

**PLANOS NACIONAIS
DE AÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS
NA AMÉRICA LATINA
SOBRE DIREITOS HUMANOS
E EMPRESAS**

**AIMÉE GABRIELLA TEIXEIRA MARTINS
ANA MARIA D'ÁVILA LOPES
BELINDA DA CUNHA PEREIRA
BRUCE BARNABY RUBIO
CLAUDIA LOVÓN
CRISTINA FIGUEIREDO TEREZO RIBEIRO
FELIPE GUERRA
HELIL CÉSAR AGUIAR BAHIA
IGOR DAVI DA SILVA BOAVENTURA
JOSÉ AYLWIN
JOSÉ IRIVALDO A. O. SILVA
JULIÁN TOLE MARTÍNEZ
LUCAS VIEIRA BARJUD MARQUES
MARA LÍVIA MOREIRA DAMASCENO
MARCEL DIDIER
TALDEN FARIAS
(Orgs)**



Universidade Federal de Goiás

Reitor

Edward Madureira Brasil

Vice-Reitora

Sandramara Matias Chaves

Diretora do Cegraf UFG

Maria Lucia Kons

Coleção Direitos Humanos e Empresas
na América Latina

Conselho Editorial

Ana Maria D'Ávila Lopes (U. de Fortaleza)
Antonio Moreira Maués (U. Federal do Pará)
Carina Costa de Oliveira (U. de Brasília)
Elizabeth Salmón (P. U. Católica del Perú)
Elisabete Maniglia (U. Estadual Paulista)
Federico di Bernardi (U. Nacional de La Plata)
Fernanda Bragato (U. do Vale do Rio dos Sinos)
Gustavo Palmieri (U. Nacional de Lanús)
Helena Esser dos Reis (U. Federal de Goiás)
José Luis Caballero (U. Iberoamericana)
Magdalena Correa (U. Externado de Colombia)
Maria Luiza Alencar (U. Federal da Paraíba)
Martín Almada (U. Nacional de Asunción)
Pablo Perel (U. de Buenos Aires)
Yanira Zúñiga (U. Austral de Chile)

Apoio:



FORDFOUNDATION

CONSÓRCIO LATINO-AMERICANO DE
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS

CONSORCIO LATINOAMERICANO DE
POSGRADO EN DERECHOS HUMANOS

PLANOS NACIONAIS DE AÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS NA AMÉRICA LATINA SOBRE DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS

Aimée Gabriella Teixeira Martins
Ana Maria D'Ávila Lopes
Belinda da Cunha Pereira
Bruce Barnaby Rubio
Claudia Lovón
Cristina Figueiredo Terezo Ribeiro
Felipe Guerra
Helil César Aguiar Bahia
Igor Davi da Silva Boaventura
José Aylwin
José Irivaldo A. O. Silva
Julián Tole Martínez
Lucas Vieira Barjud Marques
Mara Livia Moreira Damasceno
Marcel Didier
Talden Farias

© Cegraf UFG, 2020

© Aimée Gabriella Teixeira Martins *et al.*, 2020

Capa e diagramação:

Julyana Aleixo



Esta obra está licenciada com uma Licença
Criative Commons Atribuição 4.0 Internacional.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

GPT/BC/UFG

P712 Planos nacionais de ação e políticas públicas na América Latina sobre direitos humanos e empresas. [E-book] / Aimée Gabriella Teixeira Martins ... [et al.]. – Goiânia: Cegraf UFG, 2020.
122 p. – (Coleção Direitos Humanos e Empresas na América Latina)

Pesquisa promovida pelo Consórcio Latino-Americano de Pós-Graduação em Direitos Humanos.
ISBN (E-book): 978-65-86422-47-4

1. Direitos humanos – América Latina. 2. Empresas – América Latina. 3. Recursos humanos. I. Martins, Aimée Gabriella Teixeira.

CDU: 342.7:658.3

Bibliotecária responsável: Amanda Cavalcante Perillo / CRB1: 2870

Sumário

Apresentação6

Colômbia y sus planes de acción sobre derechos humanos y empresas: lecciones para América Latina.....11

Julián Tole Martínez

El plan de acción nacional de derechos humanos y empresas en Chile: análisis crítico38

José Aylwin
Marcel Didier
Felipe Guerra

Avances, desafíos y reflexiones del proceso de elaboración del Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos en Perú 71

Bruce Barnaby Rubio
Claudia Lovón

Iniciativas do Estado Brasileiro de responsabilização de empresas frente a violações de direitos humanos: uma análise para além do Decreto n° 9571/2018..... 94

Cristina Figueiredo Terezo Ribeiro
Igor Davi da Silva Boaventura
Aimée Gabriella Teixeira Martins
Helil César Aguiar Bahia

Análise dos mecanismos extrajudiciais de responsabilização de empresas previstos no Decreto n° 9.571/2018 à luz dos Princípios Ruggie e do procedimento de solução amistosa da Comissão Interamericana de Direitos Humanos..... 118

Ana Maria D'Ávila Lopes
Mara Livia Moreira Damasceno
Lucas Vieira Barjud Marques

As águas transfronteiriças e as corporações: a necessidade de sua inclusão no Plano Nacional de Ação 151

José Irivaldo A. O. Silva
Belinda da Cunha Pereira
Talden Farias

Apresentação

A presente obra nasce de pesquisa da rede internacional promovida pelo Consórcio Latino-Americano de Pós-Graduação em Direitos Humanos no período 2015-2019, com apoio da Fundação Ford, sobre políticas de regulação das empresas transnacionais por violações de direitos humanos na América Latina.

Na primeira etapa da pesquisa, foram produzidos 7 diagnósticos nacionais sobre o tema (Brasil, Argentina, Chile, Colômbia, México, Paraguai e Peru) e vários estudos de caso, que demonstraram a ausência de instituições, políticas públicas e normas adequadas para prevenir e responsabilizar empresas por violações de direitos humanos nos países da região.

A partir dos dados coletados e analisados pela pesquisa, tem-se uma segunda fase de difusão e mobilização de atores essenciais relacionados ao tema da pesquisa, como instituições públicas, sociedade civil, movimentos sociais, redes de pesquisa e etc.

Essa segunda fase confunde-se com o próprio debate em torno da responsabilização de empresas transnacionais por violações de direitos humanos e com o contexto político dos países, onde as Universidades do Consórcio Latino-Americano de Pós-Graduação em Direitos Humanos pertencem.

Com efeito, tem-se, como exemplo, a realidade da Colômbia, que foi o primeiro país da América Latina a aprovar em 2015 seu

Plano Nacional de Ação (PNA) sobre Direitos Humanos e Empresas, em meio a críticas sobre as ações pretendidas pelo Plano, bem como por sua elaboração não atender os pressupostos destacados pelo Grupo de Trabalho das Nações Unidas como, por exemplo, a participação ampla da sociedade civil no processo de elaboração.

A segunda fase vem ao encontro da etapa de revisão do Plano Nacional de Ação na Colômbia, cujo processo tenta resolver as críticas a ele apresentadas em 2015, enquanto que no Chile, acompanha-se a execução e monitoramento do seu PNA aprovado em 2017.

Já no Peru, a fase de difusão e capacitação ocorre no contexto onde o governo anunciou que irá aprovar um PNA, seguindo as iniciativas do Chile e da Colômbia, a despeito do país possuir um Plano Nacional de Direitos Humanos aprovado para os anos de 2018 à 2021, tendo como eixo o tema sobre empresas e direitos humanos.

No Brasil, embora não se tenha um PNA, há iniciativas sobre o tema, como a Portaria nº 289 do Ministério de Direitos Humanos, de 10 de agosto de 2018, que cria o Comitê Empresas e Direitos Humanos, também chamado de CEDH, responsável pelo recebimento de demandas de vários atores envolvidos nessa relação, como a sociedade civil, centros de pesquisa, órgãos de controle, Ministério Público, Defensoria Pública e Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos; além de monitorar as ações das empresas no que refere-se aos direitos humanos e estimular medidas estratégicas. E, mais recentemente, tem-se o Decreto nº 9571, de 21 de novembro de 18, o qual é definido como o marco para a criação de um recurso normativo, que dispõe sobre os limites referentes à atuação das empresas transnacionais em um

âmbito interno, incorporando elementos dos Princípios Orientadores, para a adequação das empresas aos ditames inerentes aos conceitos de prevenção, proteção e remediação dos impactos e das violações de direitos humanos, que ocorrem em decorrência da instalação e atuação das empresas transnacionais.

Para além das conjunturas internas, o período da pesquisa também foi marcado pelos debates em âmbito internacional acerca do tratado vinculante, que culmina com a discussão sobre o *Draft Zero* (2018) e *Revised Draft* (2019) e a insistente influência dos Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos em tais documentos.

Os contextos acima elencados conclamam ao debate não somente os atores diretamente envolvidos, como empresas, atingidos, instituições governamentais, mas também a academia, com a finalidade de discutir os pressupostos de tais iniciativas e apontando caminhos, a partir dos estudos científicos, para responsabilização das empresas, razão pela qual a segunda etapa da pesquisa dessa rede internacional, não se caracterizou por uma mera devolutiva de resultados de pesquisa, mas da análise dos desdobramentos das políticas internas adotados pelos Estados, dos quais fazem parte as Universidades do Consórcio Latino-Americano de Pós-Graduação em Direitos Humanos.

Tais análises encontram-se nos capítulos da presente obra, onde tem-se uma avaliação do segundo momento que a Colômbia atravessa sobre o tema no capítulo de Julián Tole, da Universidade de Externado, Colômbia, em que demonstra as lições não aprendidas no primeiro PNA. Da mesma forma, José Aylwin, Marcel Didier e Felipe Guerra (Universidade Austral do Chile) apresentam a ausência de transparência e participação dos principais atores afetados pelo impacto negativo das ativi-

dades empresariais no Chile, como por exemplo os povos indígenas. Ademais, ao mesmo tempo que analisam o processo de construção e a atual fase de execução do seu PNA, concluem que o país está imerso em desigualdades econômicas e sociais, demonstradas no diagnóstico que precedeu seu PNA em 2017 e que se confirmam nas manifestações sociais de 2019.

Com o capítulo de Bruce Barnaby Rubio e Claudia Lovón (Pontificia Universidade Católica do Peru) é possível ter um panorama de como o Peru pode se transformar no terceiro país da América Latina a aprovar um Plano Nacional de Ação. Realidade essa muito distinta da brasileira, como se confirma no capítulo redigido pelo grupo de pesquisa da Clínica de Direitos Humanos da Amazônia (Universidade Federal do Pará): Igor Davi da Silva Boaventura, Aimée Gabriella Teixeira Martins e Helil César Aguiar Bahia, sob minha coordenação. O presente capítulo analisa as medidas normativas mais recentes no Brasil sobre o tema de empresas e direitos humanos, com enfoque no Decreto nº 9.571/2018.

Sobre o aludido Decreto brasileiro, Ana Maria D'Ávila Lopes, Mara Livia Moreira Damasceno e Lucas Vieira Barjud Marques (Universidade de Fortaleza) também se debruçam propondo uma interpretação do Decreto nº 9.571/2018 não somente conforme os Princípios Orientadores, mas também a partir do exitoso Procedimento de Solução Amistosa (PSA), aplicado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), a fim de colocar a disposição de atingidas e atingidos eficiente mecanismo extrajudicial de resolução de conflito.

Por fim, tem-se o capítulo redigido por José Irivaldo A. O. Silva, Belinda da Cunha Pereira e Talden Farias da Universidade Federal da Paraíba, em que discutem uma política de regulação

para águas transfronteiriças e sua importância para o debate das atividades das corporações e a inclusão desse tema em planos nacionais de ação.

Com a presente obra coletiva, finaliza-se mais uma etapa das atividades de pesquisa e formação promovida pelo Consórcio Latino-Americano de Pós-Graduação em Direitos Humanos.

Cristina Terezo

Universidade Federal do Pará

Colombia y sus planes de acción sobre derechos humanos y empresas: lecciones para América Latina

Julián Tole Martínez¹

Resumen: Las guerras del siglo xx marcaron de manera contundente la importancia de reforzar las garantías internacionales de los Derechos Humanos. Así nace la necesidad imperativa de una regulación mediante instrumentos, organismos y mecanismos internacionales que buscan evitar cualquier vulneración de estos derechos. Casi al mismo tiempo, el fenómeno de la globalización económica se consolida y, con ello, se hace más clara la necesidad de contar con el sector privado; muy particularmente, comprometer a la empresa para lograr esta finalidad de protección de los Derechos Humanos. El contexto del conflicto y/o posconflicto colombiano no escapa a esta necesidad. Precisamente, el presente estudio se centra en analizar una nueva

¹ Investigador Senior del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Doctor y máster en Derecho internacional de la Universidad de Barcelona (España). Máster en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia en asocio con las Universidades de Bolonia, Carlos iii y Salamanca. Especialista en Comercio Exterior de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Director del grupo de investigación Empresas y Derechos Humanos, y miembro del Consorcio de Universidades Latinoamericanas con posgrados en Derechos Humanos. Correo electrónico: <jose.tole@uexternado.edu.co>.

forma de protección de estos Derechos en entornos empresariales globalizados: el Plan Nacional de Acción sobre Derechos Humanos y Empresa, que permite al Estado colombiano, como primer país no europeo, desde el 2015 implementar políticas públicas, como una forma de construcción de diálogo entre el sector empresarial y los Derechos Humanos, que se erige sobre los Principios Rectores de ONU. Empero, ser el primer país no europeo en implementar este plan no garantiza per se alcanzar todos los resultados esperados o estar libre de críticas.

Palabras clave: Plan Nacional de Acción, Empresa, Derechos Humanos, Principios Rectores ONU, Colombia.

Índice: 1. Introducción; 2. Aspectos fundamentales de la elaboración del Plan Nacional de Acción de Derechos Humanos y empresa en Colombia: Gobernanza y contenido; 3. Implementación del primer Plan Nacional de Acción de Derechos Humanos y Empresa en América Latina: Críticas, avances y retos; 3.1 Implementación del Plan: Una evaluación desde la sociedad civil y algunas organizaciones no gubernamentales; 4. A manera de conclusión; 5. Referencias.

1. Introducción

Hoy por hoy no está en discusión que los Derechos Humanos se encuentran vinculados a los fenómenos económicos; principalmente a las empresas que “[...] pueden afectar, tanto positiva como negativamente”. Así, por ejemplo, en el caso colombiano, las relaciones de las empresas y los Derechos Humanos en la historia del conflicto colombiano tienen diferentes expresiones, que, según RETTBERG y RIVAS, pueden clasificarse en: a) empresa como víctima, b) empresa como victimario, c) empresa como actor de la construcción de paz.

Una de las propuestas que busca regular esta relación, más comentadas por la academia, fue la presentada por KOFFI ANNAN, ex secretario general de las Naciones Unidas, en el Foro Económico Mundial en Davos en 1999, en oposición a la idea de Milton Friedman, quien considera que la empresa tiene un comportamiento responsable en la medida en que esta aporte a las ventajas competitivas de su actividad económica, esto es, su única responsabilidad con la sociedad es incrementar sus beneficios económicos. El Pacto Mundial de las Naciones Unidas globalizó el debate inacabado de ¿cuál es la responsabilidad que tiene la empresa en su relación con los Derechos Humanos? La respuesta nunca ha sido unánime, ni mucho menos pacífica, ya que es posible partir el análisis de la empresa como un “motor de desarrollo” que promueve estos derechos y, al mismo tiempo, se considera a la empresa como un agente que impide la protección de los Derechos Humanos o, peor aún los viola.

La preocupación del papel de la empresa en su relación con los Derechos Humanos empieza en la década de 1970, con regulaciones, en principio no vinculantes. Por su parte, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, OCDE) elaboró las Directrices para las Empresas Multinacionales en 1976 como parte de la Declaración sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales,² cuyos principios y normas debían ser integrados voluntariamente

2 Las líneas directrices de la OCDE están conformadas por diez temas base: 1. Conceptos y Principios; 2. Principios Generales; 3. Publicación de Informaciones; 4. Empleo y Relaciones Laborales; 5. Medio Ambiente; 6. Lucha contra la corrupción; 7. Intereses de los consumidores; 8. Ciencia y Tecnología; 9. Competencia; 10. Fiscalidad. De acuerdo con Smith: “[...] la presión de las empresas multinacionales con el aval de sus países de origen consiguió desplazar el debate del seno de la ONU hacia primero la OCDE, y posteriormente, la OIT”. SMITH, J. *¿Una herramienta para combatir las violaciones de los derechos ambientales y laborales?*, Seminario Internacional de Capacitación y Planificación Estratégica de ONG sobre las Líneas Directrices de la OCDE para empresas Multinacionales, Soesterberg, Holanda, Irene y Amigos de la Tierra, 2003.

en la práctica empresarial, de ahí que fueran conocidos como “códigos de buenas prácticas”. En 1977 la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) adoptó la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social, cuyo objetivo fue exhortar a las empresas a respetar la Declaración Universal de los Derechos Humanos y demás instrumentos internacionales especialmente protección de los trabajadores.³

Las iniciativas internacionales tuvieron diferentes lecturas; por ejemplo, algunos países desarrollados se opusieron a cualquier responsabilidad o vinculación jurídica de estas iniciativas normativas, en otros países, especialmente en vía de desarrollo, con ayuda de organizaciones no gubernamentales, el impacto de los medios de comunicación y los propios efectos en los Derechos Humanos exigieron a estas el cumplimiento de las obligaciones internacionales que protegen de cualquier amenaza o violación de estos derechos.

Es en este contexto que el ex Secretario General de la ONU, KOFFI ANNAN, propuso el Global Compact⁴ fundado en los derechos humanos, derechos laborales, y del medio ambiente.⁵ Adicional en el 2003 se creó un compilado de normas sobre los Derechos Humanos, responsabilidad de las transnacionales y otras empresas, para fortalecer el tema de “responsabilidad

3 Organización Internacional del Trabajo. Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de 1977. En <<http://www.ilo.org/public/english/employment/multi/download/declaration2006sp.pdf>>.

4 Anteriormente, año 1992, se propuso un borrador de código sobre la conducta de las transnacionales, que fue establecido como una guía de la ONU donde se consignó como principio que las empresas transnacionales no discriminaran por la raza, el sexo, religión, lengua, estatus social, etnia, origen, orientación política u otras opiniones; de la misma manera, las empresas transnacionales deberían seguir las políticas gubernamentales que garanticen la equidad de oportunidad y buen trato. El borrador falló en su adaptación por la industrialización y los países desarrollados.

social corporativa”, pero desafortunadamente estas normas no lograron alcanzar el consenso para conseguir el reconocimiento internacional; por el contrario, se polarizó el debate y se impidió su adopción formal en la ONU. La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas solicitara al Secretario General que designara un representante especial sobre Empresas y Derechos Humanos, y así eligió al profesor JOHN RUGGIE, quien llevó a cabo los Principios Rectores sobre Derechos Humanos y Empresas; estos son: Proteger, Respetar y Remediar. En el 2000 se diseñó un mecanismo de vigilancia de las empresas transnacionales que garantiza el respeto a los Derechos Humanos cuando sean afectados por sus actividades, con el cual se generaron medidas y compromisos.

Así, los “Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos” vienen siendo implementados en diferentes países mediante un Plan Nacional de Acción. Pese a que ni los Principios Rectores ni los Planes de Acción vinculan directamente a las empresas con la obligación jurídica de proteger los Derechos Humanos. Estos principios proponen el deber de res-

5 El Global Compact creó los siguientes principios: 1. Las empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos proclamados en el ámbito internacional; 2. Las empresas deben asegurarse de no ser cómplices en abusos a los derechos humanos; 3. Las empresas deben respetar la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva; 4. Las empresas deben eliminar todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; 5. Las empresas deben abolir de forma efectiva el trabajo infantil; 6. Las empresas deben eliminar la discriminación con respecto al empleo y la ocupación; 7. Las empresas deben apoyar los métodos preventivos con respecto a problemas ambientales; 8. Las empresas deben adoptar iniciativas para promover una mayor responsabilidad ambiental; 9. Las empresas deben fomentar el desarrollo y la difusión de tecnologías inofensivas para el medio ambiente; y 10. Las empresas deben trabajar contra la corrupción en todas sus formas, incluyendo la extorsión y el soborno. Naciones Unidas. *Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos*. Aprobadas por la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos en su 55.º período de sesiones. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2. Los principios mencionados en el Global Compact serían derivados de la Declaración de Derechos Humanos, la Declaración de los Principios y Derechos Fundamentales de la OIT, la Declaración de Medioambiente y Desarrollo de Río, y el Convenio de la ONU en contra de la Corrupción.

petar y el deber de reparar cuando por cualquiera de sus actividades económicas resulten afectados los Derechos Humanos. Bajo este enfoque se han venido implementando lentamente Planes Nacionales de Acción globales, y por lo menos la discusión de este tema en las organizaciones internacionales ya se encuentra en sus agendas, como lo subraya CANTÚ RIVERA: “En el caso del continente americano, la Organización de Estados Americanos (OEA) comenzó a considerar la temática de la responsabilidad empresarial en el ámbito de los derechos humanos en 2014, aunque el tema de los Planes de Acción Nacional no fue parte de la agenda formalmente sino hasta 2016”.

Estos principios que incorporan la obligación del Estado de proteger, el deber de las empresas de respetar, y la garantía de remedio judicial y no judicial en caso de producirse vulneraciones de los Derechos Humanos, fueron adoptados por países europeos a partir del 2013.⁶ A su turno, de los países del continente americano, tan solo Colombia en 2015, Estados Unidos en 2016 y Chile en 2017 han implementado estos principios mediante el Plan Nacional de Acción. No obstante el limitado número de países que ya tienen este Plan, en la actualidad muchos de los miembros de la ONU están en proceso de creación e implementación de este instrumento, entre ellos, los países latinoamericanos.⁷

6 En el caso de los países de la Unión Europea estos planes sobre Derechos Humanos y empresas se orientan a cumplir normativa comunitaria, concretamente: (1) el Plan de Acción de la Unión Europea para los Derechos Humanos y la democracia, aprobado por el Consejo de 25 de junio de 2012, cuya medida 25 c) solicitaba a todos los Estados miembros que elaboraran los mencionados planes antes de fin de 2013, y (2) la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: “Estrategia renovada de la Unión Europea (UE) para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas”.

7 Así lo señala la Oficina del Alto Comisionado de la ONU, concretamente el Grupo de Trabajo de la ONU: “[...] alienta encarecidamente a todos los Estados a desarrollar, promulgar y actualizar un Plan Nacional de Acción sobre empresas y Derechos Humanos como parte de la responsabilidad del Estado de difundir y aplicar los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos”. OHCHR, State national action plans on Business and Human Rights. Disponible en <<https://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx>>.

Dado que diferentes países han adaptado su regulación y sus políticas públicas a los Principios Rectores, con el propósito de dar mayores garantías a los Derechos Humanos. El mayor mérito que Colombia sea el primer país no europeo que haya diseñado e implementado el Plan Nacional de Acción se encuentra en que estos ocurrieron en medio de un proceso de paz y del proceso de adhesión a la OCDE, circunstancias influyeron en el contenido y en la estructura institucional o gobernanza del propio Plan.

2. Aspectos fundamentales de la elaboración del Plan Nacional de Acción de Derechos Humanos y empresa en Colombia: Gobernanza y contenido⁸

Antes de la aprobación de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, la agenda sobre este tema era muy limitada en Colombia, pues tenía un enfoque que se fundaba exclusivamente en *responsabilidad social empresarial*, con una dimensión de garantía de los Derechos Humanos definida para las instituciones estatales competentes de la supervisión de los proyectos extractivos, infraestructura, agroindustriales, etc.

En Colombia, el estudio de los Derechos Humanos en el ámbito de las actividades económicas realizadas por las empresas se basaba en discusiones sobre participación directa o indirecta de las empresas en el conflicto armado y, un poco menos frecuentes, en análisis sobre las violaciones de los derechos civiles y políticos en el marco de la justicia penal.

En 2003 se creó el Comité Minero Energético de Seguridad y Derechos Humanos (CME),⁹ que en sus inicios no tuvo en cuenta

8 Nota del autor: agradezco los valiosos aportes de los estudiantes de la línea de investigación Derechos Humanos y Empresas del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia, principalmente a Daniela Pinzón Perdomo.

9 Para más información sobre el Comité Minero Energético de Seguridad y Derechos Humanos (CME), véase: <<http://cmecolombia.co/historia-del-cme>>.

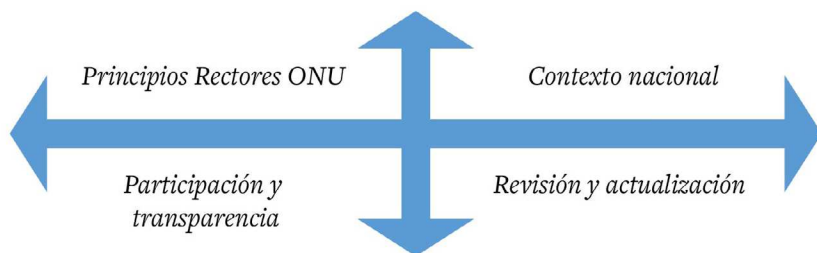
la participación de la sociedad civil. Posteriormente se inició la construcción de las denominadas Guías Colombia en Derechos Humanos y DIH, dirigidas al sector no extractivo, con un enfoque de responsabilidad social empresarial en el conflicto armado. Estas iniciativas centraron su atención en seguridad, mecanismos de quejas y reclamos, comunidades, transparencia, temas ambientales, fortalecimiento institucional y temas laborales.

A partir del 2013, se registraron dos hitos para la implementación de los “Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos” de la ONU: el primero, que Colombia presentó la solicitud de adhesión como miembro de la OCDE,¹⁰ y el segundo, la aceleración de las negociaciones del proceso de paz.¹¹ Hitos que permitieron impulsar una política pública, liderada el Comité Directivo de la Oficina de Asesoría Presidencial, quien guio el proceso de redacción del primer borrador del Plan Nacional de Acción.

Vale la pena señalar que este Plan fue el primer instrumento de política pública de un país no europeo, que pretendía construirse sobre cuatro fundamentos.

¹⁰ El 30 de mayo de 2013 se hizo el anuncio sobre la resolución tomada por los ministros representantes de los 34 países miembros de la OCDE, quienes invitaron a Colombia a iniciar un proceso formal de adhesión. Cancillería de Colombia, *Aceptación de la candidatura de Colombia para ingresar a la OCDE, un logro del liderazgo del presidente Santos y de la canciller Holguín*, disponible en: <<http://www.cancilleria.gov.co/newsroom/news/acceptacion-la-candidatura-colombia-ingresar-la-ocde-logro-del-liderazgo-del-presidente>>.

¹¹ En el diseño del Plan Nacional Acción jugó un papel importante la Mesa Técnica liderada por la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos y conformada por la Defensoría del Pueblo, la Fundación Ideas para la Paz, como representante de la sociedad civil y secretaria técnica de las iniciativas multiactor Guías Colombia y Compromiso Ético Suizo, la secretaria técnica del Comité Minero Energético, la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos.



El proceso de elaboración se desarrolló entre los años 2014 y 2015, pues la preparación y discusión del Plan Nacional de Acción de Empresas y Derechos Humanos incluyó la participación de distintos actores que conformaron la llamada “gobernanza”, concretamente:

- La entidad gubernamental encargada de supervisar y dirigir la redacción del Plan, es decir, la Consejería de Presidencia para los Derechos Humanos;
- Diferentes entidades del Gobierno que participaron en el proceso a través de una Mesa Técnica de Trabajo Intergubernamental;¹² y
- Varios actores no gubernamentales nacionales e internacionales que contribuyeron en el proceso por medio de un Comité Directivo.

El Plan 2015-2018 priorizó cuatro sectores económicos claves en la relación Empresas y Derechos Humanos en este país: minería, energía, infraestructura vial y agroindustria, que im-

¹² En el diseño del Plan Nacional Acción jugó un papel importante la Mesa Técnica liderada por la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos y conformada por la Defensoría del Pueblo, la Fundación Ideas para la Paz, como representante de la sociedad civil y secretaria técnica de las iniciativas multiactor Guías Colombia y Compromiso Ético Suizo, la secretaria técnica del Comité Minero Energético, la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

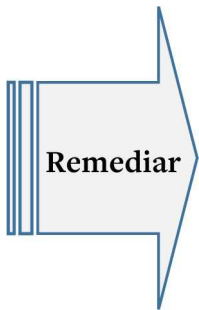
plementan mediante once líneas de acción los Principios Rectores de la ONU de la siguiente manera:



A) El Estado colombiano tiene la obligación de proteger los Derechos Humanos de posibles impactos de terceros, incluidas las empresas; para lograr esto se fijaron como lineamientos: 1) Coordinación interinstitucional; 2) El Estado como actor económico; 3) Participación efectiva de la sociedad civil; 4) Orientación del Estado para el respeto a los Derechos Humanos en la actividad empresarial; y 5) Debida diligencia en Derechos Humanos.



B) Las empresas que operan en Colombia tienen la responsabilidad de respetar los Derechos Humanos, como norma de conducta aplicable y exigible para toda empresa sin importar su tamaño, origen o sector económico; por ello, se establecieron como lineamientos: 6) Cultura de Derechos Humanos y construcción de paz en el sector empresarial; 7) Debida diligencia en el sector empresarial; 8) Respeto a los Derechos Humanos como ventaja competitiva; y 9) Responsabilidad social empresarial y respeto a los Derechos Humanos.



C) Es necesario actuar de forma proactiva respecto a los riesgos e impactos que sufren las personas por causa de las actividades empresariales, y facilitar el acceso a remedio, que se concretó en los lineamientos: 10) Fortalecer mecanismos judiciales y administrativos de acceso a remediación; 11) Fortalecer mecanismos no judiciales de acceso a remediación.

Bajo esta estructura de políticas públicas, el Plan propuso como enfoques para sus lineamientos los siguientes:

1. Enfoque basado en Derechos Humanos: Los Derechos Humanos se encuentra determinado por los instrumentos internacionales universales y regionales, es decir, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y dos protocolos facultativos; así como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, incluyendo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que recoge los Principios y Derechos Fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).
2. Coherencia con otras normas y estándares internacionales: Este plan tiene en cuenta los principales estándares o buenas prácticas internacionales en materia de Derechos Humanos.
3. Enfoque diferencial: hace referencia a la implementación de acciones del Plan basada en el respeto por las minorías vulneradas por prejuicios, prácticas discriminatorias y estigmatizaciones que limitan el ejercicio de los derechos humanos de los grupos étnicos, mujeres, niños y niñas, adolescentes, población LGTBI, personas con discapacidad, movimientos sindicales y otros grupos minoritarios.
4. Enfoque con énfasis territorial: el Plan Nacional de Acción tiene en cuenta las características sociohistóricas, culturales, ambientales y productivas de los territorios y sus habitantes a escala regional, departamental y municipal. Precisamente por ello, existe un especial interés en que las empresas que operan en zonas históricamente afectadas por el conflicto armado sean principalmente cuidadosas en la gestión de los riesgos de sus actividades económicas.
5. Priorización sectorial: en la implementación del plan prevalecen las situaciones de alteración del orden público; los sectores minero energético, de agroindustria y de infraestructura vial deben ser abordados con prioridad, debido a que generan

mayor conflictividad social por sus impactos en Derechos Humanos y el medio ambiente.

6. Enfoque del posconflicto y la construcción de paz: el escenario de posconflicto puede conllevar un aumento de las conflictividades sociales relacionadas con la actividad empresarial; empero, las acciones contempladas en el plan no dependerían de la firma de uno o más acuerdos de paz, ya que se parte del presupuesto que la protección y garantía de los Derechos Humanos se debe dar en todo tiempo y lugar.
7. Coordinación y articulación: Este marco contempla un papel más activo por parte de las empresas en las transformaciones positivas que requiere el país, apostando por la debida diligencia y con un enfoque que mantenga la llamada “acción sin daño”.¹³ Se destacan las estrategias y programas dirigidos a la promoción de reconciliación de la sociedad colombiana, que requiere un apoyo decidido en los ejercicios de memoria histórica; además de una mayor participación de las empresas en la inserción laboral y productiva de las víctimas del conflicto y las personas en proceso de reinserción.
8. Liderazgo compartido de la implementación: se debe implementar el plan por entidades tanto nacionales como territoriales, con el mayor compromiso de todos los servidores públicos. Por tal motivo, el Gobierno nacional se obliga a fortalecer las capacidades de las entidades locales para la aplicación del plan, y al mismo tiempo las instituciones nacionales deberán asistir a los territorios para su ejecución conjunta. Esta articulación prioriza el proceso de empresas y paz en el ámbito local, teniendo en cuenta los avances existentes hacia la finalización del conflicto armado.

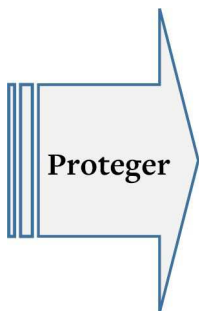
¹³ Consejería Presidencial para los Derechos Humanos. Este miércoles, quedó instalada la comisión asesora del Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos y Empresa, 29 de marzo de 2017, disponible en <<http://www.derechoshumanos.gov.co/Prensa/2017/Paginas/paula-gaviria-comision-asesora-derechos-humanos-empresa-balance.aspx>>.

Según la información de la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos en la evaluación del primer año del Plan (2015-2016) se verificó una ejecución del 59 % de las 86 líneas de acción que contiene este instrumento de política pública.¹⁴ En el segundo informe de seguimiento del Plan (2017-2018), la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos señaló: “[...] podemos confirmar que, de las 86 acciones de este Plan, el Gobierno ha avanzado en la implementación de 74, lo que corresponde al 86%”.¹⁵ Hasta la fecha no existe una evaluación final del seguimiento de la implementación de líneas de acción del anterior gobierno del ex presidente JUAN MANUEL SANTOS, lo que ha generado diferentes opiniones y críticas, de ahí la necesidad de analizar los informes oficiales del estado junto con la valoración de la sociedad civil.

El nuevo Plan Nacional de Acción en Empresas y Derechos Humanos 2019 y 2022 que se encuentra en construcción, por parte del gobierno del presidente Iván Duque Márquez, no parece incorporar grandes cambios, ni mucho menos aprender de los errores del primer Plan, ya que cuenta con cinco líneas de acción para implementar el primer Principio Rector de la ONU, como obligación del Estado:

14 Consejería Presidencial para los Derechos Humanos. Este miércoles, quedó instalada la comisión asesora del Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos y Empresa, 29 de marzo de 2017, disponible en <<http://www.derechoshumanos.gov.co/Prensa/2017/Paginas/paula-gaviria-comision-asesora-derechos-humanos-empresa-balance.aspx>>.

15 Consejería Presidencial para los Derechos Humanos. Segundo informe de seguimiento del Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos y Empresa 2017-2018, disponible en <<https://globalnaps.org/wp-content/uploads/2018/08/colombia-annual-report-on-nap-implementation-2017-18-espaol.pdf>>.



1. Coherencia y eficiencia de las Políticas Públicas Nacionales y Locales: Busca articular políticas públicas para la correcta implementación del Plan, para superar las visiones fragmentadas de estas políticas de empresa y derechos humanos con ayuda de entidades territoriales, nacionales e internacionales.
2. El Estado como actor económico: Como cualquier actor económico debe identificar riesgos y determinar medidas necesarias para que estos riesgos no ocurran, por ello, la premisa es: “liderar con ejemplo”, el gobierno debe implementar estrategias en empresas de su propiedad.
3. Orientación del Estado para promover la inclusión social y no discriminación: Promoción de acciones encaminadas a garantizar los principios de igualdad, asimismo, respetar y proteger los enfoques diferenciales, o características especiales de las personas en sus respectivos territorios.
4. Difusión, promoción y capacitación del PNA y de los estándares en empresas y derechos humanos: Asegurar conocimiento global y apropiación del Plan para su correcta aplicación.

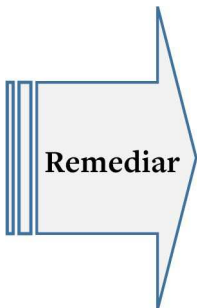
5. Diálogo social y participación efectiva de la sociedad civil: Busca la intervención ciudadana, así, asegurando diferentes intereses en políticas públicas, especialmente de los más vulnerables, de ahí, la importancia de diálogos multiactor.

Respecto al segundo Principio Rector de la ONU, el nuevo Plan señala únicamente que:



6. Las empresas deben contar con un 6. proceso de debida diligencia en derecho humanos que cumpla con: a. Evaluación de riesgos e impactos; b. Medidas frente a dichos impactos; c. Seguimiento a esas medidas; y d. Transparencia en la rendición de cuentas.

Como último principio, el Plan del presidente Duque prevé dos líneas de acción con el objetivo promover garantías para el acceso efectivo y diferencial a mecanismos idóneos de reparación para todos los afectados en el marco de actividades empresariales en Colombia, así:



7. Fortalecimiento de procesos y mecanismos estatales (judiciales y no-judiciales) para asegurar acceso a reparación: Identificar y contrarrestar los obstáculos legales y prácticos en el acceso, atención, sanción y garantías de no repetición de los abusos a los derechos humanos en el marco de actividades empresariales en Colombia.

8. Procesos de acceso efectivo a los mecanismos de reparación de nivel operacional: Crear canales específicos para que las personas puedan manifestar a las empresas los impactos que están sufriendo como consecuencia de sus operaciones.

A simple vista, el cambio más significativo se encuentra en que las empresas que operan en Colombia solamente tienen la responsabilidad de respetar los Derechos Humanos como una lógica minimalista de debida diligencia, replicando las deficiencias del Plan 2015-2018, con una omisión significativa no cuenta con un eje respecto del posconflicto, o construcción de paz, lo cual resultaría un gran problema de desconocimiento del gobierno del presidente DUQUE, que excluye una realidad colombiana de los derechos humanos: La implementación de los acuerdos Paz y la necesidad de especial atención a los territorios afectados por el conflicto.

3. Implementación del primer Plan Nacional de Acción de Derechos Humanos y Empresa en América Latina: Críticas, avances y retos

El seguimiento e implementación tanto del primer como el segundo Plan Nacional de Acción colombiano ha sido *multiactor* o *multistakeholder*, esto es, la elaboración y revisión del cumplimiento de cada uno de las líneas de acción descritas en la Lista de Verificación del Plan se realizó por diferentes instituciones no gubernamentales, quienes llevaron a cabo una amplia investigación documental, así como consultas directas con las organizaciones y actores sociales involucradas en el desarrollo del Plan en el contexto nacional. Al mismo tiempo, el Plan se

revisó por el propio Gobierno con sus informes del 2017 y 2018. Obviamente, el diseño del nuevo Plan, así como los resultados de la implementación del primer Plan tiene diferentes avances, críticas y retos que dependen de cada uno de los sectores que se encuentran vinculados a este instrumento de política pública.

3.1 Implementación del Plan: Una evaluación desde la sociedad civil y algunas organizaciones no gubernamentales

Una realidad del Plan Nacional de Acción es que *ser el primer país no europeo en tener un Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos y Empresa, no significa tener el mejor instrumento de política pública*, y de no resolverse las debilidades con el nuevo Plan del gobierno del presidente DUQUE podría verse comprometida la efectividad y la legitimidad del Plan a largo plazo.

Desafortunadamente, los errores del primer Plan en el propio diseño de la política pública parece repetirse en el nuevo Plan, pues carecen de una serie de aspectos estructurales básicos, como: ausencia de una línea base nacional cuyo objetivo principal es facilitar el seguimiento y evaluación de la gestión pública; precariedad en los diagnósticos previos de impacto de la actividad empresarial en los Derechos Humanos para establecer los sectores económicos a priorizar; vacíos en identificación de brechas en la legislación y las políticas públicas sobre Derechos Humanos y empresas; deficiencias en el proceso de elaboración *multiactoral* (falla en consultas públicas, en transparencia, en participación de víctimas); entre otras. Para ilustrar estas debilidades de los Planes, veamos algunas de ellas:

1. Mecanismos de “participación efectiva” de la sociedad civil: Tanto el primer Plan como el nuevo carecen de consultas previa, de ahí que estos instrumentos de política pública se encuen-

tran limitados cualitativa y cuantitativamente,¹⁶ pese a que los Planes fueron alimentados por talleres territoriales¹⁷ y encuentros intersectoriales que tuvieron por objetivo socializar el marco internacional de empresas y Derechos Humanos, así como recoger los aportes de quienes asistieron a tales eventos. Este ejercicio fue una simple *socialización*; se requiere la construcción en conjunto del instrumento de política pública.

2. Para determinar los objetivos y las líneas de acción de cada Plan es necesario establecer: quiénes, que mecanismos, y cuándo se deben asumir tales políticas. También resulta cuestionable la escasa inclusión de sectores o minorías de la sociedad desprotegidas y en riesgo; una participación efectiva e integral exige que sean incluidas comunidades indígenas, comunidades afrodescendientes, campesinos, desplazados por el conflicto interno y otras comunidades afectadas.¹⁸ En tal contexto, existen vacíos respecto de actividades empresariales en los territorios

16 En su construcción, según la organización no gubernamental Tierra Digna, el Plan Nacional de Acción tuvo deficiencias metodológicas, pues fue restringida la participación de la sociedad civil y, en particular, de las comunidades afectadas. Véase Tierra Digna. Perlas del Plan Nacional de Acción de Empresas y Derechos Humanos, disponible en <<http://tierradigna.org/2016/03/09/las-7-perlas-del-plan-nacional-de-accion-de-empresas-y-derechos-humanos>> De acuerdo a la información de la Consejería de Presidencia para los Derechos Humanos se realizaron.

17 Centro de Estudios de Derecho (DeJusticia), European Coalition for Corporate Justice (ECCJ), en sus evaluaciones de los planes de acción nacionales existentes sobre empresas y Derechos Humanos, hace un análisis del caso colombiano. Disponible en <<https://cdn.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/08/NAP-Assessment-Aug-2017-FINAL.pdf>> Según el nuevo Consejero FRANCISCO B ARBOSA, con el objetivo de construir un documento base para la deliberación, la ruta y la metodología para la construcción participativa del Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos se realizaron 15 encuentros territoriales: Amazonía (realizado en Bogotá), Cauca, Nariño, Antioquia, Cesar, Norte de Santander, Arauca, Córdoba, Putumayo, Boyacá, Eje Cafetero, Santander, Caquetá, Magdalena, Sucre. El documento puede ser consultado en el siguiente link <http://www.derechoshumanos.gov.co/Prensa/2018/Documents/Documento%20Balance%20Fase%20de%20Alistamiento.pdf>.

18 The International Corporate Accountability Roundtable (ICAR), European Coalition for Corporate Justice (ECCJ) y el Centro para el Estudio de la Ley, la Justicia y la Sociedad (Dejusticia). Evaluación de los Planes Nacionales de Acción (PNA) sobre Empresas y Derechos Humanos-2017, Informe de evaluación de los Planes Nacionales de Acción, agosto 22 de 2017; disponible en <<https://www.dejusticia.org/publication/dejusticia-el-icar-y-el-eccj-actualizan-evaluacion-del-plan-nacional-de-accion-de-negocios-y-ddhh-de-colombia-2>>.

de estas comunidades, muy especialmente se desconoce el impacto de estas actividades en el marco del conflicto armado.

3. Precariedad del enfoque territorial: se desconocen las condiciones propias de cada territorio en cuanto a su grado de vulnerabilidad poblacional y ambiental; cualquier intervención no atenderá a las necesidades de estos contextos socio-geográficos. Esta situación se agrava con la falta de diagnósticos previos a la implementación del plan.¹⁹ Son consecuencias negativas la falta de participación de todos los territorios, en especial aquellos donde hay presencia de empresas cuya operación tiene un alto impacto en los Derechos Humanos y en la aplicación de los Acuerdos de Paz.
4. Mecanismos de implementación del Plan: Además de las políticas públicas, es imperativo mejorar la comunicación entre los diferentes actores: instituciones del Estado, empresas y población civil. Para ello, se debe mejorar, la ausencia de espacios confiables para el diálogo que permitan atender la vulneración de derechos; la ausencia de mecanismos de resolución de conflictos; espacios confusos de roles y responsabilidades de empresas y Estado; mecanismos de quejas y reclamos insuficientes para el acceso a remedio; y la percepción por parte de las comunidades de acciones coordinadas entre el Estado y las empresas.²⁰

19 Tierra Digna. Perlas del Plan Nacional de Acción de Empresas y Derechos Humanos..., cit.

20 El documento recoge diversas opiniones de los participantes. Esto significa que incluye informaciones y propuestas con visiones distintas e incluso contrarias sobre los problemas, o sobre las soluciones a estos, de manera que recoge esta riqueza para que sirva de insumo a un trabajo posterior. No se requería acuerdo o consenso a los participantes. El proyecto asumió las prioridades de los actores de cada zona geográfica, identificadas en el taller de mayo 2016, y se constituyeron así 5 grupos temáticos para sus debates en las sesiones de los talleres posteriores. Sustentia Innovación Social. Retos nacionales y territoriales para la implementación del Plan Nacional de Acción de Derechos Humanos y Empresa, Documento de Análisis Transversal de Conclusiones del proyecto Capacitación y Diálogo regional sobre Empresas y Derechos Humanos en Colombia - Plan Nacional de Acción, disponible en <<http://www.sustentia.com/wp-content/uploads/2018/02/Conclusiones-de-Proyecto-Retos-territoriales-implementaci%C3%B3n-PNA-17072017.pdf>>.

5. Mecanismos de reparación o remediación: los mecanismos utilizados para remediar integralmente a las víctimas de violaciones por la presencia de actividades empresariales deben ser de carácter *efectivo* y *reparador*, son cuestionados por su idoneidad, ya que se evidencia en Colombia que los mecanismos judiciales y no judiciales de acceso a la justicia en muchos casos son espacios de “cooptación y corrupción”, que parten de una errada idea de que los Derechos Humanos son negociables. El nuevo Plan propone mecanismos específicos para que las personas puedan manifestar directamente a las empresas los impactos que están sufriendo como consecuencia de sus operaciones, la mayor preocupación de estas “oficinas de quejas” se encuentra en evitar una re-victimación, o dicho de otro forma, que la empresa no garantice la efectividad de la remediación ni se logre reparar los daños generados.

Sin contar con una evaluación final del primer Plan, tan solo se puede concluir a partir del segundo Informe de seguimiento del Plan Nacional de Acción de Derechos Humanos y Empresas 2017-2018 que, según la consultora Sustentia Innovación Social,²¹ se presentaron los siguientes retos:

- Fortalecimiento de la capacidad institucional para proteger los Derechos Humanos: se evidencia una débil apropiación de este Plan por parte de diferentes instituciones, tanto nacionales como territoriales.

21 El documento recoge diversas opiniones que se manifestaron por parte de los participantes. Esto significa que incluye informaciones y propuestas con visiones distintas e incluso contrarias sobre los problemas, o sobre las soluciones a los mismos recogiendo esta riqueza para que sirva de insumo a un trabajo posterior. No se requería acuerdo o consenso a los participantes. El proyecto asumió las prioridades de los actores de cada zona geográfica, identificadas en el taller de mayo 2016, y se constituyó así 5 grupos temáticos para sus debates en las sesiones de los Talleres posteriores. Sustentia Innovación Social. Retos nacionales y territoriales para la implementación del Plan Nacional de Acción de Derechos Humanos y Empresa, Documento de Análisis Transversal de Conclusiones del proyecto Capacitación y Diálogo regional sobre Empresas y Derechos Humanos en Colombia - Plan Nacional de Acción, disponible en <<http://www.sustentia.com/wp-content/uploads/2018/02/Conclusiones-de-Proyecto-Retos-territoriales-implementaci%C3%B3n-PNA-17072017.pdf>>.

- Fortalecimiento de las garantías para la participación de la sociedad civil en la implementación y seguimiento al Plan: algunas organizaciones no gubernamentales no hicieron parte de la Comisión Asesora aduciendo falta de garantías para la participación efectiva.
- Participación de cada uno de los sectores económicos en la implementación del Plan debe ser una prioridad: resulta indispensable que los sectores económicos participen en esta política, para comprender las dinámicas sectoriales y territoriales.
- Fortalecimiento del acceso en condiciones de igualdad a los mecanismos judiciales y no judiciales de reparación: se requiere un mayor esfuerzo del sector justicia por fomentar los conocimientos y su acceso, en las principales problemáticas asociadas a las empresas y los Derechos Humanos.
- Ausencia de un mecanismo detallado de evaluación y seguimiento basado en indicadores: el desarrollo de este mecanismo no fue posible ya que la elaboración del Plan identificó y contrastó los riesgos de Derechos Humanos frente a los criterios normativos para su protección en Colombia.²²

4. A manera de conclusión

Una vez presentadas las diferentes visiones sobre la implementación del Plan Nacional de Acción es posible concluir que ser el primer país no europeo en presentar un instrumento de políticas públicas para proteger, respetar y remediar los Derechos Humanos no significa que Colombia encontró la solución *definitiva* a los problemas de estos derechos en sus relaciones

²² La línea base es un conjunto de indicadores estratégicos seleccionados que permiten hacer seguimiento, evaluación y rendición de cuentas a políticas públicas, planes, programas y proyectos. Su característica principal es que permite comparar los logros o avances que se hayan hecho respecto a un año de referencia. Consejería Presidencial de Derechos Humanos. *Segundo informe de seguimiento del Plan Nacional de Acción de Derechos Humanos y empresas, 2017-2018*, disponible en <<http://www.derechoshumanos.gov.co/observatorio/publicaciones/Documents/2018/Informe%20seguimiento%20PNA%20E%20Y%20DDHH%202018.pdf>>.

con las empresas que operan en el territorio colombiano, pues el Plan como un instrumento de política pública tan solo representa un punto de partida que permite el diálogo entre los titulares de los derechos afectados, la acción del Estado colombiano y las actividades empresariales. Sin duda, el primer Plan debe ser entendido como una vía complementaria a otros mecanismos como el *proyecto de Tratado Vinculante* de la Naciones Unidas, los *Códigos de buenas prácticas* de la OCDE y la OIT, e incluso la responsabilidad social empresarial.

Ahora bien, el mayor reto no se encuentra en los escasos resultados del primer Plan que hasta hoy parece imposible concretarlos en una línea base, indicadores y evaluaciones de gestión de las políticas públicas. El gran reto se encuentra en cómo se diseñó el nuevo Plan por el gobierno del presidente DUQUE: se aprendió de los errores; se mejoró el instrumento como un puente que contribuye a cerrar brecha entre los procesos económicos transnacionales, y la regulación de los deberes y las responsabilidades de las empresas; el Estado logró adecuar las políticas públicas al contexto colombiano de los acuerdos de paz; o el Plan es un instrumento decorativo que se deslegitima ante los complejos problemas de derechos humanos del país.

Ante estos y otros cuestionamientos, el gobierno del presidente DUQUE debería haber construido un Plan Nacional de Acción de Derechos Humanos y Empresas (2019-2021) sobre: a) la *participación efectiva e incidencia de las comunidades locales y de las autoridades territoriales*, muy especialmente aquellas afectadas por el conflicto colombiano; b) la *promoción y facilitación de procesos de diálogo social intercultural* con un enfoque diferenciado no solo étnico, además de género pro-víctimas; c) el *fortalecimiento de las funciones de las instituciones de vigilancia*

y control respecto de las actividades empresariales para cumplir con el Acuerdo de Paz; d) la *regulación de obligaciones directas de respeto para las empresas*, que no se limiten a la *debida diligencia*; el reto es repensar cómo hacer responsables a las empresas por sus violaciones de Derechos Humanos en el conflicto armado; y e) las *medidas que complementen los principios y mecanismos voluntarios con exigencias de derecho duro* que protejan efectivamente los Derechos Humanos, es decir, no se puede olvidar otros desarrollos prometedores a largo plazo, como la iniciativa de un tratado vinculante en el marco de la ONU.

Desde el deseo, solamente se espera que el nuevo Plan del gobierno del presidente DUQUE no sea un vaticinio del realismo mágico de GARCÍA MÁRQUEZ: la “crónica de una muerte anunciada”.

5. Referencias

ALFONSO MONROY, María Paula. *Empresas y Derechos Humanos: una responsabilidad en construcción*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2013. v. 43. n. 118.

BAYLOS, Antonio. *Un instrumento de regulación. Empresas transnacionales y acuerdos marco globales*. Cuadernos de relaciones laborales, 2009. v. 27.

BERNAZ, Nadia. *Business and human rights: History, Law and Policy-bridging the accountability gap*, Routledge, 2016.

CANTÚ RIVERA, Humberto. *Planes de acción nacional sobre empresas y derechos humanos: sobre la instrumentalización del derecho internacional en el ámbito interno*. Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017. v.17.

CLAPHAM, Andrew and JERBI, Scott. *Categories of corporate complicity in human rights abuses*. Hastings International & Comparative Law Review, 2000. v. 24.

DE SCHUTTER, Olivier. *Transnational corporations and human rights*. Bloomsbury Publishing, 2006.

ESTRADA TANCK, Dorothy. *Régimen jurídico internacional de las empresas transnacionales en la esfera de los derechos humanos*, México: Porrúa, 2005.

FARIA, José Eduardo. *El derecho en una economía globalizada*. Madrid: Trotta, 2001.

FARRELL, Norman. *Attributing criminal liability to corporate actors: some lessons from the international tribunals*. Journal of International Criminal Justice, 2010. v. 8, n. 3.

FRIEDMAN, Milton. *The social responsibility of business is to increase its profits, Corporate ethics and corporate governance*. Berlin: Springer, Heidelberg, 2007.

GOS, Tatiana. *La 'Responsabilidad de respetar' los Derechos Humanos y el establecimiento del deber de debida diligencia como una obligación legal para las Industrias Extractivas: Desafíos y Oportunidades en las Américas*. *American University International Law Review*, 2016. v. 32, n. 4.

GONZÁLEZ MUÑOZ, Carlos Andrés. *Diálogos de paz Gobierno-FARC-EP y las oportunidades para la paz en Colombia*. Estudios políticos. Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, 2015, n. 46.

GÜNTHER, Klaus. *Pluralismo jurídico y Código Universal de la Legalidad: la globalización como problema de Teoría del Derecho*. *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época, 2003. v. 4.

HANLON, Joseph. *Independent Expert Study Group on the Evaluation of the Application and Impact of Sanctions Against South Africa*. London, South Africa: the Sanctions Report-Documents and Statistics, Commonwealth Secretariat, 1990.

JERBI, Scott. *Business and Human Rights at the UN: What Might Happen Next?* *Human Rights Quarterly*, 2009. v. 31, n. 2.

JESSBERGER, Florian. *On the Origins of Individual Criminal Responsibility under International Law for Business Activity: IG Farben on Trial*. *Journal of International Criminal Justice*, 2010. v. 8, n. 3.

KAUFMANN, Johan; SCHRIJVER, Nico. *Changing Global Needs: Expanding Roles for the United Nations System*. The Academic Council on the United Nations System, Reports and Papers 1990-5.

KRAMER, Mark; PORTER, Michael. *Estrategia y sociedad: el vínculo entre ventaja competitiva y responsabilidad social corporativa*. Harvard Business Review, 2006. v. 84, n. 12.

NOLAN, Justine. Refining the Rules of the Game: The Corporate Responsibility to Respect Human Rights. Utrecht Journal of International and European Law, 2014. v. 30, n. 78.

MUJICA PETIT, Javier. *Desarrollo internacional de las obligaciones legales de las empresas respecto de los Derechos Humanos*. Revista de la Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010. v. 64.

PARIOTTI, Elena. *International soft law, human rights and non-state actors: towards the accountability of transnational corporations?* Human Rights Review, 2009. v. 10, n. 2.

RASCHE, Andreas. *A Necessary Supplement” - What the United Nations Global Compact Is and Is Not*. Business & Society, 2009. v. 48, n. 4.

RETTBERG, Angelika; RIVAS, Ángela. *El sector empresarial y la construcción de paz en Colombia: entre el optimismo y el desencanto*. Construcción de paz en Colombia, 2012.

RODMAN, Kenneth A. *Think globally, punish locally’: nonstate actors, multinational corporations, and human rights sanctions*. Ethics & International Affairs, 1998. v. 12.

RODRIGUEZ GARAVITO, Cesar. *El encuentro entre la gobernanza global y las empresas y los Derechos Humanos. Debates conceptuales y alternativas regulatoria*. Empresas y derechos humanos en el siglo XXI. La actividad corporativa bajo la lupa, entre las regulaciones internacionales y la acción de la sociedad civil,

Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), 2018.

RUGGIE, John. *Business and Human Rights: The Evolving International Agenda*. American Journal of International Law, 2007. v. 101.

SABOGAL AGUILAR, Javier. *Aproximación y cuestionamientos al concepto de responsabilidad social empresarial*. Revista Facultad de Ciencias Económicas: Investigación y Reflexión, 2008. v. 16, n. 1.

SASSEN, Saskia. *Losing control?: Sovereignty in the age of globalization*. Columbia University Press, 1996.

SULLIVAN, Rory; ROBINSON, Mary. *Business and human rights: dilemmas and solution*. Routledge, 2017.

VELA MANTILLA, Margarita María; et al. *Acción sin daño como aporte a la construcción de Paz: Propuesta para la práctica*. Universidad Nacional de Colombia, Fundación Synergia, Armonía Impresores, 2011.

WILLETTS, Peter. *Political globalization and the impact of NGOs upon transnational companies*. Companies in a world of conflict: NGOs, sanctions and corporate responsibility, 1998.

ZUBIZARRETA, Juan Hernández. *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa: de la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales*. Observatorio de las Multinacionales en América Latina y la UPV/EHU, Hegoa, 2009

El plan de acción nacional de derechos humanos y empresas en Chile: análisis crítico

José Aylwin¹

Marcel Didier²

Felipe Guerra³

Resumen: El Estado de Chile aprobó el 2017 un Plan de Acción Nacional sobre Derechos Humanos y Empresas de tres años de vigencia, siendo uno de los 21 Estados en el mundo que hasta ese momento lo habían elaborado. El presente artículo contiene antecedentes sobre el proceso de su elaboración, así como sobre la limitada participación que en este proceso cupo a la sociedad civil y los pueblos indígenas. En él se da cuenta además de los contenidos fundamentales de este Plan, así como de sus serías insuficiencias y omisiones. Ello tanto en relación con las directrices establecidas en los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de Naciones Unidas, como teniendo presente la gravedad de la afectación a los derechos humanos por empresas que existe en el país. Se analiza también

1 Abogado, Coordinador del Programa de Globalización y Derechos Humanos del Observatorio Ciudadano y profesor adjunto de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile.

2 Abogado, Equipo Jurídico del Observatorio Ciudadano.

3 Abogado, Equipo Jurídico del Observatorio Ciudadano.

la institucionalidad creada para su implementación, así como el precario nivel de cumplimiento de las medidas comprometidas en el mismo Plan. Finalmente se analiza la especial situación de impacto de las empresas en los derechos de los pueblos indígenas del país por la actividad de empresas, constatándose que dicho Plan no ha tenido efectos en su protección.

Palabras clave: Chile, Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos, implementación, empresas extractivas, pueblos indígenas.

Índice: 1. Introducción; 2. Proceso de elaboración del PAN en Chile; 3. Participación de la sociedad civil y de pueblos indígenas; 4. Contenidos del PAN; 4.1. Pilar 1, relativo al deber de los Estados de proteger los derechos humanos; 4.2 Pilar 2, relativo a la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos; 4.3 Pilar 3, sobre acceso a mecanismos de remediación; 5. Institucionalidad, seguimiento, evaluación en la implementación y grados de cumplimiento del PAN; 6. Pueblos indígenas y poblaciones tradicionales en el contexto de derechos humanos y empresas y el Plan de Acción Nacional; 7. Reflexiones Finales; 8. Referencias.

1. Introducción

Durante las últimas décadas Chile abrió su economía a los mercados globales, lo que determinó la existencia de flujos crecientes de inversión de empresas extranjeras en Chile, y de empresas chilenas tanto en el país como en el exterior. Parte significativa de dicha inversión ha estado vinculada a la explotación y procesamiento de recursos naturales, la que por sus características, genera fuertes impactos en los derechos de la población. Ello se ha dado en un contexto institucional heredado de la dic-

tadura militar, expresado en la Constitución Política de 1980 y en la legislación que la desarrolla. Se trata de un marco que privilegia la actividad económica privada, y concibe la actividad del Estado en este ámbito como subsidiaria. En materia de derechos humanos, mientras otorga una fuerte protección a los derechos de propiedad, incluyendo la propiedad sobre recursos naturales como el agua y los minerales, otorga insuficiente reconocimiento y protección a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de la población, así como desconoce a los pueblos indígenas y sus derechos.

Las complejidades de la relación entre la actividad de empresas y los derechos humanos en el país se expresan de diversas formas. Una de ellas es la de los conflictos socio-ambientales a los que, de acuerdo al Mapa de Conflictos Socioambientales elaborado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH, 2018a), sus actividades han dado lugar. De acuerdo a este mapa, a abril de 2018 existían a lo largo del país 116 conflictos socio-ambientales generados por proyectos de inversión de empresas privadas y públicas. De esos conflictos, 62 se encontraban activos, 30 latentes y 24 cerrados, y los principales sectores productivos asociados a ellos eran energía (38%), minería (28%) y saneamiento (9%).

A ello se suma la grave pérdida de confianza de la población en las empresas, en particular en relación a las empresas privadas. De acuerdo al Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2016), al 2016 la confianza de la población encuestada en las empresas privadas alcanzaba tan solo un 13%. La misma encuesta daba cuenta de que en el 75% de los casos, los encuestados percibían que las empresas tenían mucha o bastante influencia en las decisiones que tomaba el Congreso Nacional,

mientras que un 47% afirmaba que los medios de comunicación, en gran medida controlados también por empresas, tenían mucha o bastante influencia (PNUD, 2016). Relacionado con ello, y con el escándalo del financiamiento irregular de la política por grandes empresas que se hizo público en los últimos años, el mismo informe señalaba que el 45% de la población encuestada tenía la percepción de que las empresas privadas estaban involucradas en corrupción (PNUD, 2016).

Todo lo anterior determina que la protección de los derechos humanos en el contexto de la actividad de empresas adquiriera la mayor relevancia en el país. De allí que la elaboración de un Plan de Acción Nacional sobre Derechos Humanos y Empresas (en adelante “PAN”) en Chile generara importantes expectativas, al menos en organismos de derechos humanos, de sociedad civil y de pueblos indígenas, quienes vimos en esta iniciativa una posibilidad de abordar una problemática no asumida por el Estado, menos aún por el sector privado, de alta conflictividad, y por lo mismo, urgencia.

2. Proceso de elaboración del PAN en Chile

El Gobierno de la ex Presidenta Michelle Bachelet anunció el desarrollo por parte del Estado de Chile del PAN en el III Foro Anual de Derechos Humanos y Empresas de Naciones Unidas, celebrado en diciembre de 2014, en Ginebra, Suiza.

El mandato inicial para su elaboración emanó de un acuerdo del Consejo de Responsabilidad Social para el Desarrollo Sostenible del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. Dicho Consejo, sin embargo, tiene una integración público-privada, con una fuerte presencia de ministerios, entidades gremiales y empresariales, y una muy débil participación de la sociedad civil

y de los trabajadores. Como su nombre lo dice, además, no se trata de un consejo de derechos humanos, sino de responsabilidad social empresarial.

El proceso para la confección del PAN partió formalmente con un seminario nacional con participación limitada de actores sociales en abril de 2015. Su elaboración fue encomendada en mayo del mismo año al Grupo de Trabajo Interministerial coordinado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, instancia de la que fueron parte representantes de once ministerios y el Punto de Contacto de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). En dicha instancia, la participación de representantes de trabajadores, sociedad civil en general y de pueblos indígenas fue inexistente.

Uno de los insumos relevantes con que se contó para la elaboración del PAN fue el Estudio de Línea Base sobre Empresas y Derechos Humanos, elaborado por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales (Schönsteiner, Araya, Soto y Varas, 2016). Dicho estudio contenía una evaluación de la situación de los derechos humanos y las empresas en el país, y cubría las áreas de responsabilidad del Estado utilizando como marco los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos (Naciones Unidas, 2011). En él se identificaban las brechas y desafíos existentes en la normativa y práctica nacional en el cumplimiento de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos, y se efectuaban recomendaciones para superarlas.

Otra herramienta utilizada en la creación del PAN fue la Guía País de Derechos Humanos y Empresas, elaborada por el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), la que contiene un diagnóstico general de los impactos de las empresas en los derechos humanos en el país (INDH, 2017).

3. Participación de la sociedad civil y de pueblos indígenas

El proceso para la confección del PAN incluyó la realización de diálogos impulsados con el apoyo del Instituto Danés de Derechos Humanos en Santiago y otras tres ciudades del país, dos de ellas -San Pedro de Atacama y Temuco- ciudades de alta demografía indígena. Tales diálogos, en los que participaron además de empresas, algunos representantes de sindicatos, sociedad civil y pueblos indígenas, tuvieron como finalidad recoger opiniones, insumos y recomendaciones para ser incorporadas en el PAN. La perspectiva de la sociedad civil, en particular la de sindicatos y de pueblos indígenas, sin embargo, como veremos más adelante en este artículo, no quedó reflejada en PAN.

A ello se agregó una consulta electrónica en torno al PAN realizada con posterioridad a los diálogos. Si bien valorable, los medios electrónicos no son el medio más idóneo para lograr una participación de la ciudadanía y, en particular, de los sectores rurales e indígenas.

Al respecto, es preciso señalar que la elaboración del PAN no consideró una consulta con pueblos indígenas, proceso que, de conformidad al Convenio n. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales (en adelante “Convenio 169 de la OIT”), ratificado por Chile, debe ser impulsado por el Estado cada vez que se adoptan medidas legislativas o administrativas -como fue el caso- susceptibles de afectarles directamente.

Se trata de una omisión grave, teniendo presente que los pueblos indígenas, como se señala más adelante en este artículo, se encuentran entre los sectores de la población más afectados por la actividad empresarial extractiva que resulta gravitante en la economía del país.

Finalmente, el PAN, cuya duración prevista es de tres años, fue dado a conocer el día 21 de agosto de 2017, en un acto encabezado por la ex mandataria Michelle Bachelet, acto que contó con la asistencia de quien fuera Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para los Derechos Humanos y las Empresas, John Ruggie.

4. Contenidos del PAN

El PAN tiene como objetivo general “[...] fortalecer la protección de derechos humanos por parte del Estado de Chile en relación con la actuación de las empresas, entendiendo esto como la base fundamental del desarrollo sostenible” (Ministerio de Relaciones Exteriores, Gobierno de Chile, 2017, p. 32).

Junto a este objetivo general, se identifican los siguientes objetivos específicos:

- Contribuir al fortalecimiento de la coherencia de políticas públicas en materia de derechos humanos y empresas.
- Generar espacios de diálogo nacional que permitan fomentar el respeto de derechos humanos en el ámbito empresarial.
- Prevenir potenciales impactos negativos en los derechos humanos que se puedan generar en el contexto de actividades empresariales.
- Promover la debida diligencia en derechos humanos dentro de la gestión empresarial responsable.
- Fortalecer los mecanismos de reparación para los afectados, propendiendo, además, a la solución pacífica de conflictos.
- Contribuir al cumplimiento de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible” (Ministerio de Relaciones Exteriores, Gobierno de Chile, 2017, p. 32).

Para alcanzar estos objetivos, el PAN consideró un total de 158 compromisos concretos de 17 instituciones públicas y otros actores, los cuales fueron organizados de acuerdo a los tres pilares

fundamentales de los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos (en adelante “PR”).

A continuación se describen y analizan los compromisos contenidos en el PAN en base a la estructura del mismo.

4.1. Pilar 1, relativo al deber de los Estados de proteger los derechos humanos

El PAN reconoce que para cumplir con lo que denomina el “deber primario” de proteger los derechos humanos, “[...] el Estado debe generar políticas, reglamentaciones e incentivos adecuados para que las empresas no generen impactos adversos en estos derechos” (Ministerio de Relaciones Exteriores, Gobierno de Chile, 2017, p. 36).

Para esos efectos, el PAN establece una serie de compromisos que fueron estructurados en nueve ejes: i) Capacitaciones en Materia de Derechos Humanos y Empresas; ii) Diálogo; iii) Inclusión y No Discriminación; iv) Transparencia y Participación; v) Contrataciones Públicas; vi) Fortalecimiento de la Coherencia entre Políticas Públicas; vii) Fortalecimiento de la Coherencia Política Internacional; viii) Legislación, Políticas e Incentivos; y ix) Empresas Estatales.

Gran parte de estos compromisos apuntan en la dirección de generar conocimientos y sensibilidad sobre las implicancias y alcances de los PR en los órganos del Estado, en las empresas, incluyendo aquellas de carácter público, y en la sociedad civil, sobre los derechos humanos que requieren de protección en el marco de la actividad de las empresas. Ellos, sin embargo, están lejos de permitir el cumplimiento de la obligación fundamental del Estado de “proteger los derechos humanos” establecida en los PR.

En particular llama la atención la omisión del PAN en lo referido al deber de los Estados de hacer cumplir las leyes que tengan por objeto que las empresas respeten los derechos humanos, evaluar periódicamente si tales leyes resultan adecuadas y remediar sus eventuales carencias, y asegurar que otras leyes que rigen la creación y las actividades de las empresas, como el derecho mercantil, no restrinjan el respeto de los derechos humanos por las empresas, según dispone el Principio 3 de los PR.

Así, en el Eje 8 del Pilar 1 del PAN, al referirse a la legislación, las políticas y a los incentivos, se señala que “[1]os cambios legislativos son procesos de larga discusión” (Ministerio de Relaciones Exteriores, Gobierno de Chile, 2017, p. 60). A partir de este diagnóstico, se desconsidera las obligaciones del Estado en materia normativa que le son asignadas por los PR. Lo anterior es particularmente crítico teniendo presente el marco constitucional y legal vigente en Chile.

El primero, la Constitución Política de 1980, fue impuesta durante la dictadura cívico-militar de Pinochet, y no obstante sus numerosas reformas, sigue sin garantizar efectivamente los derechos humanos, en particular los derechos económicos sociales y culturales de la población. Dicho marco constitucional, junto a la legislación que lo desarrolla, ha permitido la apropiación por privados, en su mayor parte empresas, de recursos naturales de recursos comunes como el agua, los recursos del subsuelo, los recursos pesqueros, desprotegiendo a la población en general, y a las comunidades locales y pueblos indígenas el derecho al uso y goce de dichos recursos.

El PAN, si bien identifica medidas a través de las cuales el Estado vele por que las empresas domiciliadas en su territorio/jurisdicción respeten los derechos humanos en todas sus acti-

vidades, como lo señalan el Principio 2 de los PR, estas se basan en la capacitación y promoción sin establecer mecanismos de fiscalización. Ello es crítico teniendo presente que empresas domiciliadas en Chile han sido denunciadas por violaciones a los derechos humanos cometidas en el contexto de sus actividades fuera del país, lo que a llevado instancias internacionales a observar la necesidad de que el Estado chileno cumpla con sus obligaciones extraterritoriales en materia de derechos humanos (Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2015).

El PAN tampoco aborda en profundidad el nexo entre el Estado y las empresas públicas dispuesto en los mismos Principios (Principio 4), limitándose a mencionar dos empresas públicas, CODELCO y ENAP, y establecer para ellas planes pilotos y de prevención.

Además, el PAN, no aborda con suficiente profundidad el deber de garantizar la coherencia política del Estado para asegurar que los derechos humanos no se vean afectados como consecuencia de ello, en particular, en lo referido a los acuerdos comerciales que celebre, como lo dispone el Principio 9 de los PR. Se trata de una omisión grave para un país que cuenta con 26 acuerdos comerciales con 64 Estados, hoy vigentes, acuerdos en que no ha existido, como regla general, una protección a los derechos humanos (Aylwin, Gómezy Vittor, 2016).

4.2. Pilar 2, relativo a la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos

En lo que respecta a la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, el PAN señala que la diligencia debida, es “[...] un proceso continuo de gestión que una empre-

sa prudente y razonable debe llevar a cabo, a la luz de sus circunstancias para hacer frente a su responsabilidad de respetar los derechos humanos” (Ministerio del Interior, Gobierno de Chile, 2017, p. 8).

Tomando en consideración lo anterior, el Gobierno reduce sus perspectivas con las empresas en esta materia a que ellas:

“[...] cumplan y respeten la legislación existente.

- Que conozcan y se familiaricen con los instrumentos internacionales de responsabilidad social, tales como los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos, las Líneas Directrices de la OCDE y la Declaración Tripartita de la OIT.

- Que apliquen la debida diligencia en materia de derechos humanos con el fin de identificar los potenciales riesgos de impactos en derechos humanos en el contexto de sus operaciones.

- Que establezcan mecanismos operacionales de reclamación que les permitan identificar potenciales impactos y repararlos en caso de que sucedan” (Ministerio de Relaciones Exteriores, Gobierno de Chile, 2017, p. 65).

Para cumplir tales propósitos, el PAN se organiza en tres ejes, disponiendo una serie de medidas: i) Cuestiones de contexto, por medio de la generación de documentos que permitan a las empresas comprender el contexto local y los riesgos de potenciales impactos negativos en derechos humanos; ii) Fomento de la debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos; y, iii) Reportes en materia de derechos humanos.

Las medidas propuestas incorporan solo acciones y medidas por parte de organismos de la Administración del Estado, centrado fundamentalmente en la obligación estatal de proteger los derechos humanos, careciendo el texto del PAN alusión ex-

presa sobre el deber de las empresas de respetar tales derechos, quedando difuminado, entre otras materias, el aliento a la debida diligencia que estas deben tener en todas sus actividades, asunto fundamental de los PR y de especial preocupación de Naciones Unidas.⁴

A pesar del destacado desarrollo e importancia que los PR asignan a la debida diligencia (n. 17 a 21), el PAN solo plantea la elaboración de guías y estudios, mesas de trabajo e incentivos de mecanismos de reporte, encomendados solamente a los Ministerios de Relaciones Exteriores y de Economía, Fomento y Turismo. No encontramos en el PAN ninguna medida específica que dependa directamente de las empresas, ni se establecen medidas que garanticen el respeto y la protección de los derechos humanos dirigidas de forma directa al sector empresarial como responsable de ejecutarlas.

Tampoco encontramos propuestas de reformas legislativas o de creación de nuevas regulaciones que complementen el PAN que sean destinadas a robustecer el marco jurídico vigente en Chile relativo al deber de las empresas de respetar los derechos humanos en la realización de sus actividades o relaciones comerciales con otros.

Preocupa, también, la escasa adhesión del sector empresarial privado al PAN, siendo CODELCO y ENPA las únicas empresas -públicas- que han suscrito medidas concretas.

Por otro lado, en el afán del deber de respetar los derechos humanos, y en atención al PR n. 22, las empresas tienen que

⁴ Al respecto, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha sostenido que “[e]n el contexto de los Principios Rectores, la diligencia debida en materia de derechos humanos constituye un proceso continuo de gestión que una empresa prudente y razonable debe llevar a cabo, a la luz de sus circunstancias (como el sector en el que opera, el contexto en el que realiza su actividad, su tamaño y otros factores) para hacer frente a su responsabilidad de respetar los derechos humanos” (Naciones Unidas, 2012).

considerar y adoptar medidas destinadas a reparar o contribuir a su reparación, cuando producto de sus actividades hayan provocado consecuencias negativas. Sin embargo, en el PAN no encontramos mención alguna respecto al deber de las empresas de proveer o crear medios de reparación y/o remediación, y menos contempla algún tipo de medida o acción concreta al respecto.

4.3. Pilar 3, sobre acceso a mecanismos de remediación

Siendo el acceso a la justicia un asunto primordial para garantizar y hacer efectivos los derechos fundamentales, el Gobierno estima necesario garantizar que “las personas o comunidades afectadas tengan acceso a remediación a través de mecanismos efectivos de reparación judicial y no judicial” (Ministerio de Relaciones Exteriores, Gobierno de Chile, 2017, p. 76).

Este ha sido un asunto de especial importancia y con un importante desarrollo teórico, doctrinal, y jurisprudencial, plasmado en distintos instrumentos internacional de derechos humanos, y referenciado en importantes acuerdos globales, como la Agenda 2030 (en especial, ODS n. 16, relativo a la promoción del acceso igualitario a la justicia). Es más, el propio Representante Especial John Ruggie, se ha pronunciado al efecto, y ha sentenciado que:

“[s]i los Estados no adoptan las medidas necesarias para investigar, castigar y reparar las violaciones de los derechos humanos relacionadas con las empresas cuando se producen, el deber de protección de los Estados puede debilitarse e incluso carecer de sentido” (Naciones Unidas, 2011, p. 33).

Con el objeto de garantizar el acceso a mecanismos de reparación, el PAN en su Pilar 3, incorpora de forma similar el

contenido de los PR (n. 25 a 31), y los desarrolla en tres ejes específicos: i) Mecanismos estatales judiciales; ii) Mecanismos estatales no judiciales; iii) Mecanismos no estatales de reparación. Además, el PAN añade los criterios de eficacia de los mecanismos de reclamación extrajudiciales contenidos en el Principio 31 los PR.

Respecto al primer eje, -mecanismos judiciales-, el PAN señala que ellos

“deben ser accesibles, asequibles y eficaces para garantizar el acceso a la reparación. Esto requiere que se garanticen los recursos y la información necesarios y adecuados para que todas las personas y colectividades puedan exigir sus derechos ante instancias previamente creadas. El Estado debe tener la capacidad de hacer frente a las violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas, garantizando una justa y pronta reparación bajo los principios de autonomía, imparcialidad e independencia” (Ministerio de Relaciones Exteriores, Gobierno de Chile, 2017).

Sobre este tipo de mecanismo, el PAN solo encarga la elaboración de documentos y la realización de capacitaciones, -encomendadas a la Corte Suprema y el Ministerio del Medio Ambiente, respectivamente-. Así, queda muy lejos de dar por íntegro cumplimiento al contenido del PR n. 26, y de asegurar, en definitiva, el acceso a la justicia de las personas o comunidades que se vean afectadas por la actividad empresarial.

Resulta necesario destacar que en atención al ordenamiento jurídico-político chileno vigente, la vía judicial aparece y se consolida como la principal, sino la única vía posible como mecanismo de reparación. Ella recae esencialmente en los tribunales de justicia, reduciéndose además considerablemente la reparación de daños, solo al ámbito civil, siendo mínimas las excepcio-

nes de resarcimiento por la vía administrativa, como lo sería los sistemas de indemnización directa en algunos casos relativos al derecho laboral y del consumidor.

Por lo demás, Chile carece de un sistema de justicia especializada consolidada, -quizás a excepción en materia ambiental,⁵ lo que, sumado a lo ya recientemente expuesto, trae como consecuencia que sea difícil “plantear situaciones vulneratorias complejas -como ocurre en el ámbito de empresas y derechos humanos- en la justicia” (Schönsteiner, Araya, Soto, Varas, 2016, p. 177).

Respecto a los mecanismos estatales no judiciales, el PAN reconoce la necesidad de establecer este tipo de instrumentos extrajudiciales “como parte de un sistema estatal integral de reparación de las violaciones de los derechos humanos relacionadas con empresas”, destacando que para tales fines se debe “mantener un diálogo abierto con la ciudadanía, sobre todo con poblaciones en situación de riesgo en el contexto de la actividad empresarial”. (Ministerio de Relaciones Exteriores, Gobierno de Chile, 2017, p. 80).

Para tal efecto, el PAN contempla una serie de medidas encomendadas principalmente al Punto Nacional de Contacto para las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacio-

5 A partir del año 2010, en Chile se llevó a cabo una significativa reforma en la institucionalidad ambiental. Así, mediante Ley n° 20.417 se creó el Servicio de Evaluación Ambiental, el Ministerio del Medio Ambiente y la Superintendencia del Medio Ambiente, como órgano de la administración con facultades de fiscalización. Posteriormente, en el año 2012, mediante Ley n° 20.600 se crearon los Tribunales Ambientales, que entraron en funcionamiento el primer de ellos en el año 2013 (Segundo Tribunal Ambiental de Santiago), luego en diciembre de 2013 el Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, y en el año 2017, el Primer Tribunal Ambiental de Antofagasta. Dichos tribunales son órganos jurisdiccionales especializados en materia ambiental, y tiene competencia para conocer, entre otros asuntos, de acciones para obtener reparación por daño ambiental, y de reclamaciones de ilegalidad de actos administrativos emanados de los órganos administrativos con competencia ambiental. A pesar de tener pocos años de vigencia, los Tribunales han tenido especial protagonismo en el conocimiento y posterior paralización de grandes proyectos extractivos como “Minera Dominga”, o “Pascua Lama”.

nales (en adelante “PNC”), las Superintendencias y al Instituto Nacional de Derechos Humanos.

Al tenor de las acciones contempladas en el PAN, se puede develar una aparente intención por el fortalecimiento del PNC, como órgano encargado de promover e implementar las Directrices de la OCDE y los PR, toda vez que dispone medidas para fortalecer el Comité Espejo, el que debe estar integrado por individuos y representantes de empresas, la academia, por organizaciones sindicales y no gubernamentales, y otro tipo de expertos. Sin embargo, como revisaremos a continuación, la implementación se encuentra aún muy distante.

Es necesario hacer notar, que ya en el año 2016, el Estudio de Línea de Base para el PAN advertía falta de financiamiento apto para fortalecer este tipo de mecanismos y las mediaciones que pudiesen derivar de él, además de ser un dispositivo casi desconocido para la sociedad civil (Schönsteiner, Araya, Soto, Varas, 2016). A esas críticas, se suma la patente dependencia y relación que el PNC tiene con Poder Ejecutivo por medio del Ministerio de Relaciones Exteriores, asunto que le quita su potencial de mediador objetivo e imparcial, tema que tampoco es resuelto por el PAN.

En cuanto a los mecanismos no estatales de reparación, el PAN indica que estos tipos de instrumentos ocupan “un lugar importante en la construcción de un sistema holístico de reparación en materia de empresas y derechos humanos, ya que permiten a los titulares de derechos buscar reparación fuera o más allá del sistema estatal” (Ministerio de Relaciones Exteriores, Gobierno de Chile, 2017, p. 84). No obstante lo anterior, se contempla una sola medida (creación de cuadernillos) encomendada a la Subsecretaría de Economía, lo que en definitiva

no fortalece esos mecanismos que en Chile son bastante débiles y poco utilizados.

Se extraña en el PAN la inclusión de medidas destinadas a vigorizar los mecanismos de reclamación a nivel operacional al interior de las empresas, y facilitar el acceso a los mecanismos de quejas de la Corporación Financiera Internacional, entre otras vías disponibles.

Es dable señalar que en cuanto a los mecanismos de reparación estatales no judiciales, el PAN se encuentra muy distante de cumplir con los estándares en la materia. Esto resulta bastante predecible, toda vez que resulta difícil confiar en la auto regulación del sector privado sin tener siquiera resuelto los otros dos mecanismos contemplados en los Ejes 1 y 2, que debiesen ser más efectivos, ya que se encuentran respaldados por una fuerte institucionalidad (incluido el Poder Judicial) y un gran cúmulo de normas y altos presupuestos.

5. Institucionalidad, seguimiento, evaluación en la implementación y grados de cumplimiento del PAN

La puesta en marcha del PAN ha sido extremadamente lenta. En lo institucional, el Decreto n° 169 del Ministerio de Relaciones Exteriores, que crea el Comité Interministerial responsable de asesorar al Presidente de la República en materia de políticas y acciones para dar cumplimiento al PAN, fue publicado en el Diario Oficial el 9 de abril de 2018, a casi siete meses de su dictación que se realizó el día 12 de septiembre de 2017.

El Comité Interministerial está integrado por nueve ministerios, bajo la presidencia del Ministerio de Relaciones Exteriores.⁶ Entre sus funciones se encuentra la de “[p]roponer al Presidente o Presidenta de la República las políticas y acciones

destinadas a dar cumplimiento al Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas y sus actividades asociadas” (Ministerio de Relaciones Exteriores, Gobierno de Chile, 2018, artículo 3).

De acuerdo al PAN, se conformaría un Grupo Asesor Multiactor, instancia que tendría como objeto “[...] evaluar los avances contenidos en el Informe del Comité Interministerial, y proveer comentarios y/o recomendaciones en cuanto a la efectiva implementación del Plan”, y que estaría integrado por “[...] representantes de la sociedad civil, sindicatos, sector empresarial, pueblos indígenas, academia y se invitará al Instituto Nacional de Derechos Humanos” (Ministerio de Relaciones Exteriores, Gobierno de Chile, 2017, p. 91).

Con fecha 11 de enero de 2019 el Ministerio de Relaciones Exteriores traspasó oficialmente la coordinación de la implementación del Plan al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el que a su vez delegó esta labor en la Subsecretaría de Derechos Humanos. De acuerdo a información consignada en el sitio web del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, dicho Ministerio incorporó este año 2019 una nueva estructura de gobernanza y seguimiento del PAN, el Comité 360, que agrupa a gremios empresariales, sociedad civil, mundo académico y organizaciones sindicales. Su función sería la de asesorar a dicho Ministerio en materia de derechos humanos y empresas, además de constituirse en una instancia asesora del Comité Interministerial del mismo PAN.

6 Además del representante del Ministerio de Relaciones Exteriores, quien presidirá el Comité, este está conformado por representantes del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, el Ministerio de Desarrollo Social, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Ministerio del Trabajo y Previsión Social, el Ministerio de Minería, el Ministerio de Energía, el Ministerio del Medio Ambiente, y el Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género.

De acuerdo a la misma información, la primera sesión de este Comité tuvo lugar el 10 de mayo de 2019 en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y fue presidida por el Ministro Hernán Larraín y la Subsecretaria Lorena Recabarren.⁷ No queda claro, sin embargo, si el Comité 360 asumiría las funciones del Grupo Asesor Multiactor previsto en el PAN o no.

De acuerdo al PAN, el Comité Interministerial debía elaborar un informe anual, partiendo a finales de 2017, sobre el cumplimiento de las medidas en él contenidas (Ministerio de Relaciones Exteriores, Gobierno de Chile, 2017). En septiembre de 2018, a un año de la puesta en marcha del PAN, y a dos del término de su duración prevista para tres años (2017-2019) el Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de su sitio web, dio a conocer los avances en su implementación.

De acuerdo a dicha información, del total de 141 medidas y compromisos considerados en el PAN (Ministerio de Relaciones Exteriores, Gobierno de Chile, 2017),⁸ 60 estarían cumplidos, 17 no cumplidos, 11 estarían en proceso de implementación a la fecha. En tanto, 39 serían aquellos que no consideraban actividad para el 2017 y 14 no cuentan con información (DIRECON, 2018).

Cabe, sin embargo, llamar la atención sobre la información proporcionada por el Ministerio de Relaciones Exteriores respecto a los avances en el cumplimiento de las medidas comprometidas en el PAN. En efecto, una de las medidas comprometidas en el Eje 3 y 7 del Pilar 1 del PAN decía relación con la

7 SUBSECRETARÍA DE DERECHOS HUMANOS. GOBIERNO DE CHILE (2019): “Conoce más del trabajo de la Subsecretaría: Plan de Acción Nacional de DD.HH. y Empresas”, 8 julio. Disponible en: <http://ddhh.minjusticia.gob.cl/infografias-plan-de-accion-nacional-de-derechos-humanos-y-empresas/>.

8 El PAN consideraba un total de 158 medidas. Por ello, no se explica por qué el análisis de cumplimiento se acota a tan solo 141 medidas a ser cumplidas por diversos organismos.

adopción por el Estado chileno del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, también conocido como Acuerdo de Escazú. En el informe de dicha cartera de septiembre de 2018, este compromiso aparece como cumplido. Ello resulta paradójico, ya que a pesar del protagonismo que tuvo Chile en las negociaciones para alcanzar el Acuerdo de Escazú, cuando este tratado se abrió a firmas el 27 de septiembre de 2018, el actual gobierno del Presidente Sebastián Piñera decidió no suscribirlo, postergando dicha decisión de forma indefinida.

De la misma manera, el Ministerio de Relaciones Exteriores considera como cumplido el compromiso del Ministerio de Energía referido al respeto de los derechos de los pueblos indígenas en el desarrollo de proyectos energéticos, contenido en el Eje 3 del Pilar 1. Ello a pesar de que diversos proyectos energéticos en territorio mapuche⁹ siguen siendo impulsados sin garantizar el respeto por los derechos de pueblos indígenas reconocidos en el derecho internacional aplicable, el que incluye tanto el Convenio n. 169 de la OIT ratificado por Chile el 2008.

Por otro lado, en lo que dice relación con el grado de cumplimiento de las medidas asumidas por el PAN respecto del Pilar 2, -responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos-, el balance total tampoco resulta positivo. De un total de 19 medidas, solo cinco han sido cumplidas de forma íntegra, quedando pendientes en su cumplimiento 10 de ellas; además, una no registra actividad y dos no tienen información. Llama la

⁹ Entre ellos los proyectos “Central Hidroeléctrica Los Lagos” y “Central Hidroeléctrica Osorno” en el río Pilmaiquén, que divide las regiones de Los Lagos y Los Ríos. También los proyectos “Llancalil” y “Hueñivales” aprobados por la autoridad ambiental para ser ejecutados en la región de la Araucanía, también en territorio mapuche.

atención, además, que las medidas del Pilar 2 solo involucran a organismos de la Administración del Estado, con una clara ausencia de medidas destinadas directamente a una acción positiva empresarial.

En lo que dice relación al Eje 1 del Pilar en análisis, aún se encuentran pendientes la generación de documentos encomendados al Instituto de Salud Pública y al Ministerio del Medio Ambiente, dirigidos a las empresas a fin de que comprendan los potenciales impactos que sus actividades pueden generar en el sector farmacéutico y las relaciones que existen entre la Ley que crea el Derecho Real de Conservación y los Principios Rectores.

En cuanto a las medidas relativas al fomento de la debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos (Eje 2, Pilar 2), como ya se enunciaba, estas se orientan única y exclusivamente a la exigencia de conductas positivas del Estado, encomendadas al Ministerio de Relaciones Exteriores y el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo (Ministerio de Relaciones Exteriores, Gobierno de Chile, 2017). A la fecha, solo dos de dichas medidas han sido cumplidas, encontrándose pendiente aún seis de ellas.

Por último, respecto a las medidas relacionadas al reporte en materia de derechos humanos (Eje 3, Pilar 2), ninguna de las medidas encomendadas al Ministerio de Economía se ha cumplido, quedando pendiente una guía sobre responsabilidad de las empresas públicas en relación con los derechos humanos, lo que resulta un asunto de especial relevancia para Chile.

En lo que respecta a los avances en las acciones que el PAN previno para el Pilar 3, al igual que los dos anteriores ya observados, existe un alto grado de omisión. De las 18 medidas y/o acciones contenidas, estarían cumplidas sólo cuatro de ellas, dos

incumplidas, cuatro sin actividad, seis sin información, y dos por cumplirse (Ministerio de Relaciones Exteriores, Gobierno de Chile, 2017).

En lo relativo a las medidas de los mecanismos estatales judiciales (Eje 1, Pilar 3), cabe destacar una investigación elaborada por la Dirección de Estudios de la Corte Suprema relativo a un análisis jurisprudencial sobre derechos humanos y empresas. El informe, observando veinte sentencias a un período acotado, desarrolló, entre otros asuntos, las principales tendencias en la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, el impacto de las empresas sobre los derechos económicos, sociales y culturales, y el desarrollo de estándares en materia de debida diligencia.

La investigación concluyó indicando que “[l]os Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos han incorporado nuevos estándares en materia de protección, respeto y realización de los derechos humanos frente al actuar de las empresas”, reconociendo que “aún es un tema incipiente para varios actores” (Corte Suprema, 2017, p. 23). Asimismo señaló que, a pesar de los PR no ha permeado aún directamente a la jurisprudencia del supremo tribunal, “existen hallazgos interesantes respecto de la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos y los estándares que deben seguir para cumplir con ello” (ibíd.).

Por otro lado, en lo que dice relación al cumplimiento de las medidas relativas a los mecanismos de reparación estatales no judiciales (Eje 2, Pilar 3), y en especial aquellas destinadas a fortalecer y posicionar al Punto Nacional de Contacto (PNC), se cumplieron solo dos de seis medidas, quedando pendiente lo encomendado a la Dirección de Derechos Humanos de Cancillería,

la que debía, entre otras cosas, presentar y capacitar al Comité Espejo respecto a los vínculos que existen entre las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales y los PR, y realizar diversas actividades que tenían por objeto la difusión y formación a diversos actores nacionales sobre estas materias con el objeto de posicionar al PNC como mediador y conciliador de resolución de conflictos con empresas multinacionales.

Otro de los anuncios importantes y novedosos incorporados al PAN que lamentablemente no se ha concretado hasta la actualidad, es el sometimiento voluntario a una evaluación del PNC para ilustrar sus fortalezas y debilidades, con el fin de robustecer este tipo de mecanismo. En uno de los aspectos que sí se avanzó relativo al PNC, fue la incorporación de nuevas organizaciones y actores a su Comité Espejo.

Finalmente, en lo que respecta al cumplimiento de las medidas relativas a los mecanismos de reparación estatales no judiciales, solo encontramos como realizada una de las varias acciones encomendadas al Ministerio de Energía, que fue la creación de un mecanismo electrónico de reclamo de universal y fácil acceso, lo que facilita la realización e interposición de denuncias de empresas involucradas con el quehacer energético. Sin embargo, se encuentran pendientes la promoción y generación de diálogos formales y permanentes entre empresas y comunidades y la promoción de desarrollo de mecanismos de resolución de controversias entre comunidades y empresas en el escenario de proyectos de energía (Ministerio de Relaciones Exteriores, Gobierno de Chile, 2017), que como se revisó.

Por último, y en otro orden de ideas, es dable señalar que, desde la aprobación del PAN a la fecha, el Gobierno, a través del actual ente coordinador del PAN, la Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, no a dado información so-

bre la implementación de este, incumpliendo de esta manera el mandato en él establecido.

6. Pueblos indígenas y poblaciones tradicionales en el contexto de derechos humanos y empresas y el Plan de Acción Nacional

Como fuera señalado, los pueblos indígenas no fueron considerados adecuadamente en el proceso de elaboración del PAN. Más allá de la participación de personas indígenas en los diálogos impulsados desde el Estado como parte del proceso de elaboración, dichos pueblos no fueron consultados formalmente previo a la adopción de las medidas administrativas a través de las cuales se oficializó el PAN, mediante Decreto n° 169, de 12 de septiembre de 2017.

Tampoco han sido considerados de manera adecuada en la instancia estructura de gobernanza y seguimiento del PAN, el Comité 360 creado el 2019. En efecto, del total de 20 integrantes, solo dos corresponden a representantes de organizaciones de pueblos indígenas, en contraste con seis que corresponden a representantes de organizaciones empresariales. A ello se agrega el que están organizaciones son designadas por la autoridad gubernamental y no definidas por los propios pueblos indígenas, por lo que la representatividad de estas es precaria.

Ello reviste la mayor gravedad, dado a que como fuere señalado, la matriz extractiva de la economía chilena determina que la actividad de empresas en el país afecte de manera sustancial a los pueblos indígenas, en cuyos territorios se encuentran los recursos naturales que constituyen la base de las exportaciones del país. En efecto, del total de exportaciones del país el 2017, que sumaron US\$ 68.306 millones, el cobre representó el 49,1%. Del 50.9% restante de dichas exportaciones, la minería no cobre

concentró el 11% de participación, la pesca y acuicultura un 18%, y la industria forestal, un 15%, totalizando un 22% adicional de las exportaciones del país (PROCHILE, 2019).

Se trata, en todos los casos, de actividades que se sobreponen de manera significativa a los territorios de ocupación tradicional indígena. De ello da cuenta el Mapa de Conflictos Socioambientales del INDH (2018a), en el que se constata que un tercio de los 116 conflictos en él identificados afectaba a pueblos indígenas.

Así, la actividad de las empresas mineras se desarrolla fundamentalmente en cuatro regiones del norte del país (Arica y Parinacota, Tarapacá, Antofagasta y Atacama), en el territorio tradicional de los pueblos andinos (*aymara*, *lickanantay*, *quechua*, *colla* y *diaguita*). A septiembre de 2018, existían en dichas regiones 736 proyectos de extracción minera aprobados con calificación ambiental, y 43 en calificación en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA).¹⁰ Una parte importante de la actividad minera es desarrollada por la empresa estatal CODELCO, cuyos conflictos con comunidades *lickanantay* o atacameñas son documentados en el mismo Mapa de INDH.

Más al sur, en las regiones del Bío Bío, Araucanía, Los Ríos y Los Lagos, las empresas forestales, mayoritariamente de capitales nacionales, concentran 3 millones de hectáreas (ha) de monocultivos forestales, 2 millones de los cuales se sobreponen a las tierras de ocupación tradicional del pueblo *mapuche*. Dos empresas, Forestal Arauco y Forestal Mininco (CMPC), tienen propiedades por casi 2 millones de ha., la mayor parte de ellas plantadas con especies de rápido crecimiento. En contraste, con ello la propiedad reconocida a los *mapuche* no supera el millón

¹⁰ Para acceder al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), remítase: <<http://www.seia.sea.gob.cl/>>.

de hectáreas. Las empresas forestales, dados los impactos que generan los monocultivos en los ecosistemas y los conflictos propietarios, han generado el que posiblemente sea el conflicto socio ambiental más importante del país (Aylwin, 2018).

En la zona más austral del país, el desarrollo de la salmicultura ha afectado los derechos que los pueblos indígenas *mapuche*, *huilliche*, *kawésqar* y *yagán*, cuyas actividades en el borde costero y el mar de uso tradicional se ve afectada por esta actividad. Las empresas salmonícolas, de capitales chilenos y extranjeros existentes en el área, contaban al 2018 con 1.322 concesiones de acuicultura. En contraste con ello, a los pueblos indígenas que habitan el extremo austral solo les habían sido otorgadas nueve concesiones de uso del espacio costero marino de pueblos originarios al amparo de la ley vigente,¹¹ de las 62 solicitudes que habían presentado para estos efectos (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2018b).

Junto a la afectación por la actividad de empresas de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, uno de los derechos de estos pueblos que se ha visto más afectado en este contexto es el derecho a la consulta previa y al consentimiento libre, previo e informado, reconocido en el Convenio n. 169 de la OIT y otros instrumentos internacionales vigentes en Chile.

En efecto, las restricciones al ejercicio de este derecho se expresan en el reducido número de procesos de consulta indígena que se han implementado hasta el momento en el marco de los procesos de evaluación de impacto ambiental de proyectos de inversión. Así, desde la entrada en vigencia del Convenio en comento -15 de septiembre de 2009-, hasta septiembre de 2018,

¹¹ Ley n° 20.249, de 2008, que crea el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios.

han sido evaluados ambientalmente más de 9.800 proyectos, de los cuales tan solo 47 han sido sometidos a un proceso de consulta indígena.¹² Del total de consultas a los pueblos indígenas, 26 se encontraban finalizadas, y solo 21 estaban en procesos; tan solo dos habían sido rechazadas, mientras que cuatro fueron desistidas por los propios titulares.

Todo lo anterior resulta demostrativo que el PAN no ha tenido grandes impactos en la protección de los derechos de pueblos indígenas, sino que, por el contrario, se ha mantenido, con el aval del Estado, la afectación de los mismos por la actividad de empresas.

7. Reflexiones Finales

Al momento de concluir este artículo se verifica en Chile una explosión social sin precedentes. A la protesta iniciada en octubre de 2019 por estudiantes de Santiago por el incremento de las tarifas del Metro, se sumaron diversos sectores de la población, incluyendo a trabajadores, pensionados, pobladores, y en general, los sectores más desposeídos, quienes, a través de multitudinarias manifestaciones pacíficas, y también de hechos de fuerza, han expresado un malestar largamente contenido frente a los abusos de que han sido objeto.

La movilización social, que ha generado una grave crisis política, tiene como fundamentos principales el precario acceso a los derechos económicos y sociales básicos de vastos sectores de la población, y en contraste con ello, la enorme acumulación de la riqueza en pocas manos. En efecto, de acuerdo a un estudio del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo,

¹² Reporte sobre los proyectos sometidos al SEIA con proceso de consulta indígenas. Disponible en: http://seia.sea.gob.cl/pci/proyectos_en_pci.php?_paginador_refresh=1&_paginador_fila_actual=3 [última visita: 30 octubre 2019].

al 2015 el 1% más rico de la población captaba el 33% del ingreso que generaba la economía chilena, en tanto que el 5% más rico captaba el 51.5%. La relación entre los sectores de más altos ingresos y los grupos empresariales privados que controlan la economía del país también es constatada en el mismo estudio (PNUD, 2017).

Ello está estrechamente relacionado con la institucionalidad jurídica-política existente en el país, que como se señalaba, data de la dictadura. Tal institucionalidad ha facilitado la privatización de la salud y de la seguridad social, y la apropiación de bienes comunes como el agua, y los recursos del subsuelo por grandes empresas, muchas de ellas de capitales nacionales. Tales empresas han estado muy lejos de cumplir con las directrices establecidas en los Principios Rectores de la ONU.

Un caso emblemático es el de las empresas que controlan el sistema de seguridad social privado obligatorio (Asociaciones de Fondos de Pensión, “AFP”) impuesto en 1980. Solo tres AFP, con 5.8 millones de afiliados al 2016, acumulaban un total de 170.000 millones de dólares (USD). En contraste con ello, la pensión de vejez promedio pagada por las AFP al mismo año ascendía a \$191.765 pesos chilenos (USD 258 aproximadamente¹³). Se trata de una institucionalidad que ha hecho crisis y que hoy está en cuestión por un porcentaje muy mayoritario de la población que reclama su transformación.

Tal como señalara el Observatorio Ciudadano ante este estallido social;

“Como sabemos, dicho malestar está relacionado con la persistencia de una institucionalidad construida durante la dictadura cívico militar, cuya mayor expresión es la Constitución Polí-

13 1 USD equivale a \$750 pesos chilenos.

tica de 1980... que ha permitido la acumulación de la propiedad de los bienes comunes -como la tierra, el agua, los recursos del subsuelo- la apropiación de los ahorros previsionales de los y las trabajadores, que ha privatizado la educación y la salud, que ha creado una enorme brecha salarial y de ingresos en perjuicio de los y las trabajadores y ha negado la existencia y derechos de los pueblos indígenas. Por lo mismo dicha institucionalidad está a la base de la inequidad y fractura del país.” (Observatorio Ciudadano, 2019)

No es casualidad que las encuestas señalen que la confianza en los empresarios en el contexto actual en una escala del 1 al 10 sea de 3.2, solo levemente por encima del Presidente, los Ministros de Estado, los parlamentarios y los partidos políticos (Núcleo Milenio en Desarrollo Social *et al.* 2019). La misma encuesta constata que el 95,5% de la población quiere avanzar en reformas al sistema de pensiones, el 95,2% en el sistema de salud, el 93,5% en el sistema educacional, todos ellos en una medida importante administrados por empresas privadas. No es casualidad que el 80,3% de los encuestados en el contexto actual demande una nueva Constitución Política para el país.

Todo ello da cuenta de la total ineffectividad total del PAN elaborado en Chile el año 2017 para hacerse cargo de la relación entre las empresas y los derechos humanos en Chile. Ello en la medida en este no asumió la necesidad de evaluar las leyes del país -lo que por cierto incluye una Carta Fundamental- que rigen la actividad de empresas para que sus actividades no vulneren los derechos humanos, así como remediar sus carencias y asegurar que tales derechos no sean restringidos, según dispone el Principio 3 de los PR.

Lo anterior indica que Chile más que un PAN, requiere de un pacto social expresado en una nueva constitución política para

asegurar que la actividad de empresas en el país se desarrolle asegurando una efectiva protección y respeto de los derechos humanos de la población.

8. Referencias

AYLWIN, José. *Las forestales en la raíz de un conflicto profundo*". En Bohoslavsky, Juan Pablo *et al.* Eds. *Complicidad empresarial con la dictadura chilena. Un país desigual a la fuerza*. Chile, Lom, 2018. p. 369-386.

AYLWIN, José; GÓMEZ, Emanuel; VITTOR, Luis. *El TPP y los derechos de pueblos indígenas en América Latina*. IWGIA, Observatorio Ciudadano, 2016. Disponible en: <https://observatorio.cl/el-tpp-y-los-derechos-de-pueblos-indigenas-en-america-latina/>.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*. OEA/Ser.L/V/22. Doc. 47/15. 2016.

CORTE SUPREMA. *Investigación jurídica y jurisprudencial sobre Derechos Humanos y Empresas, Identidad Cultural y Extradiciones Pasivas*. Informe N° 154-2017, Dirección de Estudios, Santiago de Chile, 2017.

DIRECCIÓN GENERAL DE RELACIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES – DIRECON. *Plan de acción nacional de derechos humanos y empresas de Chile*. Ministerio de Relaciones Exteriores Chile, Gobierno de Chile, 2018. Disponible en: https://minrel.gob.cl/minrel/site/artic/20171110/asocfile/20171110145451/ddhh_empresas_2018.pdf.

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS - INDH. *Guía de Derechos Humanos y Empresas en Chile*. Santiago de Chile, 2017.

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS - INDH. *Mapa de Conflictos Socioambientales en Chile*. 2018. Disponible en: <http://mapaconflictos.indh.cl/#/>.

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS - INDH. *Informe Anual 2018*. Situación de los Derechos Humanos en Chile. Santiago: INDH, 2018. Disponible en: <https://www.indh.cl/destacados-2/informe-anual-2018/>.

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS - INDH. *Guía de Derechos Humanos y Empresas en Chile*. Santiago de Chile: INDH, 2017. Disponible en: <https://globalnaps.org/wp-content/uploads/2017/11/chile.pdf>.

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, GOBIERNO DE CHILE. *Acerca del Plan de Acción Nacional*. Santiago de Chile, 2017. Disponible en: <https://minrel.gob.cl/acerca-del-plan-de-accion-nacional/minrel/2017-11-10/145451.html>.

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, GOBIERNO DE CHILE. *Decreto N° 169 que crea comité para el plan de acción nacional de derechos humanos y empresas*. 2018, Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1116893>.

NACIONES UNIDAS. *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2011. Disponible en: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf.

NACIONES UNIDAS. *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*. Aprobado por el Consejo de Derechos Humanos ONU, Resolución 17/4 del 16 de junio de 2011, 2010. A/HRC/14/27.

NACIONES UNIDAS. Comité Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile (E/C.12/CHL/CO/4)*. 2015. Disponible en: <http://www.movilh.cl/documentacion/2016/derechoseconomicosysocialeschile2015.pdf>.

NACIONES UNIDAD – PNUD. *Desiguales Orígenes, cambios y desafíos de la brecha social en Chile*. 2017. Disponible en: https://www.undp.org/content/dam/chile/docs/pobreza/undp_cl_pobreza-Libro-DESIGUALES-final.pdf.

NÚCLEO MILENIO EN DESARROLLO SOCIAL *et al.* *Termómetro Social Octubre de 2019*. 2019. Disponible en: <http://www.uchile.cl/noticias/158897/estudio-revela-apoyo-al-actual-movimiento-social-y-nueva-constitucion>.

OBSERVATORIO CIUDADANO. *La fractura de Chile y la urgente necesidad de abordarla*. 2019. Disponible en: <https://observatorio.cl/declaracion-publica-la-fractura-de-chile-y-la-urgente-necesidad-de-abordarla/>.

SCHÖNSTEINER, J.; ARAYA, F. P.; VARAS, K. *Estudio de Línea de Base en Empresas y Derechos Humanos*. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, 2016.

PROCHILE. *Anuario de las exportaciones chilenas 2018*. Disponible en: https://www.prochile.gob.cl/wpcontent/uploads/2018/08/anuario_servicios_capitulo1_bienes_2018.pdf.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO - PNUD. *Más y mejor democracia para un Chile inclusivo*. Auditoría a la Democracia. IV Encuesta Nacional. 09 de septiembre 2016. Disponible en: http://www.cl.undp.org/content/dam/chile/docs/gobernabilidad/undp_cl_gobernabilidad_PPTencuesta_final_2016.pdf.

SOLIMANO, Andrés. *La experiencia interaccional y el cambio a la desprivatización*. Pensiones a la chilena. Catalonia, Santiago de Chile. 2017.

Avances, desafíos y reflexiones del proceso de elaboración del Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos en Perú

Bruce Barnaby Rubio¹
Claudia Lovón²

Resumen: La relación histórica entre empresas y derechos humanos en el Perú ha sido tradicionalmente una relación conflictiva, marcada por los problemas del Estado y de las empresas de generar estándares sociales y ambientales que respondan a las necesidades básicas de la población. Esto quedó en evidencia con el gran incremento de la conflictividad social en los últimos 10 años en el Perú. Como una medida para fortalecer el marco regulatorio, la incorporación en el Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021 del lineamiento sobre Empresas y Derechos Humanos ha fomentado el inicio de un proceso de elabo-

¹ Coordinador del Área Académica y de Investigaciones del Instituto de Democracia y Derechos Humanos (IDEHPUCP). Máster en Políticas Públicas de la Hertie School of Governance de Berlín y Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en derechos humanos y conflictividad social.

² Asistente de investigación del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), con énfasis en la línea de Empresas y Derechos Humanos. Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Grupo Interdisciplinario de Investigación en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario (GRIDEH).

ración del Plan Nacional de Acción de Empresas y Derechos Humanos, siguiendo los contenidos de los Principios Rectores, y en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Dicho proceso, se ha propuesto ser participativo incluyendo diversos mecanismos para fomentar un contenido que sea técnico, por un lado, y al mismo tiempo que considere la voz de diversos actores tales como entidades públicas, empresas, gremios, organizaciones de sociedad civil y representantes de pueblos indígenas.

Palabras clave: Plan Nacional de Acción; Empresas; Derechos Humanos; Principios Rectores; Participación; Perú.

Índice: 1. Introducción; 2. Antecedentes y Formalización del Compromiso; 2.1. Contexto; 2.2. Antecedentes Y Formalización; 3. El proceso de elaboración del Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos; 3.1 Eventos preparatorios; 3.2 Elaboración de la metodología; 3.3 Preparación del diagnóstico y línea de base; 3.4 La etapas pendiente: La construcción del PNA en las mesas multiactor; 4. Reflexiones Finales; 5. Referencias.

1. Introducción

Actualmente, Perú se encuentra en proceso de elaborar un “Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos”. Con ello se sumará a los otros 24 países en el mundo que cuentan con un instrumento de esta naturaleza, y se convertirá en el tercer país de América Latina en tener uno.³ En las líneas que siguen, se desarrollará cuál es el contexto en que se comenzó esta iniciativa, así como cuáles fueron sus antecedentes. Posteriormente, se describirán cuáles han sido los avances en

³ En América Latina, Colombia y Chile cuentan con un PNA. Otros tres países estarían en proceso de elaborar estos documentos o se habrían comprometido a ello (México, Argentina y Honduras).

el proceso y cuál es su estado actual. Se concluirá con algunas reflexiones sobre lo que se ha hecho hasta el momento.

2. Antecedentes y Formalización del Compromiso

2.1 Contexto

La relación entre empresas y derechos humanos en el Perú ha estado influenciada por la falta de controles sociales y ambientales adecuados por parte del Estado. Los factores que explican esa falta de control han sido diversos. Por ejemplo, los desastres sociales y ambientales ocurridos en la selva, desde inicios del siglo XX con la época del caucho⁴ hasta la explotación de crudo en la selva norte (Lote 1AB) luego de la década de los setenta,⁵ denotan, por un lado, la incapacidad del Estado de atender o supervisar las actividades de privados en zonas consideradas inhóspitas. Pero además, muestran su falta de voluntad por construir mecanismos de supervisión, ya sea por la poca importancia que se le daba a las personas y recursos de esas zonas, o por intereses personales que beneficiaban a los encargados de agendar las políticas públicas en esos momentos.

El sistema normativo actual que regula el rol del Estado en relación a la actividad económica y al rol de las empresas en la sociedad ha sido definido a partir de la Constitución Política de 1993.⁶ Este nuevo marco normativo basado en las políticas

4 Para mayor información sobre la explotación del caucho en el Perú a inicios de siglo XX se puede revisar el informe preparado por Roger Casement para la corona británica en 1912 recopilados en el “Libro Azul británico: Informes de Roger Casement y otras cartas sobre las atrocidades en el Putumayo” editado por el Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica (CAAAP) y el Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA).

5 Para mayor información sobre la explotación del petróleo en esta zona, mirar el Informe de Adjuntía 001-2018-DP-AMASPPI-PI emitido por la Defensoría del Pueblo. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/Informe-de-Adjunt%C3%ADa-N%C2%BA-001-2018-DP-AMASPPI-PI.pdf>.

6 Véase el Título III sobre el régimen económico.

económicas del Consenso de Washington, priorizó el rol de promotor de la inversión y de regulación de las actividades empresariales por parte del Estado, delegando a las empresas el rol de fomentar la eficiencia económica a través de mecanismos de promoción de la inversión. Tal es el caso del sector minero, en donde tanto el diseño como la implementación de las políticas han dejado mucho espacio para la autoregulación de las empresas y la iniciativa privada. Luego de algunos años, los resultados de ese modelo demuestran que esa eficiencia, que puede ser argumentada en lo económico, no necesariamente es trasladable en términos sociales y ambientales (DAMONDE, 2016, p. 233).

Según los reportes de la Defensoría del Pueblo, entre el 2007 y el 2009, los conflictos socioambientales pasan de ser 78 a más de 200 anuales. Desde ese momento, hasta la actualidad, los conflictos socioambientales suelen representar al menos el 65% de todos los conflictos registrados.⁷ De manera específica, los conflictos socioambientales se caracterizan por la disputa del control, uso o manejo de los recursos naturales. En ellos, suelen estar involucrados actores como las comunidades, empresas y el Estado (Defensoría del Pueblo, 2012, p. 34). En ese sentido, en los últimos reportes emitidos por la Defensoría del Pueblo, los conflictos relacionados a actividades mineras, hidrocarburos o energía, donde son grandes empresas las que participan de su explotación, representan el 85% del total de conflictos socioambientales.

La exposición mediática de dichos conflictos en la nueva sociedad de la información, y las medidas de fuerza muchas veces adoptadas por las comunidades para obligar a los actores esta-

⁷ La Defensoría del Pueblo emite un Reporte Mensual de Conflictos Sociales en donde detalla el número total y desagregado de los conflictos en el Perú, así como un resumen de cada uno de ellos. Véase: https://www.defensoria.gob.pe/areas_tematicas/paz-social-y-prevencion-de-conflictos/.

tales o empresariales a escuchar sus demandas ha conllevado a una década de enfrentamientos entre comunidades y policías. Entre el 2006 al 2018, ha habido 281 personas muertas. Sin embargo, si bien en los últimos años los números de personas fallecidas en los enfrentamientos se han reducido considerablemente,⁸ el número de conflictos sociales se han mantenido.

Para evitar el escalamiento de la violencia de dichos conflictos a lo largo de los años, el Estado ha impulsado diversas acciones y políticas, tales como la instalación de mesas de diálogo y mesas de desarrollo entre la población, el Estado y la empresa en las zonas de conflictividad alta; la creación de instituciones estatales encargadas de fiscalizar de manera autónoma las actividades de las empresas extractivas y prevenir conflictos,⁹ la aprobación de una Ley de Consulta Previa para medidas que afecten a los pueblos indígenas,¹⁰ o la aprobación de normas que tienen por objetivo fortalecer los estándares ambientales y sociales a favor de las comunidades locales.

En el caso de las mesas de diálogo, la Secretaría de Gestión Social y Diálogo de la Presidencia del Consejo de Ministros de Perú (PCM) ha señalado que de 1462 compromisos que aún no se han cumplido, el 78% de las obligaciones corresponden al Estado, y el otro el 22%, a actividades empresariales (PCM, 2019, p. 28). Si bien esta cifra resalta la importancia y el rol del Estado como actor fundamental para evitar el escalamiento de la

8 En los últimos años el número de muertos en protestas por conflictos sociales se ha reducido significativamente. Acorde con los números que se han recopilado desde el IDEHPUCP los números en los últimos años significan: 2016 (6), 2017 (6) y 2018 (5).

9 Como el Ministerio del Ambiente, el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, la Oficina de Diálogo de la Presidencia del Consejo de Ministros, entre otras.

10 La Ley N 27985, Ley del Derecho a la Consulta Previa fue promulgada por el Poder Ejecutivo en el 2011, luego de los hechos ocurridos en el denominado Baguazo, en el que luego de una protesta que duró meses, se dio un enfrentamiento violento en el que fallecieron 33 personas, entre policías y miembros de los pueblos indígenas awajún y wampis.

conflictividad, muestra también la importancia que adquieren las empresas en relación a las necesidades insatisfechas de las comunidades locales.

Particularmente, las empresas extractivas generan impactos sociales y ambientales en las comunidades, que modifican las dinámicas locales, y que visibilizan la necesidad de acceder, no solamente a servicios básicos tales como educación o salud (que son servicios que deben ser prestados de manera pública), sino que generan nuevos retos para el acceso a servicios de saneamiento o de acceso a riego, necesarios para el mantenimiento de sus actividades económicas tradicionales.¹¹ Estos impactos, podrían ser mitigados desde un inicio, si es que se fortaleciera el marco normativo existente, y sobre todo, si se mejorara la fiscalización y exigibilidad hacia las empresas extractivas.¹²

Acorde a la más reciente versión del Latinobarómetro, la confianza hacia las entidades encargadas de fiscalizar a las empresas y generar remedios adecuados frente a las violaciones por parte de terceros en el Perú, es una de las más bajas de la región. La confianza en el Poder Judicial es del 16%, en el Gobierno es de 13%, y en el Congreso es del 8%. Ubicándonos entre los cuatro países de la región que más desconfianza tienen sobre sus instituciones (Corporación Latinobarómetro, 2018).

2.2 Antecedentes y formalización

En el contexto descrito, y tomando en consideración la necesidad de generar una agenda que favorezca la protección de los derechos humanos de los grupos en situación de vulnerabilidad que interactúan con las empresas, sean trabajadores, con-

¹¹ Estas demandas abarcan al menos el 50% del total de compromisos exigidos al Estado.

¹² Para más detalle de cómo se puede fortalecer este rol mirar las conclusiones y recomendaciones dadas por la Defensoría del Pueblo en su Informe de Adjuntía 006-2016-DP-AMASPP. “El camino hacia proyectos de inversión sostenibles”.

sumidores o comunidades circundantes a las actividades de las empresas, el Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021 (PNDH) incorporó por primera vez un esperado lineamiento estratégico dirigido a la implementación de estándares internacionales sobre empresas y derechos humanos, con el objetivo de “[g]arantizar que las empresas públicas y privadas respeten los derechos humanos en su ámbito de acción” (Lineamiento n. 5).¹³

Así, el Poder Ejecutivo se comprometió a promover la implementación progresiva de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos (Principios Rectores), y de otros instrumentos internacionales vinculados. Para ello, el quinto lineamiento planteó como única acción estratégica la formulación de un Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos (PNA), que deberá ser construido “de modo amplio, participativo, consensuado y descentralizado entre los sectores estatales, empresariales y de la sociedad civil” (MINJUSDH, 2018, p. 183). Con ese objetivo, propuso a su vez tres metas, que como se desarrollará más adelante han sido modificados subsecuentemente en sus plazos (*infra*, p. 10). Estas metas fueron: i) contar con una metodología de elaboración de la línea de base, diagnóstico y PNA para el 2018, ii) aprobar una línea de base y diagnóstico para el 2018, y iii) finalizar el PNA para el 2019.

Cabe señalar que además del PNDH, otro antecedente importante de la elaboración del PNA fue la visita que realizaron en julio de 2017 dos miembros del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas (GTEDH). Esta vi-

13 El PNDH fue aprobado mediante el Decreto Supremo No. 002-2018-JUS, publicado el 1 de febrero de 2018. Véase el PNDH: http://spij.minjus.gob.pe/content/banner_secundario/img/muestra/PLAN-ANUAL.pdf.

sita tuvo como propósito evaluar las acciones que se estaban tomando para “prevenir y subsanar las consecuencias negativas de las actividades empresariales en los derechos humanos, de conformidad con los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos” (GTEDH, 2018, § 1). Los avances y aspectos que suscitaron preocupación fueron recogidos en un informe del GTEDH, que incluyó también una serie de recomendaciones para el Estado peruano, las empresas y las organizaciones de la sociedad civil.

En el informe, el GTEDH se pronunció sobre 20 temas que agrupó en cuatro categorías.¹⁴ Asimismo, saludó el compromiso que formalmente había asumido el Estado peruano de elaborar un PNA (GTEDH, 2018, § 16) e indicó que esperaba que su informe sirviera como base para el proceso de elaboración del PNA. De igual forma, recomendó al Estado que este proceso fuera participativo, y sugirió que se prestará especial atención a los abusos de derechos humanos vinculados a la discriminación de grupos en situación de vulnerabilidad y a la mejora en el acceso de las víctimas a mecanismos de reparación. Por último, también recomendó a las organizaciones de la sociedad civil participar del proceso de elaboración del PNA “a través de un diálogo de múltiples partes interesadas en el que participen las comunidades afectadas” (GTEDH, 2018, §§ 16, 90 y 92). De

14 Estas fueron: i) concienciación de las empresas sobre los derechos humanos; ii) cuestiones relativas a los proyectos de desarrollo a gran escala, donde incluyó a los conflictos sociales, las evaluaciones de impacto ambiental, social y en materia de derechos humanos, y los casos relativos al sector minería, al sector petróleo y gas, y a la agricultura a gran escala; iii) cuestiones específicas, donde se refirió a la libertad de asociación y negociación colectiva, la informalidad laboral, el trabajo infantil, las personas con discapacidad, la discriminación por motivo de género, el trabajo forzoso, la inspección del trabajo, el derecho a la consulta y al consentimiento previo libre e informado, la base de datos de pueblos indígenas, los defensores de derechos humanos, el uso de las fuerzas de seguridad del Estado en el contexto de protestas sociales, y la prestación de servicios policiales extraordinarios a empresas; y iv) acceso a vías de recurso, donde se mencionó a los mecanismos judiciales estatales y los mecanismos de reclamación extrajudicial.

esta manera, quedaba claro que el Estado peruano había formalizado su compromiso de elaborar un PNA.

3. El proceso de elaboración del Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos

3.1 Eventos preparatorios

Antes del inicio formal del proceso de elaboración del PNA, se dieron una serie de eventos preparatorios. El primero de ellos fue el “Conversatorio: Rutas para la Implementación del Plan Nacional de Acción en Empresas y Derechos Humanos”, conocido también como “evento cero”. Esta actividad, organizada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MIN-JUSDH) y la Defensoría del Pueblo, con el apoyo del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP) y la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) en Perú, se llevó a cabo el 15 de junio de 2018.¹⁵

El evento tuvo como finalidad recoger, a través del diálogo multiactor, insumos que sirvieran para la elaboración de la metodología, línea de base y diagnóstico del PNA. Así, en una primera parte, se organizaron dos paneles de discusión que abordaron, por un lado, la relación entre los Principios Rectores y los PNA, y por otro, las experiencias en la elaboración de este tipo de instrumento en Colombia, Chile, México y la Unión Europea. En la segunda parte, se realizaron tres mesas de trabajo para recopilar las opiniones de distintos actores en torno a cuatro preguntas orientadoras: i) ¿cuáles son las pautas para la

¹⁵ Véase información sobre el evento en: IDEHPUCP. [Viernes 15] Conversatorio: Rutas para la Implementación del Plan Nacional de Acción en Empresas y Derechos Humanos. 12 de junio de 2018. Disponible en: <<http://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/viernes-15-conversatorio-rutas-para-la-implementacion-del-plan-nacional-de-accion-en-empresas-y-derechos-humanos/>>.

metodología que deberían tomarse en cuenta en la elaboración del PNA en el Perú?; ii) ¿qué problemáticas considera prioritarias para ser abordadas en el PNA?; iii) ¿qué criterios sugiere utilizar para la convocatoria de actores suficientemente representativos que garanticen la legitimidad del proceso?; y iv) ¿de qué manera su institución u organización desea contribuir en el proceso de elaboración del PNA en el Perú?

Entre las respuestas a la primera pregunta,¹⁶ los representantes de la sociedad civil recalcaron por ejemplo, la importancia de contar con una línea de base y diagnóstico. Mientras tanto, los representantes del sector empresarial enfatizaron la necesidad de que el proceso fuera transparente y se realizaran convocatorias con la debida anticipación. Los representantes del Estado indicaron que debía haber continuidad en el trabajo del documento, a pesar de los cambios de autoridades que pudieran haber (IDEHPUCP, 2018, p. 15-16). En cuanto a la segunda pregunta, la sociedad civil consideró que temáticas como aquellas vinculadas a la conflictividad social debían ser incluidas en el PNA. Por su parte, las empresas resaltaron que el PNA debía abordar a las empresas informales; en tanto que las instituciones estatales señalaron que la problemática debía ser definida tanto a nivel nacional como a nivel regional y local, y que se debían incorporar a los sectores más importantes (IDEHPUCP, 2018, p. 18-19).

Respecto de la tercera pregunta, los representantes de la sociedad civil pidieron la inclusión de actores como los pueblos indígenas y sus federaciones. De otra parte, representantes del

¹⁶ En esta sección se incluyen solo algunos ejemplos de lo señalado durante el evento. Las ideas planteadas por representantes de la academia, de organizaciones internacionales y otros actores internacionales no fueron incluidas, para priorizar el desarrollo de las opiniones de la sociedad civil, las empresas y el Estado. La información completa puede encontrarse en la memoria del conversatorio: IDEHPUCP, 2018.

sector empresarial solicitaron que la participación de grupos empresariales fuera efectiva y que existiera un balance entre el número de representantes de cada sector. A su vez, los representantes del Estado enfatizaron en que todos los sectores debían participar (IDEHPUCP, 2018, p. 20-21). Finalmente, en relación a la cuarta pregunta, la sociedad civil ofreció colaborar con insumos y facilitar el contacto con otros actores que deberían participar en el proceso. Entretanto, las empresas señalaron que escucharían e informarían sobre el proceso, y las instituciones estatales ofrecieron colaborar con los temas relacionados a su sector (IDEHPUCP, p. 23-24).

Adicionalmente, otras dos actividades tuvieron lugar antes del inicio formal del proceso. Por un lado, en diciembre de 2018, se llevó a cabo el evento “Lanzamiento del Plan Nacional de Acción en Empresas y Derechos Humanos al Bicentenario”.¹⁷ En este, fueron presentados los cinco lineamientos estratégicos que serían desarrollados por el PNA. Estos se encuentran alineados con el marco de proteger, respetar y remediar de los Principios Rectores, y comprenden los siguientes aspectos: i) promoción y difusión de una cultura de respeto a los derechos humanos en el ámbito empresarial conforme a los estándares internacionales; ii) diseño de políticas públicas para prevenir violaciones de derechos humanos en el ámbito empresarial; iii) diseño de políticas públicas que promuevan el respeto de las empresas a los derechos humanos a través de la rendición de cuentas, la investigación y la sanción por lo impactos de sus actividades; iv) promoción y diseño de procedimientos de diligencia debida para asegurar el respeto de las empresas a los

¹⁷ Véase más información sobre el evento en: MINJUSDH. Perú elabora Plan Nacional sobre empresas y derechos humanos. 14 de diciembre de 2018. Disponible en: <<https://www.minjus.gob.pe/actividades-institucionales-y-eventos/peru-elabora-plan-nacional-sobre-empresas-y-derechos-humanos/>>.

derechos humanos; y v) diseño y fortalecimiento de mecanismos para garantizar que las víctimas de violaciones de derechos humanos puedan acceder por distintas vías a una reparación (MINJUSDH, 2019, p. 5).

Por otro lado, en febrero de 2019, se desarrolló el evento “Principios Rectores de la ONU: Retos y oportunidades del Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos”. Este contó con la presencia de Dante Pesce, uno de los miembros del GTEDH, y fue oportunidad para que el Ministro de Justicia y Derechos Humanos reafirmara el compromiso del Estado de elaborar un PNA.¹⁸ Ese mismo mes, se instaló el Grupo de Trabajo del Poder Ejecutivo para el PNA (GTPE-PNA), compuesto por todos los ministerios y ciertas instituciones adscritas a ellos, con el propósito de articular y armonizar a los distintos sectores durante el proceso de elaboración e implementación del PNA (MIJUSDH, 2019, p. 9-10). Con ello, estaba todo preparado para iniciar formalmente la elaboración del PNA. El primer paso era la elaboración de la metodología, lo cual se detallará a continuación.

3.2 Elaboración de la metodología

El 27 de marzo de 2019, tuvo lugar la primera mesa multiactor para la elaboración del PNA. En ella, el MINJUSDH dio a conocer su primera propuesta de metodología para la construcción del plan. El documento presentado señalaba entre otras cuestiones, que se utilizaría en el proceso el enfoque de gestión de resultados, el enfoque de derechos humanos y otros enfo-

¹⁸ Véase: MINJUSDH. MINJUSDH destaca avances del Plan de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos. 28 de febrero de 2019. Disponible en: <<https://www.gob.pe/institucion/minjus/noticias/26075-minjusdh-destaca-avances-del-plan-de-accion-sobre-empresas-y-derechos-humanos>>.

ques diferenciados, como el género, interculturalidad o discapacidad (MINJUSDH, 2019b, p. 3). Asimismo, indicaba que el PNA sería desarrollado a través una estrategia multiactor, consistente en la participación amplia, incluyente, descentralizada y consensuada de los representantes del Estado, las empresas, los trabajadores, los pueblos indígenas y la sociedad civil (MINJUSDH, 2019b, p. 5).

Además de estos dos aspectos, que fueron conservados sin mayor modificación en la versión final de la metodología (MINJUSDH, 2019, p. 7-9, y 14-16), la propuesta inicial hizo referencia a otras cuestiones que sí han variado desde entonces. Ese fue el caso, por ejemplo, del cronograma de actividades. En la propuesta inicial de la metodología, se preveía que esta estuviera aprobada en abril de 2019; el diagnóstico y línea de base, en julio de 2019; y el PNA, en noviembre de 2019 (IDEHPUCP, 2019b, p. 4).

Esto suponía de por sí un cambio en una de las fechas que había sido prevista en el quinto lineamiento estratégico del Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021 (*supra*, p. 06). No se trató de la última modificación, pues la segunda propuesta del documento de metodología, compartida por el MINJUSDH en julio de 2019, planteó nuevos plazos,¹⁹ que fueron cambiados otra vez en la versión final de la metodología. De este modo, en el documento final presentado en agosto de 2019, se determinó que la metodología sería aprobada ese mismo mes, el diagnóstico y línea de base, en diciembre de 2019, y el PNA, entre mayo y junio de 2020 (MINJUSDH, 2019, p. 22).²⁰

19 Este segundo documento establecía que la metodología debía estar aprobada para julio de 2019; el diagnóstico y línea de base, en noviembre de 2019, y el PNA, en mayo - junio de 2020 (MINJUSDH, 2019c, p. 21).

20 De acuerdo a la información presentada por el MINJUSDH en un evento regional sobre el PNA en el mes de octubre, el plazo para la aprobación del diagnóstico y línea de base se ampliaría hasta marzo de 2020.

Otra cuestión que fue modificada fue la relación de temas que serían abordados en el diagnóstico y línea de base. Inicialmente, el MINJUSDH propuso que fueran 18 temas, que habían sido seleccionados a partir del informe del GTEDH sobre su visita a Perú.²¹ La versión final de la metodología amplió la lista a 23, incorporando las sugerencias que habían sido hechas por distintos actores. Así, se incluyeron en la lista las siguientes cuestiones: necesidades de sensibilización y capacitación en Principios Rectores, avances en la implementación de mecanismos de debida diligencia en derechos humanos en las empresas, acceso al trabajo del adulto mayor y derecho a la pensión, población afroperuana y migrantes (MINJUSDH, 2019, p. 20-21).²²

Por último, otro aspecto modificado fue la lista de actores que estarían involucrados en el proceso. La primera propuesta de metodología indicó que serían parte de la mesa multiactor 19 ministerios, 10 organizaciones y gremios empresariales, 56 organizaciones de la sociedad civil, 4 organizaciones sindicales y 7 organizaciones de pueblos indígenas (MINJUSDH, 2019b, p. 9-10). La versión final del documento reorganizó la lista de “actores del proceso”, clasificando a los involucrados en actores estatales,²³

21 Estos temas eran: transparencia, integridad y lucha contra la corrupción, mecanismos judiciales estatales, mecanismos de reclamación extrajudiciales, defensores de los derechos humanos, uso de las fuerzas de seguridad del estado en el contexto de las protestas sociales, prestación de servicios policiales extraordinarios a empresas, derecho a la consulta previa, base de datos de pueblos indígenas, libertad de asociación y negociación colectiva, informalidad laboral, trabajo infantil, personas con discapacidad, discriminación por motivo de género, conflictividad social, evaluaciones de impacto ambiental, social y en materia de derechos humanos, sector de minería, sector de petróleo y gas, y agricultura a gran escala (MINJUSDH, 2019b, p. 7).

22 A algunos de los temas propuestos en la lista inicial se sumaron otros aspectos. Por ejemplo, a la cuestión del uso de las fuerzas de seguridad del Estado se agregó el sector de seguridad privada. Asimismo, al tema de trabajo infantil se sumó el trabajo forzado.

23 Estos son: MINJUSDH, GTPE-PNA, Defensoría del Pueblo, Congreso de la República, Poder Judicial, Academia de la Magistratura, Ministerio Público y otros órganos constitucionales autónomos, Gobiernos Regionales, y Municipalidades.

actores empresariales,²⁴ actores de la sociedad civil,²⁵ actores de los pueblos indígenas,²⁶ actores del sector de trabajadores,²⁷ organismos internacionales y cooperación internacional (MINJUSDH, 2019, p. 9-14). En total, según el anexo de este documento, en la mesa multiactor nacional participarían 114 instituciones.

Es preciso indicar que, como en el caso de los temas que serían abordados por el diagnóstico y la línea de base, la versión final de la metodología incorporó muchas de las sugerencias que los distintos actores habían hecho desde la presentación del documento en marzo. En efecto, según informó el MINJUSDH, para el momento en que compartió su segunda propuesta de metodología, había recibido 198 “aportes”, cifra que se incrementó a 270, cuando se presentó el documento final (MINJUSDH, 2019d). Adicionalmente, vale la pena destacar otros cuatro aspectos sobre la metodología para la elaboración del PNA. En primer lugar, resulta interesante señalar que el documento final fue aprobado mediante la Resolución Viceministerial 001-2019-JUS del 6 de septiembre de 2019. Esta norma infralegal precisó que la aprobación de la metodología tenía “eficacia anticipada al 27 de agosto de 2019” y encargó a la Dirección General de Derechos Humanos (DGDH) del MINJUSDH su implementación.

En segundo lugar, cabe recalcar los mecanismos de descentralización del proceso que fueron incluidos en el documento.

24 La representación del sector empresarial fue delegada a nueve organizaciones gremiales. Sin embargo, otros *stakeholders* empresariales, como la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía, y la empresa Anglo American, pueden incorporarse en el proceso.

25 Estos son: Plataforma de la Sociedad Civil para el PNA sobre Empresas y Derechos Humanos (compuesta por 12 instituciones), y otras 13 organizaciones.

26 Se incluyeron como representantes a las ocho organizaciones indígenas que forman parte del Grupo de Trabajo de Pueblos Indígenas del Ministerio de Cultura, y a la Plataforma Indígenas Amazónica sobre Empresas y Derechos Humanos, compuesta por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana y sus cinco federaciones regionales.

27 Se incluyeron igualmente cuatro confederaciones sindicales.

Por ejemplo, se estableció que se realizarían actividades de “diálogo en regiones” con el propósito de sensibilizar, capacitar y recoger información de actores regionales (MINJUSDH, 2019, p. 16). En ese sentido, entre los meses de octubre y noviembre de 2019, se llevaron a cabo conversatorios y cursos gratuitos sobre el PNA en regiones como Puno, Piura e Iquitos. El otro ejemplo de estos mecanismos fue el compromiso asumido en la metodología de organizar mesas macro regionales durante la etapa de construcción de acciones del PNA en al menos cinco ciudades (MINJUSDH, 2019, p. 16).

En tercer lugar, resalta que se haya previsto como una acción continua dentro del proceso de elaboración del PNA a la capacitación y sensibilización sobre estándares internacionales en materia de empresas y derechos humanos (MINJUSDH, 2019, p. 20-21). Ello no solo se ha materializado en actividades regionales como las mencionadas en el anterior párrafo, sino también en eventos sobre cuestiones específicas en la materia, como los conversatorios sobre “los derechos de las personas LGTBI y la empresas” y “los derechos de la niñez y la empresa”, que se llevaron a cabo en julio de 2019. Finalmente, como se desarrollará en el siguiente apartado, la metodología se refirió a la elaboración del diagnóstico y línea de base del PNA.

3.3 Preparación del diagnóstico y línea de base

Actualmente, se encuentra en curso el proceso de preparación del diagnóstico y línea de base del PNA. Para esta tarea, el MINJUSDH ha solicitado el apoyo técnico de tres universidades (Pontificia Universidad Católica del Perú, mediante el IDEHPUCP; Universidad Antonio Ruiz de Montoya, mediante el Instituto de Ética y Desarrollo; y Universidad del Pacífico,

mediante el Centro de Estudios de Minería y Sostenibilidad), que elaborarán insumos que identifiquen las brechas existentes entre los estándares internacionales y su implementación a nivel nacional, en algunos de los 23 temas mencionados en la sección anterior.

Los temas que no estén a su cargo serán sistematizados y procesados por la DGDH (MINJUSDH, 2019, p. 20). Esta dirección será además la encargada, en coordinación del GTPE-PNA, de elaborar en última instancia los informes técnicos que serán presentados en las mesas multiactor, así como el documento final de diagnóstico y línea de base (MINJUSDH, 2019, p. 18 y 20).

En cuanto al trabajo de las universidades, resulta preciso indicar que, luego de varias reuniones entre ellas, estas definieron una metodología común aplicable a cada uno de los temas que les fueron asignados. La metodología que elaboraron contiene los objetivos general y específicos que deben guiar los insumos, el marco teórico y metodológico a utilizar, los mecanismos de recojo de información y una estructura común para los informes que deben presentar. En relación a estos puntos, hay algunos elementos que vale la pena resaltar, y que pueden ayudar a comprender mejor el trabajo que se viene realizando.

Por un lado, las universidades determinaron que el marco teórico principal que utilizaría serían los Principios Rectores, y sus tres pilares. Igualmente, establecieron que tendrían como marco de referencia a los estándares existentes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH). De esta manera, las fuentes que debían revisar para determinar los estándares aplicables son aquellas normas internacionales vinculantes para el Estado peruano, y las normas de *soft law* que pudieran ayudar a darle contenido a dichas obligaciones.

De otro lado, a nivel metodológico se decidió tomar en cuenta la matriz para realizar una Evaluación Nacional de Línea de Base (ENLB) propuesta por el Instituto Danés de Derechos Humanos (DIHR) y la Mesa Redonda Internacional para la Rendición de Cuentas Empresarial (ICAR) en su “Kit de Herramientas sobre Planes de Acción Nacionales de Empresas y Derechos Humanos (Edición 2017)”.²⁸ Se acordó que de ser pertinente se adaptarían las preguntas planteadas en esa matriz. Además, se estableció que para responder la matriz, se realizaría un trabajo de gabinete, recopilando normas, documentos de políticas, e informes elaborados por actores privados o públicos.

Asimismo, se previó realizar trabajo de campo para recopilar información de actores de los tres pilares, que facilite la valoración en la identificación de las brechas. Sin embargo, se estableció que los alcances del trabajo de campo estarían sujetos a las necesidades de cada tema, y al financiamiento que disponía cada universidad. Por ejemplo, en el caso del IDEHPUCP, en la mayoría de temas que tuvo a su cargo,²⁹ contó con la posibilidad de realizar entrevistas en tres regiones distintas a Lima (Cajamarca, Cusco y Puno). Este proceso de recojo de información fue útil a efectos de contar con información sobre las percepciones de los distintos actores tanto en Lima como en regiones, más allá de los documentos que estos podrían producir.

Finalmente, otro aspecto a destacar es que las universidades no incluyeron en la estructura propuesta para sus informes a

28 Para el tema de servicios de seguridad privada se utilizó, además, la herramienta preparada por el Centro de Ginebra para la Gobernanza del Sector de Seguridad.

29 Los temas en los que realizó trabajo de campo (gracias al apoyo del Gobierno de Reino Unido) fueron en uso de la fuerzas de seguridad del Estado en el contexto de las protestas sociales, sector de seguridad privada, y prestación de servicios policiales extraordinarios a empresas. El tema que no contó con trabajo de campo fue libertad de asociación y negociación colectiva.

la elaboración de recomendaciones, pues consideraron que esa tarea correspondía a las mesas multiactor mencionadas por la metodología.

3.4 La etapas pendiente: La construcción del PNA en las mesas multiactor

Una vez que el diagnóstico y línea de base hayan sido culminados, se comenzarán a discutir en las mesas multiactor los temas priorizados a partir de ellos (MINJUSDH, 2019, p. 19). El objetivo de estos espacios será que “[...] los actores alcancen un entendimiento compartido sobre la problemática y las acciones, indicadores y metas que deben priorizarse para enfrentarla [...]” (MINJUSDH, 2019, p. 15). En ese contexto, se plantean algunos desafíos que deben ser tomados en consideración para lograr que las mesas multiactor constituyan espacios verdaderamente participativos, en los que se recoja efectivamente las inquietudes de los diferentes actores, y estas sean incorporadas en el producto final.

Un primer desafío se refiere al concepto de “consensos razonables” planteado por el MINJUSDH en el marco del desarrollo de estos espacios. Para esta institución, el consenso debe ser entendido como “la voluntad razonable de los actores de llegar a un acuerdo [...] no es sinónimo de unanimidad ni de voto por mayoría. La falta de consenso [...] no significa, por sí mismo, el veto a dicho tema o propuesta” (MINJUSDH, 2019, p. 15). A pesar de lo atractivo de esta definición, a partir de ella surge la interrogante de cómo se van a alcanzar entonces los acuerdos. Asimismo, cabe preguntarse, en caso de diferencias, cómo se va a tomar una decisión y cuál va a ser el rol que va a asumir el MINJUSDH en la adopción de los acuerdos finales.

Un segundo desafío es que el MINJUSDH se ha planteado que los distintos actores que participen en estos espacios lo hagan en igualdad de condiciones. Para ello, ha propuesto actividades de capacitación como los diálogos regionales ya mencionados y la convocatoria a las mesas multiactor con suficiente tiempo de anticipación e información sobre los temas en agenda (MINJUSDH, 2019, p. 16). Sin embargo, la realización de estas iniciativas dependerá mucho de la voluntad y capacidad de MINJUSDH de moderar adecuadamente el proceso y generar las condiciones para el diálogo. No obstante, para ello, se requerirá la voluntad de los actores que participen en el proceso para generar un espacio que reconozca las diferencias pero que tenga como objetivo alcanzar consensos.

Por último, cabe señalar que en las mesas multiactor, además de elaborar el contenido del PNA, se establecerá el mecanismo de seguimiento para su implementación. Una vez que este instrumento haya sido aprobado en este espacio, se publicará un borrador del PNA para recibir en un lapso de 20 días los comentarios finales de distintos actores (MINJUSDH, 2019, p. 21). Se espera que todo este proceso concluya a mediados de 2020.

4. Reflexiones finales

El Estado peruano se encuentra a mitad del camino del proceso de elaboración del PNA. A la fecha, ha cumplido solo una de las tres metas que se había propuesto en el PNDH, aunque se encuentra en proceso de lograr su segunda meta. En esas circunstancias, se pueden hacer algunas reflexiones sobre lo que ha sucedido en el transcurso del proceso, y sobre los posibles retos que existirán en el futuro. Como se ha evidenciado en este

artículo, los plazos para la elaboración del PNA se han modificado en al menos cuatro oportunidades.

Ello nos debe llamar a reflexionar sobre la necesidad de encontrar un equilibrio entre el resultado que se busca obtener y los plazos que se plantean. Así, se debe sincerar dichos plazos, considerando que extenderlos demasiado puede generar desinterés y desgaste de los actores con poder de decisión política para su aprobación. Sin embargo, esto no nos debe hacer perder de vista que se debe realizar un proceso participativo, que tome en cuenta las diferentes expectativas que existen por la gran diversidad de actores en relación a los resultados del mismo. Lo contrario puede significar encontrar un punto muerto al momento de la toma de decisiones.

Por otro lado, al momento de establecer las acciones del PNA, además de tomar en cuenta las opiniones de los actores que bajo un sistema de gobernanza cumplen un rol para su adecuada implementación, también se deberá reflexionar sobre sus limitaciones y procesos, para así diseñar indicadores que puedan ser efectivamente alcanzados. Asimismo, para la implementación del PNA, resulta clave que se institucionalice un mecanismo de monitoreo que haga seguimiento constante y efectivo de su cumplimiento, e involucre a todos los actores relevantes. En ese sentido, la institución encargada de coordinar este proceso, que ha sido el MINJUSDH, debe mantener un rol activo y constante, derivando recursos públicos que lo permitan, y generando los mecanismos que incentiven el cumplimiento del plan. Finalmente, en lo que queda del proceso, es importante incluir, de manera adecuada y real, las opiniones e intereses de los diferentes actores, evitando que el proceso participativo se convierta en uno meramente simbólico o instrumental.

5. Referencias

BLANCO, C.; ZAMBRANO, G.; REYES, V.; HURTADO, E.; BUTTON, E. *Estudio de la cadena minera y sus relaciones con los derechos humanos: diagnóstico sobre la situación en el Perú*. En: MATHIS, Adriana de Azevedo, *et al.* (org.). Políticas de regulação das empresas transnacionais por violação aos direitos humanos na américa latina: estudos de caso. João Pessoa: UFPB, 2018.

DAMONDE, Gerardo. *Política minera y conflicto en el Perú: el agotamiento de la política de autorregulación corporativa*. En: Paúl Cisneros ed. *Política minera y sociedad civil en América Latina*. Quito: Editorial IAEN, 2016, p. 233-264.

Corporación Latinobarómetro. Defensoría del Pueblo. *Violencia en los conflictos sociales*. Informe 2018. Informe Defensorial n. 156. Lima: 2012, p. 34. Disponível em: <http://www.latinobarometro.org/latdocs/INFORME_2018_LATINOBAROMETRO.pdf>.

GTEDH. *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas acerca de su misión al Perú*. A/HRC/38/48/Add.2. 9 de mayo de 2018.

IDEHPUCP. *Rutas para la implementación del Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos en el Perú*. Memoria del Conversatorio. Lima: IDEHPUCP, 2018.

MINJUSDH. *Metodología del proceso de elaboración del Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos (Implementación del Lineamiento n. 5 del Plan Nacional de Derechos Humanos (2018-2021))*. 2019.

MINJUSDH. *Metodología del proceso de elaboración del Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos (Implementación del Lineamiento n. 5 del Plan Nacional de Derechos Humanos (2018-2021))*. 2019.

tación del Lineamiento n. 5 del Plan Nacional de Derechos Humanos (2018-2021). Documento borrador (Marzo). 2019b.

MINJUSDH. *Metodología del proceso de elaboración del Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos* (Implementación del Lineamiento n. 5 del Plan Nacional de Derechos Humanos (2018-2021). Documento en construcción (Julio). 2019c.

MINJUSDH. *Aportes de los actores a la metodología para el proceso de elaboración del Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos. Aportes a la primera versión de la metodología.* 2019d.

MINJUSDH. *Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021.* Lima: MINJUSDH, 2018.

PCM. *Willaqniki. Reporte mensual.* 2019.

Iniciativas do Estado Brasileiro de responsabilização de empresas frente a violações de direitos humanos: uma análise para além do Decreto n^o 9571/2018

Cristina Figueiredo Terezo Ribeiro¹

Igor Davi da Silva Boaventura²

Aimée Gabriella Teixeira Martins³

Helil César Aguiar Bahia⁴

1 Doutora em Direito pela Universidade Federal do Pará. Professora efetiva da Universidade Federal do Pará. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPA. Docente Pesquisadora da Clínica de Direitos Humanos da Amazônia. Visiting Scholar do Washington College of Law, American University. Projetos de Pesquisa nos Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, Grupos Vulnerabilizados e Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

2 Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, na linha de pesquisa Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos. Pós-Graduando em Direito Público pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Advogado residente da Clínica de Direitos Humanos da Amazônia. Tutor da Equipe vencedora do Concurso Audiências Temáticas ante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ocorrido em setembro de 2019, na cidade de Buenos Aires. Tem experiência na área do Direito Internacional dos Direitos Humanos, atuando principalmente nos seguintes temas: Pluralismo Jurídico, Sistema Interamericano de Direitos Humanos e Direito dos Grupos Vulneráveis.

3 Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Bolsista pela Clínica de Direitos Humanos da Amazônia (CIDHA) que é instituição vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará - PPGD/UFPA. Atua no Projeto “Violações de direitos humanos e atuação de empresas transnacionais na América Latina”.

4 Graduando em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Bolsista pela Clínica de Direitos Humanos da Amazônia (CIDHA) que é instituição vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará - PPGD/UFPA. Atua no Projeto “Violações de direitos humanos e atuação de empresas transnacionais na América Latina”.

Resumo: Após a mobilização no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU) para elaboração de parâmetros de responsabilidade de empresas em relação aos Direitos Humanos, resultando nos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, e impulso para criação nos países dos Planos Nacionais de Ação (PNA), o Estado brasileiro iniciou suas primeiras medidas no sentido de se adequar a essa normativa internacional. Com efeito, o presente artigo visa analisar as iniciativas desenvolvidas pelo Brasil sobre a temática empresas e direitos humanos, compreendendo seu posicionamento, objetivos e avanços frente os parâmetros internacionais existentes. Assim, se propõe a uma análise mais profunda sobre o cenário brasileiro para além das realizadas no Decreto nº 9571/2018.

Palavras-chave: Responsabilização de empresas, Plano Nacional de Ação, Princípios Orientadores, Decreto nº 9571/2018.

Sumário: 1. Introdução; 2. Iniciativas do Brasil frente as normativas internacionais; 3. Resolução nº 4 do Conselho Nacional dos Direitos Humanos: análise e projeções; 4. Decreto nº 9.571/2018 sob a égide dos Princípios Orientadores das Nações Unidas; 5. Conclusão; 6. Referências.

1. Introdução

Com o advento do processo de globalização, as atividades empresariais tomaram proporções nunca vistas. Nesse contexto, a atuação das empresas deixou de ser restrita a um território específico, passando a coexistir em diversos países, de acordo com as necessidades de mercado e oportunidades de lucro. Assim, surgem no âmbito internacional as chamadas “empresas transnacionais”, conceituadas por Mira Wilkins (1993) como sendo sociedades empresárias que possuem sede em determinado país, mas que operam, ao menos, em um país estrangeiro.

Tais empresas caracterizam-se como sujeitos internacionais de grande influência, tendo em vista que muitas delas possuem poder econômico maior que o de muitos Estados, e seu *lobby* pode, inclusive, modificar normas dos ordenamentos internos dos países, em troca de investimentos na economia local (CARDIA; FERREIRA, 2018, p. 185).

Ainda nas décadas de 1970 e 1980, surgiu um movimento Sul-Global, conhecido como “Nova Ordem Econômica Internacional” (NIEO), encabeçado por países em desenvolvimento, que tinha como objetivo transformar o sistema econômico global em prol do denominado “Terceiro Mundo” (BENEDETTI, 2018, p. 21). A discussão sobre a atuação das empresas transnacionais se tornou uma necessidade vista pelos países em desenvolvimento, em razão destes serem os mais afetados pelas práticas econômicas dessas empresas.

Na seara internacional, buscava-se uma forma de regulação das atividades das empresas transnacionais, razão pela qual, no ano de 1999, o então Secretário-Geral das Nações Unidas, Kofi Annan, anunciou no Fórum Econômico Mundial o chamado Pacto Global (BENEDETTI, 2018, p. 22). Tal documento apresenta dez princípios (sendo o décimo incorporado no ano de 2004) a serem assumidos de forma voluntária pelas empresas em relação ao respeito aos direitos humanos, meio ambiente, trabalho e anticorrupção (ONU, 2000).

Dentre os possíveis motivos da adoção do Pacto Global, destaca-se o crescimento das discussões, na década de 1990, sobre o aumento da pobreza mundial e das violações de direitos humanos ligadas à política neoliberal vigente em muitos países (ARAGÃO, 2010). Todavia, como a adesão das empresas ao Pacto Global é voluntária, tal instrumento apresenta um “déficit de exigibilidade e supervisão” (BENEDETTI, 2018, p. 24), posto

que não há um órgão com competência para fiscalizar seu cumprimento por parte das empresas. Nesse cerne, o Pacto Global, apesar de ser relevante para a fixação de princípios sobre a temática Direitos Humanos e Empresas, possui uma eficácia reduzida ante a ausência de monitoramento (REINISCH, 2005).

A então Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, reconhecendo a relevância da discussão sobre os limites e responsabilidade das atividades empresariais em relação aos direitos humanos, solicitou, no ano de 2005, que o Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos desenvolvesse um relatório com diretrizes e sugestões sobre a problemática (BENEDETTI, 2018, p. 26).

Ainda em 2005, a Comissão, seguindo recomendações do relatório produzido, adotou a Resolução nº 2005/69, onde solicitou a designação de um “Representante Especial sobre a Questão dos Direitos Humanos e Corporações Transnacionais e outras Empresas” (BENEDETTI, 2018, p. 26), ocasião em que o então Secretário-Geral das Nações Unidas, Kofi Annan, nomeou para o cargo John Gerard Ruggie, professor da Universidade de Harvard, para um mandato de dois anos (CARDIA; FERREIRA, 2018, p. 191), que foi posteriormente prorrogado, em 2008, por um triênio. Destaca-se que na primeira fase de seu mandato

Ruggie realizou seis consultas regionais, além de outras consultas junto a diferentes setores da economia, oficinas e seminários, que contaram com a participação de especialistas e representantes de governos, do setor privado e da sociedade civil (BENEDETTI, 2018, p. 26).

Do exposto, observa-se que Ruggie, no exercício de suas atribuições, tinha como premissa a participação e contribuição de diversos atores no processo de elaboração dos parâmetros de

responsabilidade de empresas em relação aos direitos humanos. Os resultados do seu primeiro mandato foram documentados em um relatório, onde Ruggie apresentou o denominado “Marco Proteger, Respeitar e Reparar sobre Empresas e Direitos Humanos”, que possuía três pontos fundamentais:

(i) o dever do Estado de oferecer proteção contra abusos de direitos humanos cometidos por terceiros, incluindo empresas, por meio de políticas, regulação e atribuição de responsabilidades (“adjudication”); (ii) a responsabilidade corporativa de respeitar direitos humanos, atuando com a devida diligência (“due diligence”) para evitar infringir direitos e lidar com impactos adversos que possam advir de sua atenção; e (iii) o acesso das vítimas à reparação efetiva, por meio de mecanismos judiciais e não judiciais (BENEDETTI, 2018, p. 26).

O “Marco Proteger, Respeitar e Reparar sobre Empresas e Direitos Humanos”, adiante denominado apenas “Marco”, foi aprovado pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas (que substituíra a extinta Comissão de Direitos Humanos) em 2008, mediante a Resolução nº 8/7, que também renovou o mandato de Ruggie, dando-lhe novos objetivos, dentre eles oferecer “recomendações sobre formas de fortalecer a realização do dever do Estado de proteger todos os direitos humanos de abusos de corporações transnacionais e outras empresas, inclusive por meio de cooperação internacional”, bem como “explorar opções e fazer recomendações [...] para o aprimoramento do acesso à reparação efetiva por aqueles cujos direitos humanos tenham sido afetados por atividades empresariais” (BENEDETTI, 2018, p. 27).

O segundo mandato de Ruggie resultou na elaboração de uma série de princípios referentes a Direitos Humanos e Em-

presas, denominados como “Princípios Orientadores das Nações Unidas para Empresas e Direitos Humanos, aprovados pelo Conselho de Direitos Humanos por meio da Resolução nº 17/4, que também estabeleceu o Grupo de Trabalho das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos, com a função de promover a implementação dos Princípios Orientadores (BENEDETTI, 2018, p. 27). Os referidos Princípios têm como pilar a tríade “Proteger”, “Respeitar” e “Reparar”, e são um mecanismo para fomentar a regulação de violações de direitos humanos por empresas (CARDIA; FERREIRA, 2018, p. 192).

O dever de “Proteger” enseja o Estado intervir nas violações praticadas por terceiros, o que inclui as empresas. O dever de “Respeitar” remete às empresas a obrigação de se absterem das práticas que violem Direitos Humanos, enquanto o dever de “Reparar” aduz aos Estados e às empresas o dever de garantir a devida reparação judicial (ou extrajudicial) às vítimas de violações de Direitos Humanos decorrentes de atividades empresariais (CARDIA; FERREIRA, 2018, p. 192).

O Grupo de Trabalho da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos, instituído por meio da Resolução n. 17/4, conforme aludido, dentre suas atribuições, possui a tarefa de “explorar opções, nos níveis internacional, regional e nacional, para aprimorar os mecanismos de reparação disponíveis àqueles cujos direitos tenham sido afetados por atividades corporativas”, bem como possui a competência de “conduzir visitas a países e responder a convites de países” (BENEDETTI, 2018, p. 28).

Com base nesta competência, o referido Grupo de Trabalho da ONU realizou visita ao Brasil, em dezembro de 2015, em razão da observância de graves violações de direitos humanos por atividades empresariais, em especial após o rompimento de re-

jeitos do “Fundão”, em Mariana, em novembro de 2015 (ONU, 2016a, online). O Grupo de Trabalho visitou localidades que se destacam no contexto nacional: Mariana (ruptura da barragem do Fundão), Rio de Janeiro (obras para as Olimpíadas de 2016) e Altamira (construção da hidroelétrica de Belo Monte), e após a visita, publicou um relatório (CARDIA; FERREIRA, 2018, p. 200).

Diante da observância dos problemas enfrentados pelas comunidades afetadas pelas atividades empresariais, o Grupo de Trabalho enfatiza, no parágrafo 68 do Relatório, a importância do governo e das empresas em “ouvirem a voz dos mais marginalizados” (ONU, 2015, §68). Ademais, o Relatório aponta que “considerando profundamente as opiniões e experiências das pessoas afetadas, por exemplo, por grandes projetos de desenvolvimento, é essencial garantir que os direitos humanos não sejam colocados em risco na busca do crescimento econômico” (ONU, 2016b, §68). Dentre as recomendações do Grupo de Trabalho ao Estado brasileiro, tem-se a criação de um Plano Nacional de Ação sobre Empresas e Direitos Humanos, que seja embasado no “engajamento de múltiplas partes interessadas” na sua elaboração (ONU, 2016b, § 70, d).

A Conectas, organização não-governamental brasileira, produziu, em 2018, um documento de autoria própria, que trouxe um resumo das considerações do referido Relatório:

(a) o Brasil busca desenvolvimento às expensas dos direitos humanos, (b) empresas fazem “business as usual”, (c) comunidades atingidas são sistematicamente ignoradas e (d) há riscos de retrocesso no marco legal. O relatório articula 28 recomendações – direcionadas ao governo brasileiro (17), às empresas públicas e privadas que atuam no Brasil (7) e à sociedade civil (4) –, incluindo a necessidade de desenvolvimento de um plano de ação nacional sobre empresas

e direitos humanos, criação de plataformas e fortalecimento de mecanismos de diálogo entre Governo, empresas e sociedade civil e definição de políticas claras para que todas as empresas no país respeitem os direitos humanos e realizem auditoria em suas operações nacionais e internacionais (CONNECTAS, 2018, p. 27).

Desta feita, todos os documentos internacionais acima mencionados estabeleceram diretrizes para a elaboração de políticas públicas pelo Estado brasileiro, como a realização de consultas prévias aos múltiplos atores envolvidos, posto que é “imperioso que seja dado voz às comunidades afetadas pela atividade empresarial, assim como às entidades da sociedade civil que atuam em prol das mais diversas causas no amplo espectro dos direitos humanos” (CARDIA; FERREIRA, 2018, p. 202).

2. Iniciativas do Brasil frente as normativas internacionais

Os Princípios Orientadores da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos apresentam importantes disposições sobre as medidas a serem implantadas pelos Estados e pelas corporações ao criar suas normativas internas e seus códigos de conduta de cada empresa.

Como importante política nacional sobre a temática, o Estado brasileiro dispôs em 21 de novembro de 2018, o Decreto nº 9571, que estabelece as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos, destinado as médias e grande empresas, incluindo as multinacionais com exercício no País.⁵ Não obstante, a normativa ignora toda discussão anterior promovida pela Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC), por meio do seu GT sobre Direitos Humanos e Empresas, que or-

⁵ Art. 1º Este Decreto estabelece as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos, para médias e grandes empresas, incluídas as empresas multinacionais com atividades no País.

ganizou a 1ª Audiência Pública brasileira sobre Empresas e Direitos Humanos em novembro de 2017, com ampla participação da sociedade civil, que não foi consultada ou informada sobre o processo de criação do referido Decreto (HOMA, 2018, p. 6).

De forma estrutural, o Decreto se organiza em seis Capítulos dispondo desde os seus eixos orientadores, obrigações estatais, respeito das empresas aos direitos humanos, mecanismos de reparação e mediação, até a criação de um comitê de monitoramento. Nas disposições do Capítulo III relacionadas a responsabilidade das empresas, destaca-se o uso da linguagem que minimiza a atuação das empresas a exemplo das palavras “respeito” e “evitar”, corroborando uma compreensão consagrada pelo Princípios Orientadores que busca harmonizar os interesses empresariais, em detrimento da realização dos direitos humanos, e não a supremacia desses (HOMA, 2018, p. 7).

Como resultado da atividade da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC) do Ministério Público Federal (MPF), a Nota Técnica nº 7/2018 “A Proteção e Reparação de Direitos Humanos em Relação a Atividades Empresariais” apresenta o posicionamento do órgão frente a instituição de uma política pública e futura criação de um Plano Nacional de Ação (PNA), bem como a posição sobre a elaboração de um tratado internacional. Aproximando-se das críticas ao Decreto, a PFDC considera que há uma lógica de lucro pertinente a toda atividade empresarial, que visa diminuir custos e aumentar ganhos suprimindo, muitas vezes, a proteção de direitos humanos, demonstrando a importância da inversão da lógica dos Princípios Orientadores de mecanismos de equilíbrio entre as forças econômicas e o respeito a direitos.

Nos países considerados em desenvolvimento é mais perceptível os benefícios sobre os quais o Estado está disposto a oferecer para captar maiores investimentos, que, por sua vez, se traduz nas obrigações de fazer ou não-fazer das empresas, notadamente nos campos ambiental, de proibição de uso de mão de obra em situações análogas à escravidão, de observância de normas sanitárias, de facilitação na ocupação da terra e o conseqüente uso indiscriminado do despejo, de deslocamento forçado de populações. Nesse sentido, é exigível que as empresas mantenham o mesmo padrão de proteção em qualquer local que exerçam suas atividades direta ou indiretamente.

O posicionamento da PFDC é claro ao considerar as políticas de aspecto voluntário pelas empresas como insuficiente para lidar com as implicações do tema empresas e direitos humanos. A referida Nota Técnica conclui pela falta de responsabilidade direta para os empreendimentos ao negociarem sua instalação nos países, a partir de concessões de redução de custos sociais e menor proteção ao meio ambiente.

Ademais, importante reflexão é acerca da proposta da criação dos Planos Nacionais de Ação, visto como um instrumento de implementação dos Princípios Orientadores, o qual estaria aquém das normas internas já existentes, como, no plano ambiental, o artigo 225 da Constituição Federal, que incorporou a exigência de estudos de impacto ambiental prévios à instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente. No mesmo sentido, a ratificação pelo Brasil da Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que determina a consulta prévia, livre e informada dos povos e comunidades tradicionais, aplicado de forma vinculante aos empreendimentos, além da responsabili-

zação penal da pessoa jurídica por crimes ambientais, já consagrada em legislação pátria.

Convém destacar ainda como iniciativa governamental prévia ao Decreto nº 9571, a publicação, em 10 de agosto de 2018, da Portaria nº 289 pelo então Ministério dos Direitos Humanos, que prevê a criação do Comitê Empresas e Direitos Humanos (CEDH), órgão ligado institucionalmente ao Ministério. No artigo 2º são disciplinadas as finalidades do Comitê:

I - buscar meios de implementação dos princípios orientadores da Organização das Nações Unidas (ONU) referentes às empresas e negócios jurídicos;

II - propor parâmetros comuns aplicáveis à atuação das empresas privadas, empresas de economia mista ou empresas estatais, no que pertine ao respeito aos direitos humanos;

III - analisar as questões apontadas pela sociedade civil, pelos centros de pesquisa, pelos órgãos de controle, pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública e pela Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos, e propor encaminhamentos;

IV- solicitar informações, bem como monitorar ações de empresas, no pertinente aos direitos humanos;

V- estimular que as empresas privadas comuniquem e reportem suas ações estratégicas para o pleno respeito dos direitos humanos e indiquem os impactos de suas atuações;

VI - realizar diagnósticos e elaborar estudos sobre a temática;

VII- fazer propostas de atos normativos ou de ações específicas sobre o tema;

IX- articular ações intersetoriais, interinstitucionais e interfederativas para o fortalecimento do respeito dos direitos humanos pelas empresas.

X- apresentar relatórios de suas atividades e avanços.

O CEDH realizaria importante papel no monitoramento das empresas, na análise das questões apontadas pela sociedade civil, centros de pesquisas e outros órgãos, na propositura de novas políticas e publicização de relatórios sobre o tema. Contudo, desde a sua criação, o órgão não exerceu nenhuma de suas atividades, com a mudança de governo em 2019, o Ministério de Direitos Humanos foi reformulado pela Portaria nº 3.136, que passou a se chamar Ministério da Mulher, Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), reformulando seus conselhos e órgãos consultivos e deliberativos.

No site oficial do MMFDH⁶ está disponível uma planilha com os atuais colegiados, o Comitê Empresas e Direitos Humanos está com duração permanente, renovado pela Portaria nº 798 de 13 de abril de 2019, com a participação de apoio administrativo em vigor. Porém, o ato constitutivo do Comitê não está publicado no Diário Oficial.

3. Resolução nº 4 do Conselho Nacional dos Direitos Humanos: Análise e projeções

A despeito do Decreto nº 9571/2018, algumas iniciativas foram sendo adotadas no ano de 2019, tal como a criação de Grupo de Trabalho Direitos Humanos e Empresas, no âmbito do Conselho Nacional dos Direitos Humanos (CNDH), por meio da Resolução nº 4, de 13 de março de 2019.

Este Grupo de Trabalho foi proposto pela Comissão Permanente Direito ao Trabalho, à Educação e à Seguridade Social, tendo seus objetivos sido estabelecidos nos três incisos que seguem o primeiro artigo da supradita Resolução, a saber:

⁶ Disponível em: <<https://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/institucional>>.

I - promover a interlocução com órgãos e entidades que acompanham a implementação de padrões internacionais de respeito aos direitos humanos na atividade empresarial brasileira;

II - produzir material destinados à educação e à informação dos sujeitos de direitos humanos em face de atividades empresariais no país;

III - propor a edição de atos pelo Plenário do CNDH atinente à garantia de respeito aos direitos humanos das pessoas afetadas por atividades empresariais no Brasil. (BRASIL - A, 2019, p. 127)

O GT é composto por conselheiros do CNDH e por representações da sociedade civil e de órgãos públicos, tais como o Movimento de Atingidos por Barragens (MAB), conforme o artigo 2º da Resolução em comento. O artigo 3º prevê um prazo para que o Grupo de Trabalho exerça suas atividades, sendo este até 31 de dezembro de 2019, devendo o mesmo elaborar seu plano de trabalho, como também submeter relatórios e recomendações dos casos analisados ao Plenário do CNDH (BRASIL - B, 2019).

Conforme o Relatório Anual de Atividades do CNDH de 2019, o GT se reuniu quatro vezes ao longo do ano (abril, maio, junho e setembro). Na primeira reunião, o grupo determinou o escopo e a proposta de trabalho, o cronograma das atividades e os resultados a serem produzidos. Definiu-se que o foco do Conselho seriam os trabalhadores e atingidos pelas ações das Empresas. Como produto previu-se a elaboração de um Seminário Interativo de Formação em Direitos Humanos e Empresas no âmbito da Semana de Ativismo em Direitos Humanos, o qual aconteceu em agosto de 2019 e teve como intento discutir as violações sofridas por trabalhadores e trabalhadoras, assim como os atingidos e atingidas por grandes empreendimentos ou atividades empresariais, com a participação tanto de especialis-

tas no tema, como também as vítimas por atuações de empresas nas suas comunidades (BRASIL - B, 2019).

Além disto, o GT também promoveu a elaboração de uma cartilha com as principais informações sobre a temática e uma proposta de Resolução para o Conselho, a qual foi apreciada na quarta reunião do GT e, posteriormente, submetida à Comissão Permanente Direito ao Trabalho, à Educação e à Seguridade Social e ao Pleno do CNDH em novembro de 2019 (BRASIL - B, 2019).

Nesta reunião do Pleno do CNDH ocorrida em novembro, foi aberto novo prazo para observações e sugestões de texto, com possibilidade de participação ampla de atores interessados até o dia 28 de janeiro de 2020, na tentativa de que posterior apreciação seja feita até a primeira reunião ordinária de 2020, a ocorrer em fevereiro, para sua votação (BRASIL - B, 2019).

A minuta da Resolução contempla diretrizes gerais, as quais devem ser observadas não somente pelos órgãos públicos, mas principalmente pelas empresas transnacionais. Tais diretrizes visam complementar aspectos silenciados pelo Decreto nº 9571/2018, sendo sua natureza vinculante.

4. Decreto nº 9.571/2018 sob a égide dos Princípios Orientadores das Nações Unidas

Como já narrado, em 21 de novembro de 2018, foi aprovado o Decreto nº 9571, que estabelece Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos. Ele inicia aduzindo que os eixos orientadores das Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos são:

- (i) a obrigação do Estado com a proteção dos direitos humanos em atividades empresariais;
- (ii) a responsabilidade das empresas com respei-

to aos direitos humanos; (iii) o acesso aos mecanismos de reparação e remediação para aqueles que, nesse âmbito, tenham seus direitos afetados; e (iv) a implementação, o monitoramento e a avaliação das Diretrizes (BRASIL, 2018).

Observa-se que o Decreto elenca os três pilares dos Princípios Orientadores como seus eixos norteadores, a saber, “proteger”, “respeitar” e “reparar”, conforme o trecho acima transcrito. Ao versar sobre as obrigações estatais para com a proteção dos Direitos Humanos em atividades empresariais, o Decreto aponta que ao Estado incumbe a responsabilidade de capacitar servidores públicos sobre a temática, fortalecer a consonância entre políticas públicas e direitos humanos, implementar políticas, normas e incentivos à conduta das empresas, criar plataformas e fortalecer mecanismos de diálogo entre a administração pública, as empresas e a sociedade civil (BRASIL, 2018, art. 3º), restando consonante com os Princípios 7⁷ e 8⁸ dos Princípios Orientadores.

O Decreto aponta ainda que ao Estado incumbe o “estímulo à adoção, por grandes empresas, de procedimentos adequados de dever de diligência (due diligence) em direitos humanos”

7 O Princípio 7 dispõe: Tendo em vista que o risco de graves violações de direitos humanos é maior em regiões afetadas por conflitos, os Estados devem tratar de assegurar que as empresas que operem em tais contextos não se vejam implicadas em abusos dessa natureza, adotando entre outras as seguintes medidas: A. Colaborar o mais cedo possível com as empresas para ajudá-las a identificar, prevenir e mitigar os riscos para os direitos humanos que impliquem suas atividades e relações empresariais; B. Prestar assistência adequada às empresas para avaliar e tratar os principais riscos de abusos, prestando especial atenção tanto à violência de gênero quanto à violência sexual; C. Negar o acesso ao apoio e serviços públicos a toda empresa que esteja envolvida em graves violações dos direitos humanos e se negue a cooperar para resolver a situação; D. Assegurar a eficácia das políticas, leis, regulamentos e medidas coercitivas vigentes para prevenir o risco de que as empresas se vejam envolvidas em graves violações dos direitos humanos.

8 O Princípio 8 dispõe: Os Estados devem assegurar que os departamentos e organismos governamentais e outras instituições estatais que orientem as práticas empresariais sejam conscientes das obrigações de direitos humanos do Estado e as respeitem no desempenho de seus respectivos mandatos, especialmente oferecendo-lhes informação, capacitação e apoio pertinentes.

(BRASIL, 2018, art. 3º), o que se mostra consonante com o estabelecido pelos Princípios 4º e 15º dos Princípios Orientadores.

Ao versar sobre a responsabilidade das empresas com respeito aos direitos humanos, o Decreto aduz que “é responsabilidade das empresas não violar direitos humanos de sua força de trabalho, de seus clientes e das comunidades, mediante o controle de riscos”, bem como “o dever de enfrentar os impactos adversos em direitos humanos com os quais tenham algum envolvimento” (BRASIL, 2018, art. 6º, *caput*). O disposto se mostra condizente com o Princípio 18, que aduz que, a fim de aferir riscos no tocante aos direitos humanos, as empresas devem “identificar e avaliar as consequências negativas reais ou potenciais sobre os direitos humanos em que possam ser envolvidos, seja por meio das próprias atividades ou como resultado de suas relações comerciais” (ONU, 2011).

Ademais, o Decreto aponta que é dever das empresas “promover a consulta livre, prévia e informada das comunidades impactadas pela atividade empresarial (BRASIL, 2018, art. 6º, VII), bem como “estabelecer mecanismos operacionais de denúncia e de reclamação que permitam identificar os riscos e os impactos e reparar as violações, quando couber” (BRASIL, 2018, art. 10, *caput*), mas alude de forma vaga a estes pontos.

9 O Princípio 4 dispõe: Os Estados devem adotar medidas adicionais de proteção contra as violações de direitos humanos cometidas por empresas de sua propriedade ou sob seu controle, ou que recebam significativos apoios e serviços de organismos estatais, tais como as agências oficiais de crédito à exportação e os organismos oficiais de seguros ou de garantia dos investimentos, exigindo, se for o caso, auditorias (due diligence) em matéria de direitos humanos.

10 O Princípio 15 dispõe: Para cumprir com sua responsabilidade de respeitar os direitos humanos, as empresas devem contar com políticas e procedimentos apropriados em função de seu tamanho e circunstâncias, a saber: A. Um compromisso político de assumir sua responsabilidade de respeitar os direitos humanos; B. Um processo de auditoria (due diligence) em matéria de direitos humanos para identificar, prevenir, mitigar e prestar contas de como abordam seu impacto sobre os direitos humanos; C. Processos que permitam reparar todas as consequências negativas sobre os direitos humanos que provoquem ou tenham contribuído para provocar.

Cabe ressaltar que os Princípios Orientadores destacam a importância da participação da sociedade civil na proteção dos direitos humanos ante as atividades empresariais. Ao versar sobre consulta prévia de forma meramente retórica, o Decreto brasileiro ignora o Princípio 7, que dispõe acerca da atuação de empresas em regiões afetadas por conflitos. O Estado brasileiro apresenta um rol de regiões nas quais os conflitos oriundos da atuação de grandes corporações acarretam impactos profundos na dinâmica social da localidade, e até mesmo da região. Desta feita, a observância do Princípio 7 se mostra de suma importância ao se versar sobre o direito à participação das comunidades, o qual foi resumido de forma vaga no artigo 6º, inciso VII, do Decreto nº 9571.

O artigo 14 do Decreto em comento dispõe que compete à Administração Pública “incentivar que as empresas estabeleçam ou participem de mecanismos de denúncia e reparação efetivos e eficazes, que permitam propor reclamações e reparar violações de direitos humanos” ligadas a atividades empresariais (BRASIL, 2018, art. 14, *caput*). O referido artigo dispõe ainda acerca da necessidade de facilitar o pedido de informações e o acesso por parte das comunidades atingidas. Ademais, tal artigo busca implementar os mecanismos previstos no Princípio 25, cabendo ao Comitê de Acompanhamento e Monitoramento o recebimento de reclamações, denúncias e propostas da sociedade civil (BRASIL, 2018, art. 17, VIII).

Consultando-se a plataforma digital do Ministério da Mulher, da Família e Direitos Humanos, constata-se que o Comitê de Acompanhamento e Monitoramento das Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos, previsto pelo artigo

16 do Decreto, não consta entre os órgãos colegiados do referido Ministério.¹¹

A página eletrônica do Ministério elenca uma série de órgãos colegiados, como, por exemplo, o Comitê Nacional de Respeito à Diversidade Religiosa (CNRDR), o Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (CNPCT) e o Comitê Nacional de Educação em Direitos (CNEDH), todos com páginas eletrônicas próprias, restando ausente qualquer direcionamento acerca do CEDH. Deste modo, resta evidenciado um obstáculo ao acesso aos mecanismos de reparação previstos no artigo 25 dos Princípios Orientadores, ante a impossibilidade da realização de denúncias ao órgão competente para recebê-las.

Pelo exposto, observa-se que o Decreto nº 9.571/2018, se mostra como uma tentativa de avanço do ordenamento jurídico no tocante à proteção dos direitos humanos ante as violações causadas pelas atividades empresariais. Deve-se destacar que o Decreto traz pontos que se mostram condizentes com os Princípios Orientadores, o que não enseja afirmar que o referido instrumento se configura como um Plano Nacional de Ação.

O Grupo de Trabalho das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos aponta, no documento “Orientação para os Planos Nacionais de Ação sobre Empresas e Direitos Humanos” (2016) que, para que um Plano Nacional de Ação seja eficaz, ele necessita possuir alguns elementos essenciais, a saber: deve estar baseado nos Princípios Orientadores; responder a desafios específicos do contexto nacional; ser elaborado mediante processo inclusivo e transparente; e possuir mecanismos de supervisão e atualização periódica (ONU, 2016, p. 4-5).

¹¹ Link de acesso aos órgãos colegiados do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos: <https://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/participacao-social/orgaos-colegiados/orgaos-colegiados-1>. Acesso em: 23 jan. 2020.

Da análise do Decreto, constata-se que este, apesar de fazer menção aos Princípios Orientadores, não aborda os desafios nacionais em seu texto, nem é fruto de um processo inclusivo, ante a ausência da participação de atores importantes para a discussão da temática, em especial, a sociedade civil e as comunidades atingidas pelas atividades empresariais.

A orientação do Grupo de Trabalho da ONU também aduz que a elaboração do Plano Nacional deve conter as seguintes etapas: início; avaliação e consulta; elaboração do plano; aplicação; e avaliação e monitoramento (ONU, 2016, p. 5-11). Deste modo, constata-se que o Decreto não seguiu estas diretrizes, ignorando muitas das etapas necessárias para a elaboração de um Plano Nacional eficaz. Por tais razões, no âmbito internacional, o Brasil não figura entre os países que possuem Plano Nacional de Ação, nem sequer entre os países que estão em processo de desenvolvimento do referido Plano (RODRIGUES; NETO, 2019).

Pelo exposto, da análise do Decreto, verifica-se que este, apesar de fazer referência aos Princípios Orientadores das Nações Unidas, não incorpora as diretrizes dos referidos Princípios, pelas razões anteriormente expostas, dando-se destaque à vagueza dos dispositivos que versam acerca da participação de outros atores, em especial, as pessoas atingidas pelas violações de direitos humanos pelas empresas.

Ademais, cabe apontar que o processo de elaboração do referido Decreto afasta seu reconhecimento como um Plano Nacional de Ação, ante a ausência de consulta e participação da sociedade civil neste processo, o que não condiz com as diretrizes internacionalmente estabelecidas.

5. Conclusão

Diante de todo o contexto internacional de medidas de responsabilização de empresas e na busca de meios mais eficazes e adequados para satisfação da promoção de direitos, o Brasil desenvolve diversas medidas no âmbito administrativo e legislativo para se adequar as normativas internacionais e compromissos políticos. Entretanto, muito das discussões realizadas no âmbito da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão com a sociedade civil e de interessados não foram incorporados pelas políticas posteriores como antes demonstrado.

A fragilização das instituições democráticas e a reformulação de órgãos responsáveis pela concretização de políticas instituídas pelo antigo governo, influenciam de forma crucial a permanência e continuação de conquistas essenciais de reconhecimento de direitos e medidas de reparações para as comunidades atingidas.

Mesmo diante de casos drásticos e de grande comoção nacional de desastres ambientais, a temática ainda é silenciada e ignorada. Apesar da contribuição dada pelo Decreto nº 9571/2018, que se mostra um passo em direção à regulação dos impactos das atividades empresariais aos Direitos Humanos, embora sua essência seja voluntarista, o Estado brasileiro ainda possui muitos desafios envolvendo a temática, os quais devem ser enfrentados mediante participação de múltiplos atores, a fim de propiciar um processo transparente, legítimo e eficaz. A confluência entre os diversos órgãos responsáveis pelo tema é elemento crucial para maior efetivação dos instrumentos já existentes.

A vontade política e a lógica neoliberalista e desenvolvimentista que acomete grande parte dos países da América Latina é um obstáculo a ser superado para uma efetiva promoção de

direitos humanos. A participação daqueles que mais são impactados pela instalação de grandes empreendimentos sempre será um aspecto essencial a ser realizado por qualquer política comprometida com a primazia do respeito e valorização da dignidade humana.

6. Referências

ARAGÃO, Daniel Maurício Cavalcanti. *Responsabilidade como legitimação: Capital Transnacional e Governança Global na Organização das Nações Unidas*. Tese de Doutorado. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2010.

BENEDETTI, Juliana Cardoso. *Empresas e Direitos Humanos nas Nações Unidas: rumo a um tratado?* In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virginia; TORELLY, Marcelo (org.). *Empresas e Direitos Humanos*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 19-37.

BRASIL - A. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos/Conselho Nacional dos Direitos Humanos. *Resolução nº 04, de 13 de março de 2019*. Resoluções. Dispõe sobre a criação de Grupo de Trabalho Direitos Humanos e Empresas, no âmbito do Conselho Nacional dos Direitos Humanos – CNDH. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 jun. 2019. Disponível em: <<http://www.mdh.gov.br/sobre/participacao-social/cndh>>. Acesso em: 18 jan. 2020.

BRASIL - B. Conselho Nacional dos Direitos Humanos. *Relatório Anual de atividades: 2019*. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos Humanos, 2019. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/participacao-social/conselho-nacional-de-direitos-humanos-cndh/copy2_of_RelatorioAnualdeAtividadesCNDH2019.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2020.

BRASIL - C. Conselho Nacional dos Direitos Humanos. *Resumo Executivo: 53ª Reunião Plenária do CNDH*. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos Humanos, 2019. Disponível em: <<https://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/participacao-social/conselho-nacional-de-direitos-humanos-cndh/ResumoExecutivo53RONovembro2019.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 9571, de 21 de novembro de 2018*. Estabelece as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos. Brasília: Diário Oficial, 21 nov. 2018. Seção I.

BRASIL. *Portaria nº 289, de 10 de agosto de 2018*. Instituir, no âmbito do Ministério dos Direitos Humanos, o Comitê Empresas e Direitos Humanos - CEDH. Brasília: Diário Oficial. 2018. Seção I. Disponível em: <http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/KujrwoTZC2Mb/content/id/36659508/do1-2018-08-14-portaria-n-289-de-10-de-agosto-de-2018-36659404>.

BRASIL. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. *Nota Técnica nº 7/2018 “A Proteção e Reparação de Direitos Humanos em Relação a Atividades Empresariais”*. 2018. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/notas-tecnicas/nota-tecnica-pfdc-7-2018>>.

Cadernos de Pesquisa - Homa. *Reflexões sobre o Decreto 9571/2018 que estabelece Diretrizes Nacionais sobre empresas e Direitos Humanos*. v. 01, n. 07. Juiz de Fora: Homa, 2018. Disponível em: <<http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2019/01/An%C3%A1lise-do-Decreto-9571-2018.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

CARDIA, Ana Cláudia Ruy; FERREIRA, Luciano Vaz. *Direitos Humanos e Empresas: Lições para a implementação do tema pelo Estado Brasileiro*. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virginia;

TORELLY, Marcelo (org.). *Empresas e Direitos Humanos*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 185-208.

CONECTAS DIREITOS HUMANOS. *Recomendações do Grupo de Trabalho da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos ao Brasil: status da implementação pelo governo e empresas*. São Paulo, Brasil, mai. 2018. Disponível em: <https://www.conectas.org/publicacoes/download/recomendacoes-grupo-de-trabalho-da-onu-sobre-empresas-e-direitos-humanos-ao-brasil-status-de-implementacao-pelo-governo-e-empresas>. Acesso em: 21 jan. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Grupo de Trabalho da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos divulga relatório sobre o Brasil*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/grupo-de-trabalho-da-onu-sobre-empresas-e-direitos-humanos-divulga-relatorio-sobre-o-brasil/>. Acesso em: 21 jan. 2020.

_____. *Orientación para los Planes de Acción Nacionales sobre las Empresas y los Derechos Humanos*. Grupo de Trabajo de la ONU sobre las Empresas y los Derechos Humanos, 2016. Disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/UNWG_NAPGuidance_SP.pdf. Acesso em: 22 jan. 2020.

_____. *Pacto Global, de 2000*. Disponível em: <https://www.pactoglobal.org.br/10-principios>. Acesso em: 20 jan. 2020.

_____. *Princípios Orientadores das Nações Unidas para Empresas e Direitos Humanos, aprovado pelo Conselho de Direitos Humanos por meio da Resolução 17/4, em 2011*.

_____. *Report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises on its mission to Brazil*. 12, Maio. 2016b. Disponível em: <https://>

documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/096/43/PDF/G1609643.pdf?OpenElement. Acesso em: 22 jan. 2020.

REINISCH, August. *The changing international legal framework for dealing with non-State actors*. In: ALSTON, Philip. *Non-State Actors and Human Rights*. Oxford: Oxford Academy Press, 2005. p. 37-92.

RODRIGUES, Mônica Nogueira; NETO, Silvio Beltramelli. *Direitos Humanos e Empresas: uma análise do Decreto nº 9.571/2018 à luz da normativa internacional*. In: MENEZES, Wagner (org.) *Direito Internacional em Expansão*. v. 17. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019.

WILKINS, Mira. *European and North American Multinationals, 1870-1914: Comparisons and Contrasts*. In: JONES, Geoffrey (org.). *Transnational Corporations: a Historical Perspective*. London: Routledge, 1993.

Análise dos mecanismos extrajudiciais de responsabilização de empresas previstos no Decreto nº 9.571/2018 à luz dos Princípios Ruggie e do procedimento de solução amistosa da Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Ana Maria D'Ávila Lopes¹

Mara Livia Moreira Damasceno²

Lucas Vieira Barjud Marques³

Resumo: Em 21 de novembro de 2018, foi publicado o Decreto nº 9.571/2018, com o objetivo de estabelecer as diretrizes nacionais sobre empresas e direitos humanos. Dentre suas disposições, destaca-se a previsão de mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos que, apesar da sua relevância, não foram satisfatoriamente regulados. Face essa deficiência, objetiva o presente trabalho analisar esses mecanismos à luz dos Prin-

1 Mestre e Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Minas Gerais (UFMG). Professora Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq (PQ2).

2 Mestre e doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professora do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

3 Graduando pelo Centro de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bolsista de Iniciação Científica do CNPq (PIBIC/CNPq).

cípios Ruggie e do Procedimento de Solução Amistosa (PSA), utilizado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), como forma de contribuir com as discussões relativas ao aprimoramento do marco regulatório nacional sobre empresas e direitos humanos. Para a consecução desse objetivo, foi realizada pesquisa bibliográfica na doutrina nacional e comparada, bem como pesquisa documental na legislação e jurisprudência nacionais e internacionais. Concluiu-se que, apesar do Decreto apresentar algumas graves deficiências, a exemplo do cumprimento voluntário das suas disposições por parte das empresas, é possível destacar alguns avanços, como a previsão de mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos. No entanto, a regulação desses mecanismos pelo Decreto foi insatisfatória, deflagrando a necessidade de considerar os Princípios Ruggie e o PSA da CIDH, como parâmetros para a implementação desses mecanismos, em virtude de se estar perante conflitos envolvendo direitos humanos e, por esse motivo, ser necessária uma normatividade cujo principal foco não seja apenas a resolução rápida da lide, mas a proteção da dignidade humana.

Palavras-chave: Responsabilização de Empresas Transnacionais, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Procedimento de Solução Amistosa, Mecanismos Extrajudiciais de Resolução de Conflitos, Princípios Ruggie.

Sumário: 1. Introdução; 2. Critérios de eficácia dos mecanismos extrajudiciais previstos nos Princípios Ruggie; 3. Procedimento de Solução Amistosa da Comissão Interamericana de Direitos Humanos; 4. Mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos do Decreto nº 9.571/2018; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. Introdução

No atual estágio da globalização, as empresas vêm cada vez mais caracterizando-se pela sua transnacionalidade, haja vista não se limitarem a desenvolver suas atividades em um único país, mas a vários deles, em um processo contínuo de alta mobilidade de recursos humanos e materiais.

Essa transnacionalidade das empresas vem trazendo inúmeras vantagens para os Estados, tais como desenvolvimento tecnológico e industrial, geração de empregos, aumento de receitas tributárias, etc. Contudo, em determinadas situações, essas vantagens têm ofuscado as desvantagens (exploração de mão de obra barata, dano ambiental, etc.), tornando-se a principal causa da omissão estatal na implementação de medidas de responsabilização dessas empresas, pelas violações aos direitos humanos que suas atividades costumam também provocar.

A existência de relações consideradas até promíscuas entre empresas e Estados, que tornavam os últimos muitas vezes coniventes com as corporações, cria um “espaço de exceção”, propício às violações de direitos das populações locais (ROLAND, 2018, p. 4).

Face essa realidade, constata-se a necessidade de uma resposta jurídica mais efetiva, que seja capaz de enfrentar as externalidades negativas geradas pelas empresas transnacionais, de forma a salvaguardar a dignidade humana.

Nesse sentido, em 21 de novembro de 2018, foi publicado no Brasil o Decreto nº 9.571 (BRASIL, 2018), cujo objetivo é estabelecer as diretrizes nacionais sobre empresas e direitos humanos. Trata-se de uma norma há muito aguardada que, embora sinalize um importante avanço na busca pela responsabilização

das empresas transnacionais, vem recebendo diversos questionamentos por parte da doutrina especializada.

Um desses questionamentos refere-se ao estabelecimento de mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos, na medida em que, apesar da sua relevância para se chegar a uma solução ágil e eficaz, incorreu-se em alguns erros. Assim, é possível observar que a redação do Decreto é, por vezes, confusa e repetitiva. Por outro lado, alguns pontos cruciais não se encontram suficientemente desenvolvidos enquanto outros foram omitidos, deflagrando situações que podem fragilizar e, inclusive, vulnerar ainda mais os direitos humanos no âmbito da atividade empresarial, pois abrem a possibilidade das supostas vítimas de violação de direitos humanos terem que renunciar a algum ou alguns desses direitos para chegar a um acordo.

Nesse contexto, diante dessas deficiências, o presente trabalho objetiva propor os Princípios Ruggie e o Procedimento de Solução Amistosa (PSA), utilizado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), como parâmetros para a implementação dos mecanismos extrajudiciais previstos no Decreto nº 9.571/2018, de modo que a proteção dos direitos humanos seja o foco desses mecanismos e não a resolução da lide em si, haja vista a superioridade da dignidade humana.

Com essa finalidade, foi realizada pesquisa bibliográfica na doutrina nacional e comparada, bem como pesquisa documental na legislação e jurisprudência nacional e internacional, especificamente do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. A abordagem foi qualitativa, já em relação aos objetivos foi exploratória. Por fim, o método de análise dos dados foi o dedutivo.

Desse modo, o texto inicia com uma breve explanação sobre os contornos histórico-conceituais dos Princípios Ruggie, para, depois, abordar especificamente os princípios relativos aos me-

canismos extrajudiciais de denúncia, bem como aos critérios de eficácia desses mecanismos, buscando demonstrar sua suscetibilidade para serem internamente usados, quando da aplicação do Decreto nº 9.571/2018. Do mesmo modo, o PSA utilizado pela CIDH é também analisado, no intuito de demonstrar que esse procedimento e os princípios que o alicerçam também podem servir de parâmetros para a compreensão e aplicação dos mecanismos extrajudiciais do Decreto nº 9.571/2018, beneficiando não apenas às supostas vítimas, mas também à sociedade em geral. Finalmente, a previsão do uso de mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos relativos a empresas e direitos humanos constante no Decreto nº 9.571/2018 é criticamente analisada, visando identificar seus acertos e desacertos, de modo a contribuir com as discussões acerca do aprimoramento do marco regulatório nacional.

2. Critérios de eficácia dos mecanismos extrajudiciais previstos nos Princípios Ruggie

O relatório denominado “Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos” foi elaborado por John Ruggie, professor da Universidade de Harvard, após ser nomeado Representante Especial para realizar essa tarefa pela Organização das Nações Unidas (ONU). Esse Relatório, hoje mais conhecido como “Princípios Ruggie”, foi publicado em 21 de março de 2011 e constitui um marco mundial nessa temática (BILCHITZ, 2010).

Nesse documento são inicialmente propostos três princípios gerais, seguidos de dois princípios fundacionais e vinte e nove operacionais, totalizando, desse segundo grupo, 31 princípios, sendo que do número 27 ao 31 encontram-se os relativos às soluções extrajudiciais estatais e não estatais, tema do presente trabalho.

Assim, prevê o Princípio 27 que

“Los Estados deben establecer mecanismos de reclamación extrajudiciales eficaces y apropiados, paralelamente a los mecanismos judiciales, como parte de un sistema estatal integral de reparación de las violaciones de los derechos humanos relacionadas con empresas” (ONU, 2011).

Esses mecanismos podem ser de mediação, de conciliação ou de outros culturalmente apropriados e compatíveis com os direitos humanos, cuidando o Estado de equilibrar a relação de forças entre as partes e eliminar qualquer barreira que dificulte o acesso a esses mecanismos por parte dos grupos ou populações vulneráveis ou marginalizadas.

No Princípio 28 dispõe-se sobre os mecanismos de reclamação não estatais, podendo abranger aqueles administrados pelas próprias empresas de forma isolada ou em conjunto com as partes interessadas, caracterizando-se por garantirem um acesso e reparação às vítimas mais rápido, bem como custos reduzidos e alcance transnacional. Neste tipo de mecanismos, podem também ser incluídos os oferecidos por organismos regionais e internacionais que, apesar de tradicionalmente terem se limitado a responsabilizar apenas os Estados e não as empresas, vêm se “ocupado de casos de incumplimiento de la obligación del Estado de proteger contra las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas” (ONU, 2011). Exemplo dessa mudança é o caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Suriname, decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2015 (CORTEIDH, 2015).

Por outro lado, o Princípio 29 prevê que as empresas devem estabelecer ou participar de mecanismos de reclamação eficazes de nível operacional e à disposição das pessoas e comunidades que tenham sofrido os danos das atividades empresárias. São mecanismos que costumam ser administrados pelas próprias

empresas de forma isolada ou em colaboração com terceiros, incluindo as partes interessadas, ou um experto ou organismo externo aceito pelas partes.

Este tipo de mecanismo cumpre uma função essencial no que diz respeito à responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos, especificamente porque:

- a. Constituem um valioso meio a partir do qual as pessoas diretamente afetadas pelas atividades das empresas podem expressar suas preocupações, auxiliando na identificação dos problemas e na adoção de medidas contra os mesmos;
- b. Permitem que as empresas cuidem dos danos provocados de forma inicial e direta, de modo a evitar maiores danos ou a propagação de reclamações.

Na medida em que são mecanismos de nível operacional das empresas, não exigem que a denúncia ou reclamação se funde em violações de direitos humanos, na medida em que seu objetivo é identificar *“cualquier preocupación legítima de los posibles afectados”* (ONU, 2011), constituindo um valioso complemento de processos mais amplos e inclusive de negociação coletiva, sem, entretanto, substituir a função legítima dos sindicatos no caso de conflitos laborais, nem impedir o acesso a mecanismos judiciais ou extrajudiciais de reclamação.

Já no Princípio 30, reforça-se a obrigação de corporações industriais, coletividades de múltiplas partes interessadas e outras iniciativas de colaboração, de disponibilizar mecanismos eficazes de reclamação.

Las normas relativas a los derechos humanos se reflejan cada vez más en los compromisos asumidos por las corporaciones industriales, las colectividades de múltiples partes interesadas y otras iniciativas de colaboración, en forma de códigos de conducta, normas de funcionamiento

to, acuerdos marco mundiales entre sindicatos y empresas transnacionales y otros similares (ONU, 2011)

Trata-se de mecanismos que devem fomentar a prestação de contas e de contribuir a reparar os danos aos direitos humanos que suas atividades provocam.

Finamente, no Princípio 31, são elencados os critérios de eficácia dos mecanismos extrajudiciais:

- a. Legítimos: devem promover a confiança dos grupos interessados e garantir o correto desenvolvimento do procedimento de reclamação, evitando-se que alguma das partes interfira no mesmo;
- b. Acessíveis: devem ser conhecidos por todos os grupos interessados e prestar a devida assistência aos que possam ter especiais dificuldades para seu acesso. Para tal, deve-se atentar para fatores que podem prejudicar essa acessibilidade, a exemplo das dificuldades do conhecimento do próprio procedimento, barreiras idiomáticas, nível de alfabetização, custos, localização física e medo de represálias;
- c. Previsíveis: devem dispor de um procedimento claro e conhecido, com um calendário indicativo de cada etapa, além de esclarecer os possíveis processos e resultados disponíveis, bem como os meios para fiscalizar sua implementação. Os prazos de cada etapa devem ser respeitados, considerando, entretanto, certa flexibilização diante de eventuais contingências;
- d. Equitativos: devem assegurar que as vítimas tenham um acesso razoável às fontes de informação, assessoramento e conhecimentos especializados necessários para estabelecer um processo de reclamação em condições de igualdade, com plena informação e respeito. O desequilíbrio decorrente das limitações dos recursos financeiros das vítimas para o acesso às informações e a expertos é um fator que deve ser superado

- como forma de garantir a percepção de um procedimento justo e durador;
- e. Transparentes: devem manter informadas as partes sobre o andamento do processo, bem como oferecer informações sobre o desempenho do mecanismo, no intuito de fomentar a confiança na sua eficácia e garantir o interesse público em discussão. Desse modo, a comunicação entre as partes deve ser fluida, implicando a apresentação das estatísticas, estudos e informações detalhadas, para demonstrar legitimidade e manter a confiança. A confidencialidade do diálogo entre as partes e a identidade dos envolvidos deve, sempre que necessária, ser preservada;
 - f. Compatíveis com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos: embora as reclamações não sempre sejam apresentadas em termos de direitos humanos, deve-se cuidar que os resultados do procedimento respeitem os documentos internacionais sobre esses direitos;
 - g. Fontes de aprendizado contínuo: devem adotar medidas capazes de identificar experiências no intuito do seu próprio aprimoramento, além de prevenir danos futuros. Esse aprendizado pode auxiliar também à instituição encarregada da administração do mecanismo a influenciar nas *“políticas, procedimientos o prácticas que deban modificarse para prevenir futuros daños”* (ONU, 2011);
 - h. Fundados na participação e no diálogo: um mecanismo de reclamação só é capaz de cumprir sua função se as pessoas para quem foi criado o conhecem, confiam nele e podem usá-lo. O diálogo com os grupos afetados pode auxiliar no aprimoramento do mecanismo ao adaptá-lo às suas próprias necessidades. O diálogo entre as partes é também importante porque para a empresa não pode *“legítimamente, ser a la vez objeto de quejas y resolverlas unilateralmente, estos mecanismos deben tratar de alcanzar soluciones negociadas a través del diálogo”*

(ONU, 2011). No caso de ser necessária uma resolução, deve recorrer-se a um “*tercero imparcial, válido e independente*” (ONU, 2011).

Os primeiros sete critérios aplicam-se aos mecanismos judiciais e extrajudiciais, já o último é específico dos mecanismos de nível operacional que as empresas ajudam a administrar.

Esses critérios de eficácia visam constituir um arcabouço principiológico direcionado a guiar a implementação dos eventuais mecanismos extrajudiciais a serem instituídos para a solução dos conflitos de direitos humanos entre as empresas e os afetados pelas suas atividades sem, entretanto, fazer menção a qualquer medida coercitiva de responsabilização das empresas.

Essa falta de coercibilidade, entretanto, não nega a relevância dos Princípios Ruggie, pois esse documento de 2011 tem, embora tímida e pontualmente, provocado algumas mudanças nas políticas de gestão interna de algumas empresas, bem como das legislações de alguns países, a exemplo do Brasil que, em 2018, aprovou o Decreto nº 9.571, analisado no último tópico deste trabalho.

O objetivo de apontar essa deficiência é evidenciar a necessidade de alterar a lógica que tem envolvido qualquer tentativa de regulação da relação empresa e direitos humanos, a fim de “condicionar a lógica empresarial às diretrizes de Direitos Humanos e não ao contrário” (ROLAND, 2018, p. 7).

Daí a necessidade de, junto ao Princípios Ruggie, propor também o Procedimento de Solução Amistosa, usado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e os princípios que o sustentam, como parâmetros para a compreensão e aplicação dos mecanismos extrajudiciais dos que trata o Decreto nº 9.571/2018, conforme seguidamente explicitado.

3. Procedimento de solução amistosa da comissão interamericana de direitos humanos

No procedimento de petições perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) existe um espaço participativo para o diálogo entre as supostas vítimas e o Estado, realizado por meio do Procedimento de Solução Amistosa (PSA), definido como *“un mecanismo utilizado para la solución de conflictos, utilizado para el arreglo pacífico e consensuado de las controversias ante la CIDH”* (CIDH, 2013, p. 7).

Sobre a natureza jurídica do PSA, Castilla (2007, p. 125) aponta existirem controvérsias doutrinárias sobre se é um procedimento de conciliação ou de mediação, posicionando-se no sentido de ser uma figura própria do Direito Internacional de proteção dos direitos humanos, com características tanto de conciliação como de mediação, ou seja, um procedimento misto, constituindo uma boa opção política para o Estado infrator.

Sepúlveda (1984, p. 242) ensina que o PSA foi introduzido no SIDH por influência das disposições presentes no artigo 39 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, de 1953 (CONSELHO DE EUROPA, 1953) e do artigo 42.1 “a” do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966 (ONU, 1966).

A introdução do PSA no SIDH deu-se com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) de 1969, entretanto, somente em 1985 a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) homologou e publicou o primeiro relatório de solução consensual entre peticionários e um Estado (CIDH, 2018). Trata-se do Caso n. 7956 (Honduras), de 5 de março de 1985, referente ao Sr. Luis Alonzo Monge, um cidadão hondurenho, que foi expatriado e preso em 21 de julho de 1981 sem

juízo por autoridade competente, sendo responsabilizado por essa ilegalidade o Diretor Geral da Política da População e Migração do Estado de Honduras. Ao final, por meio do PSA, construiu-se acordo entre o Estado de Honduras e o Sr. Luis Alonzo Monge, de modo a assegurar seu retorno e regularização da sua condição legal de hondurenho, em conformidade com as normas desse Estado (CIDH, 1985).

Ao longo dos 34 anos de atuação em soluções consensuais, de 1985 até agosto de 2019, a CIDH tem aprovado 156 relatórios de solução amistosa, dentre os quais dois casos envolvem o Estado brasileiro: Relatório n. 95/03, Caso n. 11.289, referente a José Pereira, em 24 de outubro de 2003, e Relatório n. 43/06, Casos nº 12.426 e n. 12.427 referentes aos Meninos Emascarados do Maranhão, em 15 de março de 2006 (CIDH, 2019).

É na CADH (OEA, 1969), conforme apontado acima, que o PSA está previsto. Assim, no artigo 48.1, “f” estabelece-se que a CIDH, ao receber uma petição ou comunicação de violação de algum dos direitos consagrados na CADH, “pôr-se-á à disposição das partes interessadas, a fim de chegar a uma solução amistosa do assunto, fundada no respeito aos direitos reconhecidos nesta Convenção” (OEA, 1969). Impende observar, conforme apontado por Estepa (2011, p. 333), que o PSA é uma faculdade e não uma obrigação que a CADH confere à CIDH, na medida em que cabe a este órgão apreciar, no caso concreto, se o objeto do litígio é suscetível de solução amistosa. Posição diferente é defendida por Castilla (2007, p. 127) para quem o PSA é uma obrigação da CIDH, especialmente a partir da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia* (CorteIDH, 1995) na qual afirmou:

la Comisión no tiene facultades arbitrarias en esta materia. Es muy clara la intención de la Convención respecto del papel conciliador que debe cumplir la Comisión antes de que un caso sea enviado a la Corte o publicado [...] Sólo en casos excepcionales y, naturalmente, con razones de fondo, puede la Comisión omitir el procedimiento de la conciliación porque está de por medio la protección de los derechos de las víctimas o de sus familiares.

O PSA desenvolve-se no interior do procedimento de denúncias perante a CIDH, cujo início se dá com a propositura de petições ou comunicações apresentadas por qualquer pessoa, grupo de pessoas, ONG ou qualquer Estado parte da Organização de Estados Americanos (OEA) diante da violação de algum direito da CADH por um Estado parte, conforme estabelecido no artigo 44.

No âmbito do SIDH, o artigo 40.1 do Regulamento da CIDH estabelece que é possível realizar o procedimento de solução amistosa a pedido de qualquer das partes ou por iniciativa da própria CIDH, em qualquer momento da análise da petição (CIDH, 2009). Referido artigo estabelece que os acordos devem ser baseados no respeito aos direitos humanos consagrados na CADH, na Declaração Americana de Direitos e Deveres (DADH) e demais instrumentos sobre referida temática. Estabelece, ainda, que o início e a permanência no PSA serão baseados no livre consentimento das partes envolvidas (artigo 40.2); que a negociação poderá ser facilitada por um ou mais membros da CIDH (artigo 40.3); que durante o procedimento, a CIDH poderá concluir sua intervenção se entender que o assunto não é passível de solução por essa via, ou se uma das partes desistir ou não se mostrar disposta a construir uma solução amigável, baseada no respeito aos

direitos humanos (artigo 40.4); e, por fim, quando alcançada uma solução amistosa, a CIDH elaborará relatório com breve explanação dos fatos e a solução alcançada, o qual será repassado às partes e publicado, verificando se as mesmas consentem (artigo 40.5). Se nenhum acordo for construído, a CIDH prosseguirá com a tramitação da petição pela via contenciosa (artigo 40.6).

Perante à CIDH, todos os casos são passíveis de serem resolvidos pela via amistosa, “independientemente de la naturaleza del asunto, la CIDH ofrece sus buenos oficios, en todos los casos, para facilitar que las partes lleguen a un acuerdo respetuoso de los derechos humanos” (CIDH, 2013, p. 5), exceto, conforme acima apontado, se a CIDH entender que a natureza do conflito não é passível de consenso ou se as partes manifestarem desinteresse na solução amigável.

Havendo solução amistosa, os pontos mínimos que o acordo pode incluir, segundo Castilla, (2007, p. 25), são: a) reconhecimento oficial do Estado da violação das obrigações internacionais assumidas; b) cessão do fato que provocou a denúncia do Estado e, se possível, a restituição da situação anterior ao conflito; c) investigação dos fatos e sanção dos responsáveis pelos mesmos; d) reparação integral dos danos materiais e imateriais sofridos pelas vítimas; e) oferecimento de garantias de não repetição; f) fixação de prazos e condições para o cumprimento do acordo.

Uma vez que as partes livremente consentirem com o PSA, deverão, além de buscar uma solução em concordância com os direitos previstos na CADH, respeitar os princípios que fundamentam esse procedimento, no intuito das partes e da sociedade se beneficiarem plenamente desse mecanismo de resolução de conflitos, conforme explicitado a seguir.

O Procedimento de Solução Amistosa (PSA) é fundamentado pelos princípios da Autonomia da Vontade das Partes, da Imparcialidade do Facilitador, da Informalidade e da Confidencialidade.⁴

a) Princípio da Autonomia da Vontade: refere-se à capacidade das partes para decidirem de forma livre e informada o que desejam em relação àquele conflito. No artigo 40.2 do Regulamento da CIDH estabelece-se que: “O início e a continuação do procedimento de solução amistosa basear-se-ão no consentimento das partes” (CIDH, 2009). Essa decisão inclui a manifestação para sua participação no PSA, bem como sua permanência ou desistência (CIDH, 2013, p. 5);

b) Princípio da Imparcialidade: refere-se à atuação do facilitador para o sucesso do andamento do procedimento consensual. Observe-se que, conforme o disposto no artigo 15.2 do Regulamento da CIDH:

A Comissão poderá designar um dos seus membros como responsável pelas relatorias de país e, neste caso, assegurará que cada Estado membro da OEA conte com um relator ou relatora. Na primeira sessão do ano ou quando seja necessário, a CIDH considerará o funcionamento e trabalho das relatorias de país e decidirá sobre sua designação (CIDH, 2009).

Portanto, o membro da CIDH designado como relator do país desempenhará o ofício de facilitador do PSA, devendo atuar de modo imparcial

⁴ Esses princípios encontram-se positivados no ordenamento jurídico brasileiro para nortear a realização da autocomposição dos conflitos, conforme artigo 2º, I, IV, V e VII da Lei de Mediação de Conflitos, Lei nº 13.140 de 2015 (BRASIL, 2015b), artigo 166, §§ 1º, 2º e 4º do Código de Processo Civil, Lei nº 13.105 de 2015 (BRASIL, 2015a) e artigo 1º, I e IV do Código de Ética dos Mediadores e Conciliadores Judiciais, inserido na Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2010).

“Los buenos oficios de la Comisión y su papel de facilitador imparcial han sido imprescindibles para el acercamiento de las partes y para la consolidación de los acuerdos de solución amistosa [...] La Comisión tomará un papel de tercero imparcial, ejerciendo su función de facilitador, con el objetivo de acercar a las partes, servir como un canal de comunicación entre ellas” (CIDH, 2013, p. 5).

A imparcialidade impede que o terceiro, facilitador do caso, beneficie uma das partes em detrimento da outra, ou seja, o facilitador não deve tomar partido nem se posicionar em favor de uma das partes, sendo seu dever fomentar o diálogo e manter uma justa distância das mesmas, para apreciar o litígio com objetividade, de modo que as partes se sintam confortáveis para aceitar e decidir as soluções do caso (SPLENGER, 2017, p. 147);

c) Princípio da Informalidade: refere-se à ausência de um formato pré-estabelecido, ou seja, as etapas do procedimento não seguem um rito rigoroso, podendo adequar-se às necessidades de tempo e lugar das partes, adaptando-se às sugestões delas e às estratégias do facilitador (ALMEIDA; PAIVA, 2016, p. 106-107). Assim, entende-se que “*La flexibilidad del sistema implica que las partes pueden establecer sus cronogramas de trabajo y plazos para la negociación de las reparaciones a las alegadas violaciones de derechos humanos*” (CIDH, 2013, p. 11). Todavia, “*el procedimiento de solución amistosa se caracteriza por ser voluntario, informal y flexible, en el cual las partes podrán adelantar negociaciones con o sin la participación directa de la CIDH*” (CIDH, 2013, p. 8);

d) Princípio da Confidencialidade: refere-se à segurança garantida às partes do não compartilhamento e divulgação das informações prestadas à CIDH durante o PSA, “*dichas reuniones de trabajo se caracterizan por su flexibilidad y confidencialidad*” (CIDH,

2013, p. 19), de modo que possam manifestar-se de forma aberta e transparente. Por esse motivo, *“las reuniones de trabajo sobre soluciones amistosas son privadas”* (CIDH, 2013, p. 12).

O PSA evita uma decisão da CIDH sobre o mérito do caso ou um eventual litígio perante a Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), pois *“una vez que la CIDH emite un informe de aprobación de una solución amistosa, el efecto jurídico principal es que la decisión pone fin al trámite del asunto en el sistema de peticiones y casos”* (CIDH, 2013, p. 17), garantido uma solução célere.

Finalmente, benefício crucial da adoção desse procedimento refere-se à redução do prazo da tramitação das petições pela via litigiosa, conferindo uma maior efetividade à solução, promovendo um sentimento de justiça mais próximo e real, ao viabilizar o acesso a uma justiça célere e eficaz (SILVA; SPENGLER, 2013, p. 132).

Além desse aspecto positivo, a solução amistosa traz benefícios não apenas para as partes, mas também para a sociedade, haja vista o acordo, no âmbito do SIDH, poder, por exemplo, abranger os seguintes tipos de medidas (CIDH, 2013):

- a. Compensação Econômica, ou seja, o pagamento de um valor como reparação do dano sofrido;
- b. Medidas de Satisfação, compreendem o reconhecimento público e o pedido de desculpas do Estado pelos atos de violação de direitos contra as vítimas, a busca dos corpos e entrega aos seus familiares, investigações eficazes, julgamentos efetivos e aplicação de sanções penais ou administrativas, construções de monumentos e edificações em nome e honra das vítimas, dentre outros;
- c. Medidas de Restituição, relativas à devolução de terras de propriedade individual ou coletiva, liberação de pessoas que

- possam ter sido aprisionadas arbitrariamente ou até mesmo o retorno ao emprego;
- d. Medidas de não Repetição, referem-se a mudanças legislativas, criação de políticas públicas, capacitação de servidores públicos e profissionais que atuem no assunto em controvérsia;
 - e. Medidas de Reabilitação médica, psicológica e social, ou seja, cobertura dos gastos médicos, atendimento médico prioritário e gratuito, plano de saúde permanente;
 - f. Criação de Tribunais Ad-Hoc,⁵ para determinação da quantia que deve ser paga à suposta vítima como forma de compensação econômica, em conformidade com os padrões internacionais aplicados.

Essa diversidade de medidas busca não apenas atender as necessidades das vítimas no caso concreto, mas são medidas cuja concretização possui efeitos amplos e sistêmicos, que repercutem nos setores públicos, tais como nas políticas públicas sociais e na legislação local e nacional, com intuito de efetivar o respeito e promoção dos direitos humanos.

4. Mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos do decreto n° 9.571/2018

O Decreto n° 9.571, de 21 de novembro de 2018 (BRASIL, 2018), foi aprovado com o objetivo de estabelecer as diretrizes nacionais de empresas e direitos humanos, especificamente para médias e grandes empresas, incluindo as multinacionais (artigo 1°).

O texto normativo compõe-se de dezenove artigos, distribuídos em seis capítulos: a) Disposições Preliminares; b) Da obrigação do Estado com a proteção dos direitos humanos em atividades empresariais; c) Da responsabilidade das empresas com

⁵ No Brasil, o artigo 5°, XXXVII da Constituição Federal veda expressamente esse tipo de medida (BRASIL, 1988).

o respeito aos direitos humanos; d) Do acesso a mecanismos de reparação e remediação; e) Da implementação, do monitoramento e da avaliação das diretrizes nacionais sobre empresas e direitos humanos; f) Disposições finais.

Conforme o artigo 2º, são quatro os eixos que orientam as Diretrizes:

- a. Obrigação do Estado de proteger os direitos humanos nas atividades empresariais;
- b. Responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos;
- c. Acesso das vítimas a mecanismos de reparação e remediação;
- d. Implementação, monitoramento e avaliação das diretrizes.

Esses eixos, assim como grande parte desse texto normativo, estão inspirados nos três princípios gerais do relatório “Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos” (ONU, 2011), que foi elaborado por John Ruggie, Representante Especial da Organização das Nações Unidas (ONU), e cuja análise será objeto do seguinte tópico.

A promulgação do Decreto nº 9.571/2018 sinaliza um importante avanço na responsabilização das empresas pela violação de direitos humanos, entretanto, apresenta algumas deficiências. Assim, no artigo 1º, §2º, estabelece-se que “As Diretrizes serão implementadas voluntariamente pelas empresas” (BRASIL, 2018), o que é motivo de diversas críticas pela doutrina especializada, a exemplo das levantadas por Manoela Roland (2018, p. 6) do Centro de Direitos Humanos e Empresas (HOMA), para quem o mais grave é que: “[...] as normas de Direitos Humanos não se apresentam como condicionantes prévias obrigatórias à atividade, mas [são] de cumprimento facultativo [...]”.

Outra das críticas levantadas refere-se ao fato de o Decreto, no artigo 1º, ter limitado seus destinatários a apenas “*médias e*

grandes empresas, incluindo as empresas transnacionais” (BRASIL, 2018), enquanto os Princípios Ruggie abrangem “*todas las empresas, tanto transnacionales como de otro tipo, con independencia de su tamaño, sector, ubicación, propietarios y estructura*” (ONU, 2011).

Todavia, um dos pontos do Decreto que merece uma análise mais apurada é a relativa à previsão de mecanismos extrajudiciais, haja vista sua potencialidade para, se bem aplicados, constituírem valiosos instrumentos para a resolução de conflitos, mas, se incorretamente utilizados, poderem se tornar “perigosas armas” de fragilização e vulneração de direitos humanos.

Observe-se que os mecanismos extrajudiciais envolvem a flexibilização e, inclusive, a renúncia de direitos humanos por parte das vítimas, devendo, portanto, ser cuidadosamente regulados diante da manifesta assimetria entre as partes.

Há de se considerar que, apesar dos mecanismos extrajudiciais se encontrarem há um bom tempo previstos em documentos internacionais de direitos humanos, como a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (OEA, 1969) e nos já citados Princípios Ruggie de 2011 (ONU, 2011), demonstrando sua compatibilidade com esses direitos, se faz necessário fixar parâmetros para evitar que o interesse para celebrar agilmente um acordo entre a empresa e as vítimas se sobreponha à proteção dos direitos humanos destas últimas.

O próprio Decreto nº 9.571/2018, dispõe, no artigo 13, IX que é obrigação do Estado “estimular amplamente o uso de mecanismos de mediação, de resolução ou de outros processos extrajudiciais e compatíveis com os direitos humanos [...]” (BRASIL, 2018). Há, portanto, previsão expressa da necessidade de cuidar que a resolução da lide via mecanismos extrajudiciais cuide da sua compatibilidade com o respeito aos direitos humanos.

Trata-se, sem dúvida, de norma de grande relevância, que reforça a dignidade humana como valor subjacente a ser privilegiado.

Essa norma está inserida no Capítulo IV (“Do acesso a mecanismos de reparação e remediação”) no qual estão previstas as disposições objeto do presente estudo. O Capítulo está composto por três artigos, iniciando com o artigo 13, cujo *caput* apresenta redação confusa:

Art. 13. O Estado manterá mecanismos de denúncia e reparação judiciais e não judiciais existentes e seus obstáculos e lacunas legais, práticos e outros que possam dificultar o acesso aos mecanismos de reparação, de modo a produzir levantamento técnico sobre mecanismos estatais de reparação das violações de direitos humanos relacionadas com empresas como: [...] (BRASIL, 2018, grifo nosso).

Não obstante esse problema de redação, destaca-se a relevância da previsão da obrigação do Estado de manter mecanismos de denúncia e reparação judiciais e não judiciais no intuito de reparar as violações de direitos humanos relacionadas com empresas. Para tal, nos diferentes incisos desse artigo são estabelecidas as obrigações do Estado em relação aos mecanismos judiciais e não judiciais de resolução de conflitos:

a) Levantar, junto com o Poder Judiciário e outros autores, os mecanismos judiciais e não judiciais existentes, bem como as dificuldades para sua execução. O levantamento, sistematização e análise da jurisprudência sobre o tema também encontra-se prevista;

b) Propor soluções concretas de forma que o sistema estatal de reparação seja “legítimo, acessível, previsível, equitativo, transparente e participativo” (BRASIL, 2018);

c) Promover o desenvolvimento, por parte das empresas, de mecanismos internos amplamente divulgados e contínuos de escuta e denúncia, e com prazos predefinidos;

d) Capacitar, junto com o Poder Judiciário e órgãos competentes, os operadores de direitos e funcionários responsáveis sobre empresas e direitos humanos, bem como sobre “direitos dos defensores, dos povos indígenas, das minorias étnicas e dos demais grupos vulneráveis, temas ambientais e licenciamento ambiental, demarcação de terras e conflitos agrários e fundiários, entre outros” (BRASIL, 2018);

e) Capacitar recursos humanos e disponibilizar assistência e informações, em linguagem clara, para todo aquele que deseje exigir seus direitos e usar os mecanismos de denúncia e reparação judiciais e extrajudiciais;

f) Divulgar os mecanismos de denúncia existentes, a exemplo do Disque 100, bem como aperfeiçoá-los, de modo que as denúncias possam ser encaminhadas aos órgãos competentes, e possam também ser sistematizadas, no intuito de formar um banco de dados capaz de auxiliar na implementação de políticas direcionadas à proteção dos direitos humanos;

g) Promover a implementação, por parte das empresas, e o uso, por parte das vítimas, das seguintes medidas de reparação:

- Compensações pecuniárias e não pecuniárias;
- Desculpas públicas;
- Restituição de direitos; e
- Garantias de não repetição;

h) Incentivar “o desenvolvimento de mecanismos de mediação e de resolução de conflitos entre a administração pública, as comunidades, os cidadãos e as empresas” (BRASIL, 2018), bem como “garantir a transparência, a informação e o apoio técnico

necessários” (BRASIL, 2018), com o objetivo de diminuir a assimetria entre a empresa e a vítima ou o cidadão afetado;

i) Fomentar “amplamente o uso de mecanismos de mediação, de resolução ou de outros processos extrajudiciais e compatíveis com os direitos humanos” (BRASIL, 2018), conforme explicitado linhas acima;

j) Aperfeiçoar os mecanismos de fiscalização, a partir do uso de critérios de priorização como vulnerabilidade territorial, que incluam dados sobre a quantidade de denúncias recebidas;

k) Promover o aperfeiçoamento de mecanismos que priorizem os processos judiciais envolvendo desastres ambientais e sociais derivados da atividade empresarial, conforme as orientações e os instrumentos do Escritório para Redução do Risco de Desastre da Organização das Nações Unidas; e

l) Reforçar as ações de fiscalização nos casos de infração de direitos trabalhistas e ambientais.

No artigo 14, estabelece-se a competência da administração pública para promover que as empresas criem ou participem de mecanismos de denúncia e reparação efetivos e eficazes, que permitam propor reclamações e reparar violações de direitos humanos pela atividade empresarial, com ênfase para:

I - disponibilizar mecanismos para o monitoramento e a solução de controvérsias de impactos e violações decorrentes de suas atividades ou suas operações, por meio de canais de denúncia à disposição das pessoas e comunidades afetadas;

II - disponibilizar canal de denúncias direto para que as pessoas e as comunidades possam expressar suas preocupações em relação ao impacto adverso dos negócios em seus direitos;

III - facilitar o pedido de informações e o acesso por parte das comunidades atingidas e do entorno e:

- a) comprometer-se com o combate aos entraves para produção de provas por parte das vítimas e dos atingidos e contribuir com as investigações;
- b) dar clareza e visibilidade à sua estrutura interna e à estrutura do grupo econômico do qual faça parte; e
- c) adotar compromissos públicos de não retaliação de comunidades e de pessoas que denunciem violações ou risco de violações de direitos humanos relacionadas com a empresa, considerada a sua dependência econômica;

IV - reparar, de modo integral, as pessoas e as comunidades atingidas (BRASIL, 2018).

Já no artigo 15, prevê-se que a reparação integral prevista no inciso IV do *caput* do art. 14, poderá abranger as medidas, de forma isolada ou cumulativa, que constam na seguinte lista, cujo caráter é meramente exemplificativo:

- I - pedido público de desculpas;
- II - restituição;
- III - reabilitação;
- IV - compensações econômicas ou não econômicas;
- V - sanções punitivas, como multas, sanções penais ou sanções administrativas; e
- VI - medidas de prevenção de novos danos como liminares ou garantias de não repetição.

Da leitura dessas normas verifica-se a importância dada no Decreto aos mecanismos de denúncia e reparação judiciais e extrajudiciais, observando-se uma clara influência dos Princípios Ruggie 27 a 31 (ONU, 2011), relativos, precisamente, a essa matéria, tendo, inclusive, acolhido expressamente vários dos seus preceitos.

Assim, em relação aos Princípios Ruggie 27 e 28, o Decreto, no *caput* do seu artigo 13, prevê que o Estado deverá aprimorar

os mecanismos judiciais e extrajudiciais já existentes, cuidando especialmente de preencher as lacunas e de superar qualquer obstáculo, legal ou prático, que possa dificultar a reparação dos danos aos direitos humanos no marco da atividade empresarial. Para tal, nos incisos desse artigo 13, são estabelecidas diversas medidas constantes nos Princípios Ruggie 27 e 28, a exemplo do levantamento dos mecanismos existentes (inciso I), divulgação dos mecanismo já existentes (inciso VI) diminuição da assimetria entre as partes (inciso VIII), especialmente em relação aos grupos vulneráveis (inciso IV), bem como o estímulo ao uso de mecanismos de mediação e resolução de conflitos não judiciais compatíveis com os direitos humanos (inciso IX).

Em relação ao Princípio Ruggie 29, no inciso III do artigo 13 do Decreto dispõe-se sobre a obrigação do Estado de incentivar às empresas a desenvolverem “mecanismos internos de escuta e denúncia com fluxo e prazo para resposta preestabelecidos e amplamente divulgados” (BRASIL, 2018), prevendo, no inciso VII desse artigo, a implementação de medidas de reparação (compensações pecuniárias e não pecuniárias, desculpas públicas, restituição de direitos e garantias de não repetição). Já no artigo 14, é fixada a competência da administração pública para incentivar às empresas a estabelecerem mecanismos de denúncia efetivos e eficazes estabelecendo uma série de ações para atingir essa finalidade, incluindo, conforme disposto no artigo 15, a adoção de diversas medidas para a reparação integral (pedido público de desculpas; restituição; reabilitação; compensações econômicas ou não econômicas; sanções punitivas, como multas, sanções penais ou sanções administrativas; e medidas de prevenção de novos danos como liminares ou garantias de não repetição), sendo a explicitação dessas medidas do artigo 15

uma repetição parcial do inciso VII artigo 13, podendo deflagrar confusão na sua aplicação concreta.

Finalmente, os critérios de eficácia dos mecanismos extrajudiciais do Princípio Ruggie 31 (legítimo, acessível, previsível, equitativo, transparente, compatível com os direitos humanos, participativo) foram elencados nos incisos II e IX do artigo 13 do Decreto, com exceção do critério de aprendizagem contínua.

Além da ausência desse critério de eficácia, outra ausência no Decreto a ser destacada é a que se refere à previsão de norma refletindo o Princípio Ruggie 30, que trata de mecanismos eficazes de denúncia no âmbito de corporações industriais, sociedades de múltiplas partes e outras iniciativas de colaboração, sob a forma de códigos de conduta, normas internas de funcionamento e acordos marcos entre sindicatos e empresas transnacionais.

A essas ausências, somam-se a falta de explicitação dos critérios de eficácia dos mecanismos extrajudiciais do Princípio 31, haja vista terem sido apenas elencados no inciso II do artigo 13 do Decreto, sem qualquer referência sobre seu conteúdo, apesar do seu papel crucial na compreensão e aplicação dos mecanismos extrajudiciais.

Todavia, os problemas de redação do Decreto, por vezes confusa (a exemplo do *caput* do artigo 13) e/ou repetitiva (artigo 13 VII e artigo 15), constituem outro fator que pode dificultar a sua correta aplicação, confirmando que se perdeu a oportunidade de ter uma normatividade coercível também para as empresas, com disposições claras, que facilitem sua aplicação e atingimento de objetivos.

Não se trata, entretanto, de negar qualquer relevância à aprovação do Decreto, pois constitui, sem dúvida, um importante, avanço, inclusive porque prevê, sobre a temática deste trabalho,

algumas normas que vão além do Princípios Ruggie, como as relativas à capacitação dos operadores de direitos e funcionários responsáveis sobre a matéria, dando ênfase à proteção de grupos vulneráveis (incisos IV e V do artigo 13), e a previsão sobre o aprimoramento e fortalecimento de mecanismos de fiscalização e priorização (incisos X, XI, XII do artigo 13), mas de apontar essas ausências e deficiências no intuito de contribuir com as discussões direcionadas a construir um marco regulatório nacional capaz de dar efetividade às normas protetoras e promotoras dos direitos humanos no âmbito da atividade empresarial.

Por esse motivo, neste trabalho, propõe-se que a leitura do Decreto nº 9.571/2018 se faça não apenas desde os Princípios Ruggie, mas também das normas e princípios que sustentam o Procedimento de Solução Amistosa (PSA) utilizado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), pois se trata de um procedimento solidificado que pode auxiliar na implementação efetiva dos mecanismos extrajudiciais de denúncia.

5. Considerações Finais

A responsabilização das empresas pela violação de direitos humanos constitui um dos maiores desafios a ser enfrentado pelo Direito. As diversas tentativas realizadas ao longo das últimas décadas, especialmente a partir do fortalecimento da globalização e conseqüente transnacionalidade da atividade empresarial, demonstram a necessidade de maiores estudos que possam rediscutir tradicionais conceitos jurídicos que vêm agindo como cúmplices da impunidade dessas violações. Como exemplo disso, pode ser citado o não reconhecimento da titularidade passiva das empresas nos sistemas internacionais de proteção de direitos humanos.

A esse problema da teoria jurídica, soma-se o fato dessas empresas trazerem grandes vantagens econômicas (geração de empregos, aumento de receitas tributárias, etc.) para os Estados nos quais decidem desenvolver suas atividades, o que termina por ofuscar as desvantagens (exploração de mão de obra barata, dano ambiental, etc.) que essas atividades costumam também ocasionar, provocando, muitas vezes, uma atitude omissiva por parte dos Estados que, em função dos ganhos econômicos, decidem não responsabilizar essas empresas pelas violações aos direitos humanos.

Trata-se de uma problemática mundial que, em 2011, deflagrou a nomeação de John Ruggie, professor da Universidade de Harvard, como Representante Especial das Organização das Nações Unidas, para elaborar um relatório sobre o tema. O documento, conhecido como Princípios Ruggie, constitui a mais importante referência, no mundo, no que se refere a empresas e direitos humanos. Contudo, carece de imperatividade, o que diminui consideravelmente seu valor.

Influenciado pelos Princípios Ruggie, o Estado brasileiro aprovou, em novembro de 2018, o Decreto nº 9.571, com o objetivo de fixar as diretrizes relativas a empresas e direitos humanos. Constitui essa norma, sem dúvida, um importante avanço, embora ter incorrido no mesmo grave erro dos Princípios Ruggie, ao determinar sua aplicação voluntária, e não imperativa, por parte das empresas.

De qualquer forma, há algumas disposições que se destacam, como a previsão de mecanismos extrajudiciais de denúncia, pois são suscetíveis de conferir uma maior celeridade e efetividade aos procedimentos de resolução de conflitos.

Contudo, há de se observar a presença, no Decreto, de diversos erros na regulação desses mecanismos, a exemplo de problemas de redação (normas confusas e parcialmente repetidas), superficialidade (enumeração sem explicitação do conteúdo dos mecanismos de eficácia dos Princípio Ruggie) e omissões (ausência de qualquer referência ao Princípio Ruggie 30).

Em se tratando de conflitos envolvendo direitos humanos, esses erros são graves, na medida em que esses direitos devem gozar de uma proteção rigorosa que evite qualquer possível revulneração. No caso de mecanismos extrajudiciais, há de se ter o cuidado de não sobrepor o interesse da resolução do conflito à proteção da dignidade humana, especialmente diante da grande assimetria entre as partes que, por vezes, inclui também grupos vulneráveis.

Face isso, no presente trabalho objetivou-se propor a aplicação dos mecanismos extrajudiciais previstos no Decreto nº 9.571/2018 à luz dos Princípios Ruggie e das normas e dos princípios que fundamentam o Procedimento de Solução Amistosa (PSA) usado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), como forma de preencher os vazios e superar os erros presentes na norma brasileira, dando ênfase aos critérios de eficácia que constam no Princípio Ruggie 31 (legitimidade; acessibilidade; previsibilidade; isonomia; transparência; continuidade; dialogicidade e compatibilidade com os direitos humanos), e aos princípios de autonomia da vontade das partes; imparcialidade do facilitador, informalidade e confidencialidade, subjacentes no PSA.

Finalmente, impende observar que os benefícios de uma justa aplicação dos mecanismos extrajudiciais não se restringem às partes envolvidas, mas abrangem também à sociedade, tendo em vista a diversidade das medidas que poderão ser acordadas,

a exemplo de pedido público de desculpas; restituição; reabilitação; compensações econômicas ou não econômicas; sanções punitivas, como multas, sanções penais ou sanções administrativas; e medidas de prevenção de novos danos como liminares ou garantias de não repetição, assegurando-se, assim, uma reparação global e confiança no sistema jurídico.

6. Referências

ALMEIDA, Diogo A. Rezende de; PAIVA, Fernanda. *Princípios da Mediação de conflitos*. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). *Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: JusPodivm. 2016.

BILCHITZ, David. O marco Ruggie: uma proposta adequada para as obrigações de direitos humanos das empresas?. *SUR*, 2010. v. 7, n. 12, p. 209-240. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16025025.pdf>. Acesso em: 25 set. 2019.

BRASIL. *Decreto nº 9.571, promulgado em 21 de novembro de 2018*. Estabelece as diretrizes nacionais sobre empresas e direitos humanos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9571.htm. Acesso em: 25 set. 2019.

BRASIL. *Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. Lei de Mediação de Conflitos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 15 ago. 2019.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 ago. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/const/const.htm.

gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.
Acesso em: 24 ago. 2019.

CASTILLA, Karlos. *Ideas respecto a la solución amistosa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Revista CEJIL a. II, 2007. n. 3, p. 124-133. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24786.pdf>. Acesso em: 15 set. 2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Informes de soluciones amistosas*. 2019 Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/amistosas.asp>. Acesso em: 19 ago. 2019.

_____. *Informe sobre el impacto del solución amistosa*. Edición Actualizada 2018. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ImpactoSolucionesAmistosas-2018.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2019.

_____. *Guía práctica sobre el uso del mecanismo de soluciones amistosas en el sistema de peticiones y casos ante la CIDH*, 2013. Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/soluciones_amistosas/docs/guia-practica-sa-es.pdf. Acesso em: 19 ago. 2019.

_____. *Reglamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*, 28 de outubro a 13 de novembro de 2009 Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/u.Regulamento.CIDH.htm>. Acesso em: 19 ago. 2019.

_____. *Informe n. 43/06*. Casos 12.426 y 12.427. Solución Amistosa. Niños capados de Marañón. Brasil, 15 de marzo de 2006. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2006sp/Brasil12426sp.htm>. Acesso em: 19 ago. 2019.

_____. *Informe n. 95/03*. Petición 11.289. Solución Amistosa. José Pereira. Brasil, 24 de Octubre de 2003. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2003sp/Brasil.12289.htm>. Acesso em: 19 ago. 2019.

_____. *Resolución n° 5/85*. Caso n° 7956 (Honduras), 5 de marzo de 1985. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/amistosas.asp>. Acesso em: 19 ago. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução n° 125*, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 15 ago. 2019.

CONSELHO DA EUROPA. *Convención Europea de Derechos Humanos - Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, de 4 de novembro de 1950. Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf. Acesso em: 18 ago. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, 8 de diciembre de 1995. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_22_esp.pdf. Acesso em: 19 ago. 2019.

_____. *Caso Pueblos Kalina y Lokono vs. Suriname*. Sentença de 25 de novembro de 2015. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf. Acesso em: 1 jun. 2019.

ESTEPA, María Carolina. La solución amistosa en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista de Estudios Socio-jurídicos*, 2011. v. 13, n. 2, p. 327-352. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/733/73322590012.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2019.

ORGANIZAÇÃO DE ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969*. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 25 jul. 2019.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Consejo de Derechos Humanos. Asamblea General. 17º período de sesiones. Tema 3 de la Agenda. *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*. 21 de marzo de 2011. Disponible em: https://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:okl4pCEnwSkJ:scholar.google.com/+principios+ruggie+empresas&hl=pt-BR&as_sdt=0,5. Acesso em: 21 set. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, de 16 de diciembre de 1966. Disponible em: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>. Acesso em: 25 jul. 2019.

ROLAND, Manoela Carneiro (coord.). Reflexões sobre o Decreto 9571/2018 que estabelece as Diretrizes Nacionais sobre empresa e direitos humanos. Juiz de Fora: *Cadernos Homa*, 2018. v. 01, n. 07.

SEPÚLVEDA, César. *El procedimiento de solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. In: Comisión Interamericana de Derechos Humanos (ed.), *Derechos humanos en las Américas*. Homenaje a la memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches. Washington D.C.: Organización de los Estados Americanos, 1984.

SILVA, Caroline Pessano Husek; SPENGLER. Fabiana Marion. Mediação, conciliação e arbitragem como métodos alternativos de solução de conflitos para uma justiça célere e eficaz. Santa Cruz do Sul: *Revista Jovens Pesquisadores*, 2013. v. 3, n. 1, p. 128-143.

As águas transfronteiriças e as corporações: a necessidade de sua inclusão no Plano Nacional de Ação

José Irivaldo A. O. Silva¹
Belinda da Cunha Pereira²
Talden Farias³

Resumo: A proteção às águas circulantes no Planeta é essencial para a sobrevivência humana e da natureza e o desenvolvimento das múltiplas atividades humanas. Com base nesse funda-

1 Estágio Pós-doutoral no Programa de Pós-graduação em Direito, no Grupo de Pesquisa em Direito Ambiental e Sociedade de Risco, na Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-Doutor em Desenvolvimento Regional. Doutor em Ciências Sociais. Doutorando em Direito e Desenvolvimento. Pesquisador Produtividade do CNPq, nível 2. Mestre em Sociologia. Especialista em Gestão das Organizações Públicas. Especialista em Direito Empresarial. Graduado em Ciências Jurídicas. Exerceu o cargo de Analista Judiciário no Tribunal de Justiça da Paraíba durante oito anos. Professor efetivo do Curso de Gestão Pública, na Unidade Acadêmica de Gestão Pública da Universidade Federal de Campina Grande.

2 Professora Associada UFPB. Professora do PPGCJ e do PRODEMA - Mestrado e Doutorado em Meio Ambiente e Desenvolvimento; Coordenadora do Grupo de Pesquisa CNPq " Saberes Ambientais - Homenagem a Enrique Leff: Sustentabilidade, Impacto, Gestão e Direitos". Pós-doutorado CAPES Universidade Autônoma do México, Instituto de Investigaciones Sociales, UNAM. Autora de Livros, artigos, palestrante, consultora e assessora científica. Orientadora de Mestrado e Doutorado.

3 Graduado em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba, mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba e doutor em Recursos Naturais pela Universidade Federal de Campina Grande. Em março de 2016 obteve com louvor o título de doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, tendo feito estágio de doutoramento sanduíche pela Universidade de Paris 1/Pantheón-Sorbonne (CAPES-COFECUB).

mento, analisamos no presente capítulo de que forma podemos inserir a atuação das corporações num Direito Internacional das Águas num contexto de águas compartilhadas em bacias hidrográficas e de uso da água para as atividades das empresas, que tem repercussão direta e indireta nas violações em face do meio ambiente e seres humanos. Portanto, o nosso objetivo é analisar essa relação entre a proteção das águas compartilhadas entre países limítrofes e que são utilizadas para múltiplas atividades, principalmente atividades econômicas das corporações, indústrias e o agronegócio. Verificamos a necessidade de se aprofundar essa temática para que ela seja inserida no Plano Nacional de Ações e que seja implementada uma linha de estudos no GT corporações.

Palavras-chave: Corporações, água, gestão, meio ambiente, transnacionalidade

Sumário: 1. Introdução; 2. Águas transfronteiriças e o conceito de bacia hidrográfica; 3. Direito Internacional da Água; 3.1. Uma radiografia do interesse nesse “ouro branco/azul”; 3.2. Direito Internacional das Águas e a responsabilização das corporações; 4. Considerações finais; 5. Referências.

1. Introdução

A água é um bem inestimável, sendo essencial para a manutenção de todas as formas de vida no Planeta, bem como é fundamental para o desenvolvimento econômico sendo utilizada em todos os processos produtivos. Para se ter uma ideia, mais de 70% de toda a água consumida no Planeta é destinada para o processo produtivo na agricultura, notadamente no agronegócio e indústrias, ficando um pequeno percentual para os usuários domésticos.

Partindo desse pressuposto, a preocupação que emerge desse panorama, somado a um contexto de mudanças climáticas que altera a dinâmica do ciclo hidrológico, surge o seguinte problema na gestão dos escassos recursos hídricos do Planeta: é importante um marco legal transnacional que estabeleça princípios para a gestão de recursos hídricos, especialmente entre bacias hidrográficas transnacionais, ou seja, que são compartilhadas entre diversos países que possuem ordenamentos jurídicos distintos?

Segundo relatório da Global Water Partnership (GWP, 2000) mais da metade das terras banhadas por águas superficiais e subterrâneas servem a dois ou mais países, são águas transfronteiriças, o que torna necessário redobrar os cuidados através de acordos internacionais no sentido da prevenção de desastres ambientais e estabelecer as responsabilidades dos agentes empresariais, por exemplo, cujos danos podem ter sua extensão ampliada em termos de recursos hídricos. Para se ter uma dimensão, só na América Latina e Caribe mais de 71% das águas superficiais são transfronteiriças, seguidos de 51% dos aquíferos.

Essa preocupação emerge num cenário de risco potencial de contaminação das águas superficiais e subterrâneas que servem para o abastecimento humano e a manutenção de ecossistemas que prestam relevantes serviços ambientais às cidades onde se insere boa parte da população. Isso em termos genéricos, porém, podemos apontar o caso do Brasil com países fronteiriços que compartilham, por exemplo, a bacia amazônica, a bacia do rio paraná, que são fundamentais, ambas com grandioso potencial em águas superficiais e subterrâneas, havendo um processo forte de intervenção de empresas mineradoras e de outros ramos e a necessidade de clareza e efetividade na proteção da

água contra agentes contaminantes que podem causar danos incalculáveis. O mapa 1, que demonstra a bacia hidrográfica do Rio Paraná dá uma dimensão da potencialidade no campo da violação dos direitos humanos, notadamente do direito humano à água, bem como a possibilidade de dano ambiental que atinja trabalhadores em geral.

Mapa 1 - Bacia hidrográfica do Paraná

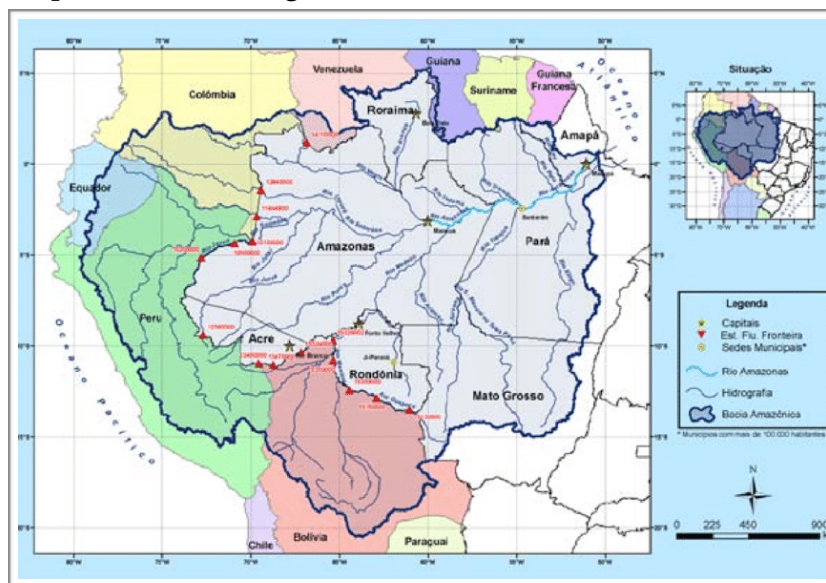


Fonte: ANA, www.ana.gov.br.

Desse modo, nosso objetivo, está calcado nas diretrizes do projeto desse consórcio de pesquisa latino americano, sendo

justamente analisar de que modo podemos estabelecer um sistema de prevenção das violações aos direitos humanos a partir dos danos ambientais que podem ser causados por empresas transnacionais, ou mesmo nacionais que atuam num determinado país, porém sua ação pode atingir, no caso de águas de uma bacia hidrográfica transnacional, pessoas e ecossistemas de outras nações. Trazemos mais um mapa, mapa 2, que demonstra a grandiosidade da bacia amazônica, também transnacional.

Mapa 2 - Bacia hidrográfica amazônica



Fonte: ANA, 2010.

2. Águas transfronteiriças e o conceito de bacia hidrográfica

A gestão de recursos hídricos, ou como preferimos classificar a gestão das águas, por ser um bem ambiental comum que, conforme a legislação brasileira, por exemplo, tem conteúdo econômico, e não podemos descuidar que há um valor intrín-

seco da água, seu valor essencial, inestimável e até espiritual para algumas comunidades ribeirinhas e indígenas, bem como a mesma é utilizada para a produção industrial e agrícola e grandes estruturas de abastecimento são construídas direcionadas prioritariamente às cidades de médio e grande porte.

Essa é uma pequena parte do problema, uma vez que uma característica da água é justamente sua multiplicidade de usos, alguns já mencionados, porém, há outros como o uso em larga escala na mineração, ou mesmo o uso maciço para a produção de energia elétrica nas usinas hidroelétricas, como a usina de Belo Monte, que interferem diretamente no fluxo de rios e na biodiversidade regional, o que pode comprometer a sobrevivência de comunidades vulneráveis, cujos danos existem e muitas vezes não são reparados. Lembrando que a água é um direito humano reconhecido pela Organização das Nações Unidas desde 2010, o que significa que a universalização desse bem deve ser uma diretriz a ser cumprida pelos gestores públicos a frente da administração local e nacional.

No que se refere à gestão transnacional das águas um conceito de bacia hidrográfica é fundamental para se propor uma gestão integrada, holística, que privilegie o consumo humano e dos ecossistemas e a produção regional de modo a prevenir a violação dos direitos humanos através de danos ambientais, como a contaminação das águas por rompimento de barragens de rejeitos minerais, ou mesmo o lançamento de mercúrio nas águas ou outro tipo de resíduo, sem falar da extração excessiva de água muitas vezes acima da outorga conferida pelo órgão estatal competente.

Desde os idos de 1990, com os princípios de Dublin, que a gestão dos recursos hídricos de forma integrada ganha força em

reuniões preparatórias da Eco-92 no Rio, e há a necessidade de se adotar uma unidade integrada e sistêmica para o planejamento ambiental, que inclui, obviamente, o planejamento hídrico (PORTO *et al.*, 2008). Há toda uma mobilização das entidades relacionadas com a gestão de recursos hídricos de forma geral, inclusive com a recomendação da criação de organismos que cuidassem das bacias hidrográficas, os comitês de bacia.

Essa unidade territorial chamada de bacia hidrográfica seria a base para a análise jurídico-sistêmica acerca de danos ambientais, problemas com o saneamento, desmatamento, reflorestamento, áreas de preservação permanente, unidades de conservação, serviços ambientais, enfim um número extraordinário de variáveis a serem levadas em consideração nas decisões judiciais e formação de jurisprudências com um viés ecológico. Segue uma definição técnica de bacia hidrográfica:

(...) é uma área de captação natural da água de precipitação da chuva que converge os escoamentos para um único ponto de saída. Este ponto de saída é denominado *exutório*. Uma bacia hidrográfica é composta por um conjunto de superfícies vertentes constituídas pela superfície do solo e de uma rede de drenagem formada pelos cursos da água que confluem até chegar a um leito único no ponto de saída. Na figura podemos visualizar uma delimitação de bacia hidrográfica a partir de carta do exército e de modelo digital de elevação (FINKLER, s.d., p. 5).

Porto *et al.* (2008, p. 45) reforça a necessidade de se considerar a bacia hidrográfica como ente sistêmico:

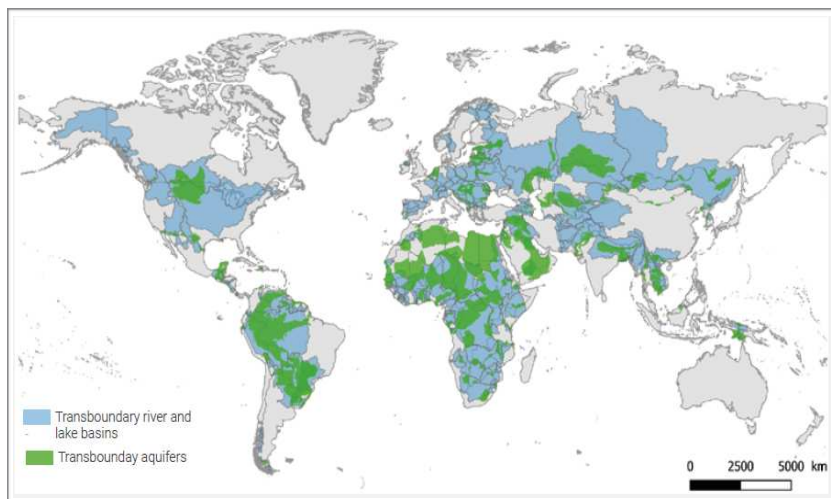
sobre o território definido como bacia hidrográfica é que se desenvolvem as atividades humanas. todas as áreas urbanas, industriais, agrícolas ou de preservação fazem parte de alguma bacia hidrográfica. Pode-se dizer que, no seu exutório,

estarão representados todos os processos que fazem parte do seu sistema. o que ali ocorre é consequência das formas de ocupação do território e da utilização das águas que para ali convergem.

Dessa forma, considera-se a bacia hidrográfica como o laboratório ideal para a gestão de águas, incluindo o saneamento, ou numa modalidade mais completa, uma gestão ambiental integradora. Nela podem se cruzar o planejamento urbano, rural, ambiental, hídrico, o que, certamente, torna a tarefa da gestão mais complexa, incluindo a tarefa de prevenção de dano ambiental, de desastres naturais. Lima (2005) destaca o caráter sistêmico da unidade espacial bacia hidrográfica classificando-a como unificadora dos processos ambientais e das interferências humanas, e levá-la em consideração é fundamental num contexto de crise ambiental, que despertou o interesse por se considerar uma visão de conjunto baseada num paradigma sistêmico (LEFF, 2006).

O mapa 3 apresenta a complexidade e como se trata do envolvimento de diversos interesses, impondo-se a necessidade de mediá-los e se incluir nos Planos Nacionais de Ação (PNA) e planejamento contra violação de direitos humanos por empresas transnacionais que, no caso de uma bacia hidrográfica pode ter uma extensão considerável, cujos danos são imprevisíveis. Isso tem implicações tremendas nas atividades de mineração e na agricultura com o uso de agrotóxicos.

Mapa 3 - Panorama global das águas transfronteiriças



Fonte: UNESCO-IGRAC (aquifers); GEF-TWAP (river and lake basins)

3. Direito Internacional da Água

3.1. Radiografia do interesse nesse “ouro branco/azul”

Portanto, diante desse panorama hipercomplexo envolvendo atores internacionais, abrindo-se espaço para uma hidrodiplo-macia, é possível já apresentar avanços no arcabouço jurídico que auxilia na regulação das águas compartilhadas entre países, bem como no estabelecimento das responsabilidades por eventuais danos que venham a ocorrer. No nosso caso, desse capítulo, apresentaremos o quadro jurídico da América Latina. Nessa seção pretendemos demonstrar esse quadro de normas que forma o Direito Internacional da Água. O desafio normativo é tremendo para a região latino americana, principalmente em saber como gerenciar um recurso finito como a água, formando um grande sistema ecológico-ambiental integrado entre os

diversos países, atravessando seus limites, considerando o contexto político fragmentado (GWP, 2015).

Além do conceito jurídico de bacia hidrográfica, adicionemos a ele a figura jurídica internacional das águas transfronteiriças, cuja definição ficou estabelecida na Convenção de Nova York sobre proteção e utilização dos cursos de água transfronteiriços e lagos internacionais, no art. 1:

A expressão «águas transfronteiriças» designa todas as águas superficiais e subterrâneas que marcam as fronteiras entre dois ou mais Estados que as atravessam, ou que estão situadas nessas mesmas fronteiras; no caso de desaguarem no mar sem formarem um estuário, o limite dessas águas é uma linha recta traçada através da foz entre pontos na linha de baixa-mar das suas margens;

Portanto, a Convenção de Nova York de 1997 demarca já seu escopo de aplicabilidade em face dos cursos de água transfronteiriços, ficando bem claro quem pode ser eles. No mapa 1 e 2, temos bons exemplos para o Planeta, mas que tem um impacto regional muito forte, mas influenciam também no balanço climático global, a bacia do rio paraná e do rio amazonas. Os Estados são partes interessadas nos conflitos internacionais, possuem personalidade jurídica e precisam prover os marcos regulatórios das atividades desenvolvidas em seus limites territoriais. Dessa forma, a tabela 1 detalha mais um pouco o que estamos tratando aqui, apresentando as bacias latino americanas e sua zona de influência em pelo menos dois países.

Tabela 1 - Distribuição de bacias por países

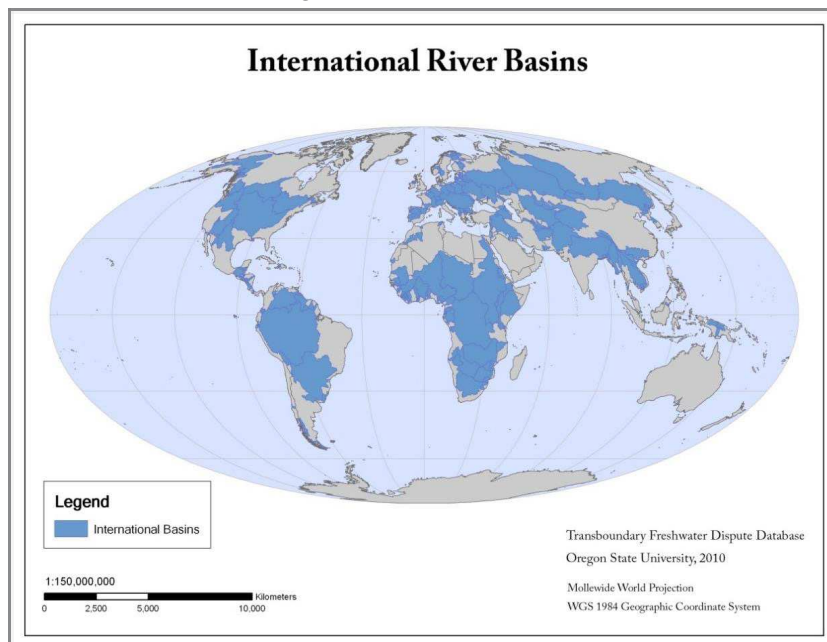
BACIA INTERNACIONAL	N. DE ESTADOS	BACIA INTERNACIONAL	N. DE ESTADOS
Amazonas	9	Moho	2
Do Prata	5	Mopán-Belice	2
Corantin	3	Motagua	2
Hondo-Azul	3	Hondo-Azul	2
Lempa	3	Oiapoque	2
Maroni	3	Ostúa-Guija	2
Orinoco	3	Palena	2
Titicaca - Desaguadero - Poopo	3	Pascua	2
Artibonite	2	Patía	2
Coco o Segovia	2	Paz	2
Comau	2	Pedernales	2
Cullen	2	Puelo	2
Changuinola	2	San Juan	2
Chira-Catamayo	2	Sarstún	2
Chiriqui	2	Sixaola	2
Choluteca	2	Suchiate	2
Goascorã	2	Usumacinta	2
Grijalva	2	Yelcho	2
Jurado	2	Zapaleri	2
Lago Fagnano	2	Zuramilla	2
Lagoa Mirim	2	Lagoa Mirim	2

Fonte: GWP, 2015.

O quadro 1 demonstra a necessidade de se desenvolver uma hidropolítica, e aqui utilizamos o conceito de Silva (2017), que estabelece essa modalidade de política como sendo “conjunto de medidas tomadas para administrar a interdependência hidrológica entre unidades territoriais”. Defendemos aqui que isso inclui a conduta de empresas que utilizam às águas desses mananciais,

com outorgas ou não, para garantir sua produção, e qualquer dano ambiental será uma violação aos direitos humanos. O mapa 4 apresenta as bacias internacionais em todo o planeta.

Mapa 4 - Bacias hidrográficas internacionais

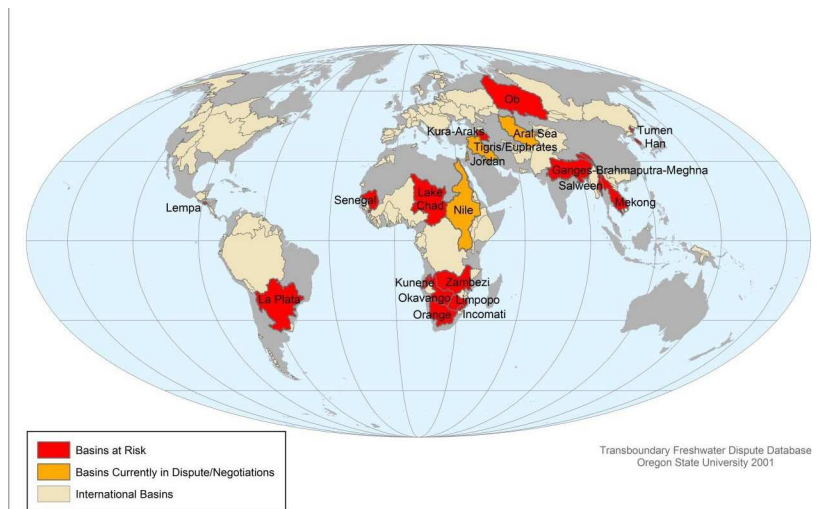


Fonte: TRANSBOUNDARY FRESHWATER DISPUTE DATABASE (TFDD).

Portanto, a água deve ser objeto da diplomacia dos países, sendo sua preservação essencial, bem como a proteção desses mananciais em face da ação das grandes corporações que tem na água uma mercadoria. O contexto pode ser de paz, porém também podem essas bacias estarem envoltas em disputas. É o que já apontava o relatório do Ministério da Defesa Espanhol acerca dos conflitos do século já colocando a escassez de água e a sua distribuição como causas prováveis de conflitos (Ministe-

rio de la Defensa, 2012) . Sobre isso o mapa 5 expõe o mapa dos conflitos relacionados com as bacias internacionais.

Mapa 4 - Água em disputas nas bacias hidrográficas



Fonte: WOLF *et al.* 2003.

3.2. Direito Internacional das Águas e a responsabilização das corporações

Esse é um quadro comum no Direito Internacional, estados soberanos diferentes que têm interesses comuns, no caso o fluxo das águas transnacionais. Dessa forma, temos o mesmo rio que atravessa um país e passa a fronteira de outro e estamos tratando de um bem que tem múltiplos usos principalmente para navegação, consumo e produção de energia elétrica. É importante pontuar que não houve sucesso no estabelecimento de um tratado universal sobre água doce, as diferenças entre as diversas regiões e interesses divergentes certamente impossibilitaram tal feito. Porém, Costa *et al.* (2016, p. 4) é assertivo

quando menciona acerca da aplicabilidade do direito internacional nos casos envolvendo bacias transnacionais:

Decerto, as normas de Direito internacional geral, tanto as costumeiras como as de origem convencional, também se aplicam a questões referentes a bacias hidrográficas. Por exemplo, os princípios e regras de Direito dos tratados presentes no costume internacional e na Convenção de Viena de 1969 são também válidas para os tratados bilaterais, regionais e universais em matéria de rios internacionais. Do mesmo modo, os parâmetros gerais de responsabilidade entre os Estados, estabelecidos no costume e em instrumentos específicos, dado o fracasso em elaborar um tratado mundial, igualmente cobrem obrigações referentes ao caudal ou à qualidade da água.

A abordagem transnacional dos rios em suas bacias hidrográficas sempre foi voltada especificamente para a navegação, daí a necessidade de se ter normas internacionais para os demais usos desses cursos de água, cada vez mais demandados, daí que Rieu-Clark (2008) aponta que a Convenção de Nova Iorque veio ocupar essa lacuna e tratar de outros usos além da navegação. Desse ponto de vista foi um avanço conforme assevera Caponera (2007) uma vez que definir a internacionalidade de um rio apenas pela navegação ficou obsoleto diante da multiplicidade de usos da água. Outrossim, é preciso apontar quais seriam, para além dessa convenção, as fontes do direito internacional em caso de eventuais conflitos ou danos ao meio ambiente e, por conseguinte, às comunidades que utilizam a água da bacia. Assim o Estatuto da Corte Internacional de Justiça estabelece:

Artigo 38

A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

- a. as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
- b. o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
- c. os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;
- d. sob ressalva da disposição do Artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.⁴

Daí tem um norte para a interpretação e aplicação no sistema internacional de normas. Porém, um obstáculo que se relaciona com os sujeitos de direito que violam direitos humanos e que desenvolvem atividades econômicas, o que é o caso das empresas transnacionais, por exemplo, é justamente quando se chega aos sujeitos do Direito Internacional. Assim, Crawford (2012, p. 115) se refere a esses sujeitos:

*“A subject of international law is an entity possessing international rights and obligations and have the capacity (a) to maintain its rights by bringing international claims; and (b) to be responsible for its breaches of obligation by being subjected to such claims”.*⁵

Entretanto, o mesmo autor argumenta que não há clareza em relação à exclusão, ou não, das corporações no Direito In-

4 Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/EstCortIntJust.html>.

5 Um sujeito de direito internacional é uma entidade que possui direitos e obrigações internacionais e tem a capacidade (a) de manter seus direitos ao apresentar reivindicações internacionais; e (b) ser responsável por suas violações de obrigação ao ser submetido a tais reivindicações. (TRADUÇÃO LIVRE).

ternacional, mas que essas aparecem comumente em questões relacionadas ao comércio, ao transporte aéreo, à navegação, enfim, ao que parece em face das violações o caminho seria a denúncia do Estado onde esteja alocada a empresa que causou algum dano ou violação ambiental, por exemplo.

Porém, é importante mencionar que estão consolidados como pessoas jurídicas de Direito Internacional, as seguintes: os Estados, entidades legalmente aproximadas à categoria de Estados (a liga das nações por exemplo), entidades reconhecidas como beligerantes (uma comunidade que luta pela criação de seu país através da divisão territorial), administração internacional de territórios próximo de ficarem independentes (o caso da Namíbia em que a ONU instalou um governo de transição), organizações internacionais (Organização das Nações Unidas e congêneres), indivíduos que atuam muito mais como denunciantes das violações dos Estados e corporações, povos não autônomos e as entidades *sui generis* (a exemplo do Vaticano e de Taiwan).

No caso específico dos indivíduos como sujeitos de Direito Internacional e também das corporações, ambos na esfera de violação dos direitos humanos, estão sob o monopólio da responsabilidade dos Estados onde se localizam, não podendo uma regra de direitos humanos atuar em paralelo com o ordenamento interno dos países, a não que tenha sido incorporada ao ordenamento jurídico interno (CF, art. 5, parágrafo 3). Dessa forma, fica representando a demanda nas cortes internacionais o Estado de domicílio. Porém, embora as corporações não possuam concretamente personalidade jurídica para o direito internacional, sua capacidade de influenciar decisões é factível, podendo ter a diplomacia de um país por trás dela, vez que muitas dessas empresas possuem um capital maior do que boa parte dos países no mundo.

Portanto, essa é uma primeira questão que não nos impede de buscar a estruturação de um sistema protetivo dos direitos humanos face às corporações. E nesse campo, o meio ambiente, que é essencial para existência da humanidade em todas as suas dimensões, sofre periodicamente danos, notadamente nos ecossistemas aquáticos, seja pelas contaminações através de agentes químicos utilizados na produção de fertilizantes, o mercúrio na mineração, a aplicação de fertilizantes nas plantações que contaminam as águas superficiais e subterrâneas e vazamentos de petróleo.

Essa jornada nos apresenta o fortalecimento de um direito internacional das águas, que seria um ramo do direito internacional público, porém com um escopo mais amplo saindo da visão estrita do rio internacional para a concepção de bacias hidrográficas internacionais, o que inclui as águas subterrânea e todos os elementos que compõem essa unidade territorial que também tem um viés socio-jurídico (PINTO, 2018). É importante dizer que o impacto causado nessas bacias interfere diretamente nas atividades que são desenvolvidas em seus limites e na população que lá vive. Por exemplo, na bacia do rio Paraná, mapa 1, vivem mais de 60 milhões de pessoas, portanto, há uma potencialidade de violação do direito à vida, do direito à água potável, do direito a um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado, enfim, direitos que compõem o fundamento da dignidade humana inscrito na nossa Constituição Federal.

Um documento chave para a construção desse direito internacional das águas, que deverá influenciar os Planos Nacionais de Ação para prevenir as violações de direitos humanos perpetradas pelas corporações transnacionais em virtude de violações ao meio ambiente, é a Convenção do Uso e Proteção dos

Cursos de Águas e Lagos Internacionais, a Convenção de Helsink, assinada em 1992, que teve o escopo de lançar princípios de convivência entre os países influenciados pelas águas internacionais que formam uma bacia hidrográfica. Há dois conceitos importantes nesse documento (art. 1):

1. *“Transboundary waters” means any surface or ground waters which mark, cross or are located on boundaries between two or more States; wherever transboundary waters flow directly into the sea, these transboundary waters end at a straight line across their respective mouths between points on the low-water line of their banks”*;⁶
2. *“Transboundary impact” means any significant adverse effect on the environment resulting from a change in the conditions of transboundary waters caused by a human activity, the physical origin of which is situated wholly or in part within an area under the jurisdiction of a Party, within an area under the jurisdiction of another Party. Such effects on the environment include effects on human health and safety, flora, fauna, soil, air, water, climate, landscape and historical monuments or other physical structures or the interaction among these factors; they also include effects on the cultural heritage or socio-economic conditions resulting from alterations to those factors.”*⁷

6 “Águas transfronteiriças” significa quaisquer águas superficiais ou subterrâneas que marcam, cruzam ou estão localizadas nas fronteiras entre dois ou mais Estados; onde quer que as águas transfronteiriças fluam diretamente para o mar, essas águas transfronteiriças terminam em uma linha reta através de suas respectivas bocas entre pontos na linha de maré baixa de suas margens; (TRADUÇÃO LIVRE)

7 “Impacto transfronteiriço” significa qualquer efeito adverso significativo no meio ambiente resultante de uma alteração nas condições das águas transfronteiriças causada por uma atividade humana, cuja origem física está situada total ou parcialmente em uma área sob a jurisdição de uma Parte, uma área sob a jurisdição de outra Parte. Tais efeitos no ambiente incluem efeitos na saúde e segurança humana, flora, fauna, solo, ar, água, clima, paisagem e monumentos históricos ou outras estruturas físicas ou a interação entre esses fatores; também incluem efeitos no patrimônio cultural ou nas condições socioeconômicas resultantes de alterações nesses fatores; (TRADUÇÃO LIVRE).

Sendo assim, toda ação lesiva ao meio ambiente na unidade territorial transnacional, que engloba os corpos de água que atravessam dois ou mais países, e possa atingir diretamente a saúde e segurança humana, bem como atingir outros elementos da natureza que acaba indireta ou diretamente comprometendo a vida humana, pode ter nas corporações um agente potencial desses danos, isso precisa ser levado em consideração nos planos de ação contra violação de direitos humanos pelas corporações (ROLAND *et al.*, s.d.).

Roland *et al.* (2018) deixa clara a necessidade de se estabelecer uma relação entre direitos humanos e meio ambiente, o que poderíamos até enfatizar dizendo que a concretização dos direitos humanos passa pela proteção ambiental, isso inclui a proteção dos povos mais vulneráveis, como ribeirinhos, indígenas, quilombolas, pescadores, ou qualquer comunidade que seja atingida pelos efeitos do dano ambiental. Dois casos emblemáticos nessa seara são o rompimento das barragens de rejeito de minérios em Mariana e em Brumadino, o primeiro em 2015 e o segundo em 2019, constituindo-se em violações aos direitos humanos por meio dos danos ambientais, estando Minas Gerais sob iminente risco de novos rompimentos. No caso das bacias transfronteiriças a responsabilidade está bem clara na convenção de Helsink.

Portanto, o objeto desse direito internacional das águas é a bacia hidrográfica transnacional e seus múltiplos usos (PINTO, 2018). Dessa forma, a convenção de Helsink estabelece ainda a necessidade das partes, ou seja, dos Estados adotarem conduta de prevenção, controle e regulação dos potenciais impactos transnacionais, isso implica dizer que os usos de água na atividade de mineração, na produção de energia, na produção

industrial não devem causar danos ao meio ambiente o que poderia trazer prejuízos transnacionais. O art. 2 dessa convenção apresenta os fundamentos que devem ser adotados, ou buscados, pelas partes, isso significa que os países deverão regular de per si as atividades potencialmente danosas ao meio ambiente:

(a) *To prevent, control and reduce pollution of waters causing or likely to cause transboundary impact;*⁸

(b) *To ensure that transboundary waters are used with the aim of ecologically sound and rational water management, conservation of water resources and environmental protection;*⁹

(c) *To ensure that transboundary waters are used in a reasonable and equitable way, taking into particular account their transboundary character, in the case of activities which cause or are likely to cause transboundary impact;*¹⁰

(d) *To ensure conservation and, where necessary, restoration of ecosystems.*¹¹

O mapa 5 apresenta a potencialidade de mineração no Brasil, os projetos de mineração que já estão sendo desenvolvidos nas áreas em escuras mas contando com grande pressão das corporações frente ao Estado para liberação de mais áreas, desregulação do setor, embora tenhamos uma larga faixa de Unidades de Conservação e Áreas Indígenas. Essas atividades minerárias são desenvolvidas em bacias transfronteiriças.

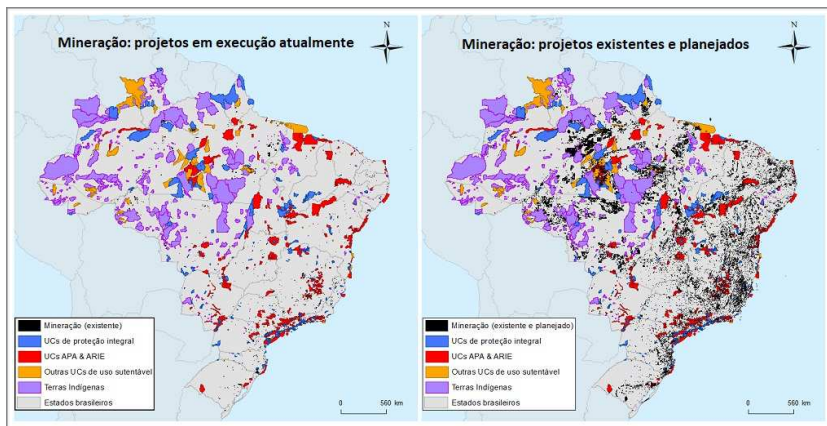
8 Prevenir, controlar e reduzir a poluição das águas que causam ou podem causar impacto transfronteiriço; (TRADUÇÃO LIVRE).

9 Garantir que as águas transfronteiriças sejam utilizadas com o objetivo de uma gestão hídrica ecologicamente correta e racional, conservação dos recursos hídricos e proteção ambiental; (TRADUÇÃO LIVRE).

10 Garantir que as águas transfronteiriças sejam utilizadas de maneira razoável e equitativa, levando em consideração, em particular, seu caráter transfronteiriço, no caso de atividades que causem ou possam causar impacto transfronteiriço; (TRADUÇÃO LIVRE).

11 Garantir a conservação e, quando necessário, a restauração dos ecossistemas. (TRADUÇÃO LIVRE).

Mapa 5 - projetos de mineração em bacias transfronteiriças



Fonte: IPAM, <https://ipam.org.br/projetos-de-lei-querem-mineracao-em-1-renda-em-areas-protetidas-do-brasil/>.

O quadro 2 apresenta um resumo dos acordos e tratados que devem ser observados pelos países perpassados por essas bacias hidrográficas, notadamente a América Latina que se trata de uma região com importantes bacias hidrográficas e uma grande variedade de comunidades tradicionais.

Quadro 2 - normas e acordos relacionados à gestão das águas transfronteiriças

NORMA	TEOR
Convenção Sobre a Instalação de Forças Hidráulicas de Interesse de Vários Estados, Adotada em Genebra aos 9 de Dezembro de 1923 (r.t.s.d.n., n. 36, 1925, p. 76)	aproveitamento do potencial hidráulico das águas transfronteiriças
Convenção sobre a Proteção e o uso dos Cursos D'água Transfronteiriços e dos Lagos Internacionais (Helsinque, 1992)	A proteção e o uso dos cursos de água transfronteiriços e dos lagos internacionais são tarefas importantes e urgentes, cuja realização efetiva só pode ser garantida por uma cooperação aprimorada

NORMA	TEOR
Tratado da Bacia do Prata (Brasília, 23/04/1969)	As partes contratantes convêm em conjugar esforços com o objeto de promover o desenvolvimento harmônico e a integração física da Bacia do Prata e de suas áreas de influência direta e ponderável
Convenção que Constitui um Fundo Financeiro para o Desenvolvimento da Bacia do Prata (Fonplata) (Buenos aires, 12/06/1974)	criação de um fundo para financiar as intervenções na bacia transfronteiriça.
Acordo Tripartite de Cooperação Técnica e Operacional entre Itaipú e corpus (Argentina, Brasil & Paraguai, Ciudad Presidente Stroessner, 19/10/1979)	aproveitamento do potencial hidráulico das águas transfronteiriças
Brasil & Argentina: Tratado para o Aproveitamento dos Recursos Hídricos Compartilhados dos Trechos Limítrofes do Rio Uruguai e de seu Afluente o Rio Pepiri-Guaçu, Concluído em Buenos Aires, aos 17 de maio de 1980	Nesse documento os países estabelece diretrizes para o aproveitamento das águas transnacionais, principalmente o potencial energético, comprometendo a preservar o meio ambiente e evitar contaminações
Brasil & Paraguai, Tratado Sobre o Aproveitamento Hidro-Elétrico das Águas do Rio Paraná de Soberania Compartilhada entre o Brasil e o Paraguai a Partir de Salto Grande de Sete Quedas ou Salto Del Guairá até a Foz do Iguaçu (Brasília, 26/04/1973)	As Altas Partes Contratantes convêm em realizar, em comum e de acordo com o previsto no presente Tratado e seus Anexos, o aproveitamento hidrelétrico dos recursos hídricos do Rio Paraná, pertencentes em condomínio aos dois países, desde e inclusive o Salto Grande de Sete Quedas ou Salto de Guairá até a Foz do Rio Iguaçu
Brasil & Paraguai, ACORDO de cooperação para o Desenvolvimento Sustentável e a Gestão Integrada da Bacia Hidrográfica do Rio Apa (Brasília, 11/09/2006) - Dec. n° 7.170/2010	Acordo de Cooperação entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Paraguai para o Desenvolvimento Sustentável e a Gestão Integrada da Bacia Hidrográfica do Rio Apa
Brasil & Uruguai: Acordo de Cooperação para a o Aproveitamento dos Recursos Naturais e o Desenvolvimento da Bacia do Rio Quaraí, Assinado em Artigas, Uruguai, aos 11 de março de 1991. Dec n° 657/1992	Aproveitamento dos Recursos Naturais e o Desenvolvimento da Bacia do Rio Quaraí, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Oriental do Uruguai

Fonte: elaboração própria com base nos dados do site CNRH.

Esses são alguns acordos entabulados entre as partes interessadas nos múltiplos usos das águas transnacionais.

4. Considerações finais

O presente capítulo foi uma contribuição para reflexão do consórcio no sentido de avançarmos em mais campos de análise, como esse que insere a proteção e gestão das águas transfronteiriças em unidades territoriais hipercomplexas, onde as atividades econômicas e de toda a vida urbana e rural acontecem e a atuação das corporações é forte.

Dessa forma, a dimensão dos direitos humanos conjugada com os direitos ambientais formam uma proposta de regulação mais integral, holística, para atacar o problema da atuação das corporações em regiões como a América Latina que possui um leque grandioso de problemas e conflitos ambientais gerados por empresas as mais diversas, destacando-se a construção de centrais hidroelétricas.

A despeito de já termos avançado com a Portaria n° 289 do Ministério de Direitos Humanos, de 10 de agosto de 2018, que criou o Comitê Empresas e Direitos Humanos, e o Decreto n° 9.571, de 21 de novembro de 18, o qual foi definido como um marco para a criação de um recurso normativo, que dispõe sobre os limites referentes à atuação das empresas transnacionais em um âmbito interno, precisamos caminhar para a efetividade disso tudo.

Pensamos que o campo dos direitos ambientais é fértil para uma busca pela efetivação dos direitos humanos pelas corporações e a efetiva punição dessas caso haja violação. O exemplo das águas transfronteiriças nas bacias hidrográficas é um modelo de unidade territorial de planejamento que pode ser inte-

ressante para se pensar em políticas mais integrais e integradas. Entretanto, ficam abertas possibilidades para novos aportes num futuro Plano Nacional de Ações.

5. Referências

CAPONERA, D. A. *Principles of water law and administration*. Taylor & Francis Group, London, UK, 2007.

COSTA, J. A. F., SOLA, F., SILVA, S. T. da. *Análise jurídica da Convenção de Nova Iorque de 1997*. In Revista de Direito Ambiental, RDA, Revistas do Tribunais, 2016. v. 83.

CRAWFORD, J. *Brownlie's Principles of Public International Law*. 8th ed. Oxford, 2012.

FINKLER, R. *Planejamento, manejo e gestão de bacias*. Unidade I. Brasília: Agência Nacional de Águas, s.d.

GLOBAL WATER PARTNERSHIP (GWP). *Manejo Integrado de Recursos Hídricos*. Estocolmo, Suécia, 2000.

_____. *O direito internacional de águas na América Latina*. GWP Sudamérica, Montevideo, Uruguay, 2015.

PORTO, R. LA L., PORTO, M. F. A. *Gestão de bacias hidrográficas*. In estudos avançados 22 (63), 2008.

LEFF, H. *Racionalidade ambiental: a reapropriação social da natureza*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

LIMA, A. G. *A bacia hidrográfica como recorte de estudos em geografia humana*. GEOGRAFIA, Universidade Estadual de Londrina, Departamento de Geociências, 2005. v. 14, n. 2.

MINISTERIO DE LA DEFESA, Espanha. *Panorama Geopolítico de los conflictos* 2012. Madrid: Ministerio de la Defensa, 2012.

PINTO, L. del C. *El derecho internacional de aguas: entre soberanía de los estados y los esfuerzos por su codificación*. In *El derecho y la gestión de aguas transfronterizas*. Quintas Jornadas de Derecho de Aguas. Peru: Pontificia Universidad Católica del Peru, 2018.

RIEU-CLARK, A. *The Role and Relevance of the UN Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses to the EU and its Member States*. In *British Yearbook of International Law*, 2008. v. 78.

ROLAND, M. C. (COORD.) *Planos Nacionais de Ação sobre Direitos Humanos e Empresas: contribuições para a realidade brasileira*. Centro de Direitos Humanos e Empresas, HOMA, s.d.

ROLAND, M. C., FARIA JR., L. Ca. S., JÚLIO, K. C., CASTRO, J. L. L. M. de. *Planos Nacionais de Ação sobre Empresas e Direitos Humanos na América Latina: Análises sobre Colômbia, México e Chile*. In. *Cadernos de Pesquisa Homa*, 2018. v. 1, n. 4.

Sobre este E-book

Tipografia: FreightText Pro e Myriad Pro

Cegraf UFG: Câmpus Samambaia, Goiânia,
Goiás, Brasil - 74690-900
Fone: (62) 3521-1358
secretaria.cegraf@ufg.br
www.cegraf.ufg.br
