigadas a assumir a sua própria quota-parte de responsabilidade na emissão de GEE, nem são consideradas responsáveis pelas consequências e impactos das alterações climáticas. Diante da ausência de uma atuação efetiva do Estado Legislador e Administrados, o Poder Judiciário emerge como uma alternativa para que se configurem obrigações a partir de outros marcos normativos, com a proposição dos chamados litígios climáticos.

Como litígios climáticos, delimita-se "(...) cases that raise material issues of law or fact relating to climate change mitigation, adaptation, or the science of climate change"⁴, excluindo casos em que a discussão climática seja incidental ou que a tese principal não se baseiam em teorias climáticas.

A partir de uma pesquisa bibliográfica, o objetivo do estudo é compreender os litígios climáticos em face de empresas por violações de direitos humanos causadas pelos impactos da alteração do clima, considerando a relação entre direitos humanos e clima equilibrado, e a contribuição das atividades empresariais na emissão de GEE antropogênicos.

¹ UN. FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. 1992.

² PROTOCOLO DE KYOTO. Berlim, 1995.

³ IPCC. Climate Change 2007: Mitigation. Contribution of Working Group III to the Fourth Assessment. Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, Cambridge University Press.

⁴ UNEP) Global Climate Litigation Report: 2020 Status Review. Nairobi.

1. Os Impactos Climáticos nos Direitos Humanos

Em julho de 2019, o Conselho de Direitos Humanos da ONU aprovou a Resolução 41/21 sobre Direitos Humanos e Alterações Climáticas⁵. Este documento salienta que os efeitos das alterações climáticas têm uma série de consequências diretas e indiretas, resultando no aquecimento da Terra. Como resultado do aquecimento global, instala-se um desequilíbrio climático que altera os fluxos de precipitação, a acidez dos oceanos, a seca, etc. Tais mudanças podem impedir o gozo dos direitos humanos, como o direito à alimentação, à água limpa e até mesmo à vida.

Dentre outras situações que afetam o meio ambiente, as mudanças climáticas (e seus vários impactos) são relacionadas como as principais causadoras de problemas de saúde na população mundial nas próximas décadas, indo desde questões causadas pelo clima e temperatura, até novas epidemias ou pandemias⁶.

Em 26 de julho de 2022 a ONU declarou que o direito a um ambiente seguro, limpo, saudável, e sustentável é um direito humano⁷. Na referida resolução, ainda, reconheceu-se que as alterações climáticas constituem ameaças graves à capacidade das gerações presentes e futuras para desfrutar efetivamente de todos os direitos humanos. Os fenômenos causados, e intensificados, pelas mudanças climáticas acarretam impactos devastadores nas condições de vida, ameaçando o futuro crianças e adolescentes, sobretudo daquelas que se encontram inseridas em grupos socioeconomicamente vulneráveis⁸.

Diante do exposto, inegável a relação entre um clima equilibrado e o gozo dos direitos humanos, de modo que os atores responsáveis pela contribuição nas causas deste quadro de crise climática, devem ser chamados a assumir essa responsabilidade, como se passa a ocorrer.

⁵ SARLAT, Rosália Ibarra. Indeterminación del estatus jurídico del migrante por cambio climático. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XX, 2020, pp. 135-167 Ciudad de México, ISSN 1870-4654.

⁶ COSTELLO, Anthony; ABBAS, Mustafa; ALLEN, Adriana; et al. Managing the health effects of climate change: Lancet and University College London Institute for Global Health Commission. Lancet. 2009; 373: 1693-1733.

⁷ UN. Resolution A/76/L.75 26/07/2022. The human right to a clean, healthy and sustainable environment.

⁸ BRITTO, Marcella Oldenburg Almeida. PIRES, Julia Stefanello. Mudanças climáticas e a atividade empresarial: o engajamento de jovens latinoamericanos em litígios climáticos. In: Nuevas Voces. Contribuciones desde la Academia Latinoamericana para avanzar hacia una cultura de Conducta Empresarial Responsable y respeto por los Derechos Humanos. Lima: OIT, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2022. p. 123129.

2. A Contribuição das Atividades Empresariais para a Causa das Mudanças Climáticas

As empresas com atuação global se desenvolvem como entidades integradas internacionalmente, no entanto, não são sujeitas a um regulador único⁹. Ao passo que ocupam posição de destaque no cenário econômico mundial, a ausência de um instrumento vinculativo que determine normas de atuação em respeito à direitos humanos e ambientais, permite que estes atores não-Estatais sejam grandes violadores destes direitos, sem que sejam penalizados por isso.

O impacto da atuação empresarial na economia global é de grande relevância, segundo a *Global Justice Now*, das 100 maiores entidades econômicas do mundo, 69 são empresas¹⁰. Beck¹¹ explica que na modernidade tardia a produção de riquezas é “acompanhada pela produção social de riscos”, que constituem objetos de distribuição, assim como riquezas, de modo que se constituem em posições: de ameaça ou de classe.

O Paradoxo de Giddens¹² descreve que esperar que os danos das mudanças climáticas se concretizem e sejam visíveis para só então tomarmos medidas será, por definição, tarde demais. Ilustrando essa teoria, em abril de 2022 o IPCC¹³ divulgou um relatório explanando que medidas efetivas para combater a crise climática deveriam ser tomadas até 2025, sob a consequência de as mudanças climáticas chegassem a um estado crítico de difícil reversão.

Os POs não tratam especificamente de questões climáticas ou ambientais. Contudo, o documento declara que as empresas têm a responsabilidade de respeitar os direitos humanos reconhecidos internacionalmente, o que inclui não violar os direitos humanos e abordar quaisquer impactos negativos que as suas atividades possam causar¹⁴. Embora não exista nenhum tratado internacional que reconheça um clima equilibrado como um direito humano, a ONU já se expressou sobre a relação entre as alterações climáticas e as violações maciças dos direitos humanos resultantes da crise climática, tal como discutido acima.

Embora o caráter voluntário dos POs seja um fator importante para trazer à mesa a discussão do assunto, está aberto à crítica, uma vez que as empresas que são puramente motivadas pelo lucro não seriam obrigadas a adotá-los. A codificação do assunto seria o

⁹ RUGGIE, John Gerard. Apenas negócios. São Paulo: Planeta sustentável, 2014. p. 13

¹⁰ Conforme anunciado pela Ong em 17 de outubro de 2018, em seu site, onde podem ser encontrados os dados e o briefing da pesquisa, sob o título “69 of the richest 100 entities on the planet are corporations, not governments, figures show”. Disponível em: <https://www.globaljustice.org.uk/news/2018/oct/17/69-richest-100entities-planet-are-corporations-not-governments-figures-show>; Acessado em 10 jun 2022.

¹¹ BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010. p. 25-31.

¹² GIDDENS, Anthony. 2010. A Política da Mudança Climática. Zahar, Rio de Janeiro.

¹³ IPCC. Climate Change 2022: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Contribution of Working Group II to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, Cambridge University Press.

¹⁴ UN. Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework.

caminho desejável, mas é preciso encarar a preocupação relativa à adoção de um tratado de lei dura pelas empresas¹⁵.

As questões climáticas ganham, cada vez mais, espaço e importância na discussão de preservação dos direitos humanos e socioambientais. O Poder Judiciário emerge como um aliado na concretização de normas internas e internacionais sobre o meio ambiente, utilizando-se de ações judiciais promovidos por entes públicos e privados, chamados de litígios climáticos. Dentre as questões que podem ser envolvidas em tais litígios, está a determinação de responsabilidade das empresas, compelindo-as a adotar medidas preventivas, e a responsabilização, visando à reparação de danos causados em razão das mudanças climáticas, teses jurídicas que serão exploradas no próximo tópico.

3. Litígios Climáticos e a Responsabilidade Empresarial de Respeitar os Direitos Humanos

A questão principal na abordagem dos danos causados pelas mudanças climáticas é que estes não se consolidam em eventos únicos e imediatos, pelo contrário, tratam de diversas consequências que se acumulam e se agravam com o tempo. Imagine que se coloque um tijolo todos os dias na construção de um muro, para evitar que esse se consolide, é necessário diariamente impedir a colocação de um novo tijolo. Assim funciona o aquecimento global. Para evitar as mudanças climáticas, primeiramente se evita a emissão de GEE.

Fato é que as empresas são as principais responsáveis pela emissão de GEE¹⁶, no entanto, não existem compromissos globais que vinculem suas ações no tema. Marquéz¹⁷ apresenta que diante da contribuição expressiva das empresas nos impactos climáticos, assim como na ausência de normas reguladoras de sua atuação, estas tem se tornado objeto de diversas estratégias de litígio para que assumam os custos de prevenção e adaptação, bem como sejam responsabilizadas pelos danos causados.

Os litígios climáticos passam a ser uma estratégia para que se encontrem caminhos que vinculem a atuação dessas empresas aos danos causados pelas mudanças climáticas a partir de marcos normativos já existentes, e podem ser abordados a partir da caracterização da responsabilidade, a partir de um dever de cuidado, em mitigar sua contribuição para as causas das mudanças climáticas; ou da responsabilização civil, com a determinação de reparar os danos causados pelas mudanças climáticas, reconhecendo-se o nexo causal entre os impactos climáticos e a contribuição da atividade empresarial para a intensificação do aquecimento global.

¹⁵ PAMPLONA, Danielle Anne. SILVA, Ana Rachel Freitas da. Os princípios orientadores das nações unidas sobre empresas e direitos humanos: houve avanço?. In: A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos. Curitiba: CRV, 2016. p. 147-168.

¹⁶ IPCC. Climate Change 2007: Mitigation. Contribution of Working Group III to the Fourth Assessment. Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, Cambridge University Press. p. 449.

¹⁷ MARQUÉZ, Daniel Iglesias. Empresas, derechos humanos y el régimen internacional del cambio climático: la configuración de las obligaciones climáticas para las empresas. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XX, 2020, pp. 85-134 ciudad de México, Issn 1870-4654. p. 85-134.

Por responsabilidade e responsabilização cumpre diferenciar que, enquanto na língua inglesa existem denominações diferentes para *responsability* e *liability*, na língua portuguesa ambos se traduzem como responsabilidade, sendo que a primeira, *responsability*, refere a um dever de cuidado, uma responsabilidade preventiva. Já a *liability* se refere à responsabilidade civil, denominação jurídica decorrente de ato ilícito que cause dano a outrem. Para melhor diferenciação, utiliza-se o termo responsabilidade para o conceito de *responsability*, e o termo responsabilização para o conceito de *liability*.

Sobre a possibilidade de caracterização da responsabilidade das empresas em mitigar sua contribuição para as causas das mudanças climáticas, os Países Baixos apresentam dois precedentes judiciais de grande relevância na caracterização de responsabilidade em litígios climáticos. O primeiro, em 2015 no julgamento do caso *Urgenda Foundation v. State of the Netherlands*, em que o Estado neerlandês foi considerado responsável pelo estabelecimento de metas muito baixas de diminuição de emissão de GEE¹⁸. O segundo, em 2021 no julgamento do caso *Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell*, em que foram impostas obrigações de estabelecimento de políticas de diminuição de emissão de GEE¹⁹. Em ambos os casos, caracterizou-se violação do dever de cuidar (*duty of care*) por parte dos réus.

Nos casos mencionados, o dever de cuidar (*duty of care*) neerlandês se configura um conceito aberto, sendo que no julgamento do caso *Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell*, a caracterização desse dever levou em consideração os compromissos voluntários públicos, com os direitos humanos e com as mudanças climáticas, que a empresa possuía.

Em relação à segunda possibilidade, de responsabilização das empresas, ainda que bem articulados, tais litígios encontrarão dificuldade na caracterização da responsabilização civil das empresas emissoras, tanto pela transnacionalidade dos danos causados pelas mudanças climáticas, quanto pela própria caracterização do dano em si. Isto se dá, pois estes não são únicos e consolidados em eventos isolados, mas normalmente em situações que se prolongam e se agravam com o tempo.

O caso *Lluyta v. RWE*²⁰ na Alemanha ilustra essa discussão, pleito em que se busca a responsabilização da empresa alemã RWE por danos iminentes que serão causados pelas mudanças climáticas. Embora o seu julgamento ainda esteja pendente, é um exemplo de litígio que discute a responsabilização de uma empresa pelas consequências transnacionais de sua contribuição para as mudanças climáticas. Pela primeira vez, um caso do tipo foi recebido para a fase de análise probatória, tendo sido construído, com base em dados científicos, uma ligação entre as atividades da RWE, responsáveis por uma percentagem considerável das emissões globais de GEE, e as potenciais consequências climáticas nos Andes peruanos. Estabeleceu-se, em tese, uma ligação causal entre a causa e o efeito, levando, com base no quadro legal alemão, à responsabilidade civil pelos impactos das alterações climáticas.

¹⁸ COX, Roger. Um precedente de litígio sobre mudança climática: *Urgenda Foundation v The State of the Netherlands*, 2016, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 34:2, 143-163.

¹⁹ PIRES, Julia Stefanello; PAMPLONA, Danielle Anne. Perspectivas da litigância climática em face de empresas: o caso *Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell*. *Revista de Direito Internacional*. Brasília, v. 19, n.1, p. 145-163, 2022.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. WEDY, Gabriel. Notas Sobre Os Assim Chamados "Litígios Climáticos" Na Alemanha – O Caso LLUYTA VS. RWE. In: *Espaço Jurídico*. Joaçaba, v. 21, n. 1, p. 277-296, jan./jun. 2020.

Em virtude do elemento de nexo causal necessário para a construção da aplicação da responsabilização cível, casos similares ao *Lilluya v. RWE* são raros, e mais complexos de se configurar. No entanto, o tema deve ser explorado, ainda que seja para a apresentação das lacunas a serem superadas no presente ponto.

Considerações Finais

Os litígios climáticos em face de empresas é um tema que tem ganhado relevância nos últimos anos, posto que emerge, em face da ausência de normas vinculantes, como uma alternativa para que as empresas assumam sua parcela de responsabilidade na crise climática. Embora muito se discuta sobre o assunto, diante da urgência do tema, é necessário que se busquem medidas efetivas para prevenir, mitigar e adaptar-se às causas e consequências das mudanças climáticas.

É importante compreender os caminhos utilizados para a composição destes litígios, e as consequências que se buscam na caracterização da responsabilidade, ou da responsabilização das empresas em decorrência de sua contribuição às causas das mudanças climáticas. O tema ainda é incipiente, mas os poucos casos propostos apontam para um panorama de intensos debates em face de empresas no âmbito judicial.

Lista de Referências

- BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.
- BRITTO, Marcella Oldenburg Almeida. PIRES, Julia Stefanello. Mudanças climáticas e a atividade empresarial: o engajamento de jovens latinoamericanos em litígios climáticos. In: Nuevas Voces. Contribuciones desde la Academia Latinoamericana para avanzar hacia una cultura de Conducta Empresarial Responsable y respeto por los Derechos Humanos. Lima: OIT, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2022.
- COSTELLO, Anthony; ABBAS, Mustafa; ALLEN, Adriana; et al. Managing the health effects of climate change: Lancet and University College London Institute for Global Health Commission. Lancet. 2009; 373: 1693-1733.
- COX, Roger. Um precedente de litígio sobre mudança climática: Urgenda Foundation v The State of the Netherlands, 2016, Journal of Energy & Natural Resources Law, 34:2, 143-163.
- GIDDENS, Anthony. 2010. A Política da Mudança Climática. Zahar, Rio de Janeiro.
- IPCC. Climate Change 2007: Mitigation. Contribution of Working Group III to the Fourth Assessment. Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, Cambridge University Press.
- IPCC. Climate Change 2022: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Contribution of Working Group II to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. Cambridge University Press.
- MARQUÉZ, Daniel Iglesias. Empresas, derechos humanos y el régimen internacional del cambio climático: la configuración de las obligaciones climáticas para las empresas. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XX, 2020, pp. 85-134 ciudad de México, Issn 1870-4654.
- PAMPLONA, Danielle Anne. SILVA, Ana Rachel Freitas da. Os princípios orientadores das nações unidas sobre empresas e direitos humanos: houve avanço?. In: A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos. Curitiba: CRV, 2016.
- PIRES, Julia Stefanello; PAMPLONA, Danielle Anne. Perspectivas da litigância climática em face de empresas: o caso Milieudefensie et al. vs. Royal Dutch Shell. Revista de Direito Internacional. Brasília, v. 19, n. 1, p. 145-163, 2022 PROTOCOLO DE KYOTO. Berlim, 1995.

- RUGGIE, John Gerard. Apenas negócios. São Paulo: Planeta sustentável, 2014. p. 13.
- SARLAT, Rosália Ibarra. Indeterminación del estatus jurídico del migrante por cambio climático. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XX, 2020, pp. 135-167 Ciudad de México, ISSN 1870-4654.
- SARLET, Ingo Wolfgang. WEDY, Gabriel. Notas Sobre Os Assim Chamados **“Litígios Climáticos”** Na Alemanha – O Caso LLIUYA VS. RWE. In: Espaço Jurídico. Joaçaba, v. 21, n. 1, p. 277-296, jan./jun. 2020.
- UN. FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. 1992.
- UN. Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework.
- UN. Resolution A/76/L.75 26/07/2022. The human right to a clean, healthy and sustainable environment.
- UNEP) Global Climate Litigation Report: 2020 Status Review. Nairob.



CATEGORÍA DESTACADOS



Estudiantes de maestría y doctorado

B

**Érika Teixeira dos
Santos Braz**

Fernanda Oromi Lopes

Pontifícia Universidade
Católica do Paraná



Destacados

O ESTADO COMO ATOR ECONÔMICO: UMA ANÁLISE SOBRE OS EFEITOS CAUSADOS PELA FINANCEIRIZAÇÃO DA ECONOMIA BRASILEIRA

**EL ESTADO COMO ACTOR ECONÓMICO: UN ANÁLISIS
DE LOS EFECTOS PROVOCADOS POR LA FINANCIACIÓN
DE LA ECONOMÍA BRASILEÑA}**

**EIXO TEMÁTICO: 17) O ROL DO ESTADO COMO ATOR
ECONÔMICO**

**Érika Teixeira dos Santos Braz
Fernanda Oromi Lopes**

Pontifícia Universidade Católica do Paraná - Grupo de Pesquisa em
Empresas e Direitos Humanos - PUCPR - BHR

I. A FUNÇÃO ESTATAL NA INFLUÊNCIA ECONÔMICA

Primeiramente, para explicar o papel do Estado como ator econômico, podemos analisar o ponto de vista do autor Douglass North¹, um economista que em seu artigo “Desempenho econômico através do tempo” explica a evolução histórica da economia e a influência da política nesse desenvolvimento, fazendo paralelos entre a economia neoclássica e a nova economia institucional.

Para North, a teoria econômica neoclássica já se encontra inadequada para a previsão de políticas de desenvolvimento, pois esse pensamento econômico tem seu foco no funcionamento dos mercados e não no seu desenvolvimento, apresentando um modelo de mundo para análise que não possui atrito nem mudanças. Para a economia neoclássica, portanto, o foco é o desenvolvimento tecnológico e o capital humano, e não os incentivos institucionais.

O autor também explica que uma perspectiva institucional da economia deve levar em conta que as instituições estruturam as interações humanas, sendo feitas tanto de restrições formais como regras, leis e constituições, quanto de restrições informais como normas de comportamento, convenções e códigos de conduta auto impostos. Assim, fica clara a visão de que a interação entre as instituições e as organizações modela as relações sociais, os comportamentos e o modo de vida, portanto, também tem consequências na economia. Para o autor, as instituições são as regras do jogo e as organizações (incluindo empresas) e seus empresários são os jogadores.

A partir do ponto de vista da nova economia institucional, pode ser desenvolvido o raciocínio de que para o crescimento econômico de longo prazo, é necessário um sistema político econômico de estado de direito, segundo o autor, pois seria o modo de governo que mais daria ensejo à esse desenvolvimento longo e continuado, sendo que é necessário que existam nesse contexto uma eficiência adaptativa.

Portanto, nota-se que o Estado tem papel vital na organização da economia, pois exerce a função de organização da sociedade, através de suas várias ferramentas, sendo uma delas o Direito e seu poder coercitivo.

¹ Douglas C. NORTH. “Economic Performance Through Time”, *Revista de Direito Administrativo*, v.255, 2010, pp. 13-30.

II. CONSEQUÊNCIAS DA ATUAÇÃO ESTATAL PARA EMPRESAS E SUAS OBRIGAÇÕES COM DIREITOS HUMANOS

De acordo com Danielle Anne Pamplona e Vinicius de Assis², em 2008 John Ruggie, que era Representante Especial do Secretário-Geral da ONU para o tema direitos humanos, apresentou ao Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas um relatório intitulado *Protect, Respect and Remedy*, com trinta e um princípios divididos em três pilares.

Esses três pilares principais falam sobre os deveres do Estado em relações entre empresas e a proteção dos direitos humanos. De acordo com os autores, o primeiro pilar determina que é função do Estado proteger as pessoas de violações de direitos humanos em seu território, inclusive estabelecendo a maneira como as empresas devem agir em relação aos direitos humanos.

Segundo os autores, o segundo pilar fala sobre a responsabilidade de empresas em respeitar os direitos humanos, mais especificamente nas relações com funcionários, clientes, colaboradores, fornecedores, etc, sempre tendo o dever de avaliar os possíveis impactos de suas ações para com os direitos humanos desses grupos de pessoas.

Já o terceiro pilar, segundo os autores, fala sobre a reparação de danos causados a direitos humanos, aplicável para Estados e para empresas. Assim, esse pilar determina que os Estados e as empresas devem possuir mecanismos não só para reparar esses danos, mas também para avaliar e analisar as demandas e reclamações das vítimas de violações.

Entretanto, quanto à responsabilização de empresas no âmbito doméstico e internacional, de acordo com Danielle Anne Pamplona³, existem alguns obstáculos em contextos diferentes. No âmbito de ocorrência da violação, podem ser obstáculos para a responsabilização: a falta de instituições, a falta de vontade política, a falta de capacidade técnica, falta de legislação, ademais, no país da empresa-matriz transnacional pode ser que não exista jurisdição sobre fatos ocorridos fora de seu território. Por fim, a autora menciona que no ambiente internacional, ocorrem obstáculos à responsabilização de empresas por não serem reconhecidas como sujeitos de direito internacional, por falta de instrumento vinculante, por falta de sanções, por falta de cortes com jurisdição sobre elas.

Sobre a falta de instituições, e a importância delas para a regulação das relações sociais, podemos observar o artigo dos autores Miguel Bruno e Ricardo Caffé⁴, denominado

² Vinicius DE ASSIS/ Danielle Anne PAMPLONA, "Princípios Orientadores das Nações Unidas e a complexidade de proteção e respeito aos Direitos Humanos no combate ao trabalho escravo no Brasil.", *Revista eletrônica Direito e Política*, v. 14, 2019, pp. 1 -29.

³ Danielle Anne PAMPLONA. "Um projeto comum para America Latina e o impacto das empresas em direitos humanos", *REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS (RBPP)*, v. 9, 2019, p. 287.

⁴ Miguel BRUNO/ Ricardo CAFFÉ, "Estado e financeirização no Brasil: interdependências macroeconômicas e limites estruturais ao desenvolvimento". *Economia e Sociedade*. 2017, v. 26, pp. 1025-1062.

“Estado e financeirização no Brasil: interdependências macroeconômicas e limites estruturais ao desenvolvimento”, no qual os autores explicam que o Estado e suas instituições se encontram atualmente submetidos aos interesses econômicos que buscam a maior acumulação rentista-patrimonial, ou seja, os representantes das instituições do Estado brasileiro buscam favorecer as demandas do mercado financeiro, de acordo com os autores:

“Os papéis do Estado brasileiro encontram-se severamente restritos pelas novas exigências do capital bancário-financeiro e das grandes empresas não-financeiras, que agora exercem influência direta sobre o Executivo Federal. Apesar da conjuntura fortemente recessiva, essas empresas são capazes de resistir à queda do faturamento, compensando-o com os lucros não-operacionais proporcionados pelo mercado financeiro. Essa característica responde pelas dificuldades de retomada do crescimento econômico, constituindo-se em fator de bloqueio do processo de desenvolvimento brasileiro. As necessidades de imobilizações de recursos em capital fixo como base para expansão dos lucros empresariais são significativamente reduzidas pelas alternativas mais rápidas, líquidas e de alta rentabilidade proporcionada por ativos, produtos e serviços financeiros.”

Portanto, no próximo item, será mais especificamente analisada a maneira em que a financeirização tem efeitos diretos no cotidiano dos cidadãos e na proteção de seus direitos humanos, seja por meio de favorecimento às demandas do mercado financeiro ou por meio da falta de políticas públicas diretamente pertinentes à sociedade.

III. A FINANCEIRIZAÇÃO E A ECONOMIA BRASILEIRA, REFLEXOS NOS DIREITOS HUMANOS

A partir dos anos 60-70 nos Estados Unidos inicia-se um processo, que doravante veio a ser denominado de financeirização, consistente na transformação do modo de regulação e acumulação da economia capitalista. A riqueza passa a ser definida pelos ativos financeiros e não mais pelo valor de atores ligados a produtividade, como os serviços, bens e bases produtivas⁵. As riquezas acabam a poder ser acumuladas através de operações financeiras/bancárias, que cada vez mais possuem novas opções de ativos financeiros para investimento e são mais atrativas do que os ativos produtivos por sua maior liquidez, menor risco e maior rentabilidade.

O processo é ainda mais evidenciado quando se observam as taxas de aumento da riqueza financeira mundial, que entre 1980 e 2009 cresceram 1.300%, um aumento de 14x se comparado ao mesmo período anterior⁶.

Segundo as palavras de Chesnais⁷, o que ocorre é que as bases produtivas da economia e da política são desvalorizadas em favor dos ativos financeiros e do capital, o que, por sua vez, implica na desvalorização do trabalho e das condições dignas de seu exercício, na estabilidade dos trabalhadores, no aumento do desemprego e na fragilização das bases de organização política. Nesse cenário, o próprio papel dos Estados fica dependente das instituições financeiras.

A questão da financeirização possui, portanto, um impacto profundo no desenvolvimento social e econômico, por serem mais atrativas do ponto de vista do lucro e da rentabilidade as operações financeiras são preferidas sobre os investimentos em setores produtivos da economia, que são entendidos como sendo mais arriscados⁸. O fenômeno global da liberação dos ativos financeiros aumenta a probabilidade de crises financeiras e bancárias, isso porque, os mercados financeiros são baseados no aumento do preço em conjunto com o aumento da demanda, significa dizer, esses mercados operam no limite da especulação. Assim, as frequentes crises podam as condições de desenvolvimento sustentável dos países e de distribuição paritária de renda⁹.

⁵ José Carlos de Souza BRAGA. "Financeirização global – o padrão sistêmico de riqueza do capitalismo contemporâneo", Maria da Conceição TAVARES / José Luis FIORI (org). *Poder e dinheiro: uma economia política da globalização*. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, pp. 195-242.

⁶ Leda Maria PAULANI, "Brazil in the Crises of the Finance-Led Regime". *Review of Radical Political Economics*, v. 42 (3), pp. 363-372, 2011.

⁷ Francois CHESNAIS, F. *A mundialização do capital*. São Paulo: Xamã Editora, 1996.

⁸ Miguel BRUNO. "Financeirização e crescimento econômico: o caso do Brasil". *ComCiência*, Campinas, n.128, 2011. Disponível em: http://comciencia.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-76542011000400009&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 28 jul. 2022.

⁹ Miguel BRUNO. "Financeirização e crescimento econômico: o caso do Brasil". *ComCiência*, Campinas, n.128, 2011. Disponível em: http://comciencia.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-76542011000400009&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 28 jul. 2022.

¹⁰ Maria de Lourdes MOLLO. "Capital Fictício, Autonomia Produção – Circulação e Crises: Precedentes teóricos para o Entendimento da Crise Atual". *Revista Economia*, Set/Dez 2011, pp.475-493.

Mollo¹⁰ aponta justamente a força do crédito como potencializador da acumulação do capital:

“É essa necessidade do capital de obtenção de lucro máximo, e de se acumular para tanto, que conduz a que, de um lado, todo dinheiro vadio seja aproveitado no capitalismo, fluindo para os caixas dos bancos, e de outro, que os bancos o reconduzam ao processo de acumulação via empréstimos. Desenvolve-se, nesse processo, a especialização de alguns capitalistas no comércio de dinheiro, dando origem ao que Marx chamou capitalistas financeiros e capital financeiro.”

Para a autora, a consequência deste processo é o aceite dos próprios Estados em se desregulamentarem, liberando a economia e vendendo seus títulos de dívida.

Sobre o impacto da financeirização com o advento da globalização Danielle Anne Pamplona e Vinicius de Assis¹¹ afirmam que ele altera com o equilíbrio de influência entre as empresas e os Estados o que, por sua vez, faz com o que o Estado não mais seja capaz de promover o bem-estar social, pois o poder de decidir sobre questões sociais e econômicas é transferido para as organizações financeiras.

Em igual sentido, Stockhammer¹² estuda o conceito dos Estados "Finance-Dominated", nos quais o papel do Estado é integralmente o de estabilizar os preços e de fomentar um ambiente favorável ao desenvolvimento do mercado financeiro. O autor segue a visão regulacionista, adotada também por esse ensaio, segundo a qual a financeirização muda micro e macroeconomicamente as instituições. As empresas focam na maximização dos rendimentos de seus acionistas, em desfavor dos investimentos em áreas produtivas, o que poda o crescimento econômico dos países em desenvolvimento.

A expansão do crédito afeta diametralmente a composição de renda da população, que, por ter parte da sua renda em créditos, têm sua posição financeira fragilizada em momentos de instabilidade econômica ou recessão, a economia como um todo e o status financeiro das empresas é fragilizado nesse cenário¹³.

¹¹ Vinicius de ASSIS / Danielle Anne PAMPLONA. "Princípios orientadores das Nações Unidas e a complexidade de proteção e respeito aos direitos humanos no combate ao trabalho escravo no Brasil". Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.14, n.1, 1º quadrimestre de 2019. p. 4. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 10 jul. 2022.

¹² Engelbert STOCKHAMMER, "Some Stylized Facts on the Finance-dominated Accumulation Regime". Competition and Change, v. 12, n. 2, pP.184-202, jun. 2008.

¹³ Hyman MINSKY. Stabilizing an Unstable Economy. New Haven: Yale University Press, 1986.

No Brasil a financeirização iniciou em 1989, a partir das mudanças no sistema bancário do país, que passou a determinar suas próprias taxas de juros. Em 1991 o processo foi acelerado a partir de um novo marco regulatório, que abriu o mercado brasileiro aos bancos internacionais, liberou a movimentação do capital e desregulamentou a conta capital¹⁴.

Essa entrada abrupta do capital externo a partir de 1991 causou diversas consequências, entre elas, o aumento no número de privatizações, e o aumento no percentual de juros doméstico. No exemplo brasileiro é possível observar que o fenômeno da financeirização é, então caracterizado, predominantemente, por uma financeirização por juros, sobre os impactos internos Miranda¹⁵ aduz:

“As mudanças institucionais observadas no Brasil nas últimas décadas foram induzidas pelo capital financeiro para atender a seus interesses, o que permitiu o desenvolvimento do processo de financeirização da economia. A liberalização financeira reforçou a dependência do país em relação ao fluxo de capital externo e sua fragilidade em nível micro e macroeconômico. As várias crises financeiras dos últimos anos, as desvalorizações da moeda nacional, o baixo crescimento do investimento produtivo das empresas e da taxa de formação bruta do capital fixo, resultam deste processo. Estes eventos corroboram o aumento da fragilidade.”

Os impactos mais econômicos da financeirização da economia brasileira reverberam em impactos de ordem econômico-social. Os investimentos a longo prazo, necessários para o desenvolvimento econômico e social do país ficam em segundo plano, por terem menor liquidez, maior risco e ganhos lentos, e a atuação estatal é determinada pelos interesses do mercado financeiro¹⁶.

Nesse sentido, uma política interna focada no mercado financeiro e na valorização dos investimentos de curto prazo expande a dívida pública interna, o Estado assume o papel de “fiador” e para manter os juros mais atrativos pagos ao setor financeiro ele aumenta a carga tributária das atividades produtivas e do trabalho. Como consequência, a política monetária e fiscal são utilizadas somente como um instrumento de estabilidade financeira, perdendo a sua eficiência no estímulo ao deslocamento econômico e geração de emprego¹⁷. É possível

¹⁴ Ricardo CARNEIRO. *Desenvolvimento em Crise: a economia brasileira nos último quarto do século XX*. São Paulo, Editora Unesp, 2002. p. 423.

¹⁵ Bernardo Miranda. “Impactos da financeirização sobre a fragilidade micro e macroeconômica: um estudo para a economia brasileira entre os anos de 1995-2012”. Tese (Doutorado em Economia) – Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil, 2013.

¹⁶ Miguel Bruno. “Financeirização e crescimento econômico: o caso do Brasil”. *ComCiência*, Campinas, n. 128, 2011. Disponível em: http://comciencia.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-76542011000400009&lng=pt&nr m=iso. Acesso em 28 jul. 2022.

¹⁷ Werner BAER. *A Economia Brasileira*, 4. ed. São Paulo, Editora Brasiliense, 1990.

observar que de 1980 a 1989 a dívida pública brasileira passou de 6,7% do PIB a 28,4%¹⁸.

O Estado atuando somente como estabilizador da economia é também prejudicial ao desenvolvimento dos setores industriais e de alta tecnologia. O Brasil ao valorizar excessivamente o real com relação ao dólar para estabilizar os preços incentiva que os setores menos sensíveis às variações do câmbio se desenvolvam mais que aqueles que são mais sensíveis. Tal fato é facilmente visualizável quando se observa que, atualmente, as commodities representam 60% de todas as exportações brasileiras, enquanto os produtos científico-tecnológicos são importados de países da ásia.

Ademais, a literatura aponta que a valorização cambial também é responsável pelo aumento incessante das taxas de juros, tal padrão faz com que o salários dos assalariados seja transferida para os donos dos ativos financeiros e os detentores do capital¹⁹, aprofundando a cumulação dos lucros em somente um grupo. O aumento das taxas de juros também é responsável pela concentração do lucro nas mãos das empresas financeiras, em detrimento das empresas produtivas.

IV. CONCLUSÃO

A financeirização da economia brasileira aumenta o poder que o setor financeiro/bancário e os donos de ativos financeiros têm sobre o Estado, que passa a ser somente um ator econômico, e não mais um agente de transformação social garantidor de direitos para a população. Tudo aquilo que não é de interesse econômico fica em segundo plano, incluindo os direitos humanos, e o desenvolvimento pleno do país é podado.

O processo da financeirização brasileira e as estruturas institucionais formadas por ele também é unicamente marcado pela concentração das riquezas nas mãos dos detentores do capital e empresas financeiras. A liberalização da economia também é responsável por frequentes crises econômicas, em razão da dependência do capital e das variações de câmbio externas, que fragilizam ainda mais os direitos básicos da população.

Por fim, resta evidente que a problemática que o tema traz a seara das empresas e direitos humanos, posto que, o Estado perde sua capacidade de garantir os direitos dos cidadãos justamente pela pressão feita pelo mercado de ações e pelas empresas financeiras.

¹⁸ Bacen/Depec. Indicadores Macroeconômicos do Setor Público. 1989.

¹⁹ Luccas Assis ATTILLIO, "A INFLUÊNCIA DA FINANCEIRIZAÇÃO SOBRE A TAXA DE JUROS REAL BRASILEIRA". Revista de Economia Contemporânea. 2020, v. 24, n. 03.



CATEGORÍA MENCIONES DE HONOR



Estudiantes de maestría y doctorado

B

**Patricia Almeida
de Moraes**

Pontifícia Universidade Católica
do Paraná – Brasil



Mención de honor

A BUSCA POR REMEDIACÃO A PARTIR DA JURISDIÇÃO EXTRATERRITORIAL: O CASO MARIANA NA CORTE BRITÂNICA

Eixo temático 10: remedição em matéria de direitos humanos e empresas

Patricia Almeida de Moraes *

Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Brasil

1. Introdução

As companhias transnacionais atuam em diversos países a partir de inovadoras e distantes redes de produção. Assim, buscam instalar suas afiliadas, responsáveis diretas pela produção, geralmente em países com mecanismos de governança e instituições internas fracas. Essas empresas também se beneficiam das estruturas societárias que impedem ou dificultam a responsabilização da empresa-matriz.

A interação de diferentes regimes de direito permitiu que as empresas se consolidassem como sujeitos de importantes direitos e prerrogativas, mas sem obrigações mínimas de respeitar os direitos humanos ou o meio ambiente das comunidades locais onde operam (RIVIERA, 2017). É um agravante o fato de que há diferentes padrões regulatórios nos “home and host-countries”.

Uma solução que vêm sendo adotada recentemente, se dá por meio da responsabilização da empresa subsidiária que violou direitos humanos e de sua matriz, a partir de um processo no Estado onde está localizada a matriz (a escolha da vítima) e não no território onde ocorreu a violação em si. Já existem algumas decisões de cortes domésticas, especialmente em países da Europa, que reconhecem a jurisdição extraterritorial ao acolher a competência para julgamento de demandas em que os fatos ocorreram no estrangeiro.

Um desses casos envolve o rompimento da barragem de fundão em Mariana/ MG no Brasil, considerado o maior desastre socioambiental da história do país, com diversos danos ao meio ambiente e consequentes violações de direitos humanos. O caso foi levado até a justiça no Brasil, sendo realizado um acordo extrajudicial, chamado de TAC (Termo de Ajustamento de Conduta), que colocou fim a diversos processos relacionados ao caso. No entanto não houve a participação dos grupos atingidos na realização de tal acordo. Além disso, os programas resultantes de tal acordo se mostraram inefetivos em remediar os danos, não havendo uma reparação adequada às vítimas.

Diante da inefetividade da justiça brasileira, as vítimas levaram o caso à justiça da Inglaterra por envolver a empresa inglesa BHP Billiton, detentora de 50% da empresa Samarco, responsável pelo desastre. O caso foi aceito pela Corte de Apelação inglesa em 08 de julho de 2022, reconhecendo a competência da jurisdição inglesa para processar e julgar a demanda (ENGLAND AND WALES COURT OF APPEAL, 2022). Ainda que esta decisão não seja definitiva, demonstra um avanço para os litígios extraterritoriais que buscam responsabilizar transnacionais por violações de direitos humanos.

O presente artigo busca abordar o Caso Mariana, especialmente no que tange a aplicação da jurisdição extraterritorial, para tanto se pautará uma pesquisa de natureza qualitativa, a partir do método hipotético dedutivo e do estudo de caso, com análise de dados bibliográficos e documentais como técnica de investigação.

*Doutoranda e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Brasil). Visiting researcher Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg na Alemanha. Bolsista CAPES/DAAD PROBAL. Membro do Global Business and Human Rights Scholars Association. Membro da Clínica de Direitos Humanos da PUCPR. Membro The International Society of Public Law. E-mail: patricia.almeidademoraes@hotmail.com

2. O Caso Mariana e a demanda na Corte Inglesa

No dia 05 de novembro de 2015, a barragem de Fundão, localizada no município de Mariana, rompeu-se liberando mais de 32 milhões de m³ de lama, que continha óxido de ferro e sílica, entre outras substâncias tóxicas e prejudiciais à vida humana e dos animais que habitavam a região. Muitos danos provocados pela tragédia se tornaram irreversíveis e suas consequências irremediáveis. Esse foi considerado o maior desastre socioambiental da história do Brasil. (BRASIL, 2016).

Além dos incontáveis danos ambientais, a catástrofe causou a morte de dezenove pessoas, entre trabalhadores da empresa mineradora e moradores da comunidade atingida, e prejuízos a todos os outros residentes, que perderam bens, empregos e a maneira pessoal de vida. Ainda, houve prejuízos para a econômica da cidade como um todo, nas diferentes atividades econômicas como agricultura, pecuária, comércio e indústria, que geravam empregos e levavam riqueza para a população, com danos irreversíveis. (IBAMA, 2015).

Cabe esclarecer a questão empresarial envolvendo a empresa Samarco. A empresa responsável pela exploração de minérios da barragem, a Samarco Mineração S/A, é uma *Joint Venture*¹, e suas controladoras são a brasileira Vale S/A e a BHP Billiton Brasil Ltda., cada uma com 50% das ações. A BHP Brasil é uma subsidiária do grupo BHP. Vale e BHP são duas das maiores empresas de mineração do mundo. A BHP Inglaterra e a BHP Austrália estão à frente do grupo BHP. Em todos os momentos relevantes, eles operaram juntos como uma única entidade econômica sob uma estrutura dupla de empresas listadas, com conselhos de administração compostos pelos mesmos indivíduos, uma estrutura unificada de gerenciamento executivo sênior e objetivos conjuntos. (ENGLAND AND WALES COURT OF APPEAL, 2022).

Após a tragédia, medidas jurídicas foram tomadas para responsabilizar as empresas envolvidas e minimizar os danos causados. Advocacia Geral da União propôs para as empresas responsáveis (Samarco, Vale e BHP) e os estados de Minas Gerais e Espírito Santo um acordo envolvendo os pedidos em várias Ações Cíveis Públicas.

Esse acordo se deu por meio de um TAC (Termo de Ajustamento de Conduta), que é um instrumento extrajudicial proposto por um órgão público para uma empresa causadora de danos, que visa a solução de conflitos decorrentes de violações de direitos transindividuais. Neste termo constam uma série de condições e responsabilidades a serem cumpridas pela empresa, como a reparação de danos causado, adequação às normas e exigências legais, compensação e indenização por danos que não podem ser reparados. (MILANEZ; PINTO, 2016).

¹ É um sistema de cooperação advinda de duas ou mais empresas para a realização de uma atividade econômica, podendo haver uma divisão de obrigações, responsabilidades e lucros. (GAMBARO, 2000, p.63).

A partir do TAC firmado nessa situação, houve a criação de uma pessoa jurídica especial em julho de 2016, a Fundação Renova, direcionada para programas socioambientais e socioeconômicos de reparação e compensação dos danos provocados pela tragédia. Porém, desses programas de recuperação elaborados pela fundação, poucos atingiram mais de 50% do resultado estabelecido e do orçamento previsto. (BRASIL, 2016).

Além disso, o TAC demonstra, ainda, certa fragilidade ao passo que não contou com a participação dos grupos atingidos diretamente pela tragédia, não se considerando o ponto de vista das vítimas e suas necessidades, prejudicando a produção dos programas reparatórios, o que demonstra que o acordo não é legítimo em sua proposta.

A inefetividade em uma remediação adequada às vítimas e a morosidade dos processos judiciais no Brasil, fizeram com que as vítimas buscassem uma responsabilização adequada à BHP na justiça britânica em novembro de 2018.

Em novembro de 2020 a demanda foi rejeitada por “abuso de processo”, devido a possibilidade de julgamentos irreconciliáveis e contaminação cruzada decorrentes de processos paralelos no Brasil. No entanto, após apelação dos requerentes, no dia 08 de julho de 2022, a Corte de Apelação do Reino Unido, reconheceu a competência da Justiça da Inglaterra, e irá julgar a ação coletiva apresentada por cerca de 200 mil vítimas. (ENGLAND AND WALES COURT OF APPEAL, 2022).

Nesta última decisão, o Tribunal de Apelação Britânico considerou que a sobreposição com os processos judiciais era “relativamente limitada”, vez que as ações promovidas no Brasil englobam apenas a BHP Brasil, de forma que “If BHP Brazil’s control of Samarco is determined, it is uncertain to what extent it will touch upon the control basis of liability advanced against BHP England in this action”². Assim, a Corte considerou que a BHP Inglaterra, e não a BHP Brasil, exerceu controle sobre as atividades da Samarco. (ENGLAND AND WALES COURT OF APPEAL, 2022).

Nesse sentido, a Corte britânica entendeu ser irrelevante que o tribunal estrangeiro esteja mais bem colocado para decidir questões que não se sobrepõem, pois considerou incerto se haverá alguma decisão sobre questões sobrepostas, sendo o grau de sobreposição é relativamente pequeno, como é a situação neste caso. Dessa forma, a Corte rejeitou o argumento do *forum non conveniens*. (ENGLAND AND WALES COURT OF APPEAL, 2022).

Além disso, os juízes consideraram haver uma inadequação da reparação, em decorrência dos valores despendidos pelo instituto Renova em indenizações e obras de remediação, que foram inferiores aos valores necessários previstos para a reparação total. (ENGLAND AND WALES COURT OF APPEAL, 2022).

² Se o controle da Samarco pela BHP Brasil for determinado, não se sabe até que ponto isso afetará a base de controle da responsabilidade avançada contra a BHP Inglaterra nesta ação.

“The potential inadequacy of the redress which has been achieved in the meantime is supported by the sums which have been spent to date. Mr Gibson QC for the defendants relied on the fact that by December 2021, according to the BHP Group accounts, the Brazilian Companies had spent a total of about R\$19.6bn, through Renova, on making redress. That is the total, comprising both compensation and sums spent on remediation works. This is a large sum, but must be compared with the estimate of losses made by the MPF in the 155bn CPA that full redress will require at least R\$155bn. That is merely an estimate, but if it is even approximately accurate, the extent of redress achieved to date, over 6 years after the catastrophe, is a relatively small fraction of what is required³. ”

A decisão também teve como base o precedente anterior do caso Vedanta, situação em que foi aplicado o chamado Regulamento de Bruxelas para justificar a competência da Corte britânica. Trata-se do Regulamento (UE) N. 1215/2012 do Parlamento Europeu, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial na Europa. O artigo 4º estabelece que as pessoas domiciliadas num Estado-Membro devem ser demandadas, independentemente da sua nacionalidade, nos tribunais desse Estado-Membro. (UNIÃO EUROPEIA, 2012).

Cabe ressaltar que, apesar de a decisão proferida pela Corte de Apelação da Inglaterra ter sido favorável às vítimas, ainda cabe recurso da BHP para a Suprema Corte da Inglaterra, o que pode levar ainda algum tempo até que a Jurisdição britânica seja considerada competente de forma definitiva. Ressaltando que toda a discussão envolve apenas a competência para julgamento, e não análise de mérito da demanda.

³ A eventual inadequação da reparação entretanto conseguida é corroborada pelos montantes despendidos até à data. O Sr. Gibson QC para os réus baseou-se no fato de que até dezembro de 2021, de acordo com as contas do Grupo BHP, as empresas brasileiras haviam gasto um total de cerca de R\$ 19,6 bilhões, por meio da Renova, para fazer reparações. Esse é o total, incluindo indenizações e valores gastos em obras de remediação. A quantia é grande, mas deve ser comparada com a estimativa de perdas feita pelo MPF na CPA de 155 bilhões de que a reparação total exigirá pelo menos R\$ 155 bilhões. Isso é apenas uma estimativa, mas se for aproximadamente preciso, a extensão da reparação alcançada até o momento, mais de 6 anos após a catástrofe, é uma fração relativamente pequena do que é necessário.

3. A Jurisdição Extraterritorial em Direitos Humanos e Empresas

As empresas terem de desempenhar um papel de respeito aos direitos humanos, não significa que elas substituam os Estados, mas devem saber como suas atividades se relacionam com os direitos humanos e como devem atuar para cooperar na manutenção de níveis de respeito e garantia de acordo com os padrões internacionais. (CHÁVEZ, 2017).

Como ocorreu no caso de Mariana, o entendimento que reconhece a jurisdição extraterritorial para a aplicação em casos envolvendo violações de direitos humanos por empresas transnacionais, vem sendo aplicado nos últimos anos, especialmente por cortes de países europeus. Cabe destacar que, além do caso ***Vedanta Resources PLC v. Lungowe*** já mencionado, foram reconhecidas competências de tribunais estrangeiros nos casos ***Four nigerian farmers e Milieudefensie v. Shell***, julgado na corte da Holanda, e o ***Caso Lliuya v. RWE*** em trâmite na justiça alemã.

No entanto, quando as vítimas conseguem levar o seu pedido à justiça do país de origem da empresa, o primeiro obstáculo é a demonstração de que aquela é a jurisdição competente. Muitas vezes a discussão sobre o foro competente se estende por anos dentro do processo, isso traz um alto custo financeiro e emocional às vítimas. Nesse sentido, na decisão analisada do Caso de Mariana, a Corte inglesa entende que esse atraso pode causar prejuízo substancial às vítimas na obtenção de uma remediação efetiva (ENGLAND AND WALES COURT OF APPEAL, 2022):

“The claims in this action are already three years old and the only reason they have not substantively progressed is the delay caused by the applications which have been made by the defendants. For there to be a further delay of years, and quite possibly over a decade, before they could resume would cause very substantial prejudice to the claimants in obtaining relief, and would be inimical to the efficient administration of justice as a result of all the well-known problems which delay brings to the process⁴.”

⁴ As reclamações nesta ação já têm três anos e a única razão pela qual não progrediram substancialmente é o atraso causado pelos recursos que foram apresentados pelos réus. O fato de haver um atraso adicional de anos, e possivelmente mais de uma década, antes que eles pudessem ser retomados causaria um prejuízo muito substancial aos requerentes na obtenção de alívio e seria prejudicial à administração eficiente da justiça como resultado de todo o bem -problemas conhecidos que o atraso traz ao processo.

Ocorre que para que o Estado de origem da empresa possa regular ou julgar extra territorialmente, há necessariamente algum grau de incursão nos assuntos internos do estado anfitrião, e isto pode ser visto como uma infração inadmissível de jurisdição exclusiva do estado anfitrião. Mas a alternativa, para limitar a regulação e o julgamento a eventos e atores dentro do estado territorial, pode criar um vácuo regulatório e adjudicatório onde a má conduta corporativa é transnacional, abrangendo o estado de origem e o estado anfitrião, ou onde o estado anfitrião não está disposto ou não é capaz de regular ou decidir sobre a incorporação local subsidiária ou outra empresa afiliada. (CHAMBERS, 2018).

Dado que a impunidade para abusos de direitos humanos relacionados a negócios que ocorrem em estados anfitriões é comum, há razões indiscutivelmente fortes a favor da competência jurídica do país da empresa-matriz. Na prática, no entanto, os juízes frequentemente não aceitam jurisdição sobre casos advindos de outros Estados e os legisladores rejeitaram projetos de lei destinados a regular a conduta de corporações e suas afiliadas fora de suas fronteiras. (CHAMBERS, 2018).

A possibilidade do Estado regular relações jurídicas e julgar ações ou omissões ocorridas em seu território é a regra para o Direito Internacional. Tal regra decorre do princípio da soberania, segundo o qual o Estado detém o poder exclusivo de dizer o direito em seu território, ou seja, de não sofrer intervenção de outros Estados. Assim, o princípio da não-intervenção é um corolário da soberania estatal, na medida em que restringe o exercício da jurisdição de um Estado sobre relações jurídicas ou fatos ocorridos no território de outros. (PAMPLONA; CERQUEIRA, 2020).

No entanto, existem algumas possibilidades em que é reconhecida a aplicação da jurisdição extraterritorial, que é uma exceção aceita pelas regras e princípios que regem o Direito Internacional Público. A jurisdição extraterritorial ocorre quando há a utilização **“de uma lei nacional de um Estado a atividades que se realizam além de suas fronteiras, ou que ocorrem em território de outro Estado sem conexão com o dele próprio”** (KALECK; SAAGE-MAAß, 2008).

A aplicação da jurisdição extraterritorial é uma exceção, aceita em situações específicas, como naquelas envolvendo conflitos armados, ocupações de território e atividades militares (PAMPLONA; CERQUEIRA, 2020). Considerando o cenário de violações de direitos humanos por empresas transnacionais, em que as violações são perpetradas por empresas subsidiárias em outros países, não há uma previsão normativa geral do Direito Internacional que possibilita a aplicação da jurisdição extraterritorial em tais casos.

Apesar disso, algo muito semelhante ao que se entende como jurisdição extraterritorial vêm sendo adotado, o reconhecimento de uma jurisdição estrangeira, aquela do país de origem da empresa matriz, para o processamento e julgamento de demandas envolvendo violações de direitos humanos. Como no Caso de Mariana,

que envolve o desastre ocorrido no Brasil, mas que teve como causa a atividade mineradora que envolvia a empresa BHP Billiton de origem britânica.

4. Conclusão

De acordo com o pilar 3 dos princípios orientadores da ONU, os Estados, como parte de seu dever de proteção contra violações a direitos humanos, devem tomar medidas adequadas para garantir, por meios judiciais que os indivíduos ou grupos impactados tenham acesso a mecanismos de reparação eficazes. Nesse contexto que se enquadra o reconhecimento da jurisdição extraterritorial pelas cortes.

O Caso de Mariana e outros casos recentes demonstraram que os tribunais estão atentos ao acesso à justiça e garantem que os requerentes podem procurar reparação quando existe uma perspectiva razoável de estabelecer o controle pela empresa-mãe. O caso é relevante ao reforçar o entendimento da jurisdição competente, no entanto é importante continuar acompanhando as futuras decisões do caso, considerando que a decisão que reconheceu a competência da corte britânica não é definitiva.

Por conseguinte, podemos esperar mais litígios contra transnacionais em relação a operações estrangeiras, já que vem se mostrando uma tendência em Cortes estrangeiras. Apesar disso, alguns desafios ainda precisam ser superados, para que a Corte do país de origem da empresa se reconheça competente para o julgamento, há um longo lapso temporal dispendido, além de esforços financeiros e psicológicos das vítimas, decorrentes de uma demanda no exterior, assim como ocorreu no Caso Mariana.

Referências

- BRASIL. Relatório diligência destinada a apurar violações de direitos humanos decorrentes do rompimento da barragem de fundão, em mariana/mg (req. Nº 09/2016). Câmara dos Deputados. Comissão de direitos humanos e minorias. Novembro de 2016. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/documentos/relatorios-de-atividades/diligencia-destinada-a-apurar-violacoes-de-direitos-humanos-decorrentes-do-rompimento-da-barragem-de-fundao-em-mariana-mg-req-no-09-2016/view> >. Acesso em 16 de julho de 2022.
- BRASIL. Tragédia em Mariana: Omissões e Falhas na Fiscalização - Bloco 4. Câmara dos Deputados. 2016. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/REPORTAGEM-ESPECIAL/520901-TRAGEDIA-EM-MARIANA-OMISSOES-E-FALHAS-NA-FISCALIZACAO-BLOCO-4.html>. Acesso em 16 de fevereiro de 2021.
- CHAMBERS, Rachel. An Evaluation of Two Key Extraterritorial Techniques to Bring Human Rights Standards to Bear on Corporate Misconduct. **Utrecht Law Review**. Volume 14, Issue 2, 2018 | <http://doi.org/10.18352/ulr.435>.
- CHÁVEZ, Gustavo Zambrano, Rodrigo Varela. Los Principio Rectores salvarán al Perú? La debida diligencia em las actividades extractivas de hidrocarburos em la Amazônia peruana. Análisis de casos del Ecuador. In: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. **Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina**. San José, C.R.: IIDH, 2017. ISBN:978-9930-514-12-2. p. 286.
- England and Wales Court of Appeal (Civil Division) Decisions. Municipio De Mariana & Ors v BHP Group (UK) Ltd & Anor [2022] EWCA Civ 951 (08 July 2022). Disponível em: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2022/951.html> > Acesso em 25 de julho de 2022.
- IBAMA. Laudo Técnico Preliminar. Impactos ambientais decorrentes do desastre envolvendo o rompimento da barragem de Fundão, em Mariana, Minas Gerais. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama. Novembro 2015. Disponível em: https://www.ibama.gov.br/phocadownload/barragemdefundao/laudos/laudo_tecnico_preliminar_Ibama.pdf >. Acesso em 15 de julho de 2022.
- KALECK, W.; SAAGE-MAAß, M. **Transnational Corporations on Trial: on the Threat to Human Rights Posed by European Companies in Latin America**. V. 4 in the Publication Series on Democracy. Berlin: Heinrich-Böll-Stiftung, 2008.
- MILANEZ, Bruno; PINTO, Raquel Giffoni. Considerações sobre o Termo de Transação e de Ajustamento de Conduta firmado entre Governo Federal, Governo do Estado de Minas Gerais, Governo do Estado do Espírito Santo, Samarco Mineração S.A., Vale S.A., e BHP Billiton

- Brasil LTDA. PoEMAS, abr. 2016. Disponível em:
https://www.researchgate.net/publication/301219622_Consideracoes_sobre_o_Termo_de_Transacao_e_de_Ajustamento_de_Conduta_firmado_entre_Governo_Federal_Governo_do_Estado_de_Minas_Gerais_Governo_do_Estado_do_Espirito_Santo_Samarco_Mineraçao_SA_Vale_SA_e/citation/download. Acesso em 16 de julho de 2022.
- PAMPLONA, Daniella Anne. Das violações de direitos humanos e do envolvimento das grandes corporações. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia P.; TORELLY, Marcelo. **Empresas e Direitos Humanos**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 183.
- PAMPLONA, Danielle Anne; CERQUEIRA, Daniel Lopes. Jurisdição extraterritorial: um passo necessário para enfrentar abusos corporativos. Angelina Colaci Tavares Moreira; Carolina Braglia Aloise Bertazzoli; Danielle Anne Pamplona. (Org.). Atividade Econômica e Direitos Humanos. 1 ed. Naviraí, MS: Ipuvaíva Editora, 2020, v. 1, p. 221 a 242.
- RIVERA, Humberto Cantú. Los desafíos de la globalización: reflexiones sobre la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos. In: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. **Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina**. San José, C.R.: IIDH, 2017. ISBN:978-9930-514-12-2. p. 38.
- RUGGIE, John Gerard. **Quando negócios não são apenas negócios – as corporações multinacionais e os Direitos Humanos**. Editora: Planeta Sustentável. São Paulo. 2014. p. 88-89.
- UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) N.º 1215/2012 do Parlamento Europeu, de 12 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R1215&from=EN>. Acesso em 05 de maio de 2022.



CATEGORÍA MENCIONES DE HONOR



Estudiantes de maestría y doctorado

B

**Tamara
Brezighello Hojaij**

Alliance Manchester Business
School

Thaís Temer

Universidade de São Paulo



Mención de honor

FAZENDO O BEM DEPOIS DE FAZER O MAL: UMA PERSPECTIVA DO ROMPIMENTO DA BARRAGEM DE FUNDÃO À LUZ DO NEO- INSTITUCIONALISMO E DA REMEDIAÇÃO INTEGRAL

Tamara Brezighello Hojaij

Universidade de São Paulo (USP)

Thaís Temer

Alliance Manchester Business School)

De acordo com o Banco Mundial (2021), uma média de uma a duas barragens de minério de ferro se rompe por ano no mundo. Esses rompimentos acarretam uma série de impactos socioambientais, sobretudo em razão da quantidade e da velocidade com a qual os rejeitos viajam. Áreas próximas são inundadas, contaminando o solo e os cursos d'água e destruindo a fauna e a flora locais; e comunidades cujos meio de subsistência dependem desses recursos são extremamente prejudicadas (Hatje et. al, 2017; Roche et. al, 2017).

A Comissão Internacional de Grandes Barragens (2001) argumenta que os rompimentos de barragens de minério de ferro são comumente devidos à má-gestão, uma vez que os gestores dessas instalações possuem acesso a informações suficientes e adequadas para construir e adaptar estruturas mais seguras. Conforme o Relator Especial da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre direitos humanos e substâncias e resíduos perigosos (2020), a má gestão contribuiu para o rompimento da barragem de Fundão, que ocorreu no Brasil em 2015, uma vez que as empresas envolvidas conheciam os riscos relacionados à instalação antes da ocorrência do rompimento e não adotaram as devidas medidas de mitigação.

O rompimento da barragem de Fundão é um dos maiores rompimentos de barragem de minério de ferro já reportados (Hatje et. al, 2017) e é considerado um dos piores desastres ambientais do mundo (MPF, s.d.). O acontecimento lançou mais de 40 milhões de metros cúbicos de rejeitos de minério de ferro no Rio Doce. Mais de 40 municípios e 3 terras indígenas foram atingidos, 19 pessoas morreram e mais de 240 mil hectares de Mata Atlântica foram danificados (MPF, s.d.).

A literatura neo-institucional recente refere-se ao rompimento da barragem de Fundão e outras ocorrências de magnitude similar como situações de irresponsabilidade social empresarial (ISE) (i.e., Giuliani, 2016; Fiaschi et. al, 2017). O termo denota ações realizadas por empresas e que resultam em consequências negativas para os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, minimamente aqueles previstos na Carta Internacional de Direitos Humanos e nas Convenções Fundamentais da OIT (Giuliani et al., 2014). Assim, a ISE refere-se ao descumprimento das normativas, nacionais e internacionais, que resguardam a dignidade humana (Wettstein et al., 2019). Nesses termos, trata-se de uma conduta que faz mal à um indivíduo ou grupo (Lin-Hi & Müller, 2013). Não somente, a ocorrência de uma conduta irresponsável também tem consequências negativas para a própria empresa envolvida, como redução da produtividade em razão da suspensão ou encerramento de operações e consequente diminuição do faturamento (Buhman, 2016).

Desde 2011, com o endosso dos Princípios Orientadores (POs) sobre Empresas e Direitos Humanos pelo Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), as condutas irresponsáveis das empresas têm sido cada vez mais estudadas sistematicamente, no intuito de gerar conhecimento acerca das razões e condições que permitem, facilitam e/ou instigam a sua ocorrência (Wettstein et al., 2019). Fiaschi et al. (2017), por exemplo, explora quais são as condições que facilitam a ISE por empresas multinacionais de países emergentes.

Aclamado por diferentes atores internacionais, como a União Europeia e a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) (Fasterling & Demuijnck, 2013), os POs estabelecem que as empresas têm a responsabilidade de respeitar os direitos humanos em todas as suas atividades e operações, em seu país de origem e no exterior (United Nations, 2011). Isso independentemente do dever dos Estados de proteger os direitos humanos, já consolidado em tratados e outros instrumentos internacionais (Ruggie, 2014a; Ruggie, 2014b; Giuliani et al., 2016).

Os POs, dessa forma, representam uma mudança de paradigma, sendo o primeiro instrumento internacional endossado pela alta gestão da ONU a estabelecer expressamente que a conduta empresarial deve ser balizada pelo núcleo universal de direitos que todos os seres humanos têm igualmente, em qualquer lugar e tempo (McCorquodale, 2009; Arnold, 2010; Wettstein, 2012; Muchlinski, 2012; Wettstein et al., 2019).

Além disso, os POs estabelecem que as empresas devem remediar as consequências negativas de suas condutas às pessoas e ao meio ambiente (United Nations, 2011, Shelton, 2015). Isso tanto em seu aspecto procedimental, voltado a assegurar processos claros e transparentes, quanto substancial, voltado a efetivamente restaurar e melhorar a situação anterior dos indivíduos e grupos afetados (United Nations, 2011, Shelton, 2015).

Ao longo da última década, os POs foram incorporados nas Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais que, a partir de 2011, passaram a prever um novo capítulo sobre a temática de respeito aos direitos humanos com a incorporação dos pilares sobre proteção, respeito e remediação estabelecidos nos Princípios Orientadores (OCDE, 2011). O International Council on Mining and Metals (ICMM) também incorporou os POs nas suas diretrizes, passando a adotar parâmetros para cobrar o respeito aos direitos humanos das empresas atuando no setor, principalmente por meio de processos de devida diligência em direitos humanos e da provisão de canais para denúncias e soluções de abusos (ICMM, 2022), ferramentas previstas nos POs para as empresas.

A despeito de sua relevância no plano internacional, a implementação concreta das provisões dos POs perpassa diversos desafios, dentre eles a sua adoção a nível nacional pelos Estados a partir de um conjunto de medidas públicas coerentes, capazes de cobrar de modo claro o respeito aos direitos humanos das empresas, bem como estabelecer sanções para o seu descumprimento (United Nations, 2021). Nesse sentido, em 2016, o Grupo de Trabalho da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos apresentou relatório, como resultado de visita de inspeção realizada ao Brasil, com o intuito de avaliar os esforços realizados para prevenir e remediar impactos adversos aos direitos humanos, no qual apontou que ainda é necessária a adoção de medidas importantes para garantir a efetiva implementação dos POs no país. Dentre elas, foi ressaltada a necessidade de assegurar uma remediação efetiva em casos de conduta empresarial irresponsável, com referência expressa ao rompimento da barragem do Fundão (UNITED NATIONS, 2016).

Nesse contexto, o presente ensaio busca dar início a um levantamento, a ser

consolidado posteriormente na forma de um artigo científico, sobre o que a ***Samarco Mineração S.A., a BHP Brasil Ltda. e a Vale S.A. relatam em seus relatórios de sustentabilidade sobre as ações que adotaram para remediar as consequências negativas do rompimento da barragem do Fundão, analisando tais relatos também sob a perspectiva do que as instituições de justiça, as pessoas atingidas e a sociedade civil têm apontado sobre a adequação e suficiência das medidas efetivamente implementadas.*** Ou seja, explora o que as empresas envolvidas reportam fazer especificamente em relação as consequências negativas de uma conduta irresponsável, comparando, quando necessário, tais relatos às percepções dos demais atores envolvidos no processo de reparação e aos dados constantes nos processos judiciais em andamento.

Para isso, o ensaio parte de análise documental (Symon & Cassell, 2012) de fontes de informação distintas: os processos judiciais em curso e os acordos coletivos vigentes (o Termo de Ajustamento Preliminar, o Termo Aditivo ao Termo de Ajustamento Preliminar, o Termo de Ajustamento de Conduta - TTAC e o Termo de Ajustamento de Conduta Relativo à Governança- TAC-GOV), bem como os relatórios de sustentabilidade emitidos pelas três empresas após o rompimento da barragem do Fundão. Os processos judiciais e acordos coletivos foram identificados nos sítios eletrônicos do Ministério Público Federal e do Tribunal Regional da Primeira Região, com o fim de fornecer um panorama do que tem sido demandado das empresas nesses instrumentos no âmbito da remediação. É importante mencionar que, no momento de redação deste artigo, as autoras integravam centro de pesquisa aplicada da Fundação Getúlio Vargas, que foi contratada como expert do Ministério Público Federal para realizar a identificação, caracterização e mensuração de todos os danos socioeconômicos decorrentes do desastre na Bacia do Rio Doce; o que contribuiu com a familiaridade em relação ao caso. Ainda, cabe dizer que foram considerados processos em tramitação no Brasil, iniciados em 2015 e em 2016 (TRF1, 2015a; TRF1, 2015b; TRF1, 2016), bem como os treze incidentes processuais instaurados no âmbito de tais processos a partir de 2020, chamados de “eixos prioritários”, voltados à discussão judicial de pontos de dissenso do processo reparatório.

Por sua vez, os relatórios de sustentabilidade das empresas foram identificados nos respectivos sítios eletrônicos. Foram considerados os relatórios emitidos entre os anos de 2015 e 2021, totalizando 16 documentos submetidos a uma análise temática exploratória utilizando o software Nvivo, que facilita o agrupamento de temas semelhantes em diferentes documentos (Symon & Cassell, 2012). Importante pontuar que a BHP Brasil não publica relatórios de sustentabilidade, de modo que foram considerados os relatórios emitidos, em inglês, pela BHP Group Plc (BHP), que abarcam todo o grupo econômico.

Os resultados preliminares obtidos, indicam, em primeiro lugar, que as empresas relatam principalmente que estão em conformidade com os acordos celebrados, promovendo as medidas de remediação devidas por intermédio da Fundação Renova, bem como enfatizam a suposta crescente participação das comunidades afetadas no processo de remediação. No entanto, a análise dos processos judiciais em trâmite traz informações que conflitam com tais relatos.

Nesse sentido, vale mencionar, à título exemplificativo, alguns pontos em que foi possível visualizar a contraposição entre o relatado pelas empresas e as informações constantes nos acordos e processos judiciais.

Após a criação da Fundação Renova (FR), as empresas não fazem referência às medidas de remediação como responsabilidade própria, mas sim como uma responsabilidade da FR a ser realizada com dinheiro das empresas, apontando que a Fundação vem implementando inúmeras medidas de reparação. Porém, a atuação e a gestão da Fundação Renova no processo de reparação também vêm sendo questionada em um dos incidentes processuais (TRF1, 2021).

Questões relacionadas à participação têm sido discutidas em um dos incidentes processuais da ação principal (eixo prioritário n. 10), especialmente em razão da não contratação de assessorias técnicas para a maioria dos territórios atingidos, contrariando o disposto em um dos Acordos (o TAC Governança) (TRF1, 2020a). Além disso, a falta de participação pública nos acordos tem sido constantemente apontada pela sociedade civil (Nabuco & Aleixo, 2019; Borges & Maso, 2017), indicando que os mecanismos de participação em vigor não são suficientes.

Em terceiro lugar, o processo de remediação segue sem desfecho adequado. Seis anos após o rompimento, as consequências negativas ainda são sentidas pela população atingida e as medidas de remediação ainda estão em curso, com grande parte das vítimas sem acesso à compensação integral pelos danos sofridos. À título de exemplo, a análise dos incidentes processuais em curso indica a insuficiência do programa de indenizações implementado pela Fundação Renova, chamado de Programa de Indenização Mediada (PIM), levando a propositura no âmbito judicial de novos pleitos reparatórios por comissões de pessoas atingidas a partir de 2019, ensejando a criação de um novo sistema indenizatório (“novel”) pelo juízo da 12a Vara Judicial mais de quatro anos após o desastre, com o reconhecimento expresso da inadequação dos procedimentos, critérios de elegibilidade e parâmetros probatórios até então empregados pela Fundação Renova (TRF1, 2020b).

Ainda a título exemplificativo, é possível mencionar as discussões existentes sobre o Auxílio Financeiro Emergencial, tanto em relação aos critérios apontados como inadequados para definir quem deveria recebê-lo, quanto em relação a promoção de cortes e suspensões de tal Auxílio de forma unilateral e sem prévio aviso por parte da Fundação Renova, cortes estes considerados indevidos, tendo sido determinado judicialmente o reestabelecimento imediato dos pagamentos e a manutenção até que seja comprovado o retorno seguro das atividades agrícolas e pesqueiras (FGV, 2020a; FGV 2020b) (TRF1, 2020c).

Inclusive, sobre essas atividades, ao contrário do que é relatado pelas empresas nos relatórios de sustentabilidade, ainda não há consenso acerca da qualidade da água do Rio Doce ou sobre o fato dos peixes e outros alimentos estarem em condições adequadas para o consumo humano. O assunto também está em discussão nos eixos prioritários (TRF1, 2020d;

TRF1, 2020e) e um novo estudo está em andamento, com entrega final prevista somente para setembro de 2023.

Assim, as ações que as empresas relatam ter adotado como reação ao rompimento da barragem refletem um movimento de adaptação às pressões institucionais formais, consolidadas nos acordos celebrados. Contudo, não são totalmente consistentes com as expectativas da sociedade, especialmente as das comunidades afetadas, bem como com os parâmetros considerados adequados pelas instituições de justiça envolvidas no processo reparatório, indicando que a remediação de uma conduta irresponsável de tal magnitude demanda mais do que tem sido feito.

Isto posto, a partir da análise do caso concreto, os resultados preliminares convidam o leitor a refletir sobre a remediação de uma ISE de magnitude inédita no Brasil e no mundo, a partir do que as empresas envolvidas contam fazer. Nesse sentido, esta análise parte de um levantamento ainda em andamento, a ser futuramente publicado e busca contribuir, por um lado, para a compreensão das ações adotadas pelas empresas após uma conduta irresponsável, tópico de crescente interesse da Administração Internacional (e.g., Giuliani et al., 2014; Nardella & Brammer, 2021); e por outro, para os debates mais recentes acerca dos POs e como as empresas precisam aprimorar suas práticas de reporte em relação aos direitos humanos, sobretudo demonstrando detalhadamente o que fazem para remediar eventuais consequências negativas de sua atuação (United Nations, 2021) .

Referências

- Borges, C., & Maso, T. F. (2017). O Caso do Rompimento da Barragem no Rio Doce. Sur - International Journal on Human Rights, 14(25), 18.
- Brazil (2020). Lei n. 14.006 de 30 de setembro de 2020. Available at: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.066-de-30-de-setembro-de-2020280529982>
- Buhmann, K. (2016). Public Regulators and CSR: The 'Social Licence to Operate' in Recent United Nations Instruments on Business and Human Rights and the Juridification of CSR. Journal of Business Ethics, 136(4), 699–714. <https://doi.org/10.1007/s10551015-28699>
- Campbell, J. L. (2007). Why would corporations behave in socially responsible ways? An institutional theory of corporate social responsibility. Academy of Management Review, 32(3), 946–967. <https://doi.org/10.5465/amr.2007.25275684>
- International Council on Mining and Metals (ICMM). Human Rights. Disponível em: <https://www.icmm.com/pt/society-and-the-economy/mining-and-communities/human-rights>. Acesso em 21 de agosto de 2022.
- Fiaschi, D., Giuliani, E., & Nieri, F. (2017). Overcoming the liability of origin by doing no harm: Emerging country firms' social irresponsibility as they go global. Journal of World Business, 52(4), 546–563. <https://doi.org/10.1016/j.jwb.2016.09.001>
- Fundação Getulio Vargas (FGV) (2020a). Auxílio Financeiro Emergencial (AFE) pela Fundação Renova aos Atingidos do Alto Rio Doce: Municípios de Rio Doce, Santa Cruz do Escalvado e Ponte Nova, Distrito de Xopotó. Rio de Janeiro; São Paulo.
- Fundação Getulio Vargas (FGV) (2020b). Reparação Individual nos Territórios de Rio Doce, Santa Cruz do Escalvado e Chopotó: Uma Análise do Desenho, Procedimentos e da Cobertura do Cadastro, do Programa de Indenização Mediada e do Auxílio Financeiro Emergencial da Fundação Renova. Rio de Janeiro; São Paulo. Available at: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/documentos/fgv/rosa-fortinicaastro-afe-pim.pdf>. [eiro-emergencialnegativa-tradicionais.pdf](http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/documentos/fgv/rosa-fortinicaastro-afe-pim.pdf).
- Giuliani, E., Macchi, C., & Fiaschi, D. (2014). The social irresponsibility of international business: A novel conceptualization. In Progress in International Business Research (pp. 141–171). Emerald Group Publishing Limited. [https://doi.org/10.1108/S1745-8862\(2013\)000008012](https://doi.org/10.1108/S1745-8862(2013)000008012)
- Giuliani, E. (2016). Human Rights and Corporate Social Responsibility in Developing Countries' Industrial Clusters. Journal of Business Ethics, 133(1), 39–54. <https://doi.org/10.1007/s10551-014-2375-5>

- Hah, K., & Freeman, S. (2014). Multinational Enterprise Subsidiaries and their CSR: A Conceptual Framework of the Management of CSR in Smaller Emerging Economies. *Journal of Business Ethics*, 122(1), 125–136. <https://doi.org/10.1007/s10551-013-17538>
- Hatje, V., Pedreira, R. M. A., de Rezende, C. E., Schettini, C. A. F., de Souza, G. C., Marin, D. C., & Hackspacher, P. C. (2017). The environmental impacts of one of the largest tailing dam failures worldwide. *Scientific Reports*, 7(1), 10706. <https://doi.org/10.1038/s41598-017-11143-x>
- ICOLD (2001). Tailings Dams – Risk of Dangerous Occurrences, Lessons Learnt from Practical Experiences (Bulletin 121). Available at: <https://www.icoldcigb.org/GB/publications/bullet-ins.asp>
- Ministério Público Federal (MPF) (n.d.). Entenda o desastre. Available at: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/o-desastre>
- Ministério Público Federal (MPF) (2017). Termo de Ajustamento Preliminar entre o Ministério Público Federal, Samarco Mineração S/A, Vale S/A e BHP Billiton Brasil Ltda. Available at: <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/termo-de-acordopreliminar-caso-samarco>
- Ministério Público Federal (MPF), Ministério Público Estadual de Minas Gerais, Ministério Público Estadual do Espírito Santo, Defensoria Pública da União, Defensoria Pública de Minas Gerais & Defensoria Pública do Espírito Santo (2018). Available from: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/documentos/tac-governanca>
- Nabuco, J., & Aleixo, L. (2019). Rights Holders’ Participation and Access to Remedies: Lessons Learned from the Doce River Dam Disaster. *Business and Human Rights Journal*, 4(1), 147–153. <https://doi.org/10.1017/bhj.2018.22>
- Nardella, G., & Brammer, S. (2021). Corporate Social Responsibility, Irresponsibility, and the Multinational Enterprise Environment. In K. Mellahi, K. Meyer, R. Narula, I. Surdu, & A. Verbeke (Eds.), *The Oxford Handbook of International Business Strategy* (pp. 400–420). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780198868378.013.20>
- Nieri, F. & Giuliani, E. (2018). International Business and Corporate Wrongdoing: A Review and Research Agenda. In Castellani, D., Narula, R., Nguyen, Q. T. K., Surdu, I., & Walker, J. T. (Eds.). (2018). *Contemporary Issues in International Business*. Springer International Publishing. <https://doi.org/10.1007/978-3-319-70220-9>
- OECD (2022). Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais, Edição 2011, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/39ad30a0-pt>.
- Roche, C., Thygesen, K., Baker, E. (Eds.) (2017). Mine Tailings Storage: Safety Is No Accident. A UNEP Rapid Response Assessment. United Nations Environment Programme and GRID-

- Arendal, Nairobi and Arendal, www.grida.no
Shelton, Dinah. Remedies in international human rights law. 3. ed. Oxford University Press, 2015.
- Strike, V. M., Gao, J., & Bansal, P. (2006). Being good while being bad: Social responsibility and the international diversification of US firms. *Journal of International Business Studies*, 37(6), 850–862. <https://doi.org/10.1057/palgrave.jibs.8400226>
- Surroca, J., Tribó, J. A., & Zahra, S. A. (2013). Stakeholder Pressure on MNEs and the Transfer of Socially Irresponsible Practices to Subsidiaries. *Academy of Management Journal*, 56(2), 549–572. <https://doi.org/10.5465/amj.2010.0962>
- Tihanyi, L., Devinney, T. M., & Pedersen, T. (2012). Introduction to Part II: Institutional Theory in International Business and Management. In L. Tihanyi, T. M. Devinney, & T. Pedersen (Eds.), *Advances in International Management* (Vol. 25, pp. 33–42). Emerald Group Publishing Limited. [https://doi.org/10.1108/S1571-5027\(2012\)0000025009](https://doi.org/10.1108/S1571-5027(2012)0000025009)
- Tribunal Regional Federal da 1a Região (TRF1) (2015). 12ª Vara Federal Cível e Agrária da Seção Judiciária de Minas Gerais. Processo n. 0069758-61.2015.4.01.3400
- Tribunal Regional Federal da 1a Região. 12ª Vara Federal Cível e Agrária da Seção Judiciária de Minas Gerais. Processo n. 0060017-58.2015.4.01.3800.
- Tribunal Regional Federal da 1a Região. 12ª Vara Federal Cível e Agrária da Seção Judiciária de Minas Gerais. Processo nº 23863-07.2016.4.01.3800.
- Tribunal Regional Federal da 1a Região (2020a). 12ª Vara Federal Cível e Agrária da Seção Judiciária de Minas Gerais. Processo nº 1003050-97.2020.4.01.3800.
- Tribunal Regional Federal da 1a Região (2020b). 12ª Vara Federal Cível e Agrária da Seção Judiciária de Minas Gerais. Processo nº 1000415-46.2020.4.01.3800.
- Tribunal Regional Federal da 1a Região (2020c). 12ª Vara Federal Cível e Agrária da Seção Judiciária de Minas Gerais. Processo nº 1003050-97.2020.4.01.3800
- Tribunal Regional Federal da 1a Região (2020d). 12ª Vara Federal Cível e Agrária da Seção Judiciária de Minas Gerais. Processo nº 1000412-91.2020.4.01.3800
- Tribunal Regional Federal da 1a Região (2020e). 12ª Vara Federal Cível e Agrária da Seção Judiciária de Minas Gerais. Processo nº 1000462-20.2020.4.01.3800
- Tribunal Regional Federal da 1a Região (2021). 12ª Vara Federal Cível e Agrária da Seção Judiciária de Minas Gerais. Processo nº 1011729-52.2021.4.01.3800

- United Nations (2011). Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework. New York and Geneva: Office of UN High Commissioner for Human Rights.
- United Nations (2016). Report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises on its mission to Brazil. A/HRC/32/45/Add.1. Maio, 2016. Disponível em: <https://documents-ddsny.un.org/doc/UN-DOC/GEN/G16/096/43/PDF/G1609643.pdf?OpenElement>.
- United Nations (2020). Visit to Brazil - Report of the Special Rapporteur on the implications for human rights of the environmentally sound management and disposal of hazardous substances and wastes. A/HRC/45/12/Add 2. Geneva.
- United Nations (2021). UNGPs10+. A roadmap for the next decade of business and human rights. Disponível em: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/2021-12/ungps10plusroadmap.pdf>
- Wettstein, F., Giuliani, E., Santangelo, G. D., & Stahl, G. K. (2019). International business and human rights: A research agenda. Journal of World Business, 54(1), 54–65. <https://doi.org/10.1016/j.jwb.2018.10.004>
- World Bank (2021). Safety Of Dams and Downstream Communities. Technical Note 7. Tailings Storage Facilities. Available at: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/35491/TailingsStorage-Facilities.pdf?sequence=5&isAllowed=y>
- Ruggie, J. G. (2014a). Global Governance and “New Governance Theory”: Lessons from Business and Human Rights. Global Governance: A Review of Multilateralism and International Organizations, 20(1), 5–17. <https://doi.org/10.1163/19426720-02001002>
- Ruggie, J. G. (2014b). Quando negócios não são apenas negócios. As corporações multinacionais e os direitos humanos. Translation: Isabel Murray. São Paulo: Planeta Sustentável.
- Symon, G., & Cassell, C. (2012). Qualitative organizational research: Core methods and current challenges. SAGE.
- McCorquodale, R. (2009). Corporate Social Responsibility and International Human Rights Law. Journal of Business Ethics, 87(S2), 385–400. <https://doi.org/10.1007/s10551-009-0296-5>
- Arnold, D. G. (2010). Transnational Corporations and the Duty to Respect Basic Human Rights. Business Ethics Quarterly, 20(3), 371–399. <https://doi.org/10.5840/beq201020327>
- Wettstein, F. (2012). CSR and the Debate on Business and Human Rights: Bridging the Great Divide. Business Ethics Quarterly, 22(4), 739–770. <https://doi.org/10.5840/beq201222446>

- Muchlinski, P. (2012). Implementing the New UN Corporate Human Rights Framework: Implications for Corporate Law, Governance, and Regulation. *Business Ethics Quarterly*, 22(1), 145–177. <https://doi.org/10.5840/beq20122218>
- Fasterling, B., & Demuijnck, G. (2013). Human Rights in the Void? Due Diligence in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights. *Journal of Business Ethics*, 116(4), 799– 814. <https://doi.org/10.1007/s10551-013-1822-z>



CATEGORÍA MENCIONES DE HONOR



Estudiantes de maestría y doctorado

B

**Luis Ovidio
Chinchilla Fuentes**
McGill University, Canadá



Mención de honor

EL IMPACTO DE LOS PLANES DE ACCIÓN NACIONALES SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA.

Ejes:

- 1. Interdependencia e indivisibilidad de derechos afectados en el contexto de actividades empresariales; y**
- 2. Cambio climático, transición justa y conducta empresarial responsable.**

Luis Ovidio Chinchilla Fuentes

McGill University, Canadá

INTRODUCCIÓN

América Latina está plagada de casos donde las empresas han cometido graves violaciones a derechos humanos. Aunque no es el único, el caso de la mina de Nickel en Cerro Matoso en Colombia ejemplifica como la ausencia de un marco coherente que proteja los derechos humanos frente a los abusos de las empresas expuso a 3,463 personas a serios daños a su salud y al ambiente donde viven. El caso se refiere a la responsabilidad de la empresa Cerro Matoso S.A ya que la consulta con las comunidades indígenas Zenú—las cuales viven entre 750 metros y 10 kilómetros de la mina—no se ajustó a los estándares establecidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. En la comunidad se encontró la presencia de Nickel en la sangre en cerca de 20 veces más alto del aceptable, pues los niveles encontrados en pruebas de sangre y orina revela un nivel de 10,53 mcg/lit cuando el máximo aceptable es de 0,59 mcg/lit (Sentencia 733/17, 2017, sec. 4.5.1).

Para hacer frente a abusos como los de Cerro Matoso, en 2011, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU adoptó los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos (PRNU). Los PRNU se dividen en tres pilares: I) El deber de los Estados de proteger; II) La responsabilidad de las empresas de respetar; y III) El acceso a mecanismos de reparación efectiva (Consejo de Derechos Humanos, 2011). Los PRNU se han implementado a nivel doméstico a través de en políticas públicas denominadas Planes de Acción Nacional (PAN). Aunque Colombia, Chile y Perú han trasladado los PRNU en PAN, ninguna política ha sido instrumental para reducir las violaciones a derechos humanos cometidas por empresas, especialmente las relacionadas con el medio ambiente.

El presente ensayo analiza como los PAN [no] han protegido los derechos humanos vinculados al ambiente. Para ello se utilizan los conceptos de derechos humanos sustantivos y de procedimiento relacionados con el medio ambiente acuñados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en su Opinión Consultiva 23/17. En la Opinión Consultiva, la Corte IDH señala como derechos humanos sustantivos ***“los derechos a la vida, integridad personal, vida privada, salud, agua, alimentación, vivienda, participación en la vida cultural, derecho a la propiedad y el derecho a no ser desplazado forzadamente”*** (Corte IDH, 2017, párr. 66) y como derechos de procedimiento ***“derechos a la libertad de expresión y asociación, a la información, a la participación en la toma de decisiones y a un recurso efectivo”*** (Corte IDH, 2017, párr. 64).

Este ensayo concluye que—aunque los PAN son un marco de gobernanza que puede proteger los derechos humanos—su excesivo enfoque en los derechos de procedimiento los vuelve ineficaces para proteger los derechos humanos vinculados al ambiente y para responsabilizar a las empresas que han cometido daños al medio ambiente. Así, el ensayo propone que los PAN se enfoquen en mejorar los derechos humanos sustantivos como una precondition para el ejercicio de los derechos de procedimiento.

Para lograr este replanteamiento conceptual, el ensayo propone tres elementos indispensables para adoptar PAN efectivos. El primero se refiere a la posibilidad que las personas participen libre y efectivamente en la construcción de los PAN. El segundo elemento se refiere a la pericia de los gobiernos para entender y resolver los problemas planteados. El último elemento se refiere a contar y comunicar las metodologías empleadas desde el proceso de formulación hasta la evaluación de la política (Steffek, 2015, pp. 263-269).

Los PRNU y su adaptación a través de PAN.

Un vistazo histórico y conceptual a los PRNU

Los PRNU son la cuarta iniciativa global respecto del tema de empresas y derechos humanos (Cantú Rivera, 2017, p. 38; Deva, 2006, pp. 134-137). Ellos surgen como respuesta a las “Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales con respecto a los derechos humanos” (proyecto de normas) (Mares, 2011, pp. 9-10). El proyecto de normas fue una iniciativa de un instrumento internacional orientada a la imposición de obligaciones internacionales a empresas transnacionales. Sin embargo, los Estados han sido renuentes a que un tratado obligue jurídicamente a las empresas desde el derecho internacional de los derechos humanos. En 2006 se nombró a John Ruggie como Relator Especial de la ONU para Empresas y Derechos Humanos, cuyo mandato concluyó en 2011 cuando el Consejo de Derechos Humanos de la ONU respaldó los PRNU.

Los PRNU adoptados mediante Resolución 17/4 del Consejo de Derechos Humanos se dividen en tres pilares y en 31 principios (Consejo de Derechos Humanos, 2011). Según la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) los tres pilares deben entenderse como un todo coherente e interconectado, pues ***“las medidas adoptadas... en el marco del pilar I deberían generar efectos en el comportamiento de las empresas [conforme al] pilar II, y ...se relacionan con el acceso a mecanismos de reparación efectiva de acuerdo con el pilar III”*** (CIDH, 2019, párr. 9).

En la actualidad, los PRNU son el instrumento más aceptado por los Estados respecto del binomio empresas y derechos humanos (ver ilustración 1). De tal forma que los PRNU constituyen el instrumento de ***soft law*** más cercano a un consenso internacional en la temática y son el instrumento internacional más útil para implementar la responsabilidad de las empresas y las obligaciones del Estado en el terreno.

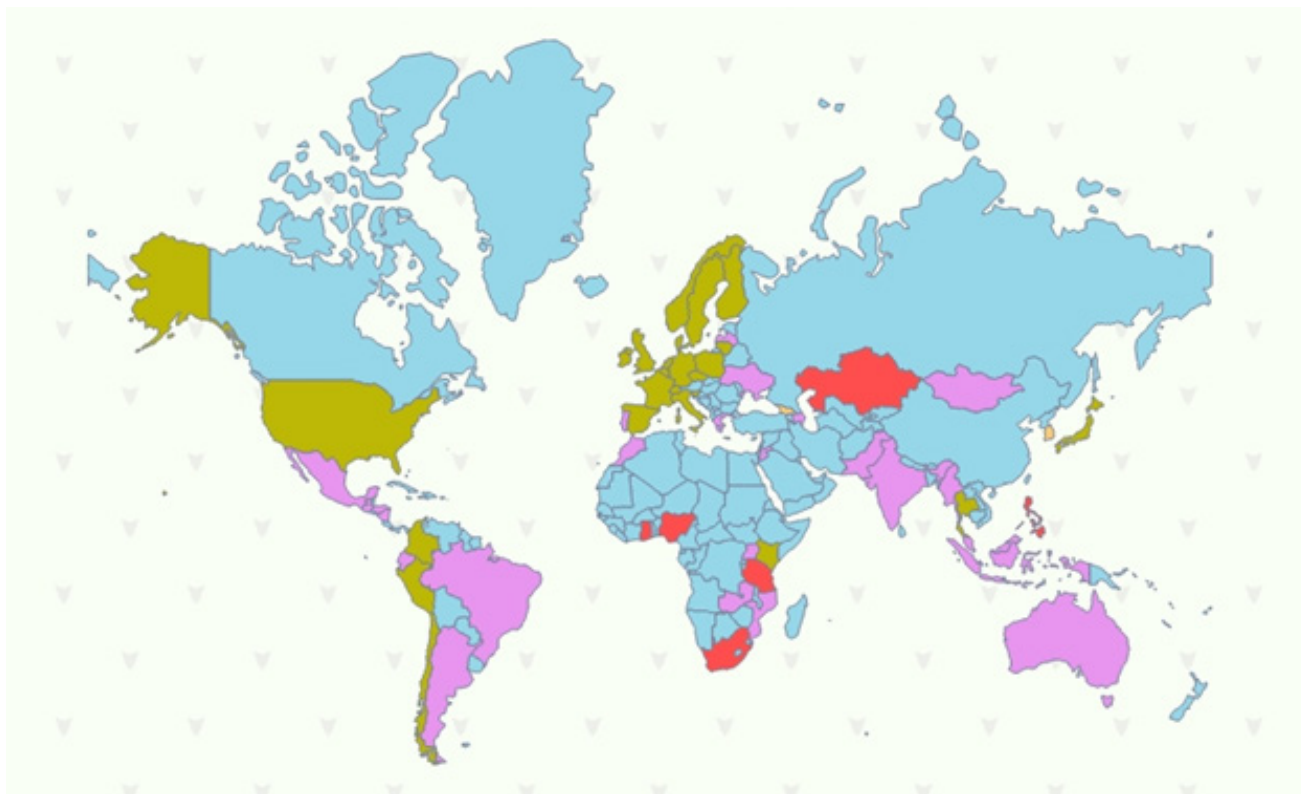
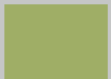


Ilustración 1. PAN en el mundo¹

Color	Descripción
	Países con PAN.
	Países con un capítulo de empresas y derechos humanos en sus políticas de derechos humanos.
	Países desarrollando un PAN.
	Países donde sociedad civil o la institución nacional de derechos humanos han iniciado un PAN.

¹ Elaboración propia con información de: <www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx> consultado el 1 de julio de 2022.

La implementación de los PRNU en América Latina

Los PRNU han sido adaptados a nivel nacional en políticas públicas denominadas PAN. Colombia, Chile y Perú han sido los únicos países en América Latina en aprobar un PAN para aplicar los PRNU.

Colombia fue el primer país no europeo en adoptar un PAN. Colombia inicio el proceso de construcción de su primer PAN en 2014 mediante el desarrollo de unas guías metodologías, el desarrollo de diversos foros para recolectar insumos, concluyendo el proceso en 2015. Ese mismo año Chile creó un grupo de trabajo interministerial liderado por la Cancillería. El grupo tenía como objetivo crear el PAN y concluyó su trabajo en 2017. En 2017 Perú recibe la visita del Grupo de Trabajo de la ONU sobre la cuestión de empresas y derechos humanos e incluye al año siguiente un lineamiento estratégico dirigido a la implementación de estándares internacionales sobre empresas y derechos humanos en su política nacional de derechos humanos, aprobándose el PAN en 2021. En 2018 Colombia comenzó el proceso de revisión de su PAN mediante la realización de foros regionales y aprueba su segundo PAN en 2020.

Salvo el caso de Chile, los PAN han tomado la forma de decretos ejecutivos aprobados por la presidencia, distribuyendo la mayoría de las acciones en diversas dependencias del Poder Ejecutivo. Pese al carácter integral de los PRNU, los PAN han tenido una tímida aproximación a los pilares II y III de los PRNU (responsabilidad empresarial de respetar y acceso a remedios, respectivamente). La falta de atención en el segundo y tercer pilar denota grandes sesgos en la forma en que los países abordan los problemas de las empresas y los derechos humanos. Generalmente, el primer pilar (deber estatal de proteger) tiene la mayoría de las acciones. Por ejemplo, el PAN peruano asigna 66 acciones en el primer pilar (PAN Peruano, 2021, pp. 121-127), el segundo pilar tiene 21 acciones y el tercer pilar solo comprende nueve acciones. El tercer pilar del PAN chileno solo contiene una quinta parte de lo que contiene el primer pilar. Otro ejemplo es el PAN de 2015 de Colombia, el cual era pionero en el abordaje de temas como la justicia transicional y el rol de las empresas en el postconflicto; sin embargo, el cambio en la presidencia y el COVID-19 causó que el PAN de 2020 no tuviera ninguna referencia al proceso de paz en Colombia. La distribución de acciones es una clara indicación de las prioridades del gobierno de turno, que no necesariamente refleja el clamor de las consultas.

El trabajo de Boaventura Santos permite dilucidar el problema conceptual de cara al erróneo enfoque de los PAN. Santos señala que las normas son como un mapa para la buena convivencia. Así, como un mapa, las leyes y políticas publicas pueden distorsionar la realidad en tres áreas; a saber, la escala, proyección y la simbolización. Para Santos, la escala involucra la decisión consiente de representar un objeto con más o menos detalles. La proyección constituye el proceso de transformar un objeto tridimensional a un plano bidimensional

(por ejemplo, un fenómeno social a una política pública). La proyección puede ser influenciada tanto por aspectos técnicos objetivos, como por aspectos subjetivos, tales como la ideología y las prioridades políticas de quien redacta la política. Finalmente, Santos se refiere a la simbolización como el acto de representar determinados elementos de la realidad con símbolos específicos (Santos, 2020, pp. 501-505). Debido a que un mapa, una ley o un PAN no puede coincidir punto por punto con la realidad para que sea útil, su valor yace en las decisiones consientes de los tomadores de decisiones para proyectar y simbolizar la realidad de una forma determinada (Santos, 2020, p. 519). En ese sentido, los equipos encargados de la adopción de un NAP deben caminar en la fina línea donde los insumos sean valorados objetivamente y las subjetividades del proceso sean controladas, de lo contrario los PAN pueden representar la realidad de forma sesgada.

Pese a que para la creación del PAN de Chile participaron 360 personas en nueve diálogos regionales, que, para el segundo PAN colombiano, participaron 850 personas en 15 foros regionales, y que, hayan participado 132 actores mesa multiactor peruana (PAN Chileno, 2017, pp. 28-29; PAN Colombiano, 2020, p. 46; PAN Peruano, 2021, pp. 24-29), los PAN no han consolidado los diferentes insumos en políticas coherentes de cara a los impactos medioambientales de las empresas. Cuando los gobiernos obvian los impactos que tiene la escala, proyección y la simbolización en la construcción de un PAN se generan políticas públicas cuyo impacto es imperceptible o contraproducente. Sumado a lo anterior, si los gobiernos no son auditados y controlados, ellos tienen de facto una carta blanca para determinar las acciones que crean convenientes en los PAN, corriendo el riesgo de reflejar la realidad de manera sesgada (Melish & Meidinger, 2011, pp. 322-329).

A pesar de las referencias de los PAN a la cantidad de seminarios, diálogos y otros foros realizados para adoptar tales políticas, la falta de comunicación de cómo las autoridades evaluaron e integraron esos aportes en el documento final vuelve la participación y consulta en un mero trámite (PAN Chileno, 2017, pp. 26-29; PAN Colombiano, 2020, pp. 46-49; PAN Peruano, 2021, pp. 16-19).

En conclusión, el diseño e implementación de los PAN en América Latina no responde a las necesidades de las comunidades más afectadas ya que no existen o al menos no ha sido comunicada la manera en que los insumos fueron valorados objetivamente y las subjetividades del proceso fueron controladas; al contrario, los PAN parecen ser políticas adoptadas e implementadas siguiendo el camino de menor resistencia². Frente a este grave problema en el diseño e implementación de los PAN se propone un cambio en el paradigma conceptual de la vinculación de los PAN con el medioambiente y tres elementos indispensables para adoptar PAN efectivos.

² Por el camino de menor resistencia, nos referimos a que los PAN adoptan el mínimo de acciones necesarias, las acciones más fáciles de ejecutar y menos onerosas para implementar los PRNU, no necesariamente las mejores o las que efectivamente son necesarias.

Los PAN y el medioambiente

Si bien todos los PAN reconocen teóricamente las conexiones entre los derechos humanos vinculados al ambiente y las empresas, las acciones detalladas son muy superficiales. Por ejemplo, los PAN de Colombia utilizan un lenguaje ambiguo al referirse a las únicas cuatro acciones relacionadas con el medio ambiente (PAN Colombiano, 2015, pp. 11, 13, 20; PAN Colombiano, 2020, pp. 52-53). Por ejemplo, la acción 2.6 del PAN Colombia 2015 establece que el Ministerio del Ambiente fortalecerá la presencia de requisitos de derechos humanos en las evaluaciones de impacto ambiental. Asimismo, la acción 7.8 establece que el Grupo de Trabajo de Empresas y Derechos Humanos de Colombia orientará a las empresas a desarrollar una evaluación de sus riesgos e impactos en las personas y el medio ambiente derivados de su operación, sin aclarar en qué consiste esta orientación. En su caso, el PAN peruano únicamente tiene tres acciones específicas para incorporar la responsabilidad social empresarial en las evaluaciones de impacto ambiental; es decir, sólo el 4,5% del PAN peruano hace referencia a la responsabilidad social empresarial en los estudios de impacto ambiental, prioridad bien definida en el estudio de línea base. Mientras que la única acción del PAN de Chile con respecto a los derechos humanos sustantivos relacionados con el medio ambiente es la consolidación del análisis de género en las evaluaciones de impacto ambiental. Lamentablemente, las menciones de derechos humanos sustantivos relacionados con el medio ambiente varían de escasas a inexistentes.

Pese a que la Corte IDH estableció en su Opinión Consultiva 23/17 algunas obligaciones estatales para la protección de los derechos humanos y el medio ambiente (Corte IDH, 2017, párr. 174, 180, 209, 210 y 242), las mismas no han sido internalizadas en los PAN. En ese orden de ideas, la Corte IDH estableció que el deber de prevenir graves daños medioambientales es un proceso secuencial de 5 pasos. El primer paso se refiere a la obligación de regular. El segundo consiste en supervisar y monitorear las actividades susceptibles de causar daños ambientales. El tercer paso radica en requerir y aprobar evaluaciones de impacto ambiental. El cuarto paso requiere a los Estados exigir que las empresas tengan planes de contingencia y el quinto y último incumbe la obligación de mitigar los impactos al medio ambiente.

Respecto del tercer paso, aunque la mayoría de los países del continente ya requieren legalmente evaluaciones de impacto ambiental para el licenciamiento de grandes proyectos, aún persisten serias dificultades en su realización con un enfoque de derechos humanos. Por ejemplo, el caso Cerro Matoso evidenció la ausencia de una evaluación de impacto ambiental que tuviera en cuenta las particularidades de la comunidad Zenú. Un PAN podría clarificar las responsabilidades institucionales, la realización de cambios estructurales respecto a los estudios de impacto ambiental y adecuar los protocolos de consulta a comunidades indígenas. Los Estados también deben considerar el cuarto y quinto paso delineados en la OC 23/17 ya que los mismos se alinean con el tercer pilar de los PRNU. Si bien el acceso a la justicia es

una piedra angular para lograr los derechos humanos relacionados con el medio ambiente, es la principal deficiencia de los tres PAN. En ese sentido, el caso Cerro Matoso demostró la necesidad de construir un PAN alineado con la OC 23/17, el cual establezca como una prioridad el requerimiento a las empresas de contar con planes de contingencia ante graves afectaciones y la adopción de mecanismos efectivos para reparar a las víctimas.

Por un lado, Khan señala que la protección ambiental se logra cuando existe:

- 1) un robusto ordenamiento jurídico alineado a los estándares internacionales de derechos humanos;**
- 2) comunidades marginalizadas empoderadas; y,**
- 3) mecanismos de rendición de cuentas confiables (2016, pp. 229 y 236), su argumento no toma en consideración el rol de las empresas y sus responsabilidades de cara a los impactos medioambientales.**

Por otro lado, López Latorre considera que las empresas tienen obligaciones internacionales respecto de los derechos humanos, incluidos los derechos vinculados al medioambiente; sin embargo son los Estados los encargados de verificar que las empresas cumplan esas obligaciones (2020, pp. 63, 68 y 78). Si asumimos el postulado de Khan aceptamos que los PAN tengan un mayor enfoque en el rol estatal que en el empresarial y en empoderar las comunidades. En cambio, sí nos decantamos por la propuesta de López Latorre estaríamos obviando el rol comunitario en los PAN y deberíamos dar mayor relevancia a las acciones empresariales para cumplir sus responsabilidades frente a los derechos humanos. Lo importante para los tomadores de decisión en casos donde existan diferentes perspectivas como la de Khan y la de López Latorre es valorarlas integralmente y no descartarlas o minimizarlas de plano. Para el caso, los equipos técnicos y políticos deben considerar en pie de equidad consultas como:

- ¿Se necesitan leyes más fuertes para evitar que las empresas dañen el medioambiente?**
- ¿Se necesitan mejores argumentos morales y éticos para responsabilizar a las empresas?**
- ¿Qué pasa si nos enfocamos en mejorar las capacidades de aplicación de las leyes y las políticas?**
- ¿Será suficiente con adoptar programas de concientización y sensibilización?**

En caso de que las metodologías de creación de los PAN no sean transparentes respecto de las valoraciones que se hacen en preguntas como estas, continuaremos teniendo PAN ineficaces.

En la práctica los PAN favorecen acciones como mejorar las capacidades de diálogo, fomentar la participación en asuntos ambientales y la prevención y gestión de conflictos a expensas de derechos como el derecho a la vida, integridad personal, salud, agua y el derecho a no ser desplazado forzadamente, tal y como ejemplifica el caso de Cerro Matoso.

El análisis de los PAN revela que su lógica subyacente es mejorar los derechos humanos de procedimiento como una precondition para mejorar la situación de las personas (**ver ilustración 2**).

Sin embargo, esta premisa no se ha traducido en mejores condiciones para aquellas personas que por su situación de vulnerabilidad han sido afectados desproporcionadamente por los impactos empresariales en el medioambiente. Como ya se mencionó, el presente ensayo desafía el paradigma actual de los PAN argumentando que los gobiernos deben centrarse directamente en mejorar directamente los derechos humanos sustantivos porque tiene un doble efecto positivo. Por un lado, tiene un impacto directo en las condiciones de vida de aquellas poblaciones afectadas de manera desproporcionada por los impactos ambientales corporativos, y, por el otro, es una condición previa para crear un entorno propicio para exigir mejores leyes y políticas de derechos humanos relacionadas con el medio ambiente. Así, se propone un nuevo paradigma consistente en mejorar los derechos sustantivos directamente, pues en realidad estos son la base de PAN legítimos y efectivos (**ver ilustración 3**).



Ilustración 2: Actual paradigma de los PAN.



Ilustración 3: Propuesta de paradigma de los PAN.

El caso de la mina en Cerro Matoso y otros casos como el de la contaminación de Lago Agrio en Ecuador ilustran lo inadecuado que es centrarse únicamente en los derechos humanos de procedimiento en la estructuración e implementación de los PAN (Lago Agrio v. Chevron Corporation, 2013)³. Las poblaciones vulnerables son conscientes de los problemas que enfrentan y muchas de ellas ya participan en las consultas de los PAN. El problema recae, por un lado, en la falta de claridad de los gobiernos en comunicar como los insumos recolectados se amalgaman en una política coherente, y por otro en las limitadas capacidades de los Estados para procesar todos los insumos. Consideremos dónde está el

³ El caso de Lago Agrio se refiere a la contaminación del Lago Agrio en Ecuador por la compañía Chevron-Texaco.

valor de hacer campañas públicas sobre los PRNU y los PAN cuando las personas ya pueden participar en discusiones de políticas públicas a través de los foros, consultas y talleres aquí mencionados. El análisis de los PAN parece indicar que los diversos diálogos y consultas no necesariamente se reflejan en las acciones demandadas por las comunidades afectadas, sino que siguen el camino de menor resistencia.

Empero de lo anterior, los PAN pueden clarificar las responsabilidades y establecer protocolos de actuación para proteger los derechos de aquellas comunidades desproporcionalmente afectadas por daños al medioambiente. Obviar los derechos humanos sustantivos en los PAN ha conculcado los derechos de las personas más afectadas por daños medioambientales empresariales. No obstante, el fracaso de los PAN al respecto no debe entenderse como que los Estados deben discontinuar los esfuerzos por hacer que las empresas rindan cuentas de sus abusos a los derechos humanos, sino como una oportunidad de mejora.

Un nuevo paradigma en la implementación de los PRNU.

El nuevo paradigma supone enfocarse primariamente en los derechos humanos sustantivos como un prerequisite para garantizar la participación efectiva de las personas. Frente a la premisa subyacente de los PAN (**ver ilustración 2**) cabe preguntarse cuál es el valor de generar más talleres, foros e información sobre el tema de empresas y derechos humanos si:

- 1) las comunidades y personas vulnerables son quienes viven en carne propia los abusos empresariales;**
- 2) si se desconocen y no se comunican cuáles van a ser las metodologías a utilizar para incorporar los insumos que se proponen durante las sesiones en un PAN; y,**
- 3) el valor de los talleres y consultas si las personas a quienes van orientados enfrentan hambre, sequías y/o problemas a su salud.**

En este contexto, surge una pregunta simple: ¿No sería más valioso si los PAN dedicaran su atención a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, mejorar los mecanismos de reparación por daños ambientales o asegurar los derechos de propiedad de las comunidades indígenas? El problema no es que las personas necesiten más espacios para participar, es que, aunque participen, su participación no es efectiva debido a la falta de acción del gobierno y las empresas hacia los derechos humanos sustantivos. En tal virtud, los futuros PAN deben revalorizar la discusión entre derechos humanos de procedimiento y sustantivos. Asimismo, los futuros PAN deben contar con más acciones respecto del acceso a la justicia, el respeto de los derechos de propiedad, detener

la criminalización de las personas defensoras de derechos humanos o prevenir los desplazamientos forzados.

El nuevo paradigma propuesto toma como base los estudios de Quintavalla & Heine (2019, pp. 683-684, 689, 93) respecto del principio de instrumentalidad en derechos humanos. Aceptar que ciertos derechos humanos son instrumentales para el logro de otros derechos también ha sido reconocido en la jurisprudencia de la Corte IDH (Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador, 2012, párr. 231). Por ejemplo, ¿con que tiempo una madre soltera que trabaja turnos de hasta 10 horas diarias en una fábrica va a poder participar en talleres o procesos consultivos para la formulación de un PAN? ¿Como personas que tienen que desplazarse por horas para recolectar agua potable debido a la contaminación van a participar activamente en la formulación de políticas públicas? En ambos casos, las personas afectadas por las empresas requieren de medidas de acción afirmativa respecto de sus derechos sustantivos para que su participación pueda ser efectiva.

Si consideramos como un axioma que un derecho humano puede ser instrumental para el mejoramiento de otros derechos, entonces se requiere identificar la relación interdependiente e indivisible de los derechos humanos. Los tomadores de decisiones deberán enfocarse entonces en como los derechos sustantivos afectan los derechos procedimentales y no viceversa. Así, los PAN han adoptado una premisa errónea debido a su malinterpretación del problema central. La mala interpretación de cómo abordar el problema central respecto del impacto de las empresas en el medioambiente surge en el caso de los PAN analizados debido a:

- 1) falta de capacidad técnica o financiera de los gobiernos de interpretar las múltiples visiones y propuestas recolectas en las jornadas de trabajo; y,**
- 2) a las metodologías poco claras o sesgadas para evaluar los insumos.**

Sobre la base del principio de instrumentalidad de los derechos humanos, el argumento para centrarse en los derechos humanos sustantivos requiere al menos dos pasos. Primero, los gobiernos y otras partes interesadas deben declarar explícitamente qué derechos humanos son fundamentales para otros y su razón de ser. Segundo, los Estados y otras partes interesadas deben establecer prioridades bien definidas y actuar en consecuencia en función de su priorización.

Desafortunadamente, aún cuando los PAN fueron contruidos en el marco de amplias consultas y junto con mesas multiactor (PAN Chileno, 2017, pp. 28-29; PAN Colombiano, 2020, p. 46; PAN Peruano, 2021, pp. 24-29), la falta de capacidad técnica, financiera y de metodologías transforma los procesos de consulta en un mero trámite. Es más, la conjunción de los problemas aquí señalados y la amplia participación de diversos sectores de la sociedad solo exacerba las dificultades para identificar el problema central de cara a los impactos empresariales en el medioambiente. Por ejemplo, 132 actores participaron en la mesa multiactor en Perú, de ellos 40 eran entidades gubernamentales, 35 eran organizaciones de la sociedad civil, 22 eran organizaciones privadas, 13 eran organizaciones internacionales,

8 eran organizaciones de pueblos indígenas, 7 eran agencias de cooperación internacional, 4 sindicatos y 3 universidades (PAN Peruano, 2021, pp. 24-29).

En un escenario como este, los equipos institucionales deben poder comprender y contrastar los argumentos contrapuestos, solo entonces reconocerían las soluciones contrapuestas o superpuestas manteniendo los derechos humanos en el centro. Para corregir los problemas que presentan los PAN se requiere además de contar con equipos multidisciplinarios capacitados, contar y comunicar las metodologías a utilizar para traducir la diversidad de insumos en una política coherente.

Para lograr el replanteamiento conceptual aquí propuesto y considerando los problemas de escala, proyección y simbolización señalados por Santos (2020, pp. 501-505), se ha tomado como base los planteamientos de Steffek respecto de las legitimidades para las instituciones generadores de políticas (Steffek, 2015, pp. 263-269). El ensayo propone tres elementos indispensables para que los gobiernos adopten PAN que tutelen los derechos humanos relacionados con el ambiente. El primer elemento se refiere a la facilidad de que las personas participen libre y efectivamente en la construcción de los PAN. El segundo elemento se refiere a la pericia de los gobiernos para entender y resolver los problemas planteados. El tercer elemento es aquel relativo a las metodologías empleadas desde el proceso de formulación hasta la evaluación de la política (Steffek, 2015, pp. 263-269).

Respecto del primer elemento y como ya ha sido señalado, la construcción de los PAN estuvo marcado por una amplia participación de diversos actores; sin embargo, para asegurar la participación efectiva se requiere adoptar medidas de acción afirmativa para facilitar su participación. Adicionalmente, la participación de comunidades indígenas requiere adoptar enfoques diferenciados y tener en cuenta su derecho a la consulta previa, libre e informada. Las comunidades indígenas son los custodios de sus estilos de vida únicos, y los estados deben respetar su conocimiento y autodeterminación al definir sus prioridades y necesidades. En todo caso, facilitar la participación contrarresta algunos de los problemas asociados con escala y proyección. Por ejemplo, la participación puede generar indicadores socialmente aceptados y legitimados que representen la realidad de forma democrática, aunque—como ya se señaló—la participación debe ir de la mano con los otros dos elementos aquí propuestos.

Respecto del segundo elemento es importante entender que los PAN no existen en el vacío. El contexto social y político de un país influencia ampliamente la política que se termine adoptando. Verbigracia, el proceso de paz colombiano influenció grandemente el primer NAP y la recuperación económica post COVID-19 fue el elemento central del segundo NAP, descontinuando los avances respecto del proceso de paz con las FARC. La participación social junto a la permanencia del personal técnico debidamente formado también ayuda a darle continuidad a las políticas públicas; por el contrario, la ausencia de estos dos elementos otorga de facto una carta blanca a los Estados para adoptar de forma arbitraria las acciones prioritarias y definir los indicadores.

Respecto de la capacidad institucional para resolver el problema que presenta la regulación empresarial desde la lógica de los derechos humanos lo importante es que la institución que lo haga cuente con los siguientes aspectos:

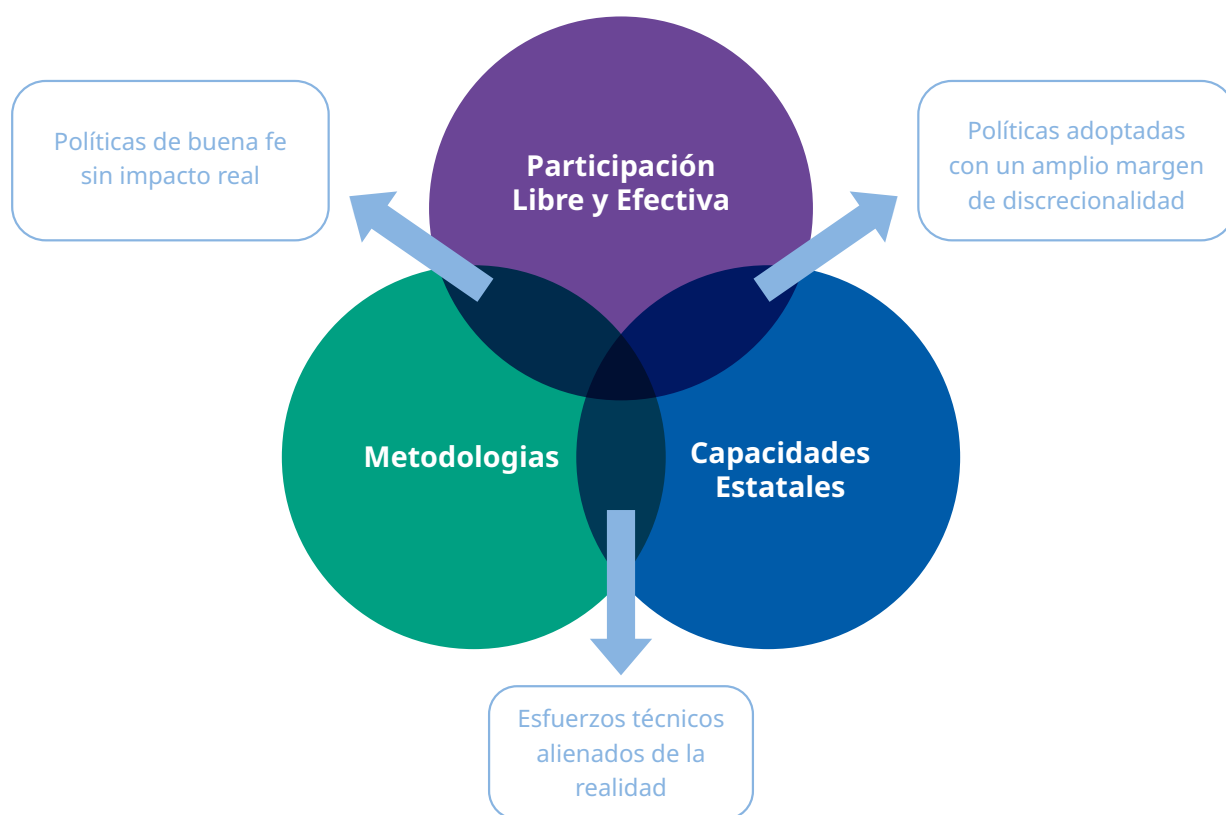
- 1) la suficiente independencia para desarrollar una política coherente;**
- 2) la voluntad de dedicar suficientes recursos financieros y técnicos a la construcción, monitoreo y evaluación de un PAN;**
- 3) la determinación de incluir una amplia gama de partes interesadas; y,**
- 4) la decisión de desarrollar y divulgar la metodología de construcción del PAN.**

En caso de que la entidad que se encuentre desarrollando el PAN no cuente con alguno de estos aspectos la asesoría técnica de organismos internacionales como la CIDH, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos o la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y de sectores independientes como la academia puede ayudar a alcanzar este segundo elemento.

Dentro de las herramientas técnicas que se pueden utilizar para determinar la prioridad o no de una acción se puede señalar la **“Guía de diligencia debida para una conducta empresarial responsable”** de la OCDE. La OCDE ha comentado extensamente lo que implica este ejercicio de priorización para las empresas, específicamente a la hora de evaluar la severidad. La OCDE evalúa la gravedad en función de la escala, el alcance y el carácter irremediable de los daños.

La escala se refiere a la gravedad del impacto. Por ejemplo, la medida en que una empresa afecta la salud humana o viola los derechos fundamentales de los trabajadores. El alcance implica la magnitud del daño; puede evaluarse por el número de personas afectadas en su salud o por el número de trabajadores cuyos derechos se ven obstaculizados. Por último, el carácter irremediable se refiere a la posibilidad de restitución. En otras palabras, si las personas pueden recuperarse de los daños a la salud o si los derechos de los trabajadores pueden restaurarse o compensarse. La metodología de la OCDE respalda la necesidad de cambiar el paradigma hacia los derechos humanos sustantivos relacionados con el medio ambiente, ya que son fundamentales para los derechos humanos procesales relacionados con el medio ambiente.

El proceso a través del cual los insumos producen una política coherente debe ser transparente y equitativo con todas las partes. Desafortunadamente, los estados no divulgaron el proceso a través del cual sus instituciones evaluaron dichos insumos. Los PAN deben cumplir con los tres criterios descritos por Steffek para ser legítimos y minimizar los riesgos que presenta la transformación de un fenómeno social a una política pública. De lo contrario, son esfuerzos técnicos alienados de la realidad del terreno, políticas que no rinden cuentas o esfuerzos de buena fe no sustantivos (**ver ilustración 4**).

Ilustración 4 : Tipología de PAN.

En la intersección entre el elemento de participación libre y efectiva y de contar y comunicar metodologías, uno podría encontrar políticas de buena fe sin un impacto real. Estas políticas ocurren cuando la sociedad civil participa en un PAN, pero las instituciones gubernamentales carecen de las capacidades técnicas para elaborar una buena política. No obstante, existen diferentes herramientas y actores que pueden ayudar a compensar estas falencias. Un segundo escenario se refiere a los esfuerzos técnicos alienados de la realidad del terreno. Este escenario ocurre cuando la sociedad civil no participa en el proceso de formulación de políticas, por lo tanto, el PAN carece de un elemento clave para su legitimidad. Hay múltiples razones por las que la sociedad civil puede retirarse de un PAN.

Por ejemplo, cuando las personas no perciben como legítimos a las instituciones gubernamentales ni a sus procesos, o cuando la sociedad civil percibe el desarrollo de un PAN como un diseño de política en alianza con las empresas. El tercer escenario planteado en la ilustración precedente se refiere a políticas que se adoptan con un amplio margen de discrecionalidad. Esto sucede cuando la institución gubernamental que encabeza el PAN recopila aportes de múltiples actores y cuenta con capacidades técnicas y apoyos para entender las diferentes visiones, pero carece de la metodología para integrarlos en una política coherente.

Visto desde esta perspectiva, este análisis revela que los PAN latinoamericanos podrían caracterizarse como políticas adoptadas con un amplio margen de discrecionalidad pues no se encontraron metodologías claras para procesar los insumos recibidos. Asimismo, se identificó que las capacidades técnicas de los gobiernos para entender y transformar los insumos recibidos se distorsionaron siempre debido a la falta de metodologías claras y por las prioridades de cada gobierno al momento de adoptar un PAN. La evidencia también muestra que los PAN han sobre enfatizado la importancia de los derechos humanos de procedimiento. Por lo tanto, los futuros PAN deben reequilibrar el enfoque en acciones como el acceso a la justicia, el respeto de los derechos de propiedad, detener la criminalización de los defensores de los derechos humanos o prevenir los desplazamientos forzados en lugar de campañas, talleres y generar conciencia pública.

En conclusión, para alcanzar su verdadero potencial se necesita adoptar un nuevo paradigma que ponga en el centro los derechos sustantivos y diseñar y ejecutar procesos tomando en cuenta los tres elementos esenciales para controlar los problemas conceptuales y metodológicos de los actuales PAN.

Bibliografía

- Cantú Rivera, H. F. (2017). Los desafíos de la globalización: Reflexiones sobre la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos. En H. F. Cantú Rivera (Ed.), Derechos humanos y empresas: *Reflexiones desde América Latina* (pp. 37-86). IIDH, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Sentencia 733/17, T 733/17 (Corte Constitucional de Colombia 2017).
www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-733-17.htm
- Lago Agrio v. Chevron Corporation, (Corte Nacional de Justicia 11 de diciembre de 2013). chevroninecuador.org/assets/docs/2013-11-12-final-sentence-from-cn-j-de-ecuador-spanish.pdf
- Deva, S. (2006). Global Compact: A Critique of the UN's public-private partnership for promoting corporate citizenship. *Syracuse J. Int'l L. & Com.*, 34, 107.
- Inter-American Commission on Human Rights. (2019). Business and Human Rights: Inter-American Standards. www.oas.org/en/iachr/reports/pdfs/Business_Human_Rights_Inte_American_Standards.pdf
- Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador, (julio de 2012). corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf
- Inter-American Court of Human Rights. (2017). Advisory Opinion OC-23/17.
www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_ing.pdf
- Khan, I. (2016). Shifting the Paradigm: Rule of Law and the 2030 Agenda for Sustainable Development. En F. Fariello, L. Boisson de Chazournes, & K. E. Davis (Eds.), *The World Bank Legal Review, Volume 7 Financing and Implementing the Post-2015 Development Agenda: The Role of Law and Justice Systems* (Vol. 7, pp. 221-238). World Bank Group.
- López Latorre, A. F. (2020). In Defence of Direct Obligations for Businesses Under International Human Rights Law. *calec*, 5(1), 56-83. Cambridge Core.
<https://doi.org/10.1017/bhj.2019.27>
- Mares, R. (2011). Business and Human Rights After Ruggie: Foundations, the Art of Simplification and the Imperative of Cumulative Progress. En R. Mares (Ed.), *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Foundations and Implementation* (pp. 1-49). Brill | Nijhoff.

- Melish, T. J., & Meidinger, E. (2011). Protect, Respect, Remedy and Participate: 'New Governance' Lessons for the Ruggie Framework. En R. Mares (Ed.), *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Foundations and Implementation* (pp. 107-127). Brill | Nijhoff.
- Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas, (2017).
- Plan de Acción de Empresas y Derechos Humanos, (2015).
- Plan Nacional de Acción de Empresas y Derechos Humanos 2020/2022, (2020).
- Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos 2021-2025, (2021).
- Quintavalla, A., & Heine, K. (2019). Priorities and human rights. *The International Journal of Human Rights*, 23(4), 679.
- Santos, B. de S. (2020). *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization, and Emancipation*, (3.a ed.). Cambridge University Press; Cambridge Core.
www.cambridge.org/core/books/toward-a-new-legal-common-sense/law-a-map-of-misreading/9CA94D0DEC8162787AE5EC6A36AA4293
- Steffek, J. (2015). The output legitimacy of international organizations and the global public interest. *International Theory*, 7(2), 263-293.
<https://doi.org/10.1017/S1752971915000044>
- United Nations Human Rights Council. (2011). *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*. A/HRC/17/31.



CATEGORÍA MENCIONES DE HONOR



Estudiantes de maestría y doctorado

B

**Anabella Valle
Ruidiaz**

Universidad de Buenos Aires
(UBA)



Mención de honor

COHERENCIA EN LA GESTIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA RESPETAR Y GARANTIZAR DERECHOS HUMANOS.

Anabella Valle Ruidiaz¹

Universidad de Buenos Aires (UBA)

1. Introducción

El presente trabajo se basa en tres principios básicos bien conocidos: a) las obligaciones de los Estados de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos y las libertades fundamentales; b) la obligación de las empresas de cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos; c) la necesidad de que los derechos y obligaciones vayan acompañados de recursos adecuados y efectivos en caso de incumplimiento². Desde esta óptica, se pretende dar un aporte a personas decisoras, con el fin de proteger al derecho a la salud de una industria que constantemente lo pone en amenaza: la industria del tabaco.

La economía del tabaco presenta múltiples debates entre los que se destaca el comercio ilícito como tópico incierto y especulativo. La ausencia sistemática de datos y estimaciones consensuadas hacen que el comercio ilícito de los productos de tabaco se constituya, por un lado, en un tema interés circunstancial para la industria en contextos de incrementos de impuestos a los productos del tabaco; por el otro, en una continua preocupación para los Estados, ante sus esfuerzos por reducir su consumo y proteger así, al derecho a la salud.

Dentro de las discusiones referidas al comercio ilícito de los productos de tabaco y el control fiscal de sus ventas, sobresalen las propuestas y los sistemas de seguimiento, localización y trazabilidad de dichos productos por parte de autoridades gubernamentales. Bajo este marco se inscriben, por un lado los consensos sanitarios de orden internacional plasmados en el Convenio Marco para el Control del Tabaco (CMCT)³, el MPOWER (Monitor Protect Offer Warn Enforce Raise)⁴, y el Protocolo para Eliminación del Comercio Ilícito de Productos del Tabaco (Protocolo)⁵, todos ellos impulsados por la Organización Mundial de la Salud. Por otro lado, cobra terreno la normativa nacional, en especial la Ley N° 27.430, la cual redefine la política fiscal para productos de tabaco bajo argumentos sanitarios en sus fundamentos y faculta al Ministerio de Economía a incorporar **“sistemas electrónicos de medición y control de la producción en todas las etapas del proceso productivo en las empresas manufactureras”** (Art.3).

En la actualidad, se encuentra vigente un mecanismo de control instrumentado mediante estampillas fiscales para los productos finales (IFC, instrumentos fiscales de control), las cuales son impresas por la Casa de Moneda y luego entregadas por la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) a la industria tabacalera en función de su demanda. De este modo las estampillas simplemente son útiles para verificar el pago del impuesto interno

¹ Maestranda en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (UBA), Investigadora en Proyecto UBACyT (código 20020190200406BA): Política fiscal y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Colaboradora docente en la cátedra Pizzolo-Zimmerman de Derechos Humanos y Garantías (Fder- UBA). Asesora legal para el control de los factores de riesgo de las enfermedades no transmisibles.

² ONU (2011). Resolución A/HRC/RES/17/4, Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Proteger, respetar y remediar.

³ OMS (2003). Convenio Marco para el Control del Tabaco.

⁴ OMS (2008). MPOWER: un plan de medidas para hacer retroceder la epidemia de tabaquismo.

⁵ OMS y Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (2013). Protocolo para la eliminación del comercio ilícito de productos de tabaco.

⁶ Congreso de la Nación (2017). Ley N° 27430 Impuestos Internos.

correspondiente a cada producto. Para el caso del tabaco acondicionado, la AFIP implementa un sistema de remitos electrónicos, el cual se ordena mediante códigos de autorización (CATA, código de autorización de tabaco) para la generación de cada uno de los documentos respaldatorios.

Sin embargo, los sistemas mencionados no facilitan información sobre el circuito productivo y comercial del tabaco vendido, no organiza ni centraliza datos de manera sistemática y, a su vez, otorga un alto grado de discrecionalidad a sus adquirientes; todas ellas, muestras de la falta de adecuación a los mejores estándares internacionales en la materia.

Ante esta situación, se advierte una necesidad de modificar el sistema de estampillas, siendo el objetivo prioritario el combate al comercio ilícito de productos de tabaco. La constitución de un sistema de seguimiento y localización aportará series de tiempo e información indispensable para el estudio de los diferentes tipos y magnitudes de los actos en infracción a las normas argentinas. A su vez, brindará herramientas para limitar la capacidad de operación mediática de la industria ante contextos de suba de impuestos. Bajo el marco planteado, el presente documento se ordena en dos secciones; en la primera de ellas se introducen las definiciones centrales y las recomendaciones internacionales en materia de seguimiento y localización de productos de tabaco y en la segunda, se hace mención a recomendaciones a modo de aporte, para la construcción de políticas públicas respetuosas de un enfoque de derechos, en particular, sobre un derecho fundamental como lo es la salud pública.

2. Seguimiento y localización de productos de tabaco

El campo de definiciones básicas sobre seguimiento, localización, trazabilidad y sus elementos vinculados, debe ser contextualizado y ajustado a las características diferenciales de la economía del tabaco. De este modo, en primer lugar corresponde mencionar el nivel de generalidad existente sobre estos conceptos y los diferentes objetivos presentes según el producto y sector económico (Soauli, 2017).

En ese sentido las primeras definiciones en el tema han sido explicitadas en las normas ISO 9000, en particular en la ISO 9001:2000 y sus sucesivas actualizaciones. Allí se define el concepto de trazabilidad como la capacidad de proyectar el camino de un producto hacia adelante, como también reconstruir el sendero recorrido hacia atrás (ISO 9001:2000, Guidebook on Implementing Article 8, 2019). Sin embargo, para el caso de estudio se propone establecer definiciones distintas para los conceptos de seguimiento y localización, por un lado; y para el sistema de trazabilidad por otro. En virtud de ello aquí se asume que la trazabilidad implica un control sistemático mediante recursos informáticos de un bien o insumo, utilizado por empresas y/o autoridades sanitarias con el

objetivo primario de auditar la calidad, condiciones de salubridad, la falsificación y/o los desvíos de productos. La trazabilidad de medicamentos constituye un ejemplo relevante, siendo nuestro país pionero en el desarrollo de sistemas para productos médicos (Derecho, 2017).

Por su parte, el Manual de Implementación del Protocolo, establece una distinción entre los conceptos de seguimiento y de localización (Guidebook on Implementing Article 8, 2019, p. 9). Así, “seguimiento” se refiere a la posibilidad de identificar el producto, mediante un código único desde su punto de producción hasta su comercialización fina y “localización” indica la capacidad de reconstruir el camino recorrido por un producto una vez identificado, como también los detalles de transformación de cada estadio. Bajo estas definiciones el Manual subraya los requerimientos de codificación única por producto y el establecimiento de medidas de seguridad. También, bajo su óptica, al incorporar a las definiciones de seguimiento y localización procedimientos de serialización no secuencial, ni repetible, ni predecible, es posible conformar un sistema de trazabilidad.

La definición aquí instrumentada sobre los sistemas de seguimiento y localización (track & trace, T&T) se ajusta a mecanismos de control desplegados por parte de autoridades gubernamentales, siendo el Estado el principal interesado en la fiscalización del producto, aportando así una diferenciación entre un sistema de T&T y uno de trazabilidad. De esta manera la jurisdicción estatal ordena el sistema en pos de identificar con exclusividad el comercio ilícito de un producto y en consecuencia aplicar las sanciones correspondientes.

Sobre los conceptos de seguimiento y localización se desarrolla una de las estrategias del Protocolo (2013). En su octavo artículo se enuncia el establecimiento de un sistema mundial de intercambio de información a instrumentarse en un plazo de 5 años. Allí se enumera la información a incorporar en cada uno de los productos:

- 1. Fecha y lugar de fabricación;**
- 2. Instalación de fabricación;**
- 3. Máquina utilizada para la elaboración de los productos de tabaco;**
- 4. Turno de producción o momento de la fabricación;**
- 5. Nombre, número de factura/pedido y comprobante de pago del primer**
- 6. Cliente no vinculado al fabricante;**
- 7. Mercado previsto para la venta al por menor;**
- 8. Descripción del producto;**
- 9. Todo almacenamiento y envío;**
- 10. Identidad de todo comprador ulterior conocido, y**
- 11. Ruta prevista, fecha y destino del envío, punto de partida y consignatario.**

También se explicita el compromiso para exigirle a la industria los costos de implementación del sistema (párrafo 14, artículo 8). De este modo se impulsa la necesaria coordinación internacional de la estrategia y la coordinación de la relación con la industria tabacalera.

A pesar de ello, corresponde mencionar las limitaciones del Protocolo, ya sea por el pequeño grupo de países firmantes, como por la generalidad de sus contenidos. Si bien el mismo es impulsado en el ámbito del CMCT, una gran cantidad de naciones firmantes de éste no ha ratificado el Tratado Contra el Comercio Ilícito. En la región sudamericana, mientras todos los países, a excepción de Argentina, forman parte del CMCT, sólo Brasil, Ecuador y Uruguay firmaron el Protocolo.

La importancia de la articulación internacional en la lucha contra el comercio ilícito y los sistemas de seguimiento y localización se inscriben en el marco del particular interés de la industria tabacalera en evadir sistemas que escapen a su control (Gilmore y otros, 2019). El Atlas de Tabaco (2018) editado por la American Cancer Society indica que el 98% del comercio ilícito de tabaco es realizado con productos de la industria legal.

En este sentido existen evidencias sobre el comportamiento de la industria tabacalera respecto a la implementación de cualquier sistema de seguimiento y localización que tienda al control del comercio ilícito. Así, el artículo Tobacco industry's elaborate attempts to control a global track and trace system and fundamentally undermine the Illicit Trade Protocol elaborado por Gilmore, Gallagher y Rowell (2019), da cuenta con precisión de la conducta de la industria tabacalera. En él se destaca el cambio de estrategia ejecutado por el sector en la década del 90, luego de perder sucesivos pleitos legales en la materia. Sin embargo, diversas estimaciones recientes sobre comercio ilícito indican continuidades en el comportamiento de la industria en relación al mercado ilícito.

El artículo mencionado caracteriza el comportamiento de las empresas transnacionales de tabaco ante los avances de las regulaciones en el mercado. Justamente, la industria bajo una nueva posición pública de combate al comercio ilícito, ha desarrollado operaciones de lobby e impulsado empresas propias de T&T, como por ejemplo Codentify, para así evitar el control gubernamental (Jooessens & Gilmore, 2014; Banco Mundial, 2019, p.8). La advertencia desplegada en el trabajo se propone evitar la captura privada de la regulación impulsada en el marco del CMCT. En dicho debate la Argentina se presenta como un ejemplo negativo, dada la denuncia presentada contra funcionarios públicos y Phillips Morris en el 2017, impulsada por el abogado Alejandro Sánchez Kalbermatten. Es importante mencionar que tal acusación no ha avanzado, ya que no se pudieron confirmar los hechos allí enunciados.

Respecto al rol de la industria legalmente registrada y su vínculo con los diferentes tipos de comercio ilícito, el Manual para la Implementación del artículo 8 del Protocolo (Guidebook on Implementing Article 8, 2019) identifica las siguientes estrategias: producción no declarada en los registros de la industria tabacalera; operaciones de falsas exportaciones; falsificación de estampillas fiscales; y contrabando. Este último puede ser originado en una industria legal (illicit whites) o ilegal de otro país, o también dentro del mismo territorio, es decir exportaciones que efectivamente movilizaron productos al exterior, pero que luego reingresaron ilegalmente (round tripping). Aquí se han enfatizado las tipologías directamente vinculadas a la industria legal.

Otro patrón ilícito relevante a considerar es la producción y comercialización de cigarrillos falsificados, los cuales se encuentran fuera del marco normativo desde su origen. En este caso el producto puede no ingresar en ninguna etapa al mercado legal.

Ante la gravedad de los hechos, resulta ineludible implementar un sistema de seguimiento y localización con el objetivo de validar la producción lícita y darle visibilidad a la cadena de valor del tabaco. Así se habilitaría la construcción de una base de datos para el control de los productos del tabaco, siendo estos el soporte e instrumento de seguridad para el cumplimiento de la normativa vigente. Desde el punto de vista de la vigilancia sanitaria y fiscal los repositorios de información brindarían soporte táctico y permitirían focalizar los análisis de riesgo.

3. Recomendaciones para un sistema de trazabilidad en Argentina

La sistematización de conceptos se ha desarrollado bajo la perspectiva de impulsar una propuesta para la Argentina de T&T, considerando los estándares internacionales acordados en el marco de la OMS y ordenando las políticas públicas desde una perspectiva de derechos. Sobre la base del análisis desplegado se han identificado tendencias, problemas y limitaciones, las cuales deben ser incorporadas sin perder de vista las particularidades del mercado del tabaco en la Argentina, dado su carácter de productor y exportador. Argentina, para la constitución de un sistema de seguimiento y localización, debería incorporar el control sobre toda la cadena de valor, desde su producción primaria registrada en los centros de acopio, hasta su comercialización minorista. En este sentido se sugiere convocar a una Mesa Intergubernamental (MI) de análisis y evaluación del sistema de seguimiento y localización de los productos de tabaco. Dicha mesa de trabajo debería estar integrada por AFIP, Prefectura, Gendarmería, Policía Federal, Ministerio de Hacienda, Ministerio de Agroindustria, Secretaría de Salud, Poder Judicial, etc., siendo central elevar los compromisos, capacidades y grados de coordinación entre las diferentes instancias gubernamentales.

La articulación de los diferentes organismos involucrados resulta conveniente en pos de realizar una revisión exhaustiva de la normativa vinculada a la economía del tabaco, bajo la perspectiva de coordinar y uniformar los registros de productos, agentes, e insumos exigidos, como también darle robustez al sistema sancionatorio. En otras palabras, previamente a resolver las especificaciones técnicas y el diseño del sistema de seguimiento y localización se recomienda ordenar la normativa con el objeto de ganar capacidad de interoperabilidad entre las diferentes agencias gubernamentales.

Asimismo, la revisión de la normativa habilita la oportunidad para realizar cambios y adecuaciones, entre las cuales se recomienda incorporar un sistema de licenciamiento para actores vinculados a la economía del tabaco (a modo de ejemplo: art. 17 Decreto Reglamentario N° 602/2013). Este instrumento permitiría sostener un registro actualizado de cualquier agente en la cadena de producción y comercialización de tabaco, desde el cultivo a la elaboración de productos manufacturados, incluyendo el transporte, comercialización mayorista y minorista, exportación, insumos críticos (filtros, papeles, etc.).

Respecto al vínculo del sistema con la industria tabacalera, se han presentado acuerdos e investigaciones contundentes respecto a la necesaria independencia como requisito central. La independencia deber ser legal, económica y política; se debe garantizar que el vínculo entre las potenciales empresas intervinientes y el sistema de seguimiento y localización de productos de tabaco sea libre de cualquier conflicto de interés.

Los requisitos de independencia deben ser interpretados en un sentido amplio, dándole robustez al sistema y evitando cualquier tipo de injerencia de la industria tabacalera. Más allá del diseño y la implementación del sistema de seguimiento y localización, se recomienda limitar la administración de los repositorios de información exclusivamente bajo la órbita de la AFIP. La integralidad de la base de información debería permitir limitar efectivamente el comercio ilícito de productos, recuperar ingresos fiscales y desintegrar mercados informales.

4. Conclusión

A lo largo del documento se han desplegado objetivos regulatorios, tanto fiscales como sanitarios, los cuales constituyen un interés común frente al combate a los mercados informales y a la producción y comercialización ilícita de tabaco. En este sentido, si bien los sistemas de seguimiento y localización, implementados de acuerdo a los estándares aquí presentados realizan un aporte sustantivo, resultan insuficientes si no son parte de una estrategia integral y coordinada con el conjunto de organismo gubernamentales vinculados a la economía del tabaco.

Arribamos a la conclusión de que, en base a la evidencia internacional analizada, la política fiscal es la medida individual más efectiva y costo-efectiva para reducir el consumo de productos de tabaco, prevenir el inicio en los niños, niñas y adolescentes y la que más ha demostrado reducir la inequidad en salud por tener un mayor impacto en la reducción del consumo de tabaco en los sectores de menores ingresos. De cara a ello, la política fiscal debería ser una prioridad para la política argentina, siendo la posibilidad de reglamentar el artículo 3 de la Ley N° 27.430 una oportunidad del Estado para reafirmar su compromisos con los derechos humanos.

5. Bibliografía

- Derecho, M. 2017. **“Regulación y características de la trazabilidad de medicamentos en Argentina”**. Ministerio de Salud de la Nación.
- FIC. 2017. **“Proyecto comercio ilícito de Tabaco en MERCOSUR: desafíos y oportunidades”**.
- Gilmore, A., Gallagher, A., Roweel, A. 2018. **“Tobacco industry’s elaborate attempts to control a global track and trace system and fundamentally undermine the Illicit Trade Protocol”**. Tobacco Control, 28, pp.127-140.
- Iglesias, R., Gomis, B., Carrillo Botero, N., Shepherd, P., Lee, K. 2018. **“From transit hub to major supplier of illicit cigarettes to Argentina and Brazil: the changing role of domestic production and transnational tobacco companies in Paraguay between 1960 and 2003”**. Globalization and health 14:111.
- Joossens, L., Gilmore, A. 2014. **“The transnational tobacco companies’ strategy to promote Codentify, their inadequate tracking and tracing standard”**. Tobacco Control, 23, e3-e6.
- KPGM. 2017. Project sun: A study of the illicit cigarette market in the European Union, Norway and Switzerland.
- OMS 2019. FCTC Protocol: Guidebook on Implementing Article 8: Tracking & Tracing.
- OMS. 2013. Protocolo para la eliminación del comercio ilícito de productos del tabaco.
- Soauli, K., Rahmaoui, O., Ouzzif, M. 2017. **“An overview of treaceability: towards a general multidomain model”**. Advances in Science, Technology and Engineering Systems Journal Vol. 2, No. 3, 356-361.
- World Bank. 2019. **“Confronting illicit tobacco trade: a global review of experiences”**.



CATEGORÍA DESTACADOS



Jóvenes docentes e investigadores/as

Daniela Bardel

Universidad Nacional del Centro
de la provincia de Buenos Aires,
Facultad de Derecho, CIEP



Destacados

LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE DILIGENCIA DEBIDA DE LAS EMPRESAS EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD DE LA UNIÓN EUROPEA. UNA LECTURA DESDE EL DERECHO ARGENTINO.

Daniela Bardel¹

Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires, Facultad de Derecho, CIEP.

1. Introducción²

En el presente trabajo nos dedicaremos al análisis de la propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad –en adelante la propuesta de Directiva- con el propósito de realizar una lectura desde el Derecho argentino³. Este proyecto de regulación adquiere importancia en el marco del “derecho transnacional” en tanto emerge como una regulación vinculante (*hard law*) de alcance extraterritorial, por parte del espacio de integración en el que se encuentran muchos países actualmente desarrollados (*home state*) en los cuales están constituidas las sociedades de las casas matrices de empresas multinacionales⁴.

De esta manera, lo dispuesto en relación al cumplimiento de la debida diligencia en derechos humanos y en cuestiones medioambientales se extiende más allá de las fronteras de los Estados de la Unión Europea, y reclaman bajo esta iniciativa el cumplimiento por parte de las empresas (sujetos económicos privados), en su actuación global, ya sea a través de sus filiales o de sus redes contractuales de la cadena de valor. Esta circunstancia da cuenta de la importancia de reflexionar desde América Latina y el Caribe en tanto los impactos de una normativa así repercuten sobre las personas, las empresas y los Estados de este continente.

La hipótesis subyacente es que en las cuestiones de Derecho Internacional Privado la propuesta de Directiva pone énfasis en la regulación a través de la autonomía material, es decir, por medio de las relaciones contractuales, persistiendo dudas interpretativas sobre el alcance y la aplicación de la norma imperativa.

Para el desarrollo de este trabajo abordaremos primeramente las características generales de la propuesta de Directiva, para luego analizar las implicancias en el Derecho argentino en tres ejes principales: la actuación de las empresas filiales en el país, las normas de autonomía material a través de las relaciones contractuales y finalmente la norma imperativa.

Para el desarrollo de la investigación utilizaremos una metodología de tipo cualitativa, valiéndonos del análisis documental de diversas fuentes, tales como la propuesta de Directiva y otros documentos emitidos por órganos de la Unión Europea; fuentes del Derecho del sistema jurídico argentino; y doctrina jurídica. Partimos del marco teórico dado por la Teoría Trialista del mundo jurídico, la cual sostiene que el Derecho como objeto

¹ Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires, Facultad de Derecho, CIEP, Azul, Buenos Aires, Argentina - Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, Argentina, Universidad del Cema.

² El trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “Persona, autonomía y protección en la Teoría del Derecho”, Facultad de Derecho- UNCPBA. Agradezco a Jaime Godoy y Ana Cláudia Ruy Cardia Atchabahian los valiosos aportes realizados para la mejora de este trabajo y de producciones futuras. Así mismo agradezco el espacio al Comité Organizador del II Concurso Latinoamericano de ensayos sobre empresas, derechos humanos y conducta empresarial responsable.

³ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937. COM (2022) 71 final, Bruselas, 23/2/2022.

⁴ Sobre el derecho transnacional o universal puede verse respectivamente Twining, 2010; Ciuro Caldani, 2001.

complejo está constituido por una dimensión fáctica, una normológica y una valorativa o axiológica (Goldschmidt: 1960; Ciuro Caldani: 2019).

2. Aproximación a los contenidos de la propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad

La propuesta de Directiva en la exposición de motivos da cuenta del contexto en términos de razones y objetivos; coherencia con las disposiciones existentes en la misma política sectorial; y coherencia con otras políticas de la Unión. Por razones de extensión omitiremos un desarrollo sobre estos puntos, destacando solo los siguientes aspectos⁵:

- La iniciativa de regulación tiene como base lograr normas homogéneas en el mercado de la Unión Europea dadas las iniciativas nacionales sobre el tema aprobadas o en tratamiento y evitar de este modo la fragmentación del mercado interior⁶. De allí su fundamento jurídico en los artículos 50 (apartado 1 y 2 g.) y 114 del TFUE.
- Subyace a la iniciativa la regulación extraterritorial en tanto alcanza a las “cadenas de valor de las empresas fuera de la Unión”. Esto puede entenderse como el cumplimiento por parte de los Estados de la obligación de proteger mediante la regulación en el marco de las obligaciones extraterritoriales de los Estados en derechos económicos, sociales y culturales; y desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado dar lugar a normas de policía.

2.1. Alcances personal y material de la propuesta de Directiva

2.1.1. Alcance personal

En el artículo 2º se determina el ámbito de aplicación diferenciando dos sectores: en primer lugar las empresas constituidas de conformidad con la legislación de uno de

⁵ Puede verse un tratamiento de los mismos en Guamán Hernández, 2022 (b).

⁶ Aprobadas *Loi relative au davoir de vigilance* (Francia, 2017), *Sorgfaltspflichtengesetz* (Alemania, 2021) y específicamente sobre trabajo infantil *Wet zorgplicht kinderarbeidm* (Países Bajos, 2019). En tratamiento en Bélgica, Países Bajos, Luxemburgo y Suecia.

los Estados miembros; y en segundo lugar las empresas constituidas con la legislación de un tercer país. En ambos supuestos, las empresas alcanzadas son las que cumplen los requisitos determinados por la Directiva. Tales requisitos sopesan de un lado cantidad de empleados y volumen de negocios; y de otro lado cantidad de empleados y volumen de negocios –en menor cuantía– en conjunción con el sector del que provienen considerado de “gran impacto”⁷. De este modo, quedan alcanzadas cuatro (4) categorías de empresas⁸.

- a) empresas constituidas de conformidad con la legislación de uno de los Estados miembros que tengan una media de más de 500 empleados y un volumen de negocios mundial neto superior a 150 millones EUR en el último ejercicio financiero respecto del que se hayan elaborado estados financieros anuales;
- b) empresas constituidas de conformidad con la legislación de uno de los Estados miembros que no alcancen tales umbrales, pero tengan una media de 250 empleados y un volumen de negocios mundial neto superior a 40 millones EUR en el último ejercicio financiero respecto del que se hayan elaborado estados financieros anuales, siempre que al menos el 50% de ese volumen de negocios se haya generado en algún sector de gran impacto;
- c) empresas constituidas de conformidad con la legislación de un tercer Estado que hayan generado un volumen de negocios neto superior a 150 millones EUR en la Unión en el ejercicio financiero precedente al último ejercicio financiero;
- d) empresas constituidas de conformidad con la legislación de un tercer Estado que hayan generado un volumen de negocios neto superior a 40 millones EUR pero igual o inferior a 150 millones EUR en la Unión en el ejercicio financiero precedente al último ejercicio financiero, cuando al menos el 50% de ese volumen de negocios mundial neto se haya generado en uno o varios de los sectores de “alto impacto”.

2.1.2. Alcance material⁹

El artículo primero señala que la Directiva establece las normas sobre las obligaciones de las empresas en relación con los efectos adversos, reales y potenciales, sobre los derechos humanos y el medio ambiente. En el artículo 3° se define como efecto adverso para los derechos humanos: las consecuencias negativas para las personas protegidas resultantes del incumplimiento de alguno de los derechos o las prohibiciones enumeradas en el anexo; y por efecto adverso para el medio ambiente: las consecuencias negativas para el medio ambiente resultantes del incumplimiento de alguna de las prohibiciones y obligaciones establecidas en los

⁷ Pueden verse los considerandos 21 y 22. Para la identificación de sectores de gran impacto se basaron en las guías sectoriales existentes de la OCDE, a excepción del sector financiero.

⁸ Conforme a la exposición de motivos abarcará la siguiente cantidad de empresas:
en el grupo 1: 9400; grupo 2: 3.400; grupo 3: 2.600 y grupo 4: 1400.

⁹ En este punto intentamos construir la norma general con su estructura de antecedente o tipo legal y consecuencia jurídica o reglamentación. Puede verse Goldschmidt, 1960, 204-207.

¹⁰ Puede verse una crítica a la técnica de remisión a los anexos en Guamán, 2022 (b).

convenios internacionales en materia de medio ambiente que se enumeran en el anexo¹⁰.

Para las empresas descriptas *ut supra* en a) y c) se establece que los Estados velarán porque incluyan un plan compatible con la transición a una economía sostenible y con la limitación del calentamiento global a 1,5 ° C (artículo 15).

Continúa el artículo 2° indicando que las obligaciones son de sus propias actividades, de las actividades de sus filiales y de las actividades de la cadena de valor de las entidades con las que dicha empresa mantenga una relación comercial establecida.

Conforme al artículo 3° se entiende: por filial una persona jurídica a través de la cual se ejerce la actividad de una empresa controlada conforme a la definición de la Directiva 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (artículo 2.1.f)¹¹.

Por *cadena de valor*: las actividades relacionadas con la producción de bienes o la prestación de servicios por parte de una empresa, incluidos el desarrollo del producto o el servicio y la utilización y la eliminación del producto, así como las actividades conexas, en las fases anterior y posterior, de las relaciones comerciales establecidas de la empresa.

Por *relación comercial* establecida: una relación comercial, directa o indirecta, que sea o que se espera que sea duradera, habida cuenta de su intensidad o de su duración, o que no represente una parte insignificante o meramente accesorio de la cadena de valor.

Finalmente el artículo 2° señala que la Directiva establece la responsabilidad que se deriva del incumplimiento de esas normas.

En el artículo 4° se desarrolla el concepto normativo de diligencia debida¹² determinando que los Estados miembros velarán por que las empresas ejerzan la diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente conforme a lo establecido en los artículos 5 a 11 a través de las siguientes acciones:

- a) integración de la diligencia debida en sus políticas, de conformidad con el artículo 5;
- b) detección de los efectos adversos reales o potenciales, de conformidad con el artículo 6°¹³;
- c) prevención y mitigación de los efectos adversos potenciales, eliminación de los efectos adversos reales y minimización de su alcance, de conformidad con los artículos 7 y 8;
- d) establecimiento y mantenimiento de un procedimiento de denuncia, de conformidad con el artículo 9;
- e) supervisión de la eficacia de su política y sus medidas de diligencia debida, de conformidad con el artículo 10;
- f) organización de una campaña de comunicación pública sobre diligencia debida, de

¹¹ f) «empresa controlada», toda empresa i) en la que una persona física o jurídica tenga la mayoría de los derechos de voto; o ii) con respecto a la cual una persona física o jurídica tenga el derecho de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración, gestión o control y de la que al mismo tiempo sea accionista o asociado, o iii) en la que una persona física o jurídica que sea accionista o asociado controle ella sola la mayoría de los derechos de voto de los accionistas o de los asociados, respectivamente, en virtud de un acuerdo celebrado con otros accionistas o asociados de la empresa de que se trate, o iv) sobre la cual una persona física o jurídica pueda ejercer o ejerza efectivamente una influencia dominante o control.

¹² El origen disímil de la debida diligencia genera problemas en torno al alcance y significado del concepto. Remitimos, entre muchos, a Martín Ortega, 2013. Recientemente Márquez Carrasco, 2022; Fernández Liesa, 2022.

conformidad con el artículo 11.

El considerando n° 15 permite interpretar que la obligación de diligencia debida es considerada como de medios.

Para establecer las consecuencias jurídicas del incumplimiento de la obligación de debida diligencia dividiremos la exposición en el derecho de daños y el derecho administrativo.

Desde el derecho de daños, el artículo 22 establece que los Estados miembros se asegurarán que las empresas son responsables por daños y perjuicios si:

- a) incumplen las obligaciones establecidas en los artículos 7° y 8° -cuestión que desarrollaremos a continuación-. Y
- b) como consecuencia de ese incumplimiento, se produce algún efecto adverso que debería haber sido identificado, prevenido, mitigado, eliminado o minimizado en cuanto a su alcance mediante la aplicación de las medidas adecuadas de los artículos 7° y 8°, y ese

En los artículos 7° y 8° se desarrollan una serie de medidas que las empresas deben poner en funcionamiento, ya sea para prevenir y/o mitigar efectos adversos potenciales o eliminar y en su defecto minimizar efectos adversos reales, detectados o que deberían haberse detectado conforme al artículo 6°. Tales medidas son diseñadas con una arquitectura que implica que cuando las acciones del nivel anterior no cumplan sus objetivos deben hacerse operativas las del siguiente nivel. Estas obligaciones adquieren una importancia significativa, dado que es su transgresión la que habilita la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad.

En razón de que las medidas de los tres niveles, y de manera exclusiva las del segundo y tercer nivel están ancladas en el derecho contractual, dejamos su desarrollo para el momento de abordar la autonomía material.

Para la determinación de la existencia y alcance de la responsabilidad la propuesta de Directiva establece que para su evaluación se tendrán debidamente en cuenta los esfuerzos de la empresa -en la medida en que estén directamente relacionados con los daños- por cumplir las medidas correctivas que les exija una autoridad de control, las inversiones realizadas y cualquier apoyo específico prestado de conformidad con los artículos 7° y 8, así como cualquier colaboración con otras entidades para hacer frente a los efectos adversos en sus cadenas de valor.

Las normas de responsabilidad civil se entenderán sin perjuicio de las normas de la Unión o nacionales en materia de responsabilidad civil relacionadas con los efectos adversos sobre los derechos humanos o el medio ambiente que exijan responsabilidad en situaciones no contempladas por la propuesta de Directiva o que establezcan una responsabilidad más estricta.

¹³ Este artículo establece limitaciones en relación a las empresas alcanzadas por pertenecer a sectores de alto riesgo y las empresas financieras.

En tanto, como causas de exoneración la propuesta de Directiva determina que la empresa no será responsable de los daños causados por un efecto adverso resultante de las actividades de un “socio indirecto” con el que tenga una relación comercial establecida, a menos que, dadas las circunstancias del caso, no fuera razonable esperar que las medidas efectivamente adoptadas, incluidas las relativas a la comprobación del cumplimiento de las normas, resultasen adecuadas para prevenir, mitigar, eliminar o minimizar el alcance de los efectos adversos.

Desde el derecho administrativo la propuesta de Directiva se vale de las técnicas de control y sanción¹⁴, estableciendo un sistema de control mediante la institución de autoridades (artículo 17), la atribución de competencias (artículo 18), la habilitación de un mecanismo de “exposición de inquietudes fundadas” por parte de personas físicas y jurídicas (artículo 19), un régimen de sanciones (artículo 20) y el establecimiento de una Red Europea de Autoridades de Control (artículo 21).

A su vez, se determina que los Estados miembros se asegurarán que las empresas que soliciten ayudas públicas certifiquen que no se les ha impuesto ninguna sanción por incumplimiento de las obligaciones de la Directiva (artículo 24).

3. Las normas de Derecho Internacional Privado

3.1. El caso de las filiales

En este apartado queremos referirnos al alcance que tendría para las filiales que actúen en la República Argentina. En lo que aquí interesa se debe traer a colación que el Derecho Internacional Privado de fuente interna aplicable a la personalidad es la Ley General de Sociedades –LGS–, la cual regula en la Sección XV (arts. 118 a 124) lo relativo a las sociedades constituidas en el extranjero¹⁵. El grupo transnacional de sociedades está compuesto de personas jurídicas diversas, sometidas al derecho de Estados nacionales de los cuales extraen el reconocimiento de su personalidad (Uzal, 2004, 2).

¹⁴ La técnica de promoción puede verse en las medidas de acompañamiento del artículo 14.

¹⁵ Como explica Uzal “las sociedades que multinacionalizan su actividad lo hacen, ya mediante actuaciones aisladas u ocasionales; ya estableciéndose en el territorio de otro Estado para realizar actividades con cierta habitualidad o permanencia, actuando a través de agencias, representaciones o sucursales; ya participando en otras entidades jurídicas nacionales existentes en el Estado al que ingresan, constituyendo expresamente nuevas sociedades nacionales filiales o participando en sociedades ya creadas en el territorio de los Estados nacionales en los que desean actuar (control interno (Uzal, 2004, 1).

Entendemos que en el plano del alcance material la eventual vigencia de la propuesta de Directiva no implica el cumplimiento de deberes adicionales a los que ya estaría obligada la sociedad comercial por actuar en el territorio de Argentina. Es decir, las fuentes a las que remite el Anexo ya se encuentran vigentes en la República Argentina, y por tanto cualquier sociedad que actúe en el territorio está obligada a respetarlas¹⁶.

Cabe aquí entonces plantearse dos interrogantes sobre el impacto de la propuesta de Directiva. El primero gira en torno a la efectividad del cumplimiento de los deberes por parte de los sujetos privados, en tanto, el proceso de diligencia debida implica involucrarse en la detección y evitación a la transgresión de los derechos humanos y la protección medioambiental, por parte de las sociedades comerciales. En este sentido, la regulación podría entenderse como *enforcement* o incentivo al cumplimiento del respeto a los derechos humanos y las protecciones medioambientales¹⁷.

El segundo interrogante, está dado por las posibilidades abiertas por la diligencia debida para el litigio estratégico, en el plano nacional o dentro de la *Transnational Human Rights Litigation* (en este supuesto remitimos al punto 3.c).

3.2. La apuesta por la autonomía material

Como anticipáramos entendemos que la propuesta de Directiva pone énfasis en la regulación por medio de la autonomía material a través de las relaciones contractuales. En tal sentido, las medidas dispuestas en los arts. 7° y 8° regulan mecanismos articulados en torno a los “planes de acción” y los “códigos de conducta” vinculantes por medio de su

¹⁶ En cuanto al Anexo la parte I refiere a “Violaciones de derechos y prohibiciones incluidas en los acuerdos internacional es sobre derechos humanos”, en el que se enumeran violaciones a los derechos humanos que se encuentran en diferentes fuentes del Derecho Internacional. Esta primera parte finaliza con el párrafo 21 que funciona como cláusula de apertura a transgresiones no explícitamente listadas, a través de la remisión al punto 2 donde se listan los “Convenios sobre derechos humanos y libertades fundamentales” señalando: “Violación de una prohibición o un derecho no contemplado en los puntos 1 a 20, pero incluido en los acuerdos sobre derechos humanos mencionados en la sección 2 de la presente parte, que menoscabe directamente un interés jurídico protegido en dichos acuerdos, siempre que la empresa en cuestión haya podido determinar razonablemente el riesgo de tal menoscabo y cualquier medida adecuada que deba adoptarse para cumplir las obligaciones a que se refiere el artículo 4 de la presente Directiva, teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes de sus operaciones, como el sector y el contexto operativo”. Vale destacar que los Convenios listados en el punto 2 conforme al sistema de fuentes de la República Argentina tienen jerarquía constitucional o suprallegal (conforme arts. 75 inc. 22 y 31 de la Constitución Nacional. La Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo que ha sido calificado como un instrumento de “ius cogens” dado que la Declaración proclama que todo Estado por el solo hecho de ser miembro de la OIT está obligado a cumplir los principios contenidos en los convenios calificados como fundamentales, aun cuando no los haya ratificado. En tanto, la Declaración tripartita de la Organización Internacional del Trabajo de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, es un instrumento de soft law dirigido a los gobiernos, organizaciones de empleadores y trabajadores de los países de acogida y de origen y a las propias empresas multinacionales. En cuanto a la materia medioambiental la parte II refiere a “Violaciones de los objetivos y las prohibiciones reconocidos internacionalmente incluidos en Convenios Medioambientales”, y sin perjuicio de requerir un análisis más exhaustivo atento a las remisiones que se hacen respecto de la normativa propia de la UE, se puede decir que también las fuentes listadas han sido ratificadas por la República Argentina, a excepción por ejemplo, del Protocolo de Cartagena.

¹⁷ Esto nos remite a la problemática de situar a la diligencia debida como recurso para el cumplimiento del Derecho. Esta cuestión ha sido denunciada desde la perspectiva de la Responsabilidad Social Empresarial por Grau Ruiz, María, 2013. *Mutatis mutandi* podría resultar aplicable a este supuesto.

incorporación a los contratos¹⁸. Esto adquiere relevancia, en tanto, el incumplimiento de estas medidas son las que constituyen la antijuridicidad que habilita la responsabilidad civil.

La regulación de la conducta empresarial a través de códigos de conducta ha recibido atención por parte de la literatura académica, así como también, aunque quizás en menor medida su incorporación como cláusulas contractuales. En esta línea, se ha resaltado que la incorporación de compromisos de respeto a los derechos humanos y a los derechos medioambientales a una fuente vinculante entre las partes - en virtud del principio fundante *pacta sunt servanda* - implica una posibilidad de exigibilidad que no se encuentra presente - al menos de forma directa - en la autorregulación¹⁹. Sin perjuicio de ello, también se han abordado diferentes límites que presenta esta forma de regulación, desde los aspectos de la eficacia, se atendió a su redacción en términos vagos o indeterminados que dificultan su aplicación; desde el aspecto normativo al efecto relativo de los contratos, lo cual implica que en principio solo vinculan a las partes contratantes, y por lo tanto se presentan problemas para alcanzar a terceros, como sucede con los proveedores indirectos o la posibilidad de terceros, como los trabajadores, de invocar y prevalerse de un código de conducta. Es decir, es cuestionable su utilización para otorgar deberes a terceros, y requiere del cumplimiento de los requisitos de las legislaciones nacionales para otorgar derechos a terceros (v.gr. tal lo analizado en el caso *Wal-Mart* por la jurisprudencia norteamericana, o mediante el instituto de la promesa unilateral o análogo).

Finalmente, desde los aspectos valorativos o axiológicos se ha puesto en debate la legitimidad de un instrumento privado para regular aspectos de derechos humanos, sociales o medioambientales. A pesar de lo mencionado, la inclusión de cláusulas de sostenibilidad o códigos de conducta a las relaciones jurídicas contractuales se ha ponderado como ventajosa por la posibilidad de exigibilidad entre las partes y de alcanzar a toda la cadena de valor²⁰.

En este escenario veamos las medidas dispuestas por la propuesta de Directiva, que cómo mencionáramos, las del nivel superior solo se aplican si las del nivel anterior no resultan eficientes.

¹⁸ En términos generales la doctrina ya había señalado la posibilidad de incluir cláusulas de sostenibilidad en los contratos comerciales y su compatibilidad v.gr. con el régimen de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. En este sentido: “*There is no reason per se why the CISG should not apply to SCCs that form part of a contract if the applicability requirements are met*” (Peterkova, 2014, 11).

¹⁹ Se ha analizado las posibilidades de incluir lo referido a cuestiones de derechos humanos, sociales o medioambientales como parte de la *lex mercatoria* y alcanzadas v.gr. por el art. 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías que indica “1) Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. 2) Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate”. Así, Saffouri Velasco (2017-2018) considera que no nos encontraríamos en presencia de un uso comercial en la materia.

²⁰ Puede verse Saffouri Velasco, 2017-2018; Peterkova, 2014; Revak, 2012; Otero-García Castrillón, 2008; Vandenberg, 2007; Kenny, 2006-2007; Keller, 2004.

3.2.1. Medidas de primer nivel

En este primer nivel de medidas encontramos en lo que aquí interesa las siguientes acciones:

- a. Planes de acción preventiva. Los mismos deben contar con plazos de actuación razonables y definidos e indicadores cuali y cuantitativos. Para su realización se deben consultar a las partes interesadas.
- b. Cuando la imposibilidad de eliminar de inmediato los efectos adversos así lo requiera, se debe desarrollar y aplicar un plan de acción correctiva, con iguales requisitos, pero en este supuesto solo cuando sea pertinente se elaborará en consulta con las partes interesadas²¹.
- c. Recabar de socios comerciales con los que mantengan “relación comercial directa” garantías contractuales que avalen el cumplimiento del código de conducta y, en su caso, del plan de acción preventiva para lo que habrán de obtener a su vez las garantías contractuales por parte de sus socios, en la medida en que las actividades de estos formen parte de la cadena de valor de la empresa. Es en este punto donde se advierte el énfasis en la autonomía contractual.

Las garantías contractuales o el contrato irán acompañados de medidas adecuadas para garantizar su cumplimiento, para lo cual se podrá recurrir a las iniciativas apropiadas del sector o a una comprobación independiente por parte de terceros. La rendición de cuentas también ha sido ampliamente analizada desde la literatura académica, por razones de extensión no nos detendremos en sus ventajas y desventajas, pero puede verse al respecto los estudios de Zadek y Raynard, 2004 u O’ Rourke, 2003, entre muchos otros.

3.2.2. Medidas de segundo nivel

En el supuesto que las medidas anteriores no alcancen sus objetivos, se deben desarrollar las siguientes:

- a. Celebrar un contrato con un socio con el que tenga una “relación indirecta” con vistas a lograr el cumplimiento del código de conducta o la ejecución del plan de acción preventiva. Con esta medida se busca abordar el problema que presenta el alcance personal de las relaciones contractuales en las cadenas de producción, intentando así alcanzar de manera directa a proveedores de otros eslabones. El Informe de la OIT (2016) sobre el trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro apuntaba como carencia de las iniciativas privadas su aplicación solo a los proveedores de nivel superior y con una frecuencia mucho menor a las empresas del nivel inferior y la insuficiente rendición de cuentas. A esto se le suma la dificultad adicional, cuando se trata de

²¹ Previamente se debe intentar la eliminación de los efectos adversos: neutralización del efecto adverso o minimización de su alcance, por ejemplo mediante el pago de una indemnización por daños y perjuicios a las personas afectadas y de una compensación financiera a las comunidades afectadas.

contratos flexibles y de corta duración, en virtud del coste que puede presentar para la empresa principal la vigilancia del cumplimiento²².

- b. Nuevamente, se reitera que las garantías contractuales o el contrato irán acompañados de medidas adecuadas para garantizar su cumplimiento, para lo cual se podrá recurrir a las iniciativas apropiadas del sector o a una comprobación independiente por parte de terceros.

La Directiva establece en el artículo 12 que para ayudar a las empresas y facilitarles el cumplimiento de las “garantías contractuales”, la Comisión adoptará orientaciones sobre las cláusulas contractuales tipo.

3.2.3. Medidas de tercer nivel

Estas medidas se consideran de *ultima ratio* conforme a los considerandos 32, 36 y 41 en el entendimiento que la desvinculación puede generar efectos aún más graves sobre los derechos humanos. Estas medidas suponen:

- a. Abstenerse de entablar nuevas relaciones o de ampliar las ya existentes con aquel socio en relación con cuya cadena de valor o en cuya cadena de valor hayan surgido dichos efectos y, cuando la legislación que regule sus relaciones así lo permita, adoptará las siguientes medidas:
 - i) Suspender temporalmente las relaciones comerciales con el socio en cuestión mientras se aplican las medidas de prevención y minimización, si existen expectativas razonables de que esas medidas van a tener éxito a corto plazo; ii) poner fin a la relación comercial con respecto a las actividades en cuestión si los efectos adversos potenciales son graves.

Este es un tema relevante, en tanto, sin perjuicio que se considera al fin de la relación contractual como *ultima ratio*, es necesario que se regule esta posibilidad, porque de otra manera como señala Saffouri Velasco (2017-2018) actualmente conforme v.gr. a la Convención Internacional sobre Compraventa Internacional de Mercaderías el incumplimiento de los códigos de conducta podría interpretarse como un incumplimiento no esencial, y no habilitar la resolución del contrato²³. La propuesta de Directiva determina que los Estados miembros se asegurarán de que los contratos regulados por su legislación incluyen la opción de poner fin a la relación comercial.

²² En igual sentido Sanguinetti Raymond (2008) ha remarcado la dificultad de extender la aplicación más allá del primer eslabón, teniendo presente que la subcontratación puede llegar hasta el trabajo a domicilio o la economía sumergida.

²³ El art. 25 de la Convención Internacional sobre Compra Venta de Mercaderías de Naciones Unidas señala “El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación”.

Como remarca Ximena Olmos (2020, 65) este tipo de regulaciones traen desafíos propios para América Latina y el Caribe, entre ellos: en primer lugar, las certificaciones internacionales son utilizadas como “medio de prueba” de estándares, las cuales pueden no resultar un obstáculo para los grandes sectores exportadores. Pero con la finalidad de anexar más pymes en los mercados internacionales la integración de determinadas exigencias en programas y legislaciones nacionales, con apoyos públicos y privados podría facilitar el propósito. La propuesta de Directiva atiende la situación de las Pymes, y entre otras disposiciones, establece que las cláusulas contractuales con las Pymes serán justas, razonables y no discriminatorias, y si se aplican medidas de comprobación del cumplimiento la empresa asumirá el coste de la comprobación por terceros independientes.

En segundo lugar, siguiendo a Olmos (2020) atento a que las recomendaciones orientadas a las empresas transnacionales se están volviendo obligatorias en varias economías desarrolladas, resulta razonable establecer planes nacionales, especialmente en el tema de derechos humanos y empresas, en los cuales se debería priorizar lo que tiene más sentido desde la óptica nacional y seleccionarse las formas de implementar acciones, de manera paulatina, al igual que con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS).

3.3. La imperatividad de la debida diligencia en virtud del artículo 22 inc. 5.

En cuanto a la responsabilidad civil derivada de la transgresión a la Directiva (arts. 7° y 8°) la técnica legislativa se decanta por el método de las normas de policía o de aplicación inmediata, señalando en el artículo 22 inc. 5 que los Estados miembros velarán porque la responsabilidad establecida en las disposiciones de Derecho nacional que traspongan el artículo 22 –dedicado a la responsabilidad civil– sean de aplicación imperativa y prevalente en aquellos casos en los que la ley aplicable a las denuncias correspondientes no sea la de un Estado miembro²⁴.

Quedan así interrogantes sobre la habilitación de la competencia judicial internacional, es decir, si la afectación sucede a una persona domiciliada en un Estado no miembro de la Unión Europea ¿es procedente la competencia del artículo del domicilio del demandado de la empresa matriz por el vínculo por filial o relación comercial establecida en la cadena de valor?.

Como señalara el informe de *European Coalition for Corporate Justice* (2021, 7) “Aunque la regulación vigente en materia de jurisdicción competente ha permitido que las víctimas interpongan demandas contra empresas domiciliadas en la UE ante los

²⁴ Puede verse el considerando 61.

tribunales de los Estados miembros, lo ideal sería que en el futuro, el Reglamento de Bruselas I se modificara para permitir que estos tribunales puedan:

- (1) conocer de un litigio cuando no exista un foro alternativo disponible que garantice el derecho a un juicio justo (el denominado ‘foro de necesidad’[...]);
- (2) conocer de un litigio contra la filial o el socio comercial de una empresa matriz o principal domiciliada en la UE, cuando ambas sean partes necesarias en el litigio;
- (3) conocer de un litigio contra una empresa matriz no domiciliada en la UE que sin embargo encabece un grupo empresarial con fuerte presencia en la UE”²⁵.

Asimismo, en relación con el alcance de las normas de aplicación inmediata ¿resulta aplicable la responsabilidad civil tal como sea transpuesta por los Estados en cumplimiento del artículo 22? ¿En tal caso queda limitada a los daños que se produzcan por el incumplimiento de los artículos sobre las obligaciones de diligencia debida de la Directiva?²⁶ Rigiendo además las causas de determinación del alcance de la responsabilidad y exoneración.

Como señalara también el informe de *European Coalition for Corporate Justice* (2021, 6) “Idealmente, el Reglamento de Roma II debería ser modificado en el futuro para permitir que el demandante pueda elegir la ley de aplicación al caso, como ha recomendado la Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE”²⁷.

Si bien puede valorarse que la propuesta de Directiva es un avance en la brecha regulatoria de la captación de la actividad económica a escala transnacional, es necesario contextualizarla en el posicionamiento político asumido por la Unión Europea: de un lado, la protección del mercado interior evitando la fragmentación que las disímiles regulaciones nacionales pudieran ocasionar; de otro lado, la oposición a la actual iniciativa del tratado vinculante²⁸.

²⁵ La Recomendación CM/Rec (2016) sobre derechos humanos y empresas recomienda a los Estados miembros del Consejo de Europa que habiliten la competencia judicial de sus tribunales nacionales en casos contra empresas matrices domiciliadas en su jurisdicción, así como contra las filiales domiciliadas en otra jurisdicción cuando las reclamaciones estén estrechamente relacionadas, como en el caso Akpan contra Shell (Prandi Chevallier, 2020, 46).

²⁶ El considerando 59 señala “Por lo que se refiere a las normas de responsabilidad civil, la responsabilidad civil de una empresa por los daños y perjuicios derivados de su incumplimiento de la diligencia debida debe entenderse sin perjuicio de la responsabilidad civil de sus filiales o de los socios comerciales directos e indirectos de la cadena de valor. Asimismo, las normas de responsabilidad civil establecidas en la presente Directiva deben entenderse sin perjuicio de las normas de la Unión o nacionales en materia de responsabilidad civil relacionadas con los efectos adversos sobre los derechos humanos o el medio ambiente que exijan responsabilidad en situaciones no contempladas por la presente Directiva o que establezcan una responsabilidad más estricta que la presente Directiva”.

²⁷ En este sentido, la Recomendación CM/ Rec (2016) sobre derechos humanos y empresas ha señalado: “34. Los Estados miembros deberían aplicar tales medidas legislativas o de otra índole, que sean necesarias para asegurar que los tribunales nacionales tengan jurisdicción sobre reclamaciones civiles acerca de abusos de los Derechos Humanos, relacionados con las actividades económicas de empresas comerciales dentro de su jurisdicción. La doctrina de *forum non conveniens* no debería aplicarse en estos casos”.

²⁸ El cual al mismo tiempo se vale del concepto de debida diligencia.

4. Conclusiones ¿Por qué reflexionar desde América Latina y el Caribe sobre las normas de la Unión Europea?

Específicamente en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA) se viene desarrollando un posicionamiento en torno a la responsabilidad de las empresas en el contexto global. Muestra de ello son los diversos pronunciamientos, y por su especificidad y profundidad se destaca el informe de la REDESCA del año 2019²⁹. En este están presentes conceptos tales como la debida diligencia y las obligaciones extraterritoriales. Lo mismo evidencia, que las respuestas jurídicas a la problemática de la brecha regulatoria deben ser construidas desde v.gr. un derecho transnacional, en el que el debatido concepto de diligencia debida se expande como concepto normativo regulador. No obstante, valoramos que el derecho a la tutela judicial efectiva, o en términos de los Principios Rectores, el acceso a la reparación del Tercer Pilar debe estar al alcance de las personas.

Como señala Judith Schönsteiner (2020) en base a los párrafos 66 y 50 de los estándares interamericanos, los Estados deben exigir la debida diligencia a las empresas en el plano interno para hacer frente a su responsabilidad de respetar los derechos humanos. La autora postula así de un lado, la obligación de regular la debida diligencia empresarial creando una obligatoriedad indirecta de la de por el momento voluntaria diligencia debida internacional de las empresas; y de otro lado, la insuficiencia de solo adoptar políticas públicas para cumplir con esta obligación, a riesgo de ser el Estado responsable por hechos violatorios cometidos por privados.

Por tanto, pensar desde América Latina las normas de la Unión Europea es necesario. Todo lo necesario que resulta pensar los problemas locales, que sin embargo son a su vez globales.

²⁹ Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos de la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos Sociales Culturales y Ambientales (REDESCA), Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

5. Bibliografía

- Brabant, Stéphane et. al (2022). Due Diligence Around the World: The Draft Directive on Corporate Sustainability Due Diligence (Part 1), VerfBlog, 2022/3/15. Recuperado de <https://verfassungsblog.de/due-diligencearound-the-world/>, DOI: 10.17176/20220315-121131-0.
- Ciuro Caldani, Miguel (2001). *El Derecho Universal (perspectiva para la ciencia jurídica de una nueva era)*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas.
- Ciuro Caldani, Miguel (2019). *Una teoría trialista del mundo jurídico*, Rosario, FDER Edita.
- European Coalition for Corporate Justice (ECCJ) (2021). Demandando a Goliath. Recomendaciones para mejorar el acceso a la justicia de las víctimas de abusos contra los derechos humanos y daños medioambientales en las operaciones y cadenas de valor globales de las empresas", Madrid, [versión reducida, adaptada y traducida al castellano del informe 'Suing Goliath']. Recuperado de <https://corporatejustice.org/publications/suing-goliath>, pp. 1-11.
- Fernández Liesa, Carlos (2022). La debida diligencia de las empresas y los Derechos Humanos: hacia una ley española, *Revista de Derecho Transnacional*, Vol. 14, No. 2, pp. 427-455.
- Goldschmidt, Werner (1987). *Introducción filosófica al Derecho*, 6ª. ed., 5ª. reimp., Buenos Aires, Depalma.
- Grau-Ruiz, María (2013). Responsabilidad social empresarial y fiscalidad internacional en relación con la inversión directa extranjera en países en desarrollo, *Revista Globalización, Competitividad y Gobernabilidad*, Vol. 7, No. 3, pp. 34-48.
- Guamán Hernández, Adoración (2022). El borrador de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. Un análisis a la luz de las normas estatales y de la propuesta del Parlamento Europeo, *Trabajo y Derecho*, No. 88, La Ley 2558/2022, pp. 1-22. (b).
- Guamán Hernández, Adoración (2022). La Unión Europea y la diligencia debida: contexto, propuestas y razones para el paso del soft al hard law, Zamora Cabot, Franciso, Sales Pallarés, Lorena y Marullo, María (Dir.), *La lucha en clave judicial frente al cambio climático, Navarra*, España: Aranzadi-Thomson Reuters, pp. 93-113. (a)
- Keller, Helen (s/f). Corporate Codes of Conduct and their Implementation: The Question of Legitimacy, Recuperado de <https://citeseer.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.696.2344&rep=rep1&type=pdf>, pp. 1-72.

- Kenny, Katherine (2006-2007). Code or Contract: Whether Wal-Mart's Code of Conduct Creates a Contractual Obligation Between Wal-Mart and the Employees of its Foreign Suppliers, *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 27, No. 453, pp. 453-474.
- Márquez Carrasco, Carmen (2022). Instrumentos sobre la debida diligencia en materia de Derechos Humanos: Orígenes, evolución y perspectiva de futuro, *Revista de Derecho Transnacional*, Vol. 14, No. 2, pp. 605-642.
- Martín Ortega, Olga (2013). La diligencia debida de las empresas en materia de derechos humanos: un nuevo estándar para una nueva responsabilidad, *Papeles el Tiempo de los Derechos*, No. 9, pp. 1-23.
- O' Rourke, Dara (2003). Outsourcing Regulation: Analyzing Nongovernmental Systems of Labor Standards and Monitoring, *The Policy Studies Journal*, Vol. 31, No. 1, pp. 1-29.
- OIT (2016). Informe IV: El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro, 1 ed., Ginebra, Conferencia Internacional del Trabajo.
- Olmos Soto, Ximena (2020). Instrumentos para identificar y reducir los impactos sociales vinculados al comercio internacional, Frohmann, Alicia, Mulder, Nanno y Olmos, Ximena (Coords.), *Incentivos a la sostenibilidad en el comercio internacional*, Documentos de Proyectos (LC/TS.2020/160), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).
- Otero García- Castrillón, Carmen (2008). Autorregulación y establecimiento de estándares en los contratos internacionales, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, No. 8, pp. 329-356.
- Prandi Chevallier, María (Coord.) (2016). Derechos humanos y empresas europeas. Un manual práctico para las organizaciones de la sociedad civil y los defensores de los derechos humanos, Centre d'Estudis de Dret Ambiental de Tarragona y Universitat Rovira i Virgili. Recuperado de http://www.cedat.cat/publicacions/es_manual-derechos-humanos-y-empresas-europeas/
- Revak, Haley (2012). Corporate Codes of Conduct: Binding Contract or Ideal Publicity?, *Hastings Law Journal*, Vol. 63 (6), pp. 1646-1670.
- Saffouri Velasco, Elisabet (2017-2018). Corporate Social Responsibility and supply contracts: from soft law to hard law. A global perspective, *International Commercial Law*, (PRI 4002) Research Paper, pp. 3-14.

- Sanguinetti Raymond, Wilfredo (2008). La tutela de los derechos fundamentales del trabajo en las cadenas de producción de las empresas multinacionales, Escudero Rodriguez, Ricardo (Coord.), La negociación colectiva en España: Un enfoque interdisciplinario, Observatorio de la Negociación Colectiva, Confederación Sindical de Comisiones Obreras, Madrid, Cinca.
- Schönsteiner, Judith (2020). La debida diligencia en el nuevo informe sobre Empresas y Derechos Humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, recuperado de <https://www.afromomicslaw.org/2020/07/14/la-debida-diligencia-en-el-nuevo-informe-sobre-empresas-y-derechos-humanos-de-la-comision-interamericana-de-derechos-humanos/>
- Smit Lise et. al (2020). Study on due diligence requirements through the supply chain, Final Report, Brussels. European Commission.
- Tobar Torres, Jenner (2022), La regla Lex Loci Delicti y su impacto en la garantía de los Derechos Humanos, Nuevas Voces. Contribuciones desde la Academia Latinoamericana para avanzar hacia una cultura de Conducta Empresarial Responsable y respeto por los Derechos Humanos, Lima, Perú: OIT, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, pp. 162-170.
- Twining, William (2010). Implicaciones de la globalización para el Derecho como disciplina, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, No. 44, pp. 341-368.
- Uzal, María (2004). Sociedades multinacionales en el Derecho Internacional Privado argentino (a propósito del art. 124 de la LS), El Derecho - Diario, Tomo 210, 1133. Cita digital: ED-DCCLXVII-7, pp. 1-12.
- Vandenberg, Michael (2007). The New Wal-Mart Effect: The Role of Private Contracting in Global Governance, UCLA Law Review, No. 54, pp. 913-970.
- Zadek, Simon y Raynard, Peter (2004). The future of sustainability assurance, London, ACCA Research Report No. 86.



CATEGORÍA DESTACADOS



Jóvenes docentes e investigadores/as

**Matías Ignacio
Rostán**

Universidad Nacional de Litoral
(UNL)



Destacados

INEFICACIA DE LOS MECANISMOS JUDICIALES ARGENTINOS EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA PARA LA REPARACIÓN EN MATERIA DE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS

Matías Ignacio Rostán

Universidad Nacional de Litoral (UNL)

1. Introducción

En el mundo existen un sinnúmero de casos en los que empresas y consumidores se ven afectados como consecuencia de prácticas anticompetitivas. Particularmente, América Latina es una región donde la concentración de poder político y económico en manos de pocas grandes empresas generan vulneraciones en los derechos humanos de la región. En tal sentido, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) afirma que el poder de mercado que poseen los monopolios es posible traducirlo en mayor poder político de las empresas, lo que a su vez, continúa incrementando el poder económico o de mercado¹. Esta concentración del poder económico y político de los monopolios contribuye a la alta desigualdad y a una dinámica de productividad mediocre en la región². La situación es sumamente preocupante teniendo en cuenta que Latinoamérica es una región del globo, donde la regulación de competencia no posee la misma efectividad que otros ordenamientos jurídicos³.

En el presente trabajo analizaremos, en primer lugar, cómo las prácticas anticompetitivas de las empresas pueden generar vulneraciones de derechos humanos en el ámbito del ordenamiento jurídico argentino. Concretamente, se explicará cómo las conductas anticompetitivas afectan la libre competencia al mercado, y como consecuencia de ello, se vulnera el derecho humano de los competidores a ejercer el comercio y la industria lícita y el derecho de los consumidores de acceder al mercado⁴. En segunda medida, se reflexionará acerca de cómo los mecanismos judiciales argentinos para acceder a una reparación eficaz en materia de competencia resultan sumamente ineficientes en la actualidad.

2. Desarrollo

2.1. Las prácticas anticompetitivas y la vulneración de derechos humanos en el derecho argentino.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) entiende que la política sobre competencia tiene por objeto contribuir al bienestar global y al crecimiento

¹ PNUD (2021), *Informe Regional de Desarrollo Humano 2021. Atrapados: Alta desigualdad y bajo crecimiento en América Latina y el Caribe*, p 149.

² PNUD (2021), Op. Cit., p. 149.

³ En materia de derecho de competencia los sistemas más eficaces a nivel mundial son el *antitrust law* del derecho norteamericano y los ordenamientos jurídicos de competencia de los Estados miembros de la Unión Europea.

⁴ Si bien se hará énfasis en las vulneraciones a consumidores y competidores, es necesario destacar que las prácticas anticompetitivas pueden afectar a un conjunto más amplio de operadores económicos.

económico general mediante la promoción de condiciones de mercado en las que la naturaleza, la calidad y el precio de los bienes y servicios sean determinados por las fuerzas competitivas del mercado, logrando generar beneficios a los consumidores y a la economía en su totalidad⁵. Lograr una competencia efectiva en el ámbito del mercado, requiere que el Estado regule las condiciones mediante las cuales los operadores económicos pueden acceder e intervenir en el mercado, sin afectar el libre juego de la oferta y la demanda. En tal sentido, Cervio y Rópolo destacan que las disposiciones legales en materia de defensa de la competencia constituyen ***“una forma de control de los poderes públicos sobre el mercado para, entre otras cuestiones, la protección de una competencia adecuada que permita conseguir una mejor asignación de la riqueza, una mayor eficiencia en la producción y un incremento en la innovación”***⁶.

Teniendo en cuenta los beneficios de una competencia efectiva, es claro que la realización de prácticas anticompetitivas por parte de las empresas produce graves perjuicios económicos y sociales. En materia de afectación de derechos humanos, resulta menester destacar cómo las conductas anticompetitivas son un factor que atenta o vulnera derechos humanos reconocidos, tales como el derecho al progreso⁷ y contra el derecho al desarrollo de los seres humanos⁸.

En particular, cuando las prácticas anticompetitivas afectan la libre competencia, es decir, la posibilidad efectiva de las empresas y consumidores de acceder al mercado a competir o a adquirir bienes y servicios para la satisfacción de sus necesidades, es posible detectar dos derechos humanos claramente vulnerados. Por un lado, el derecho del competidor a ejercer el comercio y toda industria lícita, y por el lado del consumidor, el derecho de acceso al mercado.

Respecto al derecho a ejercer el comercio y la industria, Bidart Campos sostiene que en el ordenamiento argentino se encuentran regulados por el art. 14 y 20 de la Constitución Nacional (CN), y que los mismos abarcan el derecho de comerciar, navegar, el ejercer toda industria lícita, trabajar y ejercer profesión. Para el autor, el ejercicio libre del comercio y la industria, giran en torno a una actividad humana, la cual presupone normalmente un trabajo o una profesión de quien realiza la actividad⁹.

Por lo expuesto en el párrafo precedente, es evidente que ante prácticas anticompetitivas que tengan como objetivo impedir el acceso al mercado a posibles competidores de la empresa infractora, se vulneran no sólo el derecho a ejercer el comercio e industria, sino también el derecho a trabajar. En este punto, autores como Ruiz Gordillo, afirman que el derecho de ejercer el comercio y la industria es un derecho humano de los empresarios¹⁰. Otros autores como Reyes Díaz, sostienen que la relación entre derechos

⁵ OECD (2013), Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, OECD Publishing, disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202436-es>; p.63

⁶ CERVIO, G. J. y RÓPOLO, E. P. (2010), Ley 25.156 de defensa de la competencia comentada y anotada; 1 ed.- Buenos Aires: La Ley, p. 6.

⁷ UN (1969), Declaración sobre el progreso y el desarrollo en lo social, Resolución 2542 (XXIV) de la Asamblea General, disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-social-progress-and-development>

⁸ UN (1986), Declaración sobre el derecho al desarrollo, Resolución 41/128 de la Asamblea General, disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/DeclarationRightDevelopment_sp.pdf

⁹ BIDART CAMPOS, G. (2010), Manual de la Constitución Reformada. Tomo II, p 67.

humanos, economía y derechos económicos en la actualidad se advierte cada vez más estrecha¹¹. De esta forma, comienza a vislumbrarse una mirada de los derechos económicos como derechos humanos.

Por su parte, la vinculación del derecho a trabajar con los derechos humanos encuentra una regulación mucho más robusta, y por tanto es indiscutible su consideración como derecho humano fundamental. Algunas de las normas que lo contemplan son el art 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el art. 6, 7 y 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el art 15 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, entre otros. En el ámbito del derecho argentino, el derecho al trabajo se encuentra contemplado en los arts. 14 y 14 bis de la CN.

Por su parte, el derecho de "**acceso al consumo**" refiere a la aptitud que posee una persona de exigir su participación real en el mercado y desde una perspectiva social, representa la posibilidad que deben tener todos los sectores de la población de llegar a consumir¹². Siguiendo este razonamiento, el derecho de acceso al consumo constituye una prerrogativa de inclusión de toda persona humana, que permite el desarrollo de un estándar de vida digno, de modo de cubrir sus necesidades indispensables, garantizándose una pauta razonable de calidad de vida para sí y su familia, condiciones que son indispensables para alcanzar el desarrollo humano, entendido como el perfeccionamiento de la plena potencialidad del ser¹³. Por lo expuesto anteriormente, Sahian sostiene que la relación entre acceso al consumo y garantía a un mínimo vital podría traducirse en un atrayente punto de diálogo de fuentes entre los derechos de los consumidores y los derechos humanos¹⁴. Por los fundamentos que esboza el autor, la doctrina considera al derecho de acceso al consumo como un verdadero derecho humano fundamental.

En el plano normativo, el derecho de acceso al consumo surge del art. 11 del PIDESC, art. 22 y 25.1 de la DUDH y el art 11 del DADDH. A nivel nacional, los mencionados Tratados Internacionales de Derechos Humanos gozan de jerarquía constitucional (art 75 inc22). Por otro lado, en la CN no se encuentra mencionado concretamente el derecho de acceso al consumo, pero surge del art 42 y del 33, entre otros.

En el ordenamiento jurídico argentino, la positivización de la humanización del derecho privado, a partir de la sanción del Código Civil y Comercial (CCC) en 2015, y en especial con la incorporación de sus arts. 1 y 2, es una idea interesante para pensar la relación entre derechos económicos y derechos humanos. En tal sentido, la humanización del derecho privado es el proceso en el cual el derecho privado se compenetra con una mirada "humanista" o con una perspectiva preocupada por la humanidad, no solo

¹⁰ RUIZ GORDILLO, F. M. (2021), Generalidades legales en la competencia entre: el derecho humano a la libertad de industria y comercio, frente al control gubernamental de la actividad económica a través de la Ley General de Responsabilidad Empresarial y Debida Diligencia Corporativa, en DPYC 2021 (marzo), 04/03/2021, 59, TR LALEY AR/DOC/262/2021.

¹¹ MORANCHEL POCATERRA, M; SALDAÑA PÉREZ, J.M (2022); Los derechos del consumidor en el contexto de la humanización e internacionalización del orden jurídico mexicano en Derecho del consumo y normas antimonopolio / AngeloViglianisi Ferraro... [et al.].-1a ed.- Ciudad Autónoma de Buenos Aires : La Ley, 2022. p 57.

¹² SAHIÁN, J. H. (2018), Nuevo desafío de la tutela al consumidor. El derecho de acceso al consumo o mercado, publicado en RDCO 292, 01/11/2018, 201, AR/DOC/3459/2018, p.201.

¹³ SAHIÁN, J. H. (2018), Op. Cit., p.202.

¹⁴ SAHIÁN, J. H. (2018), Op. Cit., p.202.

presente sino futura, lo cual incluye, por ejemplo, una preocupación por la "persona en concreto", por su "dignidad" y, por supuesto, por los derechos humanos¹⁵.

Por todo lo expuesto, y teniendo en cuenta los perjuicios que las conductas anticompetitivas pueden generar en la sociedad, la OCDE en sus Líneas Directrices para Empresas Multinacionales, sostiene que las empresas deben llevar a cabo sus actividades respetando la normativa en materia de competencia de todos los países en los cuales sus actividades pueda tener efectos anticompetitivos, abstenerse de celebrar los llamados acuerdos colusorios, cooperar con las autoridades encargadas de realizar investigaciones en materia de competencia, llevar a cabo con regularidad operaciones de sensibilización de sus empleados sobre la importancia del respeto de todas las leyes y regulaciones en materia de competencia y, en particular, capacitar a la dirección en asuntos de competencia¹⁶.

2.2. La ineficacia de los mecanismos judiciales de acceso a una reparación eficaz en el ámbito del derecho de competencia.

A la hora de pensar el abordaje de la vulneración de derechos humanos por parte de las empresas, es indudable la importancia de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Principios Rectores). Así lo entiende la Cámara de Comercio Internacional la cual destaca que los Principios Rectores son una hoja de ruta transformadora hacia un futuro en el que los seres humanos y las corporaciones puedan prosperar por igual¹⁷. Los Principios Rectores se basan en el reconocimiento de tres pilares:

- i. El deber del Estado de proteger los derechos humanos;
- ii. La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, y
- iii. El acceso a mecanismos de reparación.

Respecto al acceso a mecanismos de reparación los Principios Rectores contemplan tres tipos de éstos, que se deben ofrecer a las víctimas para acceder a una reparación efectiva en casos de vulneraciones de derechos humanos relacionadas con las actividades empresariales: mecanismos judiciales estatales, mecanismos extrajudiciales de reclamación del Estado, y mecanismos de reclamación no estatales¹⁸.

¹⁵ SOZZO, G. (2017), "La humanización del derecho privado patrimonial", en AAVV Cuadernos de obligaciones N° 7, "El impacto del Código Civil y Comercial de la Nación en el derecho de las obligaciones", Ed.: Alveroni, Córdoba, Argentina, ISBN 978-987-643-162-0, ps. 15-54.

¹⁶ OECD (2013), Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, OECD Publishing, disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202436-es>; p.62.

¹⁷ ICC (2020), Briefing: the United Nations treaty process on business and human rights, Sixth Session of the Intergovernmental Working Group on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights, p.1.

¹⁸ Ello teniendo en cuenta lo establecido en el Principio Rector 1, dentro del Pilar I, El principio Rector 22 dentro del Pilar II, el Principio Rector 25, dentro del Pilar 3.

En la primera parte del trabajo quedó claro que pueden verse vulnerados derechos humanos como consecuencia de prácticas anticompetitivas, las cuales en Argentina se encuentran reguladas a través del régimen jurídico de Defensa de la Competencia¹⁹.

La regulación de defensa de la competencia en Argentina se encuentra contemplada en el art 42 de la CN y en la ley 27.442 de Defensa de la Competencia. Dentro de la ley, se contemplan dos mecanismos para la protección de la competencia: el sistema de ejecución pública y el sistema de ejecución privada. Este último, es el mecanismo que dispone la normativa para que todo damnificado por las prácticas anticompetitivas que prohíbe la ley pueda ser indemnizado por los daños sufridos, a través del ejercicio de una acción de daños y perjuicios²⁰. De este modo, resulta claro que, dentro del ordenamiento jurídico argentino, la herramienta por excelencia para que las víctimas de prácticas anticompetitivas puedan obtener un resarcimiento, son las acciones de daños y perjuicios propuestas por la ley. El gran problema en este punto, es que el particular y complejo sistema de ejecución privada de defensa de la competencia argentino es ineficaz. En materia jurisprudencial, son contados los casos que han sido planteados como supuestos de daños por conductas anticompetitivas, siendo solo uno, el que cuenta con sentencia firme²¹.

Apelando a un análisis del estado actual de la regulación y la efectiva aplicación del derecho de defensa de la competencia en nuestro país, es posible detectar que existen dos principales factores que imposibilitan el correcto funcionamiento del sistema de aplicación privada del derecho de defensa de la competencia:

- I) la no puesta en funcionamiento del diseño institucional dispuesto en la ley de defensa de la competencia y
- II) la no regulación de las acciones de clase, teniendo en cuenta las particularidades de un proceso de daños y perjuicios por daños anticompetitivos.

En lo referente a la puesta en funcionamiento de las autoridades que establece la ley de defensa de la competencia, es posible afirmar, que se trata de una deuda histórica²². En la actualidad, con la sanción de la ley 27.442, se propone un diseño institucional compuesto por: una Autoridad Nacional de Competencia, y dentro de ella un Tribunal de Defensa de la Competencia, una Secretaría de Instrucción de Conductas Anticompetitivas y una Secretaría de Concentraciones Económicas. Sin embargo, la falta de compromiso por parte del Estado argentino, a la hora de poner en marcha las autoridades propuestas por la ley, resulta un claro impedimento, no sólo para la efectiva operatividad del sistema privado de competencia, sino también, para el desempeño de las políticas de competencia del país en general. En este sentido, es necesario que se tome la decisión político-institucional de poner en funcionamiento las autoridades creadas por la ley actual de defensa de la competencia, para que actúen de forma descentralizada y autárquica, y así lograr un efectivo funcionamiento del

¹⁹ Cabe destacar que en Argentina el régimen de Competencia Desleal complementa al derecho de Defensa de la Competencia.

²⁰ El sistema de ejecución privada de la ley de defensa de la competencia se encuentra en su Capítulo IX desde los caps. 62 a 65, inclusive.

²¹ Fallo Autogas S.A. c/ YPF S.A. s/ordinario.

²² Ya la ley 25.156 estableció la creación del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, el cual nunca fue constituido. De este modo, en la actualidad las autoridades de competencia en Argentina, continúan siendo las establecidas por la ley 22.262: La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, dependiente del Secretario de Comercio Interior.

sistema de aplicación pública, con la consiguiente generación de incentivos para la aplicación privada del derecho de la competencia²³.

A su vez, la falta de regulación de un proceso colectivo apto para este tipo de supuesto, que complementa al capítulo IX de la ley de defensa de la competencia, también dificulta la implementación de la aplicación privada. Por ello, es necesario que se legisle un proceso colectivo que contemple las particularidades de las acciones de daños y perjuicios por daños anticompetitivos, tales como:

- I) la heterogeneidad de damnificados, los cuales pueden ser directos o indirectos, y entre ellos encontrarse competidores, consumidores, u otros agentes económicos que actúan en el marco de la cadena productiva (distribuidores, proveedores, etc.);
- II) la dificultad que conlleva para las víctimas probar la existencia de prácticas anticompetitivas;
- III) la necesaria interacción entre los procesos administrativos que lleva a cabo la autoridad de competencia y el proceso privado de reclamación de daños y perjuicios que propone la ley;
- IV) la necesidad de que la sentencia sea extensible a todos los damnificados por la conducta anticompetitiva;
- V) los altos costos que implica llevar adelante este tipo de procesos; entre otros aspectos.

Resulta sumamente necesario superar los impedimentos que dificultan la puesta en marcha del sistema de aplicación privada del derecho de defensa de la competencia, y lograr así, una efectiva aplicación de las normas de competencia en el país. Es indudable que un correcto funcionamiento del sistema de aplicación privada es sumamente necesario puesto que es el mecanismo judicial que contempla la normativa de competencia para otorgar un resarcimiento a empresas y consumidores, cuando se vulneran sus derechos patrimoniales, extrapatrimoniales y humanos.

²³ En Perú, el INDECOPI, como autoridad de competencia, realiza múltiples acciones en pos de incentivar la aplicación privada del derecho de defensa de la competencia. La más importante, sin dudas, fue la elaboración del PROYECTO DE LINEAMIENTOS SOBRE RESARCIMIENTO DE DAÑOS OCASIONADOS A CONSUMIDORES COMO CONSECUENCIA DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.

3. Conclusiones

Las prácticas anticompetitivas llevadas a cabo por las empresas tienen la capacidad de vulnerar derechos humanos de competidores y consumidores, tales como el derecho de ejercer el comercio y la industria, trabajar y acceder al consumo. Esto es sumamente problemático en una región como Latinoamérica en donde se dan dos circunstancias complejas: i- los monopolios concentran poder económico y político; y ii- los sistemas jurídicos de defensa de competencia no son lo suficientemente eficientes.

A partir de un análisis del ordenamiento jurídico argentino, resulta claro que el mecanismo judicial idóneo para acceder a un resarcimiento integral por vulneraciones a los derechos humanos de los consumidores y competidores, es el sistema de ejecución privada de defensa de la competencia, el cual en la actualidad no es eficaz.

Es menester trabajar en la pronta puesta en marcha del sistema de ejecución privada del derecho de competencia argentino en pos de brindar a las víctimas de prácticas anti competitivas un mecanismo idóneo para reclamar los daños sufridos como consecuencia de tales prácticas.

4. Bibliografía

- BIDART CAMPOS, G. (2010), Manual de la Constitución Reformada. Tomo II.
- CERVIO, G. J. y RÓPOLO, E. P. (2010), Ley 25.156 de defensa de la competencia comentada y anotada; 1 ed.- Buenos Aires: La Ley
- MORANCHEL POCATERRA, M; SALDAÑA PÉREZ, J.M (2022); Los derechos del consumidor en el contexto de la humanización e internacionalización del orden jurídico mexicano en Derecho del consumo y normas antimonopolio / AngeloViglianisi Ferraro... [et al.].-1a ed.- Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2022.
- ICC (2020), Briefing: the United Nations treaty process on business and human rights, Sixth Session of the Intergovernmental Working Group on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights.
- OECD (2013), Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, OECD Publishing, disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202436-es>.
- PNUD (2021), Informe Regional de Desarrollo Humano 2021. Atrapados: Alta desigualdad y bajo crecimiento en América Latina y el Caribe.
- RUIZ GORDILLO, F. M. (2021), Generalidades legales en la competencia entre: el derecho humano a la libertad de industria y comercio, frente al control gubernamental de la actividad económica a través de la Ley General de Responsabilidad Empresarial y Debida Diligencia Corporativa, en DPyC 2021 (marzo), 04/03/2021, 59, TR LALEY AR/DOC/262/2021.
- SAHIÁN, J. H. (2018), Nuevo desafío de la tutela al consumidor. El derecho de acceso al consumo o mercado, publicado en RDCO 292, 01/11/2018, 201, AR/DOC/3459/2018
- SOZZO, G. (2017), "La humanización del derecho privado patrimonial", en AAVV Cuadernos de obligaciones N° 7, "El impacto del Código Civil y Comercial de la Nación en el derecho de las obligaciones", Ed.: Alveroni, Córdoba, Argentina, ISBN 978-987-643-162-0, ps. 15-54.
- UN (2011), Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar", Oficina del Alto Comisionado, disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf
- UN (1969), Declaración sobre el progreso y el desarrollo en lo social, Resolución 2542 (XXIV) de la Asamblea General, disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-social-progress-and-development>

- UN (1986), Declaración sobre el derecho al desarrollo, Resolución 41/128 de la Asamblea General, disponible en:

https://www.ohchr.org/sites/default/files/DeclarationRightDevelopment_sp.pdf

NUEVAS VOCES

SEGUNDA EDICIÓN

SEMILLERO DE INVESTIGACIÓN:
DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS
Y CONDUCTA EMPRESARIAL
RESPONSABLE

Contribuciones desde
**la Academia
Latinoamericana**

