Rafael de Araújo Gomes
Lorena Vasconcelos Porto
Rúbia Zanotelli de Alvarenga
Thaís Dumêt Faria
Coordinadores

LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS Y LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Prefacio ▮ Guilherme Guimarães Feliciano

FÓRUM

LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS Y LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

RAFAEL DE ARAÚJO GOMES
LORENA VASCONCELOS PORTO
RÚBIA ZANOTELLI DE ALVARENGA
THAÍS DUMÊT FARIA

Coordinadores

Prefacio

Guilherme Guimarães Feliciano

LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS Y LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Belo Horizonte

FÓRUM

2019

© 2019 Editora Fórum Ltda.

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho
Alexandre Coutinho Pagliarini
André Ramos Tavares
Carlos Ayres Britto
Carlos Mário da Silva Velloso
Cármen Lúcia Antunes Rocha
Cesar Augusto Guimarães Pereira
Clovis Beznos
Cristiana Fortini
Dinorá Adelaide Musetti Grotti
Diogo de Figueiredo Moreira Neto
Egon Bockmann Moreira
Emerson Gabardo
Fabrício Motta
Fernando Rossi
Flávio Henrique Unes Pereira
Floriano de Azevedo Marques Neto
Gustavo Justino de Oliveira
Inês Virgínia Prado Soares
Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Juarez Freitas
Luciano Ferraz
Lúcio Delfino
Marcia Carla Pereira Ribeiro
Márcio Cammarosano
Marcos Ehrhardt Jr.
Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Ney José de Freitas
Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Paulo Modesto
Romeu Felipe Bacellar Filho
Sérgio Guerra
Walber de Moura Agra

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949
www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

Técnica. Empenho. Zelo. Estes foram alguns dos cuidados aplicados na edição desta obra. No entanto, podem ocorrer erros de impressão, digitação ou mesmo restar alguma dúvida conceitual. Caso se constate algo assim, solicitamos a gentileza de nos comunicar através do e-mail <editorial@editoraforum.com.br> para que possamos esclarecer, no que couber. A sua contribuição é muito importante para mantermos a excelência editorial. A Editora Fórum agradece a sua contribuição.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com a AACR2

R434 La responsabilidad social de las instituciones financieras y la garantía de los derechos humanos/ Rafael de Araújo Gomes et al. (Coord.).– Belo Horizonte : Fórum, 2019.
259 KB; E-book
ISBN: 978-85-450-0611-4

1. Derechos humanos. 2. Instituciones financeiras/ responsabilidad social . I. Gomes, Rafael de Araújo. II. Porto, Lorena Vasconcelos. III. Alvarenga, Rúbia Zanotelli de. IV. Faria, Thaís Dumêt. V. Título.

CDD 342.1
CDU 342.7

Elaborado por Daniela Lopes Duarte - CRB-6/3500

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GOMES, Rafael de Araújo et al. (Coord.). *La responsabilidad social de las instituciones financieras y la garantía de los derechos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. 259 KB. E-book. ISBN 978-85-450-0611-4.

SUMÁRIO

PREFACIO
GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO 11

INTRODUCCIÓN
RAFAEL DE ARAÚJO GOMES 13

CAPÍTULO 1
LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS BANCOS COMO AGENTES FINANCIADORES DE PROYECTOS POR LOS DAÑOS CAUSADOS AL MEDIO AMBIENTE DEL TRABAJO
RAIMUNDO SIMÃO DE MELO 27

1 Introducción 27
2 Trabajo y dignidad humana en la ley brasileña 28
3 Derecho a un ambiente de trabajo saludable y seguro 30
4 El deber patronal de protección de la salud del trabajador 31
5 Responsabilidad civil por los daños provocados al medio ambiente del trabajo 33
6 Responsabilidad solidaria por los daños causados al medio ambiente 39
7 Responsabilidad solidaria de los bancos como agentes financiadores de proyectos por los daños causados al medio ambiente del trabajo 40
8 Conclusiones 46
Referencias 48

CAPÍTULO 2

LA RESPONSABILIDAD SOCIOAMBIENTAL DE LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS EN LA PERSPECTIVA DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL DE 1988

ALEXANDRE LIMA RASLAN.....51

1 Introducción.....51

2 Función social: punto de convergencia de la responsabilidad socioambiental de las instituciones financieras.....53

3 Conclusión.....62

CAPÍTULO 3

EL PAPEL DE LA RESOLUCIÓN Nº 4.327/2017 Y LA RESPONSABILIDAD SOCIOAMBIENTAL DE INSTITUCIONES FINANCIERAS

RODRIGO PEREIRA PORTO.....65

1 Introducción.....65

2 La cuestión del riesgo socioambiental.....68

3 Las fallas de mercado.....70

4 El papel de la Resolución nº 4.327, de 2014.....72

5 Conclusión.....74

Referencias.....76

CAPÍTULO 4

¿QUÉ ES RIESGO SOCIOAMBIENTAL?

JEAN RODRIGUES BENEVIDES,

JOSÉ MAXIMIANO DE MELLO JACINTO.....79

1 Introducción.....79

2 ¡Cuidado con los riesgos socioambientales! Estos pueden ser mayores de lo que se imagina.....80

3 Evolución del concepto de riesgo.....81

3.1 Aspectos ambientales del riesgo.....82

3.2 Aspectos sociales del riesgo.....82

4 Responsabilidad socioambiental en el sector productivo.....83

5 Como la gestión de riesgo socioambiental de los bancos puede influir en el sistema empresarial.....85

6 Regularidad socioambiental y el financiamiento de proyectos.....86

7 Reglamentación del riesgo socioambiental en las instituciones financieras 89
8 Acuerdos voluntarios y autorregulación bancaria 90
9 Consideraciones finales....92
Referencias 94

CAPÍTULO 5
RESPONSABILIDAD SOCIOAMBIENTAL Y DEBERES ANEXOS DE LOS BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS CON BASE EN LA FUNCIÓN SOCIAL DEL CONTRATO, BUENA FE OBJETIVA Y TEORÍA DE LAS REDES CONTRACTUALES
AFONSO DE PAULA PINHEIRO ROCHA, LUDIANA CARLA BRAGA FAÇANHA ROCHA....97
1 Introducción....97
2 Delineando la conjetura central: «la función social del contrato en perspectiva dinámica» 98
3 Bancos en las redes contractuales y trabajo decente 104
4 Conclusión....106
Referencias 107

CAPÍTULO 6
RESPONSABILIDAD DE LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS POR VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS: UN DIÁLOGO ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO BRASILEIRO
CAIO BORGES, JOANA NABUCO....109
1 Introducción....109
2 Empresas y derechos humanos: una lente para la aclaración de los papeles y responsabilidades de las instituciones financieras 113
2.1 Principios Rectores de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos 117
2.2 Aplicación de los Principios Rectores de la ONU a las instituciones financieras 120
3 Responsabilidad socioambiental de las instituciones financieras en el ordenamiento jurídico brasileño 128
3.1 Responsabilidad civil de las instituciones financieras por daños ambientales 130

3.2 Responsabilidad civil de las instituciones financieras por violaciones de derechos humanos 134
4 Perspectivas para el avance de la agenda de derechos humanos en el sistema financiero nacional 138
4.1 Elevando normas regulatorias y de RSC en el sistema financiero nacional: derechos humanos como guía para iniciativas entre partes interesadas 140
4.2 Deber de las instituciones financieras de realizar la debida diligencia en derechos humanos 145
5 Conclusiones 148

CAPÍTULO 7
LA RESPONSABILIDAD DE LOS BANCOS DE RESPETAR LOS DERECHOS HUMANOS SEGÚN LOS PRINCIPIOS RECTORES SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS
RACHEL DAVIS 153
1 Introducción 153
2 Elaboración de los Principios Rectores 154
2.1 El deber del Estado de proteger 155
2.2 La responsabilidad de las empresas de respetar 156
2.3 Acceso a mecanismos de reparación eficaces 157
3 Conceptos Básicos sobre la Responsabilidad de las Empresas de Respetar los Derechos Humanos 158
3.1 ¿Qué derechos humanos son relevantes? 158
3.2 ¿De qué políticas y procesos las empresas necesitan disponer? 159
3.3 ¿Cómo una empresa puede estar implicada en impactos negativos en los derechos humanos? 161
3.4 ¿Qué medidas debe tomar una empresa en respuesta? 163
3.5 ¿Cuál es el papel de una empresa en el proceso de reparación? 165
3.6 ¿Cuál es la relación entre el Deber del Estado de Proteger y la Responsabilidad de la Empresa de Respetar? 165
4 Adopción de los Principios Rectores 166
4.1 Tendencias generales 166
4.2 Adopción por instituciones financieras 168

CAPÍTULO 8

TRABAJO DECENTE, LA OIT E INSTITUCIONES FINANCIERAS: UN DIÁLOGO PARA LA JUSTICIA SOCIAL

THAÍS DUMÊT FARIA 173

1 Origen y competencia para legislar 174

2 El papel de las instituciones financieras: concepto e importancia ... 178

3 Importancia de las cooperativas frente a la crisis 180

4 Trabajadores y trabajadoras del sector financiero 181

5 Desarrollo de la economía rural mediante la inclusión financiera .. 184

6 Conclusión 186

Referencias 187

CAPÍTULO 9

LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LOS BANCOS Y EL TRABAJO ESCLAVO

JOSÉ CLAUDIO MONTEIRO DE BRITO FILHO 189

1 Consideraciones iniciales 189

2 Trabajo esclavo en Brasil: nociones básicas y breve trayectoria a su combate 190

2.1 Nociones básicas: definición y denominaciones 190

2.2 Trayectoria reciente del combate al trabajo esclavo en Brasil 192

3 Trabajo esclavo y el sector bancario 200

4 Consideraciones finales 204

Referencias 205

CAPÍTULO 10

SOSTENIBILIDAD SOCIAL EN EL ÁMBITO DEL FONDO SOBERANO DE NORUEGA

LORENA VASCONCELOS PORTO 207

1 Introducción 207

2 Sostenibilidad social 208

3 El Estado de Bienestar Social en los países nórdicos 209

4 El Fondo Soberano de Noruega 212

5 Conclusión 227

Referencias 229

CAPÍTULO 11

RESPONSABILIDAD SOCIAL Y AMBIENTAL DEL BNDES

ALESSANDRA CARDOSO.....231

1 Introducción.....231

2 El papel del BNDES como banco de gobierno y los límites de su política socioambiental: ayer y hoy.....232

3 Las Políticas Socioambiental y PRSA del BNDES: entre la norma y la práctica 239

3.1 Entre la norma, la práctica.....245

4 De las salidas por la tangente a la búsqueda de soluciones efectivas 254

Referencias 255

SOBRE LOS AUTORES 257

El mercado editorial brasileño ha sido muy pródigo, a pesar de las conocidas dificultades financieras que han recaído sobre las propias editoriales. Se pueden encontrar títulos sobre los más diversos temas, incluso en el ámbito del Derecho Laboral y del Derecho Procesual laboral. Con cierta habitualidad, temas de poca o dudosa relevancia ocupan las estanterías de las librerías. No obstante, en algunas ocasiones, aparece un *gran tema* finalmente escrutado, con amplitud y profundidad, brindando a los lectores que poseen el debate calificado aquello que *realmente* importa, a la luz de las necesidades nacionales y de las agendas internacionales. Cuando nos deparamos con esos títulos, generalmente nos extrañamos por dos hechos: uno, ¿por qué todavía no se ha escrito suficientemente sobre aquello?; y, dos, ¿por qué, hasta entonces, nosotros mismos no hemos reflexionado lo suficiente sobre aquello?

Es este el caso de esta recopilación caprichosamente preparada por los Profesores RAFAEL DE ARAÚJO GOMES, LORENA VASCONCELOS PORTO, RÚBIA ZANOTELLI DE ALVARENGA y THAÍS DUMÊT FARIA, con el título *La Responsabilidad Social de las Instituciones Financieras y la Garantía de los Derechos Humanos.* Tema que, a propósito, converge en gran medida con las preocupaciones manifestadas por la Organización Internacional del Trabajo en la 105ª Conferencia Internacional del Trabajo: en las cadenas globales de suministro, el aspecto *financiero* —abarcando tanto las líneas de financiamiento disponibles como los regímenes de tributación incidentes—es frecuentemente el enlace que alimenta los flujos productivos y propicia la opción geográfica de establecimiento de las unidades productivas —cuando no lo determina—.

En este marco temático, se plantean importantes cuestiones. Así, por ejemplo, en vista de la Constitución de la República de 1988 ¿cuál es el régimen constitucional de responsabilidades impuesto a las instituciones financieras —en especial a los bancos y a los agentes financiadores—, en los planos social —incluso laboral— y ambiental? ¿Cómo analizar esa misma responsabilidad a partir de la Resolución n. 4.327/2017 del Consejo Monetario Nacional —que dispone sobre una «política de responsabilidad socioambiental» para las entidades

financieras y afines—? Los modelos jurídico-civiles oriundos de la doctrina de la confianza legítima y de la función social de los contratos y los postulados de buen fe objetiva se aplican al tema de la responsabilidad de las instituciones financieras ¿en qué términos? Y ¿qué tiene que decir el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos al respecto, según los tratados internacionales, de las declaraciones universales —aquí entendidos los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos—? y ¿de las propias costumbres, en dirección del llamado *ius cogens* internacional? ¿Qué debe entenderse como «riesgo socioambiental» y cuáles son las repercusiones prácticas del concepto? Y continuando en el campo conceptual, ¿cómo la idea de *trabajo decente* (OIT) puede interferir en el trato jurídico de las instituciones financieras —especialmente aquellas que financian actividades económicas precarizadas o de alto riesgo—? En último lugar, y en focos más convexos, ¿qué decir sobre el papel de esas instituciones respecto a la explotación del trabajo esclavo contemporáneo, y ¿sobre el papel específico del BNDES en el contexto sociolaboral brasileño, o incluso, para la sostenibilidad social noruega, del respectivo fondo soberano?

Todas estas cuestiones se responden en este volumen. Y, a pesar del papel estratégico de las respuestas —sobre todo para quien piensa y aplica el Derecho Social—, usted no las encontrará fácilmente en otros parajes.

Es de S. ŽIŽEK la afirmación de que «no se puede cambiar a las personas, pero sí se puede cambiar el sistema, para que las personas no estén presionadas a hacer ciertas cosas». Tal vez no haya mejor frase para identificar el espíritu de esta obra. Con un buen ingenio, buena técnica y oportunidades especiales, buenas personas pueden mejorar instituciones; y, mejorándolas, pueden predeterminar mejores condiciones sociales, para un futuro de personas mejores. Al igual que ŽIŽEK, no creo en grandes revoluciones. Pero sí creo en las pequeñas. Este libro indicia, en esa última vereda, un buen camino.

Brasilia/DF, abril de 2018.

Guilherme Guimarães Feliciano

Presidente de la Asociación Nacional de los Magistrados de la Justicia del Trabajo (ANAMATRA), gestión 2017-2019
Profesor Asociado II de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo
Juez Titular del Primer Juzgado del Trabajo de Taubaté/SP

INTRODUCCIÓN

RAFAEL DE ARAÚJO GOMES

La responsabilidad ambiental y la responsabilidad social corporativas —reunidas en la expresión responsabilidad socioambiental— son asuntos que están siendo discutidos y estudiados desde hace más de cincuenta años. El debate ganó mayor impulso a partir de la década de 1970, tras grandes tragedias ambientales que implicaron a corporaciones multinacionales, como el derrame de petróleo del navío Exxon Valdez, en la costa de Alaska, y la fuga de gases tóxicos en la fábrica de la Union Carbide, en Bhopal, en la India, además del surgimiento de los primeros informes científicos relativos a los cambios climáticos provocadas por la actividad humana, como el Informe Charney, de 1979.

En el área social, diversas grandes compañías fueron implicadas en escándalos relacionados con la presencia de trabajo esclavo o trabajo infantil en sus cadenas productivas, con repercusiones negativas para los negocios y las marcas comerciales, como ocurrió con Nike en la década de 1990.

Además, debe recordarse, que la degradación de las condiciones de vida y de trabajo de gran parte de la población es la circunstancia que ya contribuyó, decisivamente, a la eclosión de dos guerras mundiales, que produjeron una destrucción en escala nunca antes vista. Tal hecho era obvio y notorio al final de las dos grandes guerras, pero de alguna manera se está olvidado hoy en día.

No obstante, no es por casualidad que el instrumento que dio lugar a la creación de la Organización Internacional del Trabajo, organismo responsable de la universalización de los derechos laborales en el mundo, fuese precisamente el Tratado de Versalles, que puso fin

a la Primera Gran Guerra. En dicho tratado se lee: «la paz puede ser establecida solo si se basa en la justicia social» y «existen condiciones de trabajo que implican, para un gran número de personas, injusticia, miseria y privaciones, lo que engendra un gran descontento que pone en peligro la paz y la armonía universales». Y tampoco es por casualidad que al final de la Segunda Gran Guerra esos mismos principios se reafirmaran, a través de la Declaración de Filadelfia de 1944, que se convirtió en la Constitución de la OIT.

En Brasil, la discusión sobre la responsabilidad social y ambiental corporativa ganó impulso en la década de 1990, a partir de las exhortaciones del sociólogo Herbert de Souza «el Betinho», en la divulgación del concepto de empresas ciudadanas. Tal movimiento llevó a la creación, al final de aquella década, del Instituto Ethos, que se propone envolver a las empresas en los compromisos de sostenibilidad, y que llegó a poseer más de mil asociados, centenas de estas compañías de gran porte.

Desde el inicio, la responsabilidad social y ambiental corporativa se caracterizó como un reconocimiento espontaneo por parte del sector empresarial, constituyendo una forma de respuesta a los cuestionamientos, procedentes de diversos segmentos de la sociedad, sobre las consecuencias nocivas de la actividad económica desenfrenada, y también como un mecanismo de control del riesgo de perjuicios financieros o de la imagen que puede manifestarse como motivo de la implicación de las corporaciones en serias violaciones ambientales y ofensas contra los derechos humanos.

En su vertiente más positiva y legítima, la responsabilidad socioambiental nace de una genuina preocupación con la sostenibilidad y con el respeto a los derechos fundamentales. En su vertiente hipócrita, y desafortunadamente muy común, la responsabilidad socioambiental practicada por ciertas compañías se limita a una estrategia de marketing, sin repercutir en la forma en la que la empresa efectivamente conduce sus negocios.

En esta segunda vertiente, las falsas acciones de responsabilidad corresponden a lo que se viene llamando *greenwashing* (también podríamos hablar de *socialwashing*, en lo que a derechos humanos y sociales se refiere), que es el uso de estrategias de marketing y relaciones públicas como forma de intentar construir una imagen positiva ante los consumidores y ante la sociedad en general, al mismo tiempo en el que se busca ocultar los impactos negativos de las actividades con las cuales la compañía continua implicada.

Las dos vertientes poseen una preocupación común: evitar la aparición del clamor social por el aumento de la reglamentación de la actividad económica, a través de la edición de normas coercitivas que impongan penas en caso de incumplimiento. Detrás de todas las vertientes existentes, en el ámbito empresarial, respecto a responsabilidad socioambiental, existe la preocupación de este sector por mantener las acciones en el ámbito de la *soft law* (o «cuasi derecho»), reglas de contenido normativo limitado, que no generan obligaciones jurídicas, y no en el ámbito de la *hard law*, que corresponde a leyes y tratados que generan obligaciones y dan lugar, en caso de violación, a sanciones impuestas por el Estado.

De cualquier forma, el reconocimiento de la necesidad de algún grado de comportamiento social y ambiental responsable se volvió prácticamente unánime, incluso en el medio empresarial, aunque el grado de sinceridad con que tales manifestaciones son enunciadas sea muy variable.

De hecho, aunque el economista Milton Friedman, uno de los mayores críticos del concepto y uno de los principales ideólogos del pensamiento económico neoliberal, además de defensor de una ética corporativa minimalista —o, para muchos, defensor de la negación de la necesidad de comportamiento ético por parte de empresas—, afirmaba que: «Existe apenas una responsabilidad social para los negocios: usar sus recursos y participar en actividades destinadas al aumento de sus lucros siempre y cuando se permanezca dentro de las reglas del juego, es decir, practicar la competición libre y abierta sin engaño ni fraude»[1]. La última parte de la frase es la más significativa, pero no siempre recordada por los discípulos de Friedman: las empresas deben buscar el lucro, pero observando las reglas existentes, es decir, el sistema legal, que establece lo que es ilegal, fraudulento.

Sin embargo, la versión más popular concerniente a la responsabilidad socioambiental corporativa no es la de Friedman, sino la de John Elkington, autor del concepto «Tripple Bottom Line», que sería el trípode de la sostenibilidad —en inglés, las tres «P», *people, planet and profit*; personas, planeta y lucro—, según el cual, para que una empresa sea sostenible tiene que ser financieramente viable, socialmente justa y ambientalmente responsable.

[1] There is one and only one social responsibility of business — to use its resources and engage in activities designed to increase its profits so long as it stays within the rules of the game, which is to say, engages in open and free competition without deception or fraud.

Tras décadas de prevalencia de este tipo temas en el campo estricto de la actuación voluntaria, sin reconocimiento de deberes jurídicos, quedó claro que tal modelo se agotó, y en los últimos años se está reconociendo la necesidad de avanzar, incorporando la actuación socialmente responsable de las empresas en el ámbito de la *hard law*, con contenido obligacional.

Basta ver que todas las grandes empresas implicadas en escándalos financieros y criminales, durante las últimas décadas, tenían vistosas políticas de responsabilidad social y ambiental, y en el plano del discurso, afirmaban seguir normas de comportamiento socialmente responsable. La norteamericana Enron, facturaba 101 mil millones de dólares por año hasta su quiebra, sirviéndose también de fraudes contables y fiscales, entre otros crímenes, afirmaba seguir de forma estricta principios éticos y sostenibles. En Brasil, JBS y Odebrecht, implicadas en un escándalo de corrupción que salió a la luz gracias a la operación «Lava Jato», empresas cuyos presidentes confesaron el cometimiento de diversos crímenes, publicaban hasta entonces informes de responsabilidad socioambiental impecables. Además, estas dos empresas estaban implicadas —contrariamente a lo que anunciaban en sus informes— en graves violaciones laborales y contaban con múltiples condenas judiciales —incluso en el caso de Odebrecht, por implicación con trabajo esclavo—.

Lo más significativo, sin embargo, está en el hecho de que el mantenimiento de políticas de responsabilidad socioambiental en el espacio restricto de la autorregulación choca, en la práctica, con la degeneración de las normas de sostenibilidad bajo la presión de la competencia. Muchos empresarios reconocerán que, a largo plazo, un comportamiento socialmente responsable es más sostenible y deseable: previne pérdidas financieras, daños en la reputación y, además, no es incompatible con la búsqueda de lucro. No obstante, basta que un único competidor se desvíe de tal comportamiento, y obtenga éxito alcanzando lucros inmediatos más elevados, aunque no sean sostenibles, para que todo el sector experimente una presión por la reducción del nivel de responsabilidad social y ambiental, ya que las evaluaciones de desempeño y la exigencia de resultados financieros se producen a cortísimo plazo, comúnmente de forma trimestral.

Uno de los principales pasos hacia la superación de un modelo puramente voluntario ocurrió en 2008 (no por casualidad, cuando ya se hacían sentir los efectos del crash financiero ocurrido ese mismo año), cuando fue aprobado por el Consejo de Derechos Humanos de la

Organización de las Naciones Unidas el Marco de Referencia "Proteger, Respetar y Remediar", cuya implementación se aborda en los Principios rectores sobre empresas y derechos humanos, que serán tratados en esta obra en un capítulo específico (redactado por Rachel Davis, que formó parte del equipo, liderado por el Profesor John Ruggie, que elaboró tanto el Marco de Referencia como los Principios), y que se colocan en un punto intermedio entre el soft law y el hard law.

Entre otros Principios, el documento reconoce lo siguiente: «Las empresas deben respetar los derechos humanos. Esto significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y cuando estén implicados en impactos negativos sobre derechos humanos enfrentarlos».

Como aclara la propia ONU —en su publicación *Frequently Asked Questions About the Guiding Principles on Business and Human Rights*, 2014—, aunque los Principios no sean un convenio, su observancia es compulsoria y no voluntaria, puesto que incorporan el contenido de tratados internacionales sobre derechos humanos que ya se encuentran en vigor, incluyendo convenios de la OIT, y en este sentido no crean derecho nuevo. Lo que los Principios hacen es traducir, para el mundo de los negocios, las consecuencias de la incidencia de los tratados existentes, reconociendo que las normas internacionales no vinculan apenas a los Estados, sino también a los particulares, e incluso a las empresas.

Y entre tales empresas están, naturalmente, los bancos.

La importancia y la necesidad de actuar de manera socialmente responsable se siente, como no podría ser de otra forma, también en el sector financiero. Además, este es el sector del mercado en el que más se identifica la necesidad de observancia de normas de comportamiento responsables y sostenibles, dada su prominencia en la economía contemporánea. Esto, no solo ocurre en razón de las constantes necesidades de financiamiento experimentadas por cualquier emprendimiento económico, sino también por el fenómeno de la creciente «financierización» de la economía mundial, que hace que prácticamente todas las principales actividades productivas tengan participación, ya sea directa o indirecta, en instituciones financieras.

Tal circunstancia se demostró, de forma elocuente, mediante un estudio elaborado por investigadores del Instituto Federal de Tecnología de Zúrich, divulgado en 2011,[2] y que concluyó, mediante el cruce de

[2] Íntegro disponible en: < https://arxiv.org/PS_cache/arxiv/pdf/1107/1107.5728v2.pdf>

informaciones de 37 millones de compañías e inversores de todo el mundo y la utilización de avanzadas técnicas de computación, que 737 grandes corporaciones ejercen el control societario sobre el 80% de toda la economía mundial, y de estas: 147 controlan el 40% de la economía, lo que revela un asombroso grado de concentración del poder. En la cima de esta cadena de empresas omnipresentes se encuentran las 18 instituciones financieras con mayor grado de conexiones de toda la economía mundial, ejerciendo por esto un mayor poder de control. Entre estas instituciones se encuentran algunos de los mayores bancos del mundo, como Citigroup, Credit Suisse, JP Morgan y Goldman Sachs, entre otros.

La presión política y social para que los bancos actúen responsablemente aumentó tras el gran colapso de la economía mundial en el 2008, la peor crisis financiera de la historia después del *crash* de 1929. De manera indiscutible, tal crisis se adelantó debido al comportamiento irresponsable de muchas instituciones financieras y operadores del sistema financiero, particularmente en lo relativo al análisis y control del riesgo al cual venían exponiéndose, y debido también a su participación en modelos de negocios insostenibles. Sin embargo, quien terminó soportando los efectos de tal crisis mundial no fueron los bancos, ya que estos fueron rescatados por los gobiernos nacionales mediante el aumento de la deuda soberana, sino la población en general, principalmente los más pobres, que llegaron a perder hasta sus casas y empleos.

En razón de esto, surgió una mayor exigencia social y política sobre el sector financiero, para que corrija sus prácticas y actúe con mayor responsabilidad, evitando de esta forma la repetición de otro colapso financiero de tal magnitud, incluso porque los gobiernos nacionales no contarán tan rápidamente con un margen presupuestario y financiero que les permita repetir la operación de rescate a los bancos a través de un nuevo endeudamiento público masivo.

Después del *crash* del 2008, algunos países editaron normas prescribiendo como deber de las instituciones financieras la adopción de acciones y observancia de paradigmas de responsabilidad social y ambiental, entre ellos Brasil, Nigeria, Japón y Bangladesh[3]. Otros países, como Perú, discuten la adopción de normas de esta naturaleza. Y otros

[3] Véanse, a este respecto, las publicaciones *Banks and Human Rights: A Legal Analysis (Unep Finance Initiative,* 2015), y *Moving Forward With Environmental and Social Risk Management (International Finance Corporation,* 2014).

hicieron obligatoria no la adopción de acciones de responsabilidad específicas, sino la prestación de informaciones periódicas al público sobre las acciones que realizan —con previsibles repercusiones jurídicas si se insiere alguna información falsa en las publicaciones exigidas por ley—, como es el caso de Reino Unido, a través de su Modern Slavery Act del 2015.

En Brasil, la norma editada fue la Resolución n. 4.327/2014, del Consejo Monetario Nacional, que prevé la implementación de una Política de Responsabilidad Socioambiental por parte de las instituciones financieras y demás instituciones autorizadas a funcionar por el Banco Central. Esta norma, dentro de esta obra, será tratada, en un capítulo propio, por Rodrigo Pereira Porto, jefe del Departamento de Regulación del Sistema Financiero de Banco Central do Brasil (BACEN).

Esa Resolución, de contenido más amplio, fue precedida por la Resolución n. 3.876/2010, también del Consejo Monetario Nacional, que veda la concesión de crédito rural a personas físicas o jurídicas que estén inscritas en el Registro de Empleadores que mantienen trabajadores en condiciones análogas a la esclavitud. Este asunto relativo al trabajo esclavo y las instituciones financieras será tratado dentro de esta obra en el capítulo redactado por José Cláudio Monteiro de Brito Filho.

Incluso antes de la edición de tales normas ya se discutía en Brasil, en la doctrina y en la jurisprudencia, sobre la responsabilidad de las instituciones financieras, en la condición de agente financiador, por daños ambientales, con fundamento en la Constitución Federal de 1988, en la Ley 6.938/81 y en otras disposiciones legales, materia que también será abordada en esta obra, en los capítulos redactados por Raimundo Simão de Melo, Alexandre Lima Raslan, Caio Borges y Afonso de Paula Ribeiro Rocha.

En realidad no es necesario convencer a los bancos, al menos en el ámbito del discurso, sobre la importancia de la responsabilidad socioambiental o de la necesidad de evaluar y evitar el riesgo socioambiental, caracterizado por el riesgo de confirmar el crédito o la inversión para emprendimientos económicos manchados con serias violaciones ambientales o de derechos humanos, ya que las propias instituciones financieras escriben respecto a este asunto mejor que nadie —sobre este asunto escriben en esta obra Jean Rodrigues Benevides y José Maximiliano de Mello Jacinto—.

Uno de los principales proponentes de tal perspectiva es la Iniciativa Financiera del Programa de Naciones Unidas Para el Medio

Ambiente, que corresponde a una alianza de la ONU con el propio sistema financiero, de la cual forman parte —por adhesión voluntaria— representantes de los mayores bancos del mundo, además de inversores institucionales y aseguradoras.

Entre las declaraciones de la Iniciativa Financiera están:

> Creemos que un sistema financiero global económicamente eficiente y sostenible es absolutamente necesario para la creación de valor a largo plazo. Tal sistema recompensará la inversión responsable y a largo plazo, beneficiando al medioambiente y a la sociedad como un todo («Principios Para la Inversión Responsable»).
>
> Nosotros miembros de la industria de servicios financieros reconocemos que el desarrollo sostenible depende de la interacción positiva entre desarrollo el económico y social, y la protección ambiental, para equilibrar los intereses de esta generación y las futuras. Además, reconocemos que el desarrollo sostenible es una responsabilidad colectiva de gobiernos, empresas e individuos. Nos comprometemos a cooperar con esos sectores a partir de la estructura de los mecanismos de mercado para alcanzar objetivos ambientales comunes («UNEP Statement by Financial Institutions on the Environment & Sustainable Development»).

La Federación Brasileña de Bancos editó, en 2014, el Normativo SARB n. 14, que contiene más reglas de las contempladas en la Resolución n. 4.327/2014, y que prevé, entre otras cosas, que los contratos firmados por los bancos deben contener, como mínimo, cláusulas que establezcan «la obligación del tomador de observar la legislación ambiental aplicable», «la obligación del tomador de observar la legislación laboral, especialmente las normas relativas a la salud y seguridad ocupacional y la inexistencia de trabajo análogo a la esclavitud o infantil», así como la facultad del banco de adelantar el vencimiento del contrato si se constata el cometimiento, por porte del cliente, de serias violaciones ambientales y laborales.

Citando otro ejemplo, uno de los mayores bancos brasileños anuncia, en sus Directrices de Sostenibilidad, que pretende:

> [...] en primer lugar, permear su cultura organizacional con principios de responsabilidad socioambiental, haciéndolos efectivos en lo cotidiano de la Empresa. Postura que, para ser coherente y tener credibilidad, debe producirse desde dentro hacia fuera de la Organización, conciliando prácticas administrativas y negóciales con el discurso institucional.

El banco, además, afirma que:

> la búsqueda de una postura de responsabilidad socioambiental es un proceso continuo, compromiso presente en todas las áreas, y que desea utilizar su relevancia nacional para convertirse en una referencia de responsabilidad socioambiental, innovando continuamente en sus acciones.

Todas las directrices, políticas e informes de sostenibilidad y responsabilidad socioambiental de los mayores bancos operativos en Brasil repiten disposiciones semejantes.

Se podrían mencionar muchos otros ejemplos, como el del Fondo Soberano de Noruega, administrado por un banco vinculado al Banco Central de Noruega, que eligió un modelo de sostenibilidad social alto, referencia en todo el mundo, asunto discutido en esta obra en el capítulo redactado por la Procuradora del Trabajo Lorena Vasconcelos Porto.

Por lo tanto, la cuestión no es saber si los bancos deben o no obediencia a reglas de responsabilidad socioambiental, ya que las propias instituciones financieras admiten, categóricamente, tal obligación. Lo que importa saber es si tales previsiones son transformadas en realidad, es decir, si conforman el comportamiento diario seguido por las empresas en la conducción de sus negocios, y cuáles son las consecuencias que sobrevendrían si los bancos no observan, en concreto, aquello que ellos mismos reconocen como necesario y juran acatar.

El Ministerio Público del Trabajo (MPT) busca, desde hace años, descubrir si las normas de responsabilidad ya editadas vienen siendo observadas, en la práctica, por los bancos.

Así, en 2012 el MPT instauró una investigación para verificar de qué forma la Resolución n. 3.876/2010, que veda el crédito rural a personas implicadas en el trabajo esclavo, estaba siendo fiscalizada y cumplida. Fue necesario, para tal caso, proponer una acción civil pública, y de esta forma obtener información completa a este respecto, teniendo en cuenta la existencia del sigilo bancario con relación a gran parte de las operaciones.

Además, en 2016 el MPT instauró inquisitorios civiles ante los mayores bancos que actúan en el mercado brasileño, con el objetivo de verificar de qué forma se estaban elaborando y ejecutando las políticas de responsabilidad socioambiental exigidas por la Resolución n. 4.327/2014.

Tales investigaciones revelaron que la distancia existente entre el discurso y la práctica todavía es muy grande dentro del sector, y que se hace muy poco para que las acciones que las instituciones financieras anuncian en sus directrices, reglamentos internos e informes de responsabilidad se transformen en realidad.

No obstante, este descubrimiento no sorprende, ya que la ONU llegó a la misma conclusión, a través del informe *Global Corporate Sustainability Report 2013*, que abarcó 2000 empresas en 113 países, y reveló que muchas empresas supieron definir metas y políticas en el área de responsabilidad social, pero la mayoría continúa fallando en la aplicación.

En el caso brasileño, las investigaciones del MPT revelaron numerosos casos de instituciones financieras, grandes y pequeñas, que incumplieron la Resolución n. 3.876/2010 y concedieron crédito rural a personas que explotaron el trabajo esclavo y que, además, figuraban en el Registro de Empleadores de la Unión Federal. Algunos de los mayores bancos del país incumplieron la norma repetidamente, en flagrante contradicción con sus propias políticas de responsabilidad, divulgadas públicamente, y con otros compromisos que habían asumido, incluso internacionales.

En varios casos el dinero envuelto provenía del Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social (BNDES) —objeto, en esta obra, de un capítulo desarrollado por Alessandra Cardoso—, el cual, investigado al respecto, reconoció varias concesiones de dinero público a personas implicadas en trabajo esclavo, y admitió que no fiscalizaba directamente el cumplimiento de las condiciones impuestas al crédito, control que relegaba a sus bancos asociados.

En otro caso, un gran banco instituyó, en su normativa interna, la posibilidad de conceder crédito a clientes comprobadamente implicados en trabajo esclavo y trabajo infantil, es decir, clientes que el propio banco reconocía como participes en tales violaciones. Otro banco expresamente vedaba, para determinadas líneas de crédito, que su departamento de sostenibilidad pudiese considerar, en el análisis del riesgo socioambiental, problemas de naturaleza laboral.

Ninguno de los grandes bancos consiguió comprobar, ante el MPT, un solo caso en el que impusiera algún tipo de restricción al crédito relacionada con el cometimiento, por parte de los clientes, de alguna ofensa grave contra derechos humanos fundamentales diferente del trabajo esclavo, ni tan siquiera por la explotación del trabajo infantil, por ejemplo.

Ninguno de los grandes bancos consiguió comprobar la existencia, en ninguno de sus contratos, de cláusulas previendo la obligación del cliente de no involucrarse en serias violaciones a derechos humanos, como trabajo esclavo, trabajo infantil o muertes provocadas por las condiciones de trabajo. Los únicos contratos que contenían cláusulas con tal contenido eran los relacionados con financiamientos en los que el dinero que se concedía no era del propio banco, sino que era dinero público, proveniente del BNDES, quedando claro, en esos casos, que la cláusula social había sido inserida en el contrato en consideración a la política de responsabilidad socioambiental del BNDES, y no del otro banco involucrado en la operación.

Se constató que uno de los bancos llegaba a anunciar, públicamente, que insería cláusulas previendo obligaciones de cuño socioambiental en todos sus contratos. El análisis de contratos por el banco firmados reveló que, en realidad, los instrumentos contenían apenas una declaración del cliente afirmando que los recursos recibidos no serían utilizados para finalidades que pudiesen generar daños sociales. La cláusula fue redactada de tal forma que hacía inequívoco que el cliente no estaba asumiendo ninguna obligación, circunstancia evidenciada por la redacción de la cláusula siguiente en esos contratos, relacionada con la prevención de actos de corrupción, en la cual el cliente «declara y se obliga» a no utilizar los recursos de forma indebida. Es decir, al tratarse de responsabilidad socioambiental, se excluyó la previsión «y se obliga», de modo que se descartase la necesidad de adoptar alguna providencia, por parte del banco, ante casos comprobados, por ejemplo, de trabajo esclavo, trabajo infantil o muertes causadas por las condiciones de trabajo.

De forma coherente ante la ausencia de previsiones contractuales, ninguno de los grandes bancos consiguió comprobar la existencia de algún tipo de mecanismo interno de *compliance* capaz de permitir el seguimiento, en la fase de ejecución de los contratos, del comportamiento socioambiental de los clientes.

Se descubrió, además, que la capacitación y el entrenamiento de los empleados del banco involucrados en la ejecución de la política de responsabilidad socioambiental eran bastante deficiente, y en la mayoría de los casos los cursos no llegaban ni siquiera a mencionar asuntos de cariz social, como trabajo esclavo e infantil, y en ningún caso los empleados eran instruidos para poder identificar indicios de presencia de riesgos socioambientales.

Ante esos y otros problemas detectados, se hace obligatorio concluir que todavía hay mucho por hacer para transformar la responsabilidad social y ambiental, universalmente reconocida por el sector empresarial, en una realidad concreta y en una práctica de la gestión de negocios. Un elemento clave para lograr tal evolución es el reconocimiento de que el asunto jamás se resolverá satisfactoriamente mientras quede relegado apenas a una esfera de autorregulación y de adhesión a pactos y programas puramente voluntarios, desprovistos de repercusiones en caso de no observancia y carentes de instrumentos para el ejercicio de algún control público.

Al fin y al cabo, como ya se ha mencionado, las presiones existentes en el mercado vuelven prácticamente imposible la actuación socialmente responsable de cualquier empresa que se depare con un competidor transgresor, que insista en obtener ventaja adicional participando en violaciones ambientales y sociales, que le permiten, por algún tiempo —aunque de forma insostenible a largo plazo— reducir sus costes y elevar sus lucros.

En el caso de los bancos, tal presión competitiva se experimenta de forma muy directa, con grandes repercusiones en el éxito del negocio. Si un banco se compromete verdaderamente a ejecutar una política de responsabilidad socioambiental seria, y niega el crédito a aquellos clientes que están implicados en violaciones de derechos humanos, pero sufre la competencia de otro banco que, en la práctica, no observa ningún parámetro de responsabilidad socioambiental, no se inculcará a los empleadores la necesidad de regularización. Ese tipo de cliente insistirá en las violaciones cometidas, que obviamente le garantizan la obtención de más lucro, y simplemente migrará para el segundo banco, con el que pasará a realizar todos sus negocios. Aunque la intención del primer banco sea genuina, y aunque que este reconozca que, a largo plazo, el mantenimiento de tales clientes en su cartera le traerá desventajas, el primer banco pronto se verá presionado a capitular, puesto que no se limitará a observar sin reaccionar ante la pérdida del espacio que ocupa en el mercado.

Claro que si el segundo banco asumiese, públicamente, sus prácticas e intenciones reales —por ejemplo, si reconociese en sus anuncios publicitarios que no tiene ningún problema en celebrar negocios con esclavizadores y explotadores del trabajo infantil—, experimentaría significativos perjuicios, particularmente en su reputación —valor esencial en el sector bancario—, y ahuyentaría a aquellos clientes con un perfil ético. El diferencial, aquí —siendo esta la

circunstancia que corroe la posibilidad de acciones de responsabilidad social corporativa representadas apenas en el voluntarismo— está en el hecho de que el transgresor, naturalmente, jamás admitirá en público tal forma de proceder, y adoptará el mismo discurso de responsabilidad que su competidor.

La empresa capitalista es un fabuloso mecanismo para la generación de riqueza y asignación eficiente de recursos, pero es un pésimo instrumento para la generación espontánea de comportamientos socialmente deseables que no dan lucro. Dejado por cuenta propia, sin ningún tipo de intervención por parte del Estado para la imposición de un marco legal, el mercado es capaz de incorporar cualquier práctica productiva que favorezca el aumento de lucros, incluso el trabajo esclavo y el trabajo infantil, como ya se ha demostrado tantas veces a lo largo de la historia.

La evolución con relación a la responsabilidad socioambiental corporativa exige, por lo tanto, el coraje por parte de empresas y empresarios, que ya existe, para involucrarse de forma espontánea, la actuación de órganos de control y regulación, aquí incluidos Banco Central, Ministerio Público y Poder Judicial y, además, la participación de la sociedad civil fiscalizando y puniendo el comportamiento de los transgresores y oportunistas, aquellos que no cumplen las «reglas del juego» y buscan la obtención de ventajas sobre la competencia a través de una actuación socialmente irresponsable, pero tomando al mismo tiempo el cuidado necesario para ocultar su conducta detrás de un discurso, falso y vacío, de responsabilidad.

Esto significa reconocer que la responsabilidad socioambiental no es una mera facultad, no es una opción a la cual las instituciones financieras pueden, a su discreción, adherirse o no. La responsabilidad socioambiental ya es una obligación jurídica, y el reconocimiento de sus exactos contornos es una tarea actual, sobre la cual aquellos que se dedican al asunto necesitan dedicarse.

El objetivo de la presente obra, organizada en asociación con el Ministerio Público de Trabajo y con la Organización Internacional del Trabajo, es favorecer la discusión en torno a tales cuestiones, exponiendo los problemas existentes y sugiriendo caminos para que se pueda avanzar, trayendo el plano de las buenas intenciones, ya enunciadas por las instituciones financieras de forma impecable, más cerca de la realidad.

LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS BANCOS COMO AGENTES FINANCIADORES DE PROYECTOS POR LOS DAÑOS CAUSADOS AL MEDIO AMBIENTE DEL TRABAJO

RAIMUNDO SIMÃO DE MELO

1 Introducción

El objetivo de este trabajo es discutir sobre la responsabilidad de los bancos por los daños causados al medio ambiente del trabajo y a la salud de los trabajadores bancarios, subcontratados y temporales que prestan servicios para ellos, considerándose la necesidad de adoptar medidas preventivas con relación a los ambientes de trabajo y de analizar aspectos de responsabilidad civil por los daños ocasionados debido a la omisión de empleador tanto en el aspecto colectivo como en el individual.

Tratar los efectos nocivos del trabajo bancario en la salud de los trabajadores no es una tarea fácil, sobre todo, teniendo en cuenta el gran aparato económico y político que protege la actividad bancaría, una de las actividades económicas mundiales más rentables.

Y la tarea se vuelve más difícil todavía cuando el enfoque se pone en defensa de la salud del trabajador, puesto que en este caso hay que enfrentarse al gran interés económico de los bancos, cuyo principal objetivo es obtener lucros y más lucros a cualquier coste, aunque para ello tengan que exigir a los trabajadores esfuerzos por encima de sus capacidades laborales, como es frecuente ver día a día a través de las

exigencias de metas insuperables en todos los niveles de funciones. De ahí que los trabajadores bancarios continúen enfermándose mucho.

En Brasil existen fundamentos más que suficientes para imponer la implementación de medidas preventivas e imputar al empleador la responsabilidad por los daños causados a la salud de los obreros, puesto que la legislación brasileña es avanzada y protectora en este sentido; sin embargo, aún continúa existiendo un epidemia de enfermedades ocupacionales en el sector bancario —enfermedades osteomusculares y mentales, entre otras. Por esto, la oportunidad y la pertinencia de tratar en este libro la discusión de tan importante tema, no es solamente para dar apoyo a los abogados, jueces, miembros del Ministerio Público y demás operadores del derecho, sino también para fomentar entre los adoctrinadores la reflexión sobre los daños causados en la salud de los trabajadores bancarios y subcontratados debido al mantenimiento de ambientes de trabajo inadecuados y a las graves consecuencias humanas, financieras y sociales ocasionadas para ellos y sus familiares, para la economía del País y para la sociedad.

2 Trabajo y dignidad humana en la ley brasileña

La palabra «trabajo», etimológicamente tiene origen en los términos latinos *tripaliare* y *tripalium*, instrumento con tres estacas utilizado para martirizar y torturar personas. Es decir, el trabajo era considerado en los tiempos primitivos como castigo. Con el paso del tiempo el trabajo ganó el significado de algo dignificante para el hombre, era algo que le permitía vivir de lo ganado con la venta de sus fuerzas a un empleador o tomador de servicios. El trabajo es, por tanto, en los días actuales, un medio de vida que permite ganar dinero honestamente, llevar una vida digna y, además, ofrecer al ser humano las satisfacción de ser útil en una sociedad organizada. Es como consta en las leyes de la mayoría de los países del mundo. Y es como consta en la ley brasileña, especialmente en la Constitución Federal de 1988, que en el art. 1° establece como fundamentos de la República Federativa de Brasil, entre otros, la dignidad de la persona humana y los valores sociales del trabajo. El art. 170 de esta misma norma constitucional, que trata del orden económico capitalista, dice que está fundamentado en la valorización del trabajo humano y en la libre iniciativa, teniendo como fin garantizar a todos una existencia digna, conforme a los dictámenes de la justicia social, observados, entre otros, los principios

de la defensa del medio ambiente y de la búsqueda del pleno empleo, lo que es complementado con el art. 196, que asegura que la salud es un derecho de todos y un deber del Estado, garantizando mediante políticas sociales y económicas la reducción del riesgo de enfermedad y otros agravios, así como el acceso universal e igualitario a las acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación.

El reconocimiento de la dignidad de la persona humana está en la satisfacción del bienestar físico, intelectual, moral y psicológico del trabajador, asegurándole un ambiente saludable para cumplir sus obligaciones y, consecuentemente, obtener recursos financieros para satisfacer sus necesidades, con la finalidad de mejorar la calidad de vida[1]. La dignidad humana es el mayor fundamento para la protección contra el trabajo penoso.

En el aspecto específico del trabajo el art. 7° e inc. XXII de la Constitución Federal se asegura como derecho de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros que busquen mejorar su condición social, la reducción de los riesgos inherentes al trabajo, por medio de normas de salud, higiene y seguridad. El término salud utilizado en la ley es genérico y quiere decir cuerpo, alma y mente, pues el objetivo mayor es revelar que su ámbito de aplicación y protección alcanza no solo la salud física, sino también la capacidad intelectual y psíquica de la persona humana, lo que puede variar en cada persona[2].

Quiere decir que el trabajo no es y no puede ser considerado en nuestro sistema jurídico como un castigo ni como una forma de desgastar ni dañar al ser humano trabajador, sino como un medio de vida digno.

Como bien asevera Christiani Marques[3]:

> Es incuestionable, por tanto, que el trabajo es un elemento esencial a la vida. Por lo tanto, si la vida es el bien jurídico más importante del ser humano y el trabajo es vital a la persona humana, debe respetarse la integridad del trabajador en su día a día, pues actos adversos van, por consecuencia, a alcanzar la dignidad de la persona humana.

Al tomador de servicios cabe, por lo tanto, al contratar un trabajador, sea empleado o autónomo, garantizarle un trabajo en

---

1 Christiani Marques, A proteção do trabalho penoso, LTr, São Paulo, 2007, p. 40

2 Ibidem, p. 23.

3 Op. cit., p. 21.

condiciones dignas, en las que su salud e integridad física y psicológica sean preservadas. De este modo, cabe al tomador de servicios adoptar todas las medidas colectivas e individuales posibles para evitar daños y desgastes al trabajador, pues el trato deshumano y degradante está prohibido por la Constitución de Brasil (art. 5º, inc. III: nadie será sometido a tortura ni trato deshumano o degradante).

3 Derecho a un ambiente de trabajo saludable y seguro

Brasil cuenta con una de las más avanzadas legislaciones de protección del medio ambiente, en este incluido el del trabajo (CF, art. 220, inc. VIII), teniendo como principal objeto la defensa de la vida.

La Ley 6.938/81 definió el medio ambiente como el conjunto de condiciones, leyes, influencias e interacciones de orden físico, químico y biológico, que permite, abriga y rige la vida en todas sus formas (art. 3º, inc. I).

Esa definición de la Ley de Política Nacional del Medio Ambiente es amplia, debiéndose observar que el legislador optó por traer un concepto jurídico abierto, con el fin de crear un espacio positivo de incidencia de la norma legal, el cual está en plena armonía con la Constitución Federal de 1988 que, *caput* del art. 225, buscó tutelar todos los aspectos del medio ambiente (natural, artificial, cultural y del trabajo), afirmando que «todos tienen derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial para una saludable calidad de vida».

Así, dos son los objetos de tutela ambiental constantes de la definición legal, acogidos por la Carta Magna: uno, *inmediato* —la calidad del medio ambiente en todos sus aspectos— y otro, *mediato* —la salud, seguridad y bienestar del ciudadano, expreso en los conceptos de *vida en todas sus formas* (Ley n. 6.938/81, art. 3º, inc. I) y *calidad de vida* (CF, art. 225, *caput*)[4]—.

En el aspecto específico del medio ambiente del trabajo la Carta constitucional brasileña estableció como derecho social fundamental de los trabajadores un medio ambiente de trabajo saludable y seguro, como se infiere del art. 7º e inc. XXII, *in verbis*: «Son derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros que tengan como fin

[4] Raimundo Simão de Melo, Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador, p. 29.

la mejora de su condición social: [...]; XXII - reducción de los riesgos inherentes al trabajo, mediante normas de salud, higiene y seguridad».

Este es, sin duda, el derecho más importante del trabajador, y tiene como propósito la protección de su salud y de su integridad física y psíquica en razón del trabajo ejecutado en pro de un tomador de servicios.

También de gran importancia es el art. 196 de la Carta constitucional brasileña, la cual afirma que:

> La salud es un derecho de todos y un deber del Estado, garantizando mediante políticas sociales y económicas la reducción del riesgo de enfermedad y de otros agravios y el acceso universal e igualitario a las acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación.

Por lo tanto, si todos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado y a una salud plena, no puede ser diferente con relación al trabajador, que mueve la economía del País y ayuda a crear la riqueza nacional.

4 El deber patronal de protección de la salud del trabajador

Si, por un lado, es derecho del trabajador la reducción de los riesgos inherentes al trabajo mediante normas de salud, higiene y seguridad del trabajo, por otro lado, es obligación del empleador implementar esas normas, ya que en la forma del art. 2º de la CLT (Consolidación de las Leyes del Trabajo): «Se considera empleador a la empresa, individual o colectiva, que, asumiendo los riesgos de la actividad económica, admite, asalaria y dirige la prestación personal de servicio».

El empleador es dueño del negocio y, como tal, asume los riesgos inherentes a la actividad desarrollada como expresa la ley, porque es él y no el trabajador quien obtiene los lucros del emprendimiento.

En la CLT consta de forma cristalina la obligación patronal de preservación de la salud del trabajador mediante el cumplimento de las normas de salud, higiene y seguridad del trabajo de la siguiente forma:

> **Art. 157** - «Cabe a las empresas:
>
> I - cumplir y hacer cumplir las normas de seguridad y medicina del trabajo;

II - instruir a los empleados, a través de órdenes de servicio relativas a las precauciones que deben tomarse para evitar accidentes de trabajo o enfermedades ocupacionales;

III - adoptar las medidas que les sean determinadas por el órgano regional competente;

IV - facilitar el ejercicio de la fiscalización por la autoridad competente».

La Ley n. 8.213/91, que cuida del plan de beneficios de la seguridad social, establece en los §§ 1º, 2º y 3º del art. 19 que:

§ 1º - «La empresa es responsable de la adopción y uso de las *medidas colectivas* e *individuales* de protección y seguridad de la salud del trabajador».

§ 2º - «Constituye contravención penal, punible con multa, dejar la empresa de cumplir las normas de seguridad e higiene del trabajo».

§ 3º - «Es deber de la empresa prestar informaciones pormenorizadas sobre los riesgos de la operación que se ejecuta y del producto que se manipula».

De forma resumida, la NR 17, ítem 1.7 de la Normativa 3.214/77 dice que:

«Cabe al empleador:

a) cumplir y hacer cumplir las disposiciones legales y reglamentares sobre seguridad y medicina del trabajo;

b) elaborar órdenes de servicio sobre seguridad y salud en el trabajo, dándolas a conocer a los empleados mediante comunicados, carteles o medios electrónicos;

c) informar a los trabajadores:

I - los riesgos profesionales que pueden originarse en los locales de trabajo;

II - los medios para prevenir y limitar tales riesgos y las medidas adoptadas por la empresa;

III - los resultados de los exámenes médicos y de exámenes complementarios de diagnóstico a los cuales los propios trabajadores fueran sometidos;

IV - los resultados de las evaluaciones ambientales realizadas en los locales de trabajo.

d) permitir que representantes de los trabajadores sigan la fiscalización de los preceptos legales y reglamentares sobre seguridad y medicina del trabajo;

e) determinar los procedimientos que deben ser adoptados en caso de accidente o enfermedad relacionada con el trabajo».

De las disposiciones legales citadas y de otras referidas en el ordenamiento jurídico brasileño, queda patente la obligación del empleador o tomador de servicios de adoptar todas las medidas colectivas e individuales de prevención de riesgos en los ambientes de trabajo, con el objetivo de evitar accidentes y enfermedades laborales, prevaleciendo las colectivas, de mayor eficacia en la eliminación de los riesgos para la salud de los trabajadores.

De este modo, demostrada la existencia de daño en la salud del trabajador como consecuencia de los riesgos ambientales del trabajo, cabe al empleador probar que cumplió todas sus obligaciones en la forma de ley, en caso contrario, deberá arcar con las consecuencias reparatorias.

Es cierto que el trabajador también tiene obligaciones en la preservación de su integridad física y mental, como se ve en el art. 158 de la CLT, que establece:

> «Cabe a los empleados:
>
> I - observar las normas de seguridad y medicina del trabajo, inclusive las instrucciones de las que trata el ítem II del artículo anterior;
>
> II - colaborar con la empresa en la aplicación de los dispositivos de este Capítulo. Párrafo único - Constituye acto ilícito del empleado el rechazo injustificado: a) de la observación de las instrucciones expedidas por el empleador en la forma del ítem II del artículo anterior; b) del uso de los equipamientos de protección individual provisto por la empresa».

5 Responsabilidad civil por los daños provocados al medio ambiente del trabajo

La responsabilidad civil por daños al medio ambiente del trabajo y a la salud del trabajador tiene una doble naturaleza jurídica de sanción y de reparación.

En cuanto a responsabilidad civil, en general, se fundamenta en la práctica de un ilícito, en la responsabilidad por daños al medio ambiente independientemente de que el acto sea lícito o ilícito, legal o ilegal. Lo que importa es la existencia de un acto dañoso para que su causante arque con los perjuicios ocasionados, respondiendo independientemente por culpa o por intención de causar perjuicio al ambiente[5].

[5] Cf. Nelson Nery Junior, Responsabilidade civil por dano ecológico e a ação civil pública, p. 133.

Incluso más importante que cualquier pago de indemnización es la reparación de los daños causados, devolviendo las cosas al estado en el cual se encontraban antes del hecho. De este modo, si hay deforestación en un área de preservación, el contaminador queda obligado a la replantación de los árboles destruidos. También, *mutatis mutandis*, es lo que debe ocurrir en lo que respecta al medio ambiente del trabajo contaminado o degradado, sirviendo como ejemplo la contaminación de una determinada fábrica por el ruido excesivo en función de nuevos equipamientos adquiridos fuera de los estándares de normalidad. En este caso, el empleador debe adoptar las medidas necesarias para mantener el ruido dentro de los modelos admitidos por la legislación en vigor con el fin de evitar daños en la salud de los obreros. Pero además de tomar esa providencia, que corresponde a una obligación de hacer —adoptar medidas preventivas—, conforme sea el caso, el empleador o tomador de servicios y demás responsables arcarán con una indemnización genérica[6] por los daños colectivos causados al medio ambiente y a la salud de los trabajadores, con base en el art. 1º de la Ley n. 7.347/85, como reconoce la doctrina y viene admitiendo la jurisprudencia laboral[7].

Además de esto, como eventual decisión judicial se impone una sanción monetaria para obligar a los responsables a adoptar las medidas impuestas por ley.

No habiendo ninguna posibilidad de reparación por los daños causados al medio ambiente del trabajo, se impone como sanción una indemnización compensatoria arbitrada por el juez del caso concreto[8].

Sobre el tema merece transcripción la lección de Édis Milaré[9]:

> Apenas cuando la reconstitución no sea viable —fáctica o técnicamente– se admite la indemnización monetaria. Esta —reparación económica—

---

[6] El producto de esa indemnización será colocado en un fondo propio destinado a la recomposición de los daños, que en el área laboral, conforme entendimiento de la doctrina y de la jurisprudencia, es el FAT (Fondo de Amparo al Trabajador).

[7] DAÑO MORAL COLECTIVO. Una vez configurado que el reo violó el derecho transindividual de orden colectivo, infringiendo normas de orden público que rigen la salud, la seguridad, la higiene y el medio ambiente del trabajo y del trabajador, es debida la indemnización por daño moral colectivo, pues tal actitud del reo sacude el sentimiento de dignidad, falta de aprecio y consideración, teniendo reflejo en la colectividad y causando grandes prejuicios a la sociedad (Ac. TRT 8ª Región, 1ª Sala – RO 5309/2002; Rel. Juez Luis Ribeiro, juzgado en 17.12.02; DOEPA del 19/12/02, Cad. 3, p. 1).

[8] Cf. Nelson Nery Junior, Responsabilidade civil por dano ecológico e a ação civil pública, p. 133.

[9] A ação civil pública por danos ao ambiente, p. 147.

> es, por tanto, una forma indirecta de sanar la lesión. De cualquier modo, en ambas hipótesis de reparación del daño ambiental, el legislador busca la imposición de un *coste* al contaminador, que de una sola vez cumple dos objetivos principales: dar una *respuesta económica* por los daños causados a la víctima (individuo o sociedad) y *disuadir comportamientos similares* del contaminador o de terceros. La efectividad de uno u otro depende, directamente, de la certeza (inevitabilidad) y de la tempestividad (rapidez) de la acción reparatoria.

Cabe resaltar que varios son los aspectos de la responsabilidad civil ante los daños al medio ambiente, incluido el del trabajo y la salud de los trabajadores (CF, arts. 5º, incs. V y X, 7º, incs. XXII y XXVIII, 225, § 3º, Ley n. 6.938/81, art. 14, § 1°, nuevo Código Civil, art. 927, § único y demás disposiciones inseridas en la Constitución y en las leyes infraconstitucionales).

La Constitución Federal de Brasil establece como muy importancia (art. 225, § 3º) que las conductas y actividades lesivas al medio ambiente, incluido el del trabajo (art. 200, inc. III) sujeten a los infractores a *sanciones penales* y *administrativas*, independientemente de la *obligación de reparar el daño*. Como se ve, la Constitución consagró la acumulación de sanciones (penales, civiles y administrativas), las cuales protegen objetos distintos y están sujetas a regímenes jurídicos y competencias diferentes.

El inc. XXII del art. 7º de la Constitución Federal se refiere específicamente al medio ambiente del trabajo y establece que es derecho del trabajador y, por consecuencia, deber del empleador, tomador de servicios y demás responsables solidarios la reducción de los riesgos inherentes al trabajo, mediante normas de salud, higiene y seguridad.

De esos y de otros comandos legales surgen las responsabilidades del empleador, tomador de servicios y demás responsables de los daños oriundos del trabajo por condiciones inadecuadas y en ambientes insalubres, peligrosos y penosos o en razón de accidentes de trabajo y de enfermedades ocupacionales. Estas responsabilidades en el campo del medio ambiente del trabajo son de naturaleza administrativa, social, laboral, penal y civil.

La responsabilidad civil impone la reparación de los daños causados de la manera más completa posible, desde la recomposición del daño, siempre que sea posible, hasta su sustitución o compensación mediante el pago de determinadas importancias en dinero.

Se sabe que la mayoría de los accidentes y enfermedades ocupacionales ocurren como consecuencia de un medio ambiente de

trabajo inadecuado e inseguro. Esa inadecuación puede tener como causa la falta de equipamientos individuales o de medidas colectivas de prevención ambiental. Otras hipótesis aparecen del propio riesgo de la actividad desarrollada por el empleador o tomador de servicios, que puede ser agravado por la falta de seguridad y cuidados especiales.

De esta forma, puede haber un daño al medio ambiente genéricamente considerado, como una polución por contaminantes, un derramamiento de aceite que deje el suelo resbaladizo o un alto índice de ruido en el ambiente de trabajo, que cause a su vez enfermedades y accidentes de trabajo. Por un lado, hay un daño ambiental; por otro, como consecuencia de ese daño se producen daños a la salud e integridad física y psíquica de los trabajadores, provocando esto la aplicación de la responsabilidad civil al empleador, tomador de servicios y demás responsables solidarios.

En cuanto a responsabilidad por el daño ambiental genéricamente considerado la responsabilidad de naturaleza objetiva, como corolario de una tendencia mundial en ese sentido. En cuanto a responsabilidad civil objetiva no hay duda en el sistema jurídico brasileño, cuya base se asienta en la Constitución Federal (art. 225, § 3º), cuya disposición está así expuesta: «Las conductas y actividades lesivas al medio ambiente dejan a los infractores sujetos a sanciones penales y administrativas, independientemente de la obligación de reparar los daños causados».

Antes de 1988 ya aseguraba la legislación ordinaria (§ 1º del art. 14 de la Ley 6.938/81), la responsabilidad civil objetiva del contaminador, *verbis*: «Sin oponerse a la aplicación de las penalidades previstas en este artículo, el contaminador está obligado, *independientemente de la existencia de culpa*, a indemnizar o reparar los daños que su actividad ha causado al medio ambiente y a terceros».

En este sentido es el entendimiento de la doctrina, como afirma Celso Antônio Pacheco Fiorillo[10]:

> La responsabilidad civil por los daños causados al medio ambiente es de tipo objetiva, en virtud del art. 225, § 3º de la Constitución Federal preceptuar [...] 'obligación de reparar los daños causados' al medio ambiente, sin exigir ningún elemento subjetivo para la configuración de la responsabilidad civil. Como ya se ha resaltado, el artículo 14, § 1º de la Ley 6.938/81 fue aceptado por la Constitución, al prever la responsabilidad *objetiva* por los daños causados al *medio ambiente* y también a *terceros*.

[10] Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Curso de Direito Ambiental brasileiro, p. 43/44.

Es importante subrayar en este particular el entendimiento de que habiendo sido aceptada la referida Ley n. 6.938/81 por la Constitución Federal Brasileña de 1988, está también consagrada la responsabilidad objetiva del causante del daño ambiental en lo que respecta a los intereses individuales por el daño al medio ambiente, además evidentemente, de a los metaindividuales, como enseña Carlos Roberto Gonçalves[11]:

> En el campo de la responsabilidad civil, la ley básica en nuestro país es la Ley de Política Nacional del Medio Ambiente (Ley nº 6.938, del 31/8/1981), cuyas principales virtudes están en el hecho de tener consagrada la responsabilidad objetiva del causante del daño y la protección, no solo de los intereses individuales, sino también de los supraindividuales (intereses difusos, en razón de agresión al medio ambiente en perjuicio de toda la comunidad), confiriendo legitimidad al Ministerio Público para proponer una acción de responsabilidad civil y criminal por daños causados al medio ambiente.

De esta forma, se muestran irrelevantes en el caso la prueba de la culpa del causante del daño, así como la demostración de la ilegalidad del acto, pues la responsabilidad por daños ambientales se vuelca en la idea de que quien crea riesgo en razón de una determinada actividad debe reparar los daños derivados de su emprendimiento, bastando la prueba de la acción u omisión del agente, el daño y la relación de causalidad entre el acto y el daño causado al medio ambiente y a terceros perjudicados.

Esta responsabilización objetivamente considerada se fundamenta en la idea de imponer al contaminador y causante de los daños toda la responsabilidad de los gastos para la restitución y recomposición de los daños, prevención, reparación y represión. No quiere decir que con tal responsabilización el contaminador está autorizado a agredir el medio ambiente, pues el objetivo primordial de toda política ambiental es la prevención del daño, creándose mecanismos, como una amplia reparación, para desestimular las prácticas perjudiciales al medio ambiente y al ser humano, dado que medio ambiente y salud del trabajador asumen carácter de orden público.

Especialmente en lo que atañe a la responsabilización por daños al medio ambiente, la teoría objetivista se fundamenta en el riesgo de la actividad, derivando de ahí que el contaminador deba asumir

[11] Responsabilidade civil, p. 87/88.

integralmente todos los riesgos advenidos de su actividad —teoría del riesgo integral—, existiendo el deber de indemnizar incluso cuando el daño sea oriundo de caso fortuito o de fuerza mayor, como reconoce la doctrina. Un ejemplo de lesión ya consumada de daño al medio ambiente del trabajo es la existencia constatada de ruidos por encima de los niveles legales permitidos, demostrándose la aparición de sordera profesional en trabajadores sometidos al referido ambiente laboral. Un ejemplo de consumación inminente por la previsión de un daño aún no provocado totalmente es el caso de la utilización indebida y sin control, de agrotóxicos por los trabajadores en la agricultura.

Tanto la Constitución Federal (art. 225, § 3º), como la Ley n. 6.938/81 (art. 14, § 1º) tienen aplicación en cualquier ramo ambiental, ya sea este natural, artificial, cultural o del trabajo.

Especialmente con relación a este último, expresa la Carta Magna (art. 200, inc. VIII) que al Sistema Único de Salud (SUS) compete, además de otras atribuciones, participar en la protección del medio ambiente, en este comprendido el del trabajo.

La aplicación de la responsabilidad civil ante los daños y amenazas de daños al medio ambiente del trabajo gana destacada importancia, debido a que el medio ambiente del trabajo no es un mero derecho laboral, sino mucho más que esto: se trata de un derecho fundamental del trabajador como ciudadano y ser humano, dispuesto en el art. 1º de la Carta Magna, que entre otros fundamentos de la República Federativa de Brasil registra como importantes los valores sociales del trabajo y la dignidad de la persona humana, que no se disocian de la existencia y mantenimiento de un medio ambiente de trabajo seguro, sano, saludable y adecuado.

Además, la responsabilidad objetiva de los daños ambientales se fundamenta en el hecho de que el Derecho Ambiental es materia de orden público, indisponible y de titularidad difusa, como preceptúa la Constitución Federal (art. 225, *caput*), lo que más se justifica en el aspecto ambiental del trabajo, puesto que el derecho al trabajo con un empleo de calidad y en condiciones dignas y seguras constituye un fundamento de la República Federativa de Brasil, como está expresado en los arts. 1º[12] y 170[13] de la misma Ley Mayor.

---

[12] Art. 1º - La República Federativa de Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos: [...]; I - la dignidad de la persona humana; II - los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa.

[13] Art. 170 - El orden económico, fundamentado en la valorización del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene como fin garantizar a todos una existencia digna, conforme los

6 Responsabilidad solidaria por los daños causados al medio ambiente

Aspecto de gran importancia en cuanto a lo que la responsabilidad civil ambiental manifiesta respecto a la responsabilidad solidaria de todos aquellos que por su actividad causen daños al medio ambiente o potencialicen la creación de riesgo para el mismo.

De hecho, se establece (*caput* del art. 225) en la Constitución Federal brasileña que: «Todos tienen derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial para una sana calidad de vida, imponiéndose al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las presentes y futuras generaciones».

Se trata, como se infiere del texto constitucional, de responsabilidad compartida entre el Estado y la sociedad, incluyendo a todos aquellos que se benefician de la actividad lesiva al medio ambiente.

Sobre el fundamento infraconstitucional tenemos la base del art. 942 del Código Civil que ampara la responsabilidad civil solidaria, la cual dice:

> Los bienes del responsable de la ofensa o violación del derecho de otros quedan sujetos a la reparación del daño causado; y, si la ofensa tiene más de un autor, todos responderán solidariamente por la reparación.
>
> Párrafo único. Son solidariamente responsables con los autores, los coautores y las personas designadas en el art. 932.

Es responsabilidad de los responsables solidarios la acción de regreso conforme afirma el art. 934 del Código Civil.

De este modo, responde solidariamente quien omite un deber de tutela y prevención ambiental, pues un medio ambiente sano, pleno y global es un derecho de todos y un deber del Estado y de la sociedad, como preconiza el art. 225 de la Constitución Federal.

En lo que respecta al medio ambiente del trabajo, tiene bastante pertinencia esta cuestión con relación a los grupos de empresas (§ 2º del art. 2º de la CLT), en las subcontrataciones de actividades y servicios y en las formas de intermediación de mano de obra. En estos casos, todos aquellos que compongan la red productiva responderán solidariamente

---

dictámenes de la justicia social, observados los siguientes principios: [...]; VI - defensa del medio ambiente; [...]; VIII - búsqueda del pleno empleo.

por los perjuicios causados al medio ambiente del trabajo y a la salud de los trabajadores, como se afirma en las disposiciones expresadas en los artículos 932, inc. III y 942, § único del Código Civil, declarando este último que son solidariamente responsables junto con los autores, los coautores y las personas designadas en el artículo 932, que son el empleador o comitente en relación con sus empleados, sirvientes y administradores, en el ejercicio del trabajo que les compete, o en razón de este.

También tiene aplicación la responsabilidad solidaria en situaciones de financiamientos bancarios de proyectos y actividades, como será explicado en el ítem siguiente.

7 Responsabilidad solidaria de los bancos como agentes financiadores de proyectos por los daños causados al medio ambiente del trabajo

Un tema complejo y de importantes repercusiones es el que envuelve a las instituciones bancarias financiadoras de proyectos y su responsabilidad en materia de políticas y medidas de prevención de riesgos ambientales del trabajo, así como su responsabilidad por los daños causados al medio ambiente del trabajo.

A menudo, se produce la ejecución de obras y emprendimientos inmobiliarios a través de contratos celebrados entre empresas, a veces consorcios, con la participación de una o más instituciones financiadoras que cuentan con los recursos monetarios necesarios para su materialización, dándose así una coalición o red, una vez que vinculados entre sí, cada partícipe queda caracterizado como elemento imprescindible para la realización de la operación económica. Paralelamente a esto surge una cuestión: ¿quién responde por las condiciones de trabajo de un medio ambiente seguro y adecuado? ¿Será solamente cada empresa que contrate a los trabajadores o todos los involucrados, sean estos quienes sean, empresas contratantes e instituciones bancarias financiadoras del proyecto o emprendimiento?

A primera vista podría parecer que la institución financiadora no tendría responsabilidad ambiental, porque no posee vínculo con los trabajadores que ejecutarán las obras o emprendimientos, puesto que la institución sería un mero agente ejecutor de obra poniendo solo recursos financieros. Sin embargo, no es así de simple. Antes tenemos que recordar y enfatizar que el medio ambiente de trabajo salubre, seguro

y adecuado se insiere entre los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, conforme establece el art. 7º e inc. XXII de la Constitución Federal de Brasil, *in verbis*: «Son derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros que tienen como objetivo la mejora de su condición social: [...]; XXII - reducción de los riesgos inherentes al trabajo, mediante normas de salud, higiene y seguridad».

Así, resulta de esa norma constitucional que cuando los trabajadores son contratados para la ejecución de servicios los tomadores tienen la obligación de facilitar condiciones dignas de trabajo, preservando la dignidad, higiene, seguridad y salud de los obreros, como forma de proteger su salud y vida, que son los bienes más importantes.

Ningún ser humano puede ser sometido a trabajar en condiciones indignas, una vez que el valor trabajo es el conjunto de atributos garantizado a los trabajadores en un empleo digno, que le confiera no solo la remuneración mínima para sobrevivir, sino también el goce y respeto de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, sin los cuales se reducirían los atributos de la personalidad del hombre y la dignidad del ser humano en una sociedad libre, justa y solidaria (CF, art. 3º e inc. III).

Si la responsabilidad por los daños al medio ambiente es compartida y solidaria, como se ha dicho en el ítem anterior (CF, art. 225), parece lógico, ante el ordenamiento jurídico brasileño, que los bancos y demás instituciones financieras que faciliten recursos monetarios para la materialización de proyectos y emprendimientos participen también en la coalición con las empresas ejecutoras de los proyectos financiados, en las políticas y adopción de medidas de prevención de los riesgos para los ambientes de trabajo y para la salud e integridad física de los trabajadores involucrados, y respondan solidariamente por los daños que puedan originarse. Puesto que, cada uno de los partícipes (empresas e instituciones financiadoras de los proyectos) se caracteriza como elemento imprescindible a la realización de la operación económica, que es una.

En los días actuales, un ejemplo común ocurre cuando un banco financia, en la condición de agente ejecutor del Programa Nacional de Vivienda Urbana, la producción de emprendimientos inmobiliarios, los cuales serán ejecutados por empresas, que a su vez subcontratarán parte de los servicios a otras, formándose así una cadena como una verdadera «tela de araña» que dificulta la responsabilización por los daños causados, por lo que, si todas las personas jurídicas o físicas

involucradas en los proyectos buscan la obtención de resultado, no solamente por norma legal, sino también por lógica financiera-económica-social-humana deben responder de forma objetiva y solidaria por el medio ambiente de trabajo seguro, higiénico y adecuado y por la buena calidad de vida de los trabajadores encargados de los servicios (CF, art. 225 y § 3º).

Las instituciones financiadoras de esos proyectos asumen para sí mismas el deber expreso de fiscalización de las condiciones de trabajo y del medio ambiente del trabajo, además de la regularidad fiscal, tributaria, laboral y de la seguridad social, condición previa para el pago de las cuotas monetarias del emprendimiento, como, además, es común que conste en las cláusulas contractuales de esos financiamientos.

De hecho, el efectivo cumplimiento de esas obligaciones, cuya fiscalización de cumplimiento asumen los bancos e instituciones financiadoras de los proyectos, no se circunscribe solo a la mera presentación formal de documentos, sino también a la efectiva observancia de los derechos constitucionales de los trabajadores y a las normas reglamentares del Ministerio de Trabajo y Empleo sobre el medio ambiente del trabajo.

La asunción de esas obligaciones resulta de la vocación instituida en nuestra Constitución Federal, cuyo art. 170 e incisos preconizan que:

> El orden económico, fundamentado en la valorización del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene como fin garantizar a todos una existencia digna, conforme los dictámenes de la justicia social, observados los siguientes principios: [...]; III - función social de la propiedad; [...]; VI - defensa del medio ambiente; [...]; VIII - búsqueda del pleno empleo...

A menudo, se observa a partir de la Constitución Federal, que los mecanismos que rigen la actuación de los agentes económicos deben considerar y respetar el trabajo humano, puesto que ocupa una posición de absoluto destaque en el mundo del trabajo y en la propia principiología del orden económico, pues como se extrae del *caput* del art. 170 el orden económico se basa, ante todo, en la valorización del trabajo humano y, después, en la libre iniciativa. Es decir, es la libre iniciativa la que debe ponerse al servicio del trabajo humano y no al contrario.

La valorización del trabajo humano es destacada ya en el *caput* del art. 1º de la Constitución Federal y se repite a propósito en el art. 170. Es decir, el legislador constituyente destacó que la consideración de la

libre iniciativa y del funcionamiento del mercado no debe ocurrir en el lugar de la valorización del trabajo humano, porque el capital, incluso siendo capital, debe estar al servicio del ser humano, al rededor del cual gira todo en este mundo, incluso globalizado.

Por esto y no sin razón enseña Celso Antonio Pacheco Fiorillo que:

> La Constitución Federal de 1988, al establecer en sus principios fundamentales la *dignidad de la persona humana* (art.1º, III) como fundamento destinado a interpretar todo el sistema constitucional, adoptó una visión —necesariamente con reflejo en toda la legislación infraconstitucional, incluida en esta toda la legislación ambiental— explícitamente *antropocéntrica,* atribuyendo a los brasileños y extranjeros residentes en el País (arts. 1º, I, y 5º de la Carta Magna) una posición de centralidad con relación a nuestro sistema de derecho positivo (Curso de Derecho Ambiental brasileño, 13ª Edición, p. 68/69. São Paulo: Saraiva, 2012).

Como se infiere de tales preceptos, es fácil concluir que el derecho a un medio ambiente saludable y equilibrado se vuelca en satisfacer las necesidades y garantías de vida, siendo en el caso del medio ambiente del trabajo, de la vida humana. Esto es indudable.

De la misma forma, la «función social de la propiedad» referida en el inc. III del art. 170 es también una referencia indirecta al valor del trabajo, pues exige la compatibilización de la propiedad privada con los intereses colectivos de la sociedad y de los trabajadores.

Es común, por ejemplo, que en los contratos de colaboración financiera del BNDES consten una serie de exigencias realizadas a los beneficiarios del apoyo financiero del banco, relacionadas con aspectos socioambientales relativos a los proyectos apoyados, como la regularidad ambiental, tributaria, laboral y de la seguridad social y la adopción, durante el período de vigencia de los contratos, de medidas y acciones destinadas a evitar o corregir daños al medio ambiente, seguridad y medicina del trabajo que pudieran ser causados por el proyecto financiado.

Por lo tanto, es más que razonable exigir a los agentes financiadores de proyectos que cumplan con su propia política de responsabilidad socioambiental mediante acciones concretas para implementar las condiciones pactadas en su propio contrato, y así no tener que responder en el futuro, conjuntamente con el financiado, por

los daños causados al medio ambiente del trabajo y a la salud de los trabajadores.

Lo que no se puede es permitir la ejecución de proyectos, muchas veces con dinero público del BNDES, del Banco do Brasil y de la Caixa Econômica Federal, con constructoras que están implicadas en trabajos análogos al esclavo, con muertes por accidentes de trabajo, con la omisión del registro de empleados y la evasión de contribuciones sociales, entre otros ilícitos.

Por lo tanto, es deber de los agentes financiadores de proyectos y emprendimientos desarrollar y perfeccionar continuamente productos financieros, metodologías, instrumentos de análisis, de monitoreo y de evaluación que incorporen criterios socioambientales en vista de las referencias nacionales o internacionales; considerar el trato de las dimensiones social y ambiental como cuestión estratégica en el análisis de concesión del apoyo financiero, en la gestión de activos y en el análisis de riesgo de beneficiarios y de emprendimientos; observar los impactos de los apoyos financieros en la creación de empleo decente y considerar sus políticas relativas a los derechos humanos; promover en los emprendimientos apoyados la ecoeficiencia, la adopción de procesos y productos sociales y ambientalmente sostenibles, el uso de sistemas de gestión para toda la cadena productiva y la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero; promover y orientar la adopción de acciones preventivas y mitigadoras de impactos sociales y ambientales adversos; adoptar procedimientos internos de evaluación de riesgo y de análisis social y ambiental de beneficiarios y de emprendimientos; ejecutar metodologías de evaluación de beneficiarios, de evaluación de riesgo de crédito y de monitoreo y evaluación de impacto de los emprendimientos apoyados.

Estas órdenes están de acuerdo con la Resolución n. 4.327/2014 del Consejo Monetario Nacional, que dispone acerca de las directrices que deben ser observadas por las instituciones financieras en el establecimiento e implementación de la Política de Responsabilidad Socioambiental (PRSA).

La Federación Brasileña de Bancos también editó en 2014 la Normativa SARB de n. 14, con otras reglas, además de las ya contempladas en la Resolución n. 4.327/2014, previendo, entre otras obligaciones, que los contratos firmados por los bancos deben contener, como mínimo, cláusulas que establezcan la obligación por parte del tomador de observar la legislación ambiental aplicable y la legislación laboral, especialmente las normas relativas a la salud y seguridad

ocupacional y la inexistencia de trabajo análogo al esclavo o infantil, así como también la facultad del banco de poder adelantar el vencimiento del contrato si consta por parte del cliente cometimiento de serias violaciones ambientales y laborales.

Existen, por lo tanto, normas para el cumplimiento de las determinaciones arriba citadas, las cuales claman por el cumplimiento efectivo de los bancos en cuanto a sus Políticas de Responsabilidad Socioambiental, como conducta impositiva y legalmente exigida para evitar la responsabilidad solidaria de la institución financiera por el daño al medio ambiente y al medio ambiente del trabajo causado por sus clientes.

La Ley n. 11.105/2005, que trata del uso de técnicas de Ingeniería Genética y de liberación, en el medio ambiente, de organismos genéticamente modificados, previó la corresponsabilidad de los bancos en casos de financiamiento de los proyectos de biotecnología. Dice el art. 2º, § 4º que:

> Las organizaciones públicas y privadas, nacionales, extranjeras o internacionales, financiadoras o patrocinadoras de actividades o de proyectos referidos en el *caput* de este artículo deben exigir la presentación de Certificado de Calidad en Bioseguridad, emitido por la CTNBio, bajo pena de volverse corresponsables por eventuales efectos ocasionados por el incumplimiento de esta Ley o de su reglamentación.

En esta misma línea establece el art. 12 de la Ley n. 6.938/81, *in verbis*:

> Las entidades y órganos de financiamiento e incentivos gubernamentales condicionarán la aprobación de proyectos habilitados a esos beneficios al licenciamiento, en la forma de esta Ley, y al cumplimiento de las normas, de los criterios y de los patrones expedidos por el CONAMA.

La Ley n. 6.938/81, al introducir el Principio del Contaminador-Pagador mediante la responsabilidad civil por el daño ambiental directa o indirectamente causado, expone a las instituciones financieras en Brasil al riesgo legal, cuando dice en el § 1º del art. 12º que:

«Sin oponerse a la aplicación de las penalidades previstas en este artículo, el contaminador está obligado, *independientemente de la existencia de culpa,* a indemnizar o reparar los daños que su actividad ha causado al medio ambiente y a terceros...».

Resulta de la ley, como se observa, que quien financia tiene la obligación de averiguar si el financiado está cumpliendo la legislación ambiental.

Entender que la institución financiadora debe responder solidariamente por el daño ambiental causado por el financiado, es una cuestión que viene siendo acogida en los tribunales, como se observa en el informe del Ministro Herman Benjamin del Superior Tribunal de Justicia (STJ) en el REsp. n. 650728(2003/0221786-0 del 02/12/2009), considerando al contaminador indirecto, a la responsabilidad objetiva y que el financiador puede ser responsabilizado por la prevención ambiental y por los daños ambientales eventualmente causados por su omisión:

> **EPÍGRAFE**: 1... 13. Para el análisis de la relación de causalidad en el daño ambiental, se equiparan quien hace, quien no hace cuando debería hacer, quien deja de hacer, a quien no le importa que otros hagan, quien financia para que hagan y quien se beneficia cuando otros hacen.

Esto es responsabilidad solidaria.

Esto, evidentemente, debe llevar a las instituciones financieras en Brasil a preocuparse por el riesgo legal resultante de los financiamientos de proyectos y emprendimientos, forzándolas a adoptar criterios ambientales en la concesión de créditos con el objetivo de mitigar el riesgo legal de esas operaciones.

Por lo tanto, la responsabilidad solidaria de las instituciones bancarias financiadoras de proyectos y emprendimientos por la prevención de riesgos ambientales en el medio ambiente del trabajo y por los daños consecuentes, deriva de la ley, porque quien financia tiene la obligación legal de averiguar si el financiado está cumpliendo la legislación ambiental.

8 Conclusiones

En la forma de la Constitución Federal de Brasil el trabajo humano no es una mercancía y, por esto, recibe protección legal en la búsqueda del pleno empleo, para que se respete la dignidad humana del trabajador y los valores sociales a él inherentes. De este modo, es obligación de los empleadores, tomadores de servicios y demás responsables solidarios garantizar ambientes de trabajo seguros,

saludables y adecuados para preservar la sana calidad de vida de los trabajadores, respetando los principios del valor social del trabajo y de la dignidad de la persona humana.

Por la prevención y reparación de daños ambientales nuestra Constitución Federal y leyes ordinarias asegura la responsabilidad objetiva y solidaria de los responsables de la degradación del medio ambiente, incluyendo al contaminador directo e indirecto y al financiador de actividades lesivas al medio ambiente, equiparándose quien hace, quien no hace cuando debería hacer, quien deja de hacer, a quien no le importa que otros hagan, quien financia para que hagan y quien se beneficia cuando otros hacen (STJ, REsp. n. 650728).

Ante esto, y como conclusión sobre la reflexiones hechas en este breve trabajo, cabe afirmar que la responsabilidad solidaria de los bancos financiadores de proyectos y emprendimientos por daños al medio ambiente del trabajo, resulta de la responsabilidad socioambiental, cuyo fundamento mayor está en la Constitución Federal de Brasil, en leyes infraconstitucionales y en la Resolución n. 4.327/2014 del Consejo Monetario Nacional, que dispone sobre las directrices que deben ser observadas en el establecimiento y en la implementación de la Política de Responsabilidad Socioambiental (PRSA) de las instituciones financieras.

Esa responsabilidad tiene como fin beneficiar al medio ambiente, en este incluido el del trabajo, y preservar la salud de los trabajadores y la propia sociedad como un todo, como corolario de inversión responsable.

Además de esto, el desarrollo sostenible, que es uno de los principios ambientales más importantes, depende de la interacción positiva entre desarrollo económico y social y protección ambiental, para equilibrar los intereses de las presentes y futuras generaciones, como establece el art. 225, *caput*, de la Constitución Federal brasileña.

Cabe resaltar, que el principio de desarrollo sostenible es una responsabilidad colectiva de gobiernos, empresas, individuos y de la sociedad, por lo que el art. 225 de la Constitución Federal afirma que:

> Todos tienen derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial para una sana calidad de vida, imponiéndose al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las presentes y futuras generaciones.

Por lo tanto, la cuestión no es saber si los bancos deben o no obediencia a las reglas de responsabilidad socioambiental, ya que

las propias instituciones financieras admiten categóricamente tal obligación, aunque la práctica revela que existe una gran distancia entre el discurso teórico socioambiental y la concreción de lo que sostienen, restando perjuicios concretos al medio ambiente, inclusive el del trabajo, con repercusiones inmediatas para la salud y la dignidad de los trabajadores.

Como se ve, la responsabilidad socioambiental no es una mera facultad de las instituciones bancarias financiadoras de proyectos y emprendimientos, no pudiendo estas adherirse o no a esta responsabilidad atendiendo a su deseo, puesto que la responsabilidad socioambiental en Brasil es una obligación jurídica originada por normas constitucionales y legales. Por ello, el reconocimiento de los contornos exactos de esa responsabilidad es una tarea actual y urgente, que requiere la debida atención de aquellos que se dedican al asunto, en cuyo rol nos incluimos, ofreciendo esta contribución doctrinaria.

Ante lo expuesto y en la forma del derecho brasileño, los bancos e instituciones financiadores de proyectos y emprendimientos deben responder de forma objetiva y solidaria por la prevención de los riesgos ambientales y por los daños causados al medio ambiente del trabajo y a los trabajadores ejecutores de estos proyectos y emprendimientos.

Referencias

BARRETO, Margarida. Violência, saúde, trabalho: uma jornada de humilhações. São Paulo: EDUC - FAPESP, 2003.

BRANDÃO, Cláudio. Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

BUCK, Célia Regina. Cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2015.

CAMARGO, Duílio Antero Magalhães; CAETANO, Dorgival & GUIMARÃES, Liliana Andolpho Magalhães (Organizadores). Psiquiatria ocupacional. São Paulo: Atheneu, 2010.

CATALDI, Maria José Giannella. O stress no meio ambiente de trabalho. 3ª Ed. São Paulo: LTr, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. São Paulo: Malheiros, 2003.

FELICIANO, G. G. (Org.); URIAS, J. (Org.); MARANHÃO, Ney (Org.); SEVERO, V. S. (Org.). Direito Ambiental do Trabalho - Apontamentos para uma Teoria Geral - Volume 3. 1. Ed. São Paulo: LTr, 2016, v. 3 (NO PRELO).

FELKER, Reginaldo. Dano moral, o assédio moral e o assédio sexual nas relações de trabalho. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2007.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2007.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. Acidentes do trabalho, doenças ocupacionais e nexo técnico epidemiológico. 5ª ed. São Paulo: Método, 2013.

GLINA, Débora Miriam Raab & ROCHA, Lys Esther (Organizadores). Saúde mental no trabalho – da teoria à prática. São Paulo: Gen - ROCA, 2014.

GUEDES, Márcia Novaes. Terror Psicológico no Trabalho. 3ª Edição. São Paulo: LTr, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LEITE, José Rubens Morato. Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. 7ª Ed. São Paulo: RT, 2015.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MARANHÃO, Ney. Dignidade humana e assédio moral: a delicada questão da saúde mental do trabalhador. Revista Fórum Trabalhista - RFT, v. 3, p. 57-70, 2014.

_____. Criminalização do assédio moral trabalhista e garantismo penal. Reflexões centradas na possibilidade e necessidade de expansão da tutela labor-penal em tempos de minimalismo punitivo. Jus Navigandi, v. 19, p. 1-2, 2014.

MARANHÃO, Ney; Francisco Milton Araujo Junior. Responsabilidade civil e violência urbana. Considerações sobre a responsabilização objetiva e solidária do Estado por danos decorrentes de acidentes laborais diretamente vinculados à insegurança urbana. Jus Navigandi, v. 16, p., 2010.

MARANHÃO, Ney. Responsabilidade Civil Objetiva Pelo Risco da Atividade: Uma Perspectiva Civil-Constitucional. São Paulo: Editora Método, 2010, v. 1. 316p.

MARQUES, Christiani. A proteção ao trabalho penoso. São Paulo: LTr, 2007.

MARTINS, João Vianey Nogueira. O dano moral e as lesões por esforços repetitivos. São Paulo: LTr, 2003.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. Dano moral coletivo. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2014.

MELO, Raimundo Simão de £ MELO, Guilherme. Aparecido Bassi. Responsabilidade civil por acidentes do trabalho nas terceirizações e no trabalho temporário. In: GUSTAVO FILIPE BARBOSA GARCIA e RÚBIA ZANOTELLI DE ALVARENGA. (Org.). Terceirização de Serviços e Direitos Sociais Trabalhistas. São Paulo/SP: LTR Editora Ltda., 2017, v. 1, p. 79-87.

MELO, Raimundo Simão de. Meio ambiente do trabalho e atividades de risco: prevenção e responsabilidades. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli; BUSNARDO, Juliana Cristina; BACELLAR, Regina Maria Bueno (Orgs.). Direitos humanos e meio ambiente do trabalho. São Paulo/SP: LTR, 2016, v. , p. 145-152.

_____. A Tutela do Meio Ambiente do Trabalho e da Saúde do Trabalhador na Constituição Federal. In Rúbia Zanotelli de Alvarenga. (Org.). Direito Constitucional do Trabalho. São Paulo/SP: LTr, 2015, v. , p. 185-200.

_____. Ações acidentárias na justiça do Trabalho. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2012.

_____. Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador – responsabilidades. 5ª. Ed. São Paulo: LTr, 2013.

_____. Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2014.

_____. A greve no direito brasileiro. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

MICHEL, Oswaldo. Acidentes do trabalho e doenças ocupacionais. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. Responsabilidade civil por dano ecológico e a ação civil pública. Revista de Processo. São Paulo: RT, ano X, nº 38, p. 127/145, abr./jun. 1985.

_____; NERY, Rosa Maria Andrade Nery. Código de Processo Civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. O processo do trabalho e os direitos individuais homogêneos - um estudo sobre a ação civil pública trabalhista. Revista LTr. São Paulo: LTr, ano 64, nº 2, p. 151/160, fev. 2000.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção jurídica à saúde do trabalhador. 6ª ed. LTr. São Paulo, 2011.

_____. Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional. 8ª ed. LTr. São Paulo, 2014.

PARREIRA, Ana. Assédio moral. Um manual de sobrevivência. 2ª Ed. Campinas/SP: Russel, 2010.

Itatiba/SP, noviembre de 2017.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MELO, Raimundo Simão de. La responsabilidad solidaria de los bancos como agentes financiadores de proyectos por los daños causados al medio ambiente del trabajo. In: GOMES, Rafael de Araújo et al. (Coord.). *La responsabilidad social de las instituciones financieras y la garantía de los derechos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 27-50. ISBN 978-85-450-0611-4.

LA RESPONSABILIDAD SOCIOAMBIENTAL DE LAS INSTITUCI ONES FINANCIERAS EN LA PERSPECTIVA DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL DE 1988

ALEXANDRE LIMA RASLAN

1 Introducción

Se sabe perfectamente que la Constitución Federal promulgada en 1988 todavía representa un momento de ruptura con el período histórico precedente. La reinauguración del orden político brasileño posicionó los diversos sectores representados en aquella asamblea constituyente en una perspectiva en la que, cada uno a su modo, avistaba la materialización de sus intereses.

El ansiado panorama por el constituyente originario, desde hace tres décadas, se encuadra, por lo tanto, en aquello que Paulo Bonavides sintetiza como *concepto material* de Constitución esencial en la carta política, es decir: «el conjunto de normas pertinentes a la organización del poder, a la distribución de la competencia, al ejercicio de la autoridad, a la forma de gobierno y a los derechos de la persona humana, tanto individuales como sociales»[1].

Además, hay que considerar que esta relación necesita comprenderse, primero, históricamente, para después, poder contar con la seguridad que permita delimitar su amplitud e identificar los efectos que debe producir, como, por ejemplo, en el caso de los

[1] BONAVIDES, Paulo. Curso de Derecho Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 80.

derechos fundamentales, conforme puntúa Maurizio Fioravanti[2] y Georges Abboud[3].

Nos encontramos aquí con una alerta importante: el proceso de construcción y reafirmación de derechos y garantías en general no se mantienen en la linealidad que, adoptada apresuradamente, obnubila la comprensión adecuada de los fenómenos sociales, haciendo que no se interprete con precisión la actualidad ni se acepte que ese proceso pueda sufrir avances y retrocesos[4].

En este punto, justamente, es donde las perspectivas y expectativas constitucionales son flagradas en un proceso permanente de aproximación y alejamiento, dando como resultado crisis de intereses que deben, de modo irrenunciable, ser solucionadas con la intención de disminuir al máximo aquello que propongo denominar como *déficit de potencia* de la fuerza normativa de la constitución.

Por imposición metodológica, este trabajo concentra su atención en la relación recíproca entre los derechos fundamentales[5] y la función social de la propiedad[6], especialmente en un ambiente constitucional en el que se debe garantizar la libre iniciativa[7], en forma de ley, sin perjuicio de los derechos sociales[8], conforme acentúan Nelson Nery Junior y Georges Abboud.

Revisitar el tema consolidado en un inédito estudio académico en 2009,[9] que dio como resultado una publicación pionera en 2012, con la obra Responsabilidad Civil Ambiental del Financiador[10], trae

---

2 FIORAVANTI, Maurizio. Los Derechos Fundamentales: apuntes de historia de las constituciones. 5. ed. Madrid: Trota, 2007.

3 ABBOUD, Goerges. Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

4 RASLAN, Alexandre Lima. Responsabilidade Civil Ambiental do Financiador. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 183-184.

5 NERY JUNIOR, Nelson; ABBOUD, Georges. Direito Constitucional Brasileiro: curso completo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 264-266, 275-276.

6 NERY JUNIOR, Nelson; ABBOUD, Georges. Direito Constitucional Brasileiro: curso completo, p. 298-300.

7 NERY JUNIOR, Nelson; ABBOUD, Georges. Direito Constitucional Brasileiro: curso completo, p. 456-457.

8 NERY JUNIOR, Nelson; ABBOUD, Georges. Direito Constitucional Brasileiro: curso completo, p. 349-364.

9 RASLAN, Alexandre Lima. Meio Ambiente e Financiamento: a relacao sob a perspectiva da propriedade e da responsabilidade civil ambiental das instituicoes financeiras. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2009. 313p.

10 RASLAN, Alexandre Lima. Responsabilidade Civil Ambiental do Financiador. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

la satisfacción de fortalecer aquellas conclusiones, reafirmando los fundamentos.

Nuevas reflexiones, alteraciones legales y hechos relevantes vienen inspirando esfuerzos ya concretizados para la constante actualización acerca del asunto[11].

2 Función social: punto de convergencia de la responsabilidad socioambiental de las instituciones financieras

La Revolución Francesa proclamó, en el preámbulo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que a los hombres debería ser concedida y preservada alguna dignidad, lo que vino circundado por los principios de libertad, igualdad y fraternidad. Se sabe, no obstante, que la *igualdad* era el punto central de aquellos intereses. La eliminación de los estamentos y de las corporaciones de oficio atendía el anhelo de *libertad*. La *fraternidad*, inicialmente, de hecho se trataba de una evocación abstracta, una «virtud cívica», esto tanto en la Declaración de 1789 como en la de 1791. A su vez, la fraternidad fue tardíamente elevada a principio en la Constitución francesa de 1848, en el ítem IV del Preámbulo.

El goce de las libertades individuales y la acumulación de propiedad privada, por tanto, ya atendían aquellos intereses revolucionarios, proporcionando la sensación de dignidad en aquel período histórico. La fraternidad no componía el escenario del pensamiento liberal clásico con la misma importancia que la libertad y la igualdad. De hecho, tal desfase todavía contribuye, al menos inconscientemente, a la comprensión de la norma de la propiedad y su pleno ejercicio.

Con el proceso envuelto por la Revolución Francesa (1789), el derecho de propiedad es positivado en el artículo 544 del Código Civil francés (1804). Se otorga, así, poder absoluto al propietario. El aumento de la fuerza de ese poder viene con la Revolución Industrial, cuando se acentúan tanto la explotación de los recursos naturales, de

[11] RASLAN, Alexandre Lima. O Estado da Arte da Responsabilidade Socioambiental do Financiador. In: YOSHIDA, Consuelo Y. Moromisato et al. (Coord.). Finanças sustentáveis e a responsabilidade socioambiental das instituições financeiras. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 45-56.

la mano de obra, etc. como el consumo de bienes y servicios, alentado por la mecanización y nuevas tecnologías. Sin embargo, no tardaría en aparecer la reacción frente a aquellos ideales liberales, ya fuese con relación a la propiedad o al estado-abstención, que ya no se conformaba con las expectativas de la transición del siglo XIX al XX.

La Constitución mexicana de 1917, reaccionando al *status quo*, fue la primera en cubrir los derechos de los trabajadores con contenido de derechos fundamentales. En la misma ocasión y sentido, el nuevo orden mexicano reinstaura la propiedad privada, grabándola con la obligación de que su uso atienda al interés del pueblo, conforme el artículo 27. Se afirman, por lo tanto, las dimensiones social y, por qué no, ambiental de la propiedad.

En Europa, los derechos sociales son elevados a derechos humanos fundamentales en el período posterior a la Primera Gran Guerra (1914-1918), lo que termina por reflejarse, también, en el derecho de propiedad.

La Constitución alemana de Weimar (1919) inspiró la implantación de la democracia social en Occidente, emparejándose con la Constitución mexicana de 1917. El nuevo orden alemán sumó al rol de derechos y garantías individuales clásicos algunos derechos esencialmente sociales. Especialmente, innovó al positivar la función social de la propiedad en el artículo 153, que exhortaba que «la propiedad obliga» y «su uso debe, al mismo tiempo, servir para el bienestar general». En la Constitución alemana de 1949, todavía vigente, esta cláusula consta del artículo 14, II. El constituyente alemán de 1919 se preocupó también con el orden económico, condicionando el «mercado» a la libertad económica. El artículo 151 imponía el respeto a la dignidad humana, anunciando que «el ordenamiento de la vida económica debe obedecer a los principios de la justicia, con el fin de garantizar a todos una existencia conforme a la dignidad humana. Dentro de estos límites, está garantizada la libertad económica de los individuos». Y en el artículo 152.1 la libertad contractual y económica pasó a adjetivar la propiedad, ya garantizada en las Constituciones alemanas anteriores.

Sin pretensión de trazar una línea del tiempo, pero sí considerando la importancia de puntuar algunas evidencias históricas, se hace obligatoria la referencia a la Declaración sobre el Medio Ambiente Humano, resultante de la Conferencia de Estocolmo (1972). La adhesión de Brasil, que se dio sin reservas, conecta la interpretación con el respectivo Principio 1 que prevé que:

> El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, a la igualdad y a las adecuadas condiciones de vida en un medio cuya calidad permita una vida de dignidad y bienestar, y tiene la solemne responsabilidad de proteger y mejorar el medio ambiente, para las generaciones presentes y futuras.

Se resalta que Brasil editó, con algún retraso, todavía bajo la égida constitucional anterior, la Ley nº 6.938/1981, denominada Ley de Política Nacional del Medio Ambiente, positivando internamente la protección ambiental, de la salud humana, etc., ante la utilización de los recursos ambientales.

En Brasil, la Constitución Federal de 1988, bajo el impacto de esta tendencia mundial, perfila el orden económico y financiero valorizando el trabajo humano y la libre iniciativa. La perspectiva, por tanto, es la de garantizar a todos una existencia digna, con justicia social. Para esto, la expectativa debe concretarse mediante la atención, entre otros, de los principios de la propiedad privada, de la función social de la propiedad, de la defensa del medio ambiente, en los términos del artículo 170, incisos II, III y IV, de la Constitución Federal.

Pero, antes de que se tenga tal implicación como novedad, cabe reafirmar que la tradición constitucional brasileña alinea, desde hace mucho, la propiedad a la función social. La Constitución Federal de 1946 preveía la atención de la función social por parte de la propiedad. El artículo 147 disponía que «el uso de la propiedad será condicionado al bienestar social [...]». Posteriormente, en la Reforma Constitucional de 1967, prescribía el artículo 157 de la redacción actual: «El orden económico tiene como fin realizar la justicia social, con base en los siguientes principios: [...]; III – función social de la propiedad; [...]». Posteriormente, la Enmienda Constitucional nº 1, del 17.10.1969, conserva la vinculación de la propiedad con la función social, añadiendo en el artículo 160 que, además del orden económico, el orden social exige la atención del principio de la función social de la propiedad: «El orden económico y social tiene como objetivo realizar el desarrollo nacional y la justicia social, con base en los siguientes principios: [...]; III - función social de la propiedad; [...]».

Queda claro, por lo tanto, al analizar el transcurso de la historia en estos últimos cien años, a partir de la Revolución Mexicana de 1917, y a pesar de los avances socioambientales experimentados hasta el inicio de este siglo XXI, que todavía existe un considerable desfase entre perspectivas, expectativas y materialización de los respectivos anhelos constitucionales.

Para disminuir estas frustraciones constitucionales es necesario, incluso, revisar algunas premisas, como, por ejemplo, las que tratan sobre la propiedad, sin que esto represente crear o reinventar la norma. Para ello, es suficiente experimentar su encuentro con la realidad del *mercado dependiente del crédito* para revelar, en el texto constitucional, la responsabilidad socioambiental de las instituciones financieras.

La primera de las reflexiones necesarias es la promoción de una interpretación ampliada, y por esto adecuada, de la regulación de la propiedad. No se puede esperar una defensa útil del medio ambiente ni una defensa eficaz de la dignidad de la persona humana si solo se enfoca la propiedad inmobiliaria.

Pontes de Miranda ya defendía que el patrimonio en sentido amplio se ajusta a la función social, lo que trasciende el derecho de las cosas corpóreas y abarca el crédito: en sentido amplísimo, propiedad es el dominio o cualquier derecho patrimonial. Tal concepto va más allá del derecho de las cosas. El *crédito es propiedad*. En sentido amplio, propiedad es todo derecho emitido en virtud de haber incidido regla de derecho de las cosas (cp. arts. 485, 524 y 862). En sentido casi coincidente, es todo derecho sobre las cosas corpóreas y la propiedad literaria, científica, artística e industrial. En sentido estrictísimo, es solo el dominio[12]. La propiedad, así, no debe ser identificada, exclusivamente, con la posibilidad de apropiación física, siendo de Pontes de Miranda la afirmación de que «la cosa objeto de propiedad, no es, hoy, solamente la cosa corpórea»[13]. Y, repárese bien, se trata de un comentario a la luz de la Constitución Federal de 1946. A la luz de la Carta Política de 1988 queda la confirmación de que «el derecho atendió a que la noción de cosa no es naturalista o física sino económico-social»[14].

La doctrina nacional más reciente, representada aquí por Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho y Paulo Gustavo Gonet Branco también se inclina por una concepción constitucional ampliada de la propiedad, cuando apunta que la Constitución alemana de Weimar (1919) garantizaba el derecho de propiedad más allá de los bienes muebles e inmuebles. En ella, se destaca el prestigio de los

[12] MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. Tratado de Direito Privado. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, Parte Especial, Tomo XI, p. 9.

[13] MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. Tratado de Direito Privado. 1983, Parte Especial, Tomo XI, p. 15.

[14] MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. Tratado de Direito Privado. 1983, Parte Especial, Tomo XI, p. 15.

«valores patrimoniales, incluyendo aquí las diversas situaciones de índole patrimonial, como resultado de relaciones de derecho privado o no». Además de esto, anuncia que «este cambio de la función de la propiedad fue fundamental para el abandono de la idea de la necesaria identificación entre el concepto civilístico y el concepto constitucional de propiedad»[15]. De este modo, hipotecas, garantías bancarias, depósitos bancarios, pretensiones salariales, acciones, participaciones societarias, derecho de patente y de marcas, entre otros, se someten a la función social[16].

Así, la *actividad económica* en sentido amplio también está vinculada a la función social, lo que se extrae del texto constitucional en los artículos 5º, inciso XIII, y artículo 170, párrafo único. Actuar en el régimen capitalista adoptado constitucionalmente por Brasil implica, sin duda, y sin excepciones, que la *libre iniciativa* debe reverencia a la función social. Y aquí hay que resaltar que no toda actividad económica es emprendida directa y exclusivamente por el propietario, ya que también puede ser llevaba a cabo por terceros que, en el *régimen de empresa*, deben cumplimiento a los principios constitucionales y previsiones legales, ya sea por defensa del resultado privado o por respeto a la colectividad.

Un ejemplo de esta hipótesis viene de la propia Ley nº 6.404/1976 (Ley de las Sociedades por Acciones), sabidamente aceptada, que prescribe la *función social de la empresa* de modo evidente, obligando al controlador a este deber, conforme el párrafo único del artículo 116:

> Art. 116. Se entiende por accionista controlador la persona, natural o jurídica, o grupo de personas vinculadas mediante acuerdo de voto, o bajo control común, que: [...] Párrafo único. El accionista controlador *debe usar el poder con el fin de hacer* a la compañía realizar su objeto y *cumplir su función social*, Teniendo *deberes y responsabilidades* para con los demás accionistas de la empresa, que *en ella trabajan* y para *con la comunidad en la que actúa*, cuyos derechos e intereses *debe lealmente respetar y atender*.

Y aquí, existe algo de extrema relevancia que debe ser destacado: las instituciones financieras en Brasil deben ser constituidas bajo la forma de sociedades anónimas, conforme exige el artículo 18, *caput*, de

---

[15] RASLAN, Alexandre Lima. Responsabilidade Civil Ambiental do Financiador. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 79.

[16] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2008, p. 424-425.

la Ley nº 4.595/1964 (Ley de la Política de las Instituciones Monetarias, Bancarias y Crediticias). Se trata de una constatación que merece destaque, ya que no se encuentra ordinariamente en los textos legales una expresión como la *lealtad*, tan cargada de deber para con el otro, para con aquellos a quien se debe. Se percibe la seriedad de los signos que componen el paradigma: «deber usar el poder para el fin de cumplir su función social en razón de los deberes y responsabilidades para con los que en esta trabajan, además del deber ser leal, respetar y atender a la comunidad donde actúa». Este es un de los puntos esenciales del valioso fundamento de la responsabilidad socioambiental de las instituciones financieras, que confiere grado de concreción a la función social de la actividad financiera (económica).

Fabio Konder Comparato, comentando el citado artículo 116, aclara sobre la confusión entre la *actividad empresarial, el controlador y la función social*, alertando que el *poder de control*, aunque no coincida con la propiedad, está vinculado a un *deber jurídico* a cargo de la actividad empresarial y económica:

> Cuando los bienes de producción se encontrasen incorporados en una explotación empresarial, como vimos, la discutida función social ya no es un poder-deber del propietario sino del controlador. A pesar del carácter elementar de la distinción, es importante reafirmar aquí que *poder de control no se confunde con propiedad*. No es un derecho real de carácter absoluto incidiendo sobre una cosa sino un *poder de organización y de dirección*, que envuelve personas y cosas. La causa de esta persistente confusión conceptual está, sin duda, en el hecho de que, en el régimen capitalista, el poder de control empresarial se fundamenta en la propiedad del capital o de los títulos-valores representativos del capital de la empresa[17].

En este punto, se destacan los *bienes de producción*, como el dinero, la moneda, el crédito, entre otros, que, direccionados o incorporados en el sistema de producción[18], se encuentran bajo el compromiso de la función social. Respecto a los bienes de producción es bueno resaltar que pueden emplearse para fomentar el comercio o la producción de

[17] COMPARATO, Fábio Konder. Função Social da Propriedade dos Bens de Produção. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 63. ano XXV (Nova Série). jul./set., 1986, p. 77.

[18] COMPARATO, Fábio Konder. Função Social da Propriedade dos Bens de Produção. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. 1986, p. 72.

bienes y servicios, ya que la actividad productiva no se caracteriza exclusivamente por la transformación, sino también por la *otorgación de valor* a aquello que se produce[19].

Así, las actividades relacionadas con la producción, con la concesión de incentivo o de crédito, privado o público,[20] asumieron una importancia fundamental en la formación de la *superestructura* del sistema de crédito, sirvió de *medio* para la transcendencia de la Revolución Industrial y, más actualmente, para la Revolución Digital, presionando la existencia de recursos ambientales disponibles en la naturaleza[21].

Debe concluirse, entonces, que los recursos financieros destinados a viabilizar la producción de bienes o servicios deben sumisión a la función social, en su dimensión socioambiental. Y aquí se abarcan tanto los recursos procedentes del capital del propio emprendedor de la obra o actividad y los de terceros igualmente privados —el patrocinador, por ejemplo— como los recursos reservados o destinados a integrar programas de incentivos gubernamentales o de financiamientos públicos o privados, nacionales o internacionales[22].

El financiamiento, público o privado, destinado a las actividades económicas que utilizan recursos ambientales, por tanto, está unido a la función social. Así debe ser por disposición infraconstitucional expresa, en la hipótesis del artículo 10 de la Ley nº 6.938/1981 (Ley de la Política Nacional del Medio Ambiente), por ejemplo. Y por orden superior, también así debe ser; puesto que la Constitución Federal de 1988, especialmente en el Título VII, «Del Orden Económico y Financiero», estructura, en la forma del Capítulo I, nominado «De los Principios Generales de la Actividad Económica», un nexo principiológico con los artículos 170 a 181, además del artículo 192,[23] que enmarca el Capítulo IV, «Del Sistema Financiero Nacional».

---

[19] COMPARATO, Fábio Konder. Função Social da Propriedade dos Bens de Produção. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. 1986, p. 73.

[20] RASLAN, Alexandre Lima. Responsabilidade Civil Ambiental do Financiador. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 84.

[21] COMPARATO, Fábio Konder. Função Social da Propriedade dos Bens de Produção. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. 1986, p. 72.

[22] RASLAN, Alexandre Lima. Responsabilidade Civil Ambiental do Financiador. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 217-221.

[23] RASLAN, Alexandre Lima. Responsabilidade Civil Ambiental do Financiador. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 94.

Pinto Ferreira[24] y Edvaldo Brito[25] resaltan que el artículo 192 de la Constitución Federal de 1988 es una novedad en la historia constitucional brasileña, cuya inspiración proviene de la Constitución alemana de Weimar de 1919, de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949, cuyo Título X es dedicado al «Régimen Financiero» (*Das Finanzwesen*) y de de la Constitución de la República portuguesa de 1976, que trata en el Título V el «Sistema Financiero y Fiscal». Tales referencias refuerzan el perfil de las órdenes constitucionales modernas, como la brasileña, en las que se tratan con *supremacía* no solamente los derechos políticos o civiles, sino también los derechos sociales y económicos. El sistema financiero brasileño, a su vez, reconocido como integrado al orden económico, viene perfilando la exigencia de que sus atores, financiadores y prestatarios, promuevan el bienestar y la dignidad humana.

Se resalta que la función social del Sistema Financiero Nacional viene grabada en la expresión empleada en el texto constitucional del artículo 192, cuando dice: «estructurado de forma que promueva el desarrollo equilibrado del País y sirva a los intereses de la colectividad». Se trata de un instrumento de concretización de la ciudadanía, de la dignidad humana, de la solidaridad, reforzando los fundamentos y objetivos de la República Federativa de Brasil, en la perspectiva del artículo 1º, incisos II y III, y del artículo 3º, incisos I y IV. La positivación infraconstitucional de la *función social del contrato*, en los términos del artículo 421 del Código Civil, atiende a la determinación constitucional y vincula a la responsabilidad jurídica los contratantes, en el caso, por ejemplo, financiador y prestatario, como forma de prevenir y reprimir abusos y desvíos, obligándolos a la utilidad social del contrato[26].

Confirmando el anhelo constitucional, la Ley nº 4.595/1964 (Ley de la Política y las Instituciones Monetarias, Bancarias y Crediticias), también acogida, no encuentra oposición a las expresas referencias a la función social. Obsérvese que el artículo 2º crea el Consejo Monetario Nacional, con la finalidad de formular la política de la moneda y del crédito como está previsto en esta ley, objetivando el progreso

[24] FERREIRA, Pinto. Comentário à Constituição Brasileira. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 6, p. 530.

[25] BRITO, Edvaldo. A Constituição Federal Brasileira 1988: interpretações. Rio de Janeiro: Forense Universitária. Fundação Dom Cabral. Academia Internacional de Direito e Economia, 1988, p. 394-395.

[26] RASLAN, Alexandre Lima. Responsabilidade Civil Ambiental do Financiador. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 236-240.

económico y social del País. Y en el artículo 3º, inciso IV, determina que la política del Consejo Monetario Nacional objetivará «orientar la aplicación de los recursos de las instituciones financieras, tanto públicas como privadas, propiciando, en las diferentes regiones del País, condiciones favorables al desarrollo armónico de la economía nacional». La actividad financiera, por todo esto, debe servir al desarrollo equilibrado del País y de los intereses de la colectividad. De relieve aquí, una parada más donde las instituciones financieras se enlazan a la función social[27].

En ese exacto punto, cabe afirmar que, además de las interpretaciones de textos normativos, la actividad financiera se configura, esencialmente, como *actividad-medio*, que tiene como finalidad proporcionar *condiciones objetivas* para las demás actividades económicas, conforme concluye Sidnei Turczyn:

> Por otro lado, se puede decir que, en el régimen capitalista, mientras que la actividad económica en general se constituye en *actividad-fin*, la financiera, aunque indispensable, se constituye en *actividad-medio*, esto es, facilitadora del ejercicio de las demás modalidades de actividades económicas, lo que, también, contribuye a que a esta se le reconozca un carácter especial[28].

La actividad financiera, pública o privada, siendo indiferente si se trata de fuente de financiamiento público o privado, está obligada a los objetivos del artículo 192 de la Constitución Federal, realizando la función social, ya que, conforme Fábio Konder Comparato, «si la propiedad está inscrita entre los derechos fundamentales, esta debe someterse al régimen jurídico que les es común»[29].

Reafirmando lo que venimos defendiendo, la idea de función se traduce en el poder de imprimir a la propiedad o patrimonio un fin determinado, promoviéndolo y manteniéndolo estrictamente ligado a un objetivo especial, como, por ejemplo, el de la defensa del medio ambiente y de los derechos fundamentales. El poder de la expresión social, que adjetiva la función, vincula aquel fin especial al interés

---

[27] RASLAN, Alexandre Lima. Responsabilidade Civil Ambiental do Financiador. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 93-97.

[28] TURCZYN, Sidnei. O Sistema Financeiro Nacional e a Regulação Bancária. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 34.

[29] COMPARATO, Fábio Konder. Função Social da Propriedade dos Bens de Produção. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. 1986, p. 76.

colectivo y no se contenta con el atendimiento exclusivo del titular del dominio, debiendo procurar la conciliación de los intereses, bajo pena de sanción prevista por el orden jurídico[30].

Por último, las políticas públicas monetarias o crediticias solamente deben recibir amparo constitucional en el caso de que haya un atendimiento conjunto a la función social exigida por los artículos 5º, inciso XXIII, y 170, incisos III y VI, con especial atención en la defensa del medio ambiente, de los derechos sociales y económicos, además de en los derechos fundamentales[31].

3 Conclusión

La materialización de las expectativas constitucionales depende, entre otros aspectos, de la adecuada aprehensión de los fundamentos históricos y jurídicos que deben utilizarse como premisas para la producción de conclusiones que eviten la paralización o el retroceso en la defensa de derechos fundamentales, por ejemplo.

El caso de la responsabilidad socioambiental de las instituciones financieras se encaja en este movimiento que exige conocer con retrospectiva y actuar con perspectiva. Afirmar que las temáticas sociales, de donde proviene históricamente la preocupación ambiental, actualmente se muestran evidentes nunca está demás.

Se exige, por lo tanto, la reevaluación de antiguos prejuicios que, anclados en obstáculos epistemológicos, impiden el progreso de la ciencia.

La propuesta que renuevo aquí es, conforme conclusión de otro trabajo al respecto, que los instrumentos económicos deben promover, preventivamente, la defensa de intereses socioambientales, sin perjuicio de la eventual reparación del daño. Y aquí no hay que dejar de prevenirse contra el discurso ideológico, que estanca el progreso de cualquier discusión racional y contra la ignorancia respecto a la realidad jurídica y, sobre todo, al mercado (externalidades).

---

[30] RASLAN, Alexandre Lima. Responsabilidade Civil Ambiental do Financiador. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 98.

[31] RASLAN, Alexandre Lima. Responsabilidade Civil Ambiental do Financiador. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 98.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

RASLAN, Alexandre Lima. La responsabilidad socioambiental de las instituciones financieras en la perspectiva de la Constitución Federal de 1988. In: GOMES, Rafael de Araújo et al. (Coord.). *La responsabilidad social de las instituciones financieras y la garantía de los derechos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 51-63. ISBN 978-85-450-0611-4.

EL PAPEL DE LA RESOLUCIÓN Nº 4.327/2017 Y LA RESPONSABILIDAD SOCIOAMBIENTAL DE INSTITUCIONES FINANCIERAS[1]

RODRIGO PEREIRA PORTO

1 Introducción

Durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (comúnmente referida como Conferencia Rio+20), fue ampliamente debatida una propuesta reglamentaria presentada por el Banco Central de Brasil que disponía sobre la responsabilidad socioambiental de las instituciones financieras y demás instituciones integrantes del Sistema Financiero Nacional (SFN). El 25 de abril de 2014, el Consejo Monetario Nacional (CMN) editó la Resolución nº 4.723, disciplinando el asunto (BCB, 2014).

En breve síntesis, la Resolución nº 4.327, de 2014, establece directrices a las instituciones del SFN para la elaboración e implantación de una política de responsabilidad socioambiental (PRSA). Define el concepto de riesgo socioambiental, estimula la participación de las partes interesadas en el proceso de elaboración de la política y establece la necesidad de subordinar su identificación, evaluación, y control a una unidad de gestión del riesgo preexistente de la institución, como la de crédito y la operacional.

[1] Las visiones presentes en este artículo manifiestan la opinión del autor, no representando necesariamente la posición oficial oriunda del Consejo Monetario Nacional o del Banco Central de Brasil.

La norma también determina que la institución debe mantener una estructura de gobernanza compatible con su porte, la naturaleza de su negocio, la complejidad de los servicios y productos ofrecidos, y prevé la constitución de un plan de acción, que defina las acciones requeridas para la adecuación de la estructura organizacional y operacional de la institución, si fuese necesario, así como las rutinas y los procedimientos que deben ser ejecutados en conformidad con las directrices de la política, según el cronograma especificado por la institución.

La aplicación de la norma según los principios de proporcionalidad, es un aspecto que contribuye a la eficacia de la misma; es decir: la PRSA debe ser compatible con la naturaleza de la institución, con la complejidad de sus actividades y de sus servicios y con los productos financieros, y como objetivo relevante la política debe considerarse el grado de exposición al riesgo socioambiental de las actividades y de las operaciones de la institución.

Merece destaque el hecho de que la norma trate la necesidad de discusión, dentro de la organización, sobre su responsabilidad socioambiental, formalizando su compromiso institucional, firmado por las más altas esferas decisorias de la organización, conforme su propia política. Entre varios conceptos posibles para aplicar al término «responsabilidad socioambiental», el Banco Mundial (referido en Doane, 2004) dispone que el término:

> [...] describe las obligaciones corporativas que interesan a todos los *stakeholders* en sus operaciones. Las empresas socialmente responsables consideran todo el ámbito de impacto de sus actividades en la comunidad y en el medio ambiente cuando se produce la toma de decisiones, equilibrando las necesidades de los *stakeholders* con las de obtención de lucro.

La Resolución nº 4.327, de 2014, es una iniciativa que parece ser meritoria y original. Sería meritoria por el intento de superar un reto constante presente en todo el proceso reglamentario: las instituciones tenderían a adoptar medidas onerosas solo cuando percibiesen que una eventual infracción de la reglamentación podría ser detectada y duramente penalizada, como ya ha observado la Organización la para Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE, 2010). Este tipo de conducta refleja una creciente ineficiencia bajo la óptica económica, ya que los gastos con soluciones que buscan apenas la conformidad

con la legislación en vigor, sin que los procedimientos interfieran sinérgicamente en los procesos productivos de la empresa, pueden ser contraproducentes.

Para entender como la Resolución nº 4.327, de 2014, enfrenta tal dilema, es necesario percibir que el coste de observancia de la norma se debe justificar por el aumento de la productividad y reducción de riesgos. Para este propósito, la reglamentación en consideración no pretende preceptuar a las instituciones lo que deben hacer para inserir la temática socioambiental en su estrategia de negocios y relación con las partes interesadas, pero determina que deben hacerlo, respetadas sus particularidades. Cada institución puede tener una política diferente, en armonía con lo que desean sus controladores y lo que esperan sus partes interesadas.

De esta forma, las instituciones deben informar a sus partes interesadas —Banco Central de Brasil, inclusive— sobre el posicionamiento institucional acerca de su responsabilidad socioambiental. Para este fin, la Dirección Ejecutiva y el Consejo de Administración de la institución financiera, cuando la haya, deben tener en consideración la naturaleza de la actividad de la institución, el perfil de sus clientes e inversores, el grado de exposición a los riesgos que la institución está dispuesta a enfrentar, entre otras particularidades que reflejen la diversidad de segmentos que operan en el SFN.

A su vez, la norma es original al fortalecer la responsabilidad socioambiental de las instituciones financieras. La originalidad de la norma reside, especialmente, en evitar que los bancos, como respuesta a determinadas cuestiones sociales y ambientales que se colocan en el curso de sus operaciones, actúen de forma imprevisible e inconsistente a lo largo del tiempo, puesto que la política institucional se presta, particularmente, para orientar esta conducta de ahora en adelante.

De esta forma, la reglamentación en pauta, en su esencia, no constituye apenas un mero instrumento de fiscalización del Banco Central, cuyo énfasis está en la gestión del riesgo socioambiental, sino que también busca reforzar mecanismos de gobernanza corporativa para estrechar las relaciones entre la institución y las demás partes interesadas.

Es inevitable, no obstante, el cuestionamiento sobre la necesidad real de una norma que determine a las instituciones del SFN la elaboración de una política de tal especie, teniendo en cuenta los actuales compromisos voluntarios en la industria financiera sobre mejorar las prácticas socioambientales, y los aparentes incentivos

económicos presentes en el mercado. Me parece una indagación justa y pertinente para discutir la conveniencia y la oportunidad de regular el asunto. De entre varias posibilidades de respuesta a este problema, presento algunos comentarios para fundamentar una opinión personal a este respecto.

2 La cuestión del riesgo socioambiental

El negocio de una institución financiera es asumir riesgos. Según la buena doctrina financiera, el retorno debe ser proporcional al riesgo incurrido. Por definición, esto significa que el proceso de intermediación financiera, por más regulado que esté, mantiene un componente de incertidumbre en el proceso de toma de decisiones, por lo cual la institución no queda libre de riesgos tales como el financiamiento de actividades que puedan generar impactos negativos que superen a los beneficios de la propia sociedad.

Por parte de las instituciones financieras, hay varios motivos que direccionan una mayor participación de las instituciones financieras en las cuestiones socioambientales. Seguramente, la preocupación con potenciales exigibilidades procedentes de impactos sociales y ambientales causados por tomadores de crédito constituye una relevante intersección entre el negocio bancario y la cuestión socioambiental.

El Programa Ambiental de la Organización de las Naciones Unidas —Iniciativa Financiera (UNEP-FI)— hace tiempo destaca (UNEP, 2004) que los bancos vienen redefiniendo sus procesos de concesión de crédito de modo que se identifiquen cuestiones ambientales relevantes —y, por consecuencia, también sociales— relacionadas con diferentes tipos de proyectos. Los pasivos sociales, por ejemplo, pueden influir en la calidad del crédito de diversas formas, como las multas que pueden fragilizar el desempeño económico-financiero del tomador de crédito.

Un hecho es que los eventuales perjuicios económicos que se originan de la exposición a factores socioambientales no están reducidos a la esfera del riesgo de crédito. La responsabilidad del acreedor (bancos) sobre las acciones del tomador que degradan las condiciones sociales o ambientales en proyectos financiados es un riesgo legal relevante en función de decisiones judiciales.

Para ilustrar el efecto de la legislación sobre el comportamiento socioambiental de instituciones financieras, se puede destacar, preliminarmente, el ejemplo norteamericano. El potencial de pasivo

ambiental de los bancos puede originarse de una variedad de leyes a nivel federal y estadual en los Estados Unidos de América (EUA), donde la principal norma legal a este respecto es el denominado *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* (también conocido como CERCLA o *Superfund*) (FDIC, 1993). CERCLA establece una estructura legal que crea un pasivo potencial oriundo de los costes de regeneración de daños ambientales para los depositarios actuales de propiedad contaminada, o incluso de propietarios antiguos eventualmente responsables.

A pesar de prever una excepción para acreedores y bancos que no participan en la gestión de la propiedad, decisiones de la Suprema Corte de los EUA sentenciaron que muchas instituciones bancarias serían, de hecho, propietarias u operadoras de proyectos con considerables impactos ambientales, estando, por lo tanto, sujetas a los costes de regeneración de los daños ambientales previstos en la mencionada legislación (FED, 1991).

A nivel doméstico, la legislación ambiental en vigor permite, *a priori*, la responsabilización civil objetiva y solidaria de las instituciones financieras por los daños ambientales causados por emprendimientos financiados. Un aspecto relevante, enfatizado por la Ley de Crímenes Ambientales (Ley nº 9.605, de 1998), refiere, según Morais (2000), la posibilidad de responsabilización penal de las personas jurídicas causantes del daño ambiental, por el cual responderán en la medida y proporción de su culpabilidad, haya este ocurrido por decisión de su representante legal o contractual en interés o beneficio de su entidad, o a quien haya de alguna forma haya contribuido a la práctica del crimen.

Otras exposiciones al riesgo se perciben claramente en el negocio de los bancos. Activos diversos, como acciones y demás valores mobiliarios emitidos por empresas asociadas, por ejemplo, a la utilización de mano de obra a través de trabajo análogo al esclavo, pueden sufrir depreciación en su valor, lo que acarreará un mayor riesgo de mercado para la tesorería de los bancos.

En Brasil, el lanzamiento del Protocolo Verde, en 1995, firmado entre el Ministerio de Medio Ambiente (MMA) y los principales bancos públicos federales, generó un compromiso voluntario, compuesto por principios para la adopción de prácticas socioambientales responsables en la concesión de crédito. En el sector bancario privado, el movimiento está influenciado por organismos multilaterales, tales como *International Finance Corporation* (IFC), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y otros, que, al transferir recursos a los bancos, exigen la implementación

de un sistema de gestión socioambiental en los financiamientos. Sin embargo, el mayor avance se produjo a partir de 2003, cuando los mayores bancos privados se adhirieron a los Principios de Ecuador y retomaron la discusión sobre la autorregulación de la responsabilidad socioambiental en el sistema financiero.

En agosto de 2008, el Protocolo Verde fue renovado por las partes, y fue seguido, en 2009, por un Protocolo de Intenciones, firmado entre el MMA y los principales bancos privados del país.

Por tanto, los riesgos y la necesidad de su gestión, en paralelo a las oportunidades de nuevos negocios, parecen indicar que habría incentivos suficientes para un comportamiento proactivo por parte de las instituciones financieras en el sentido de una mayor responsabilidad socioambiental.

3 Las fallas de mercado

Las iniciativas voluntarias de las instituciones financieras permitieron algunos avances en la búsqueda de la convergencia entre las dimensiones económicas, sociales y ambientales en las diversas estrategias de negocio. No obstante, se identificaron grandes diferencias con relación al grado de compromiso de las instituciones financieras en los diferentes segmentos del SFN, incluyendo bancos públicos, bancos privados nacionales y bancos privados de capital extranjero. Esta diferencia abarcó conceptos, estructura de gobernanza y modelos relativos tanto a la inserción de los aspectos socioambientales en las acciones de las instituciones financieras como a la divulgación de informaciones y envolvimiento de las partes interesadas.

Un aspecto relevante relacionado con la heterogeneidad del sistema se refiera al modelo de gobernanza para la responsabilidad socioambiental. A pesar de que algunas instituciones hayan constituido estructuras estandarizadas de gobernanza, otras no perciben el tema como relevante. Esta diferencia de abordaje sugiere que no hay inductores suficientes que garanticen la observancia de un modelo mínimo de gestión, que trate el estabelecimiento de acciones y competencias asociadas. La percepción diferenciada de los mecanismos de mercado para internalizar acciones de cuño socioambiental en los negocios de las instituciones, a fin de generarles beneficios, se dificulta por fallas de mercado.

El informe síntesis de *Green Finance Study Group* (GFSG), componente del G-20 en el período 2016-2017 (UNEP Inquiry, 2017), dirigió recomendaciones en respuesta al compromiso de los respectivos líderes, en la Cúpula de Hangzhou (China), en la búsqueda del crecimiento equilibrado, sostenible y fuerte. En este informe, se enumeran algunas de las barreras con las que se encuentra el desarrollo de un mercado de finanzas verde (y responsable, de forma general):

I - Externalidades: el concepto económico de externalidad está relacionado con los costes y beneficios sociales percibidos a partir de determinada acción. Si un proyecto que beneficia a alguien impone costes a terceros, estos costes deberían ser considerados en el análisis de su viabilidad económica. Las incertidumbres relativas a los impactos socioambientales de una acción o a la responsabilidad de cada agente, asociada a la ausencia de presiones internas o externas a la organización, hacen difícil internalizar, en las tasas de interés, los costes y los beneficios sociales de un determinado proyecto financiado;

II - Asimetría de mercado: muchos inversores se interesan por inversiones que preserven la responsabilidad socioambiental del capital, pero normalmente no reconocen qué inversiones son adecuadas;

III - Falta de capacitación técnica: muchas instituciones financieras e inversores institucionales —como los fondos de pensiones— todavía no están totalmente informados de los riesgos a los que están expuestos, lo que incluye subestimar los costes destinados a prevenir que su dinero esté dentro de un emprendimiento socialmente irresponsable.

De esta forma, incluso ante argumentos racionales que indican la necesidad de un comportamiento proactivo por parte de las instituciones financieras para minimizar riesgos y permitir nuevas oportunidades de negocio, las fallas de mercado y sus barreras típicas inducen a conductas imprevisibles e inconsistentes por parte de las instituciones.

Esta imprevisibilidad e inconsistencia puede provenir de la búsqueda de lucros a corto plazo —conducta posiblemente exacerbada por la inestabilidad en la coyuntura económica y política—, de forma paralela al comportamiento oportunista de alguna institución o grupo de instituciones —mediante *lobbies* para conseguir alteraciones legislativas, formación de oligopolios, etc.—.

4 El papel de la Resolución nº 4.327, de 2014

El CMN, al editar la Resolución nº 4.327, de 2014, parece reconocer la necesidad de una regulación que permita mitigar las fallas en el mercado, aumentar la solidez de las instituciones financieras —a través de la reducción de riesgos— y la eficiencia —mejora de gobernanza corporativa, aumento de la competencia y adherencia del sistema financiero a los objetivos de la política pública—.

Al crearse un modelo mínimo, que se aplica distintamente a todas las instituciones financieras, el regulador parece señalar que no desea un comportamiento imprevisible e inconsistente a partir de la efectiva aplicación de la norma.

La preocupación con la reducción del riesgo en la norma se percibe claramente a través del establecimiento de directrices que todas las instituciones deben cumplir, por ejemplo, la integración del componente socioambiental en los sistemas de gestión de riesgo preexistentes, como el de crédito y la formación de base de datos —para ayudar en el análisis de crédito y de inversión— que contengan las pérdidas originadas por cuestiones socioambientales.

La Resolución nº 4.327, de 2014, además de esto, parece justificarse al exigir una estructura de gobernanza corporativa para cuidar del asunto, que sea compatible con el porte de la institución, la naturaleza de su negocio, la complejidad de sus servicios y productos ofrecidos. Determinar que la institución mantenga tal estructura minimiza el riesgo de la falta de apoyo institucional para aquellas iniciativas que buscan la inserción de la temática en la esfera de las decisiones estratégicas y operacionales de la institución, así como también va al encuentro de un solución que minimice el problema de la asimetría informacional dentro y fuera de la organización.

Bajo la óptica de la eficiencia, la regulación define estándares mínimos de conducta que refuerzan de mejor forma la disciplina del mercado, contribuyendo así a una mayor transparencia y competencia. Este pensamiento puede explicarse a través del incentivo a la participación de las partes interesadas en la elaboración de la política institucional y al estímulo para la elaboración de informes que demuestren las acciones adoptadas en línea con la PRSA.

La acción regulatoria en medio de un ambiente todavía reacio en lo que respecta a las fallas de mercado minimiza los costes de observancia de la norma y valoriza sinergias entre las diversas áreas de las instituciones financieras. Un aspecto positivo es el hecho de que

la norma no sea un instrumento de tipo *one size fits all*, es decir, una regulación que se aplica uniformemente a todas las instituciones del SFN, a pesar de la diversidad de segmentos operacionales allí presentes.

Esto es particularmente importante en la evaluación de la responsabilidad legal de las instituciones financieras con relación al eventual cometimiento de crímenes por parte de sus respectivos clientes, tomadores de crédito. Los riesgos asumidos por las instituciones financieras son parte del negocio y se justifican por la importancia del servicio financiero en el desarrollo de la economía y del bienestar social, cabiendo a las normas ayudar con la definición de límites de responsabilidad teniendo como objetivo el debido control o la mitigación de riesgos en el orden económico y bienestar social.

La regulación, en este sentido, no pretender extinguir los riesgos de la actividad financiera o establecer un modelo idéntico de responsabilidad para todos los agentes, sino conferir una mayor seguridad jurídica al negocio financiero. Por lo tanto, la institución debe ser responsable de cualquier efecto de degradación socioambiental generada por sus clientes si se crea una situación de riesgo en razón de su actividad, salvo que consiga comprobar que adoptó medidas idóneas y oportunas dirigidas a evitarla. En este caso, su respectiva PRSA y acciones correspondientes pueden hacer más clara, desde la óptica del Poder Judicial, la responsabilidad real del financiador.

Ante tal perspectiva, entender el papel social de la institución financiera es un factor importante en la delimitación de su responsabilidad, así como conjugarlo con el desempeño de las demás fuerzas institucionales destinadas a cohibir conductas lesivas contra la sociedad, incluso las provistas por el Estado.

Por ejemplo, la concesión de un préstamo a una persona jurídica —que por definición no se direcciona a una aplicación específica y previamente definida en contrato, tal como el financiamiento de una actividad específica— limita las posibilidades de la institución financiera prever si los recursos serán utilizados para apoyar emprendimientos en los cuales la legalidad y la razonabilidad en las relaciones entre empleado y empleador no estén presentes. Por otro lado se pueden adoptar medidas preventivas, como evaluaciones periódicas de las informaciones registradas de la empresa, que permitan, por ejemplo, revisar periódicamente si el cliente es reconocido, por el Ministerio de Trabajo y Empleo, como empleador que mantuvo a sus trabajadores sujetos a condiciones análogas a las de la esclavitud. Las medidas preventivas no eliminan los riesgos de impacto social o ambiental,

y son dimensionadas conforme la política de cada institución. Este dimensionamiento ocurre en función del tamaño de la operación, importancia con relación a la cartera total de crédito, riesgo del segmento financiado, histórico del cliente, etc.

Existen, por tanto, incentivos económicos traídos por la reglamentación que estimulan la transparencia y las buenas prácticas de la gobernanza para mejorar la eficiencia y la solidez de las instituciones. Es posible inferir que la norma, en este sentido, reduce fallas de mercado causadas por la asimetría informacional y por el comportamiento oportunista de las instituciones.

Se sitúa en la agenda del mercado, de forma definitiva, el papel del SFN en esa área de interés. El fortalecimiento de la responsabilidad socioambiental en el sector financiero es un aspecto fundamental para el buen desempeño de la economía y para la calidad de vida en sociedad. De hecho, el SFN tiene un papel importante en la canalización de recursos financieros para la inducción de buenas prácticas socioambientales en la economía, reforzando la eficacia de políticas públicas —como aquellas que tienen como objetivo el desarrollo sostenible—.

El Dr. Daniel Schydlowsky, ex-Superintendente de Bancos, Aseguradoras y Administradores de Fondos Privados de Pensión en Perú (SBS), muy a propósito de este tema, afirma que el «conflicto relacionado con cuestiones socioambientales es uno de los factores para el riesgo sistémico: conflictos socioambientales causan externalidades, las cuales, a su vez, afectan a terceros y alcanzan el nivel macroeconómico» (UNEP-Inquiry, 2015).

Un hecho es que la regulación emanada del CMN ya es objeto de un amplio debate nacional e internacional, siendo usualmente citada como referencia para ayudar en la elaboración de políticas a otros reguladores financieros en diversos fórums internacionales. Como ejemplo, *Sustainable Banking Network*, fórum compuesto por reguladores y asociaciones de la industria financiera internacional, que actúa con el apoyo técnico de la IFC.

5 Conclusión

Al analizarse el contenido de la Resolución nº 4.327, de 2014, se tiene, en su mayor parte, una regulación fundamentada en principios. Donde pese a los potenciales beneficios de un abordaje de esta especie, se corre el riesgo de que su eficacia sea minimizada en el caso de que algunas premisas no sean observadas.

Es necesario el debido compromiso de las partes interesadas, tanto en el proceso de elaboración y revisión de las políticas institucionales como en el ejercicio del poder de presión social para lograr el equilibrio entre el interés de las partes. El Banco Central de Brasil, como una parte interesada, tiene la competencia legal de velar por la eficiencia y solidez de las instituciones del SFN, razón por la cual es de esperar su actuación efectiva para fiscalizar el cumplimiento de la reglamentación, con énfasis en el proceso de gestión de riesgo socioambiental.

Se puede también concluir que las presiones sociales pueden afectar de forma diferente a empresas de un mismo sector, lo que provoca incertidumbre sobre el comportamiento de las instituciones del SFN. La proximidad con centros urbanos, la localización en áreas de gran interés social y el historial de la institución pueden afectar intensamente a la empresa ante las presiones de la comunidad.

Se puede ayudar con un mayor compromiso de las demás partes interesadas a mejorar el nivel y calidad de relatos, así como las demás informaciones divulgadas por la institución financiera, de tal modo que se favorezca el seguimiento del desempeño socioambiental y su impacto sobre el resultado económico-financiero de la institución, bajo una perspectiva interna y externa a la organización.

Algunas recomendaciones, nacionales e internacionales, ya existen para facilitar y estandarizar herramientas de divulgación de informaciones por parte de las instituciones, como el *Grupo de Trabajo* constituido por el *Financial Stability Board* (FSB), denominado TCFD (*Task Force on Climate-related Financial Disclosures*). El TCFD publicó en junio de 2017 su informe final, que cuenta con recomendaciones consolidadas sobre 4 áreas temáticas que representan el foco de la estructura de funcionamiento de las organizaciones: gobernanza, estrategia, gestión del riesgo, y métricas/objetivos. Bajo la óptica del sector financiero, el Informe del *Grupo de Trabajo* presenta una guía de divulgación específica para el sector bancario, que contiene aspectos relacionados con la estrategia, gestión de riesgos y métricas (FSB, 2017).

Las recomendaciones de transparencia y de relatos son voluntarias, pero refuerzan las buenas prácticas con el fin de fortalecer la gestión del riesgo, las estructuras de gobernanza corporativa, y de forma más amplia, la atribución más eficiente del capital en la economía y la adecuada precificación de productos y servicios en el ámbito de sistemas financieros. Considerando la determinación normativa para instituir la PRSA, la difusión de las buenas prácticas internacionales de divulgación de informaciones es oportuna para conferir visibilidad a las

acciones y resultados alcanzados por las instituciones, con el propósito de agregar valor a los accionistas y a las demás partes interesadas.

De forma general, la regulación emanada del CMN no representa, por sí sola, una solución única para viabilizar el financiamiento sostenible de la economía, con responsabilidad socioambiental. Pero la norma, por sus características, refuerza el funcionamiento de un SFN más resiliente a riesgos socioambientales, haciéndolo más receptivo en la movilización de recursos en sintonía con programas y políticas públicas concernientes al tema. La coordinación entre agentes de mercado y del Estado, en este contexto, es un elemento importante para el éxito de política pública volcada en el financiamiento responsable de la economía.

Referencias

BCB, 2014. Disponible en http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2014/pdf/res_4327_v1_O.pdf

DOANE, Deborah. "Beyond corporate social responsibility: minnows, mammoths and markets. Futures 37, Elsevier Science, Julho, 2004.

FEDERAL DEPOSIT INSURANCE CORPORATION (FDIC). FDIC Financial Institution Letter (FIL -14-92). Statements of Policy, Fevereiro, 1993.

FEDERAL RESERVE SYSTEM (FED). SR 91-20. Division of Banking Supervision and Regulation. Outubro, 1991.

FINANCIAL STABILITY BOARD (FSB). TASK FORCE ON CLIMATE-RELATED FINANCIAL DISCLOSURE: FINAL REPORT. Junho, 2017. Disponible en https://www.fsb-tcfd.org/publications/final-recommendations-report/

MORAIS, D.T.B.M. A eficácia da Lei de Crimes Ambientais: Uma avaliação qualitativa. Dissertação (Mestrado em Economia), Brasília: Departamento de Economia, Universidade de Brasília (DF), Agosto, 2000.

UNEP (2004). Bank Report: Greening Financial Markets. Environment and Trade/ Environment and Economics Unit. Setembro, 2004.

UNEP INQUIRY (2015). Banking & Sustainability Time for Convergence: A Policy Briefing on the links between Financial Stability and Environmental Sustainability. Disponible en http://www.unepfi.org/fileadmin/documents/BankingSustainability_TimeForConvergence.pdf

UNEP INQUIRY (2017). Green Finance Study Group Synthesis Report. Disponible en http://unepinquiry.org/wp-content/uploads/2017/07/2017_GFSG_Synthesis_Report_EN.pdf

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PORTO, Rodrigo Pereira. El papel de la Resolución nº 4.327/2017 y la responsabilidad socioambiental de instituciones financieras. In: GOMES, Rafael de Araújo et al. (Coord.). *La responsabilidad social de las instituciones financieras y la garantía de los derechos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 65-77. ISBN 978-85-450-0611-4.

¿QUÉ ES RIESGO SOCIOAMBIENTAL?

JEAN RODRIGUES BENEVIDES

JOSÉ MAXIMIANO DE MELLO JACINTO

1 Introducción

¿Vivió usted ya alguna situación de riesgo?

En un primer momento se puede confundir riesgo con peligro. Peligro es una condición con potencial para causar daño. Por ejemplo, el riesgo de accidente de trabajo está relacionado con varias situaciones de peligro, como la falta de equipamientos de seguridad o de entrenamiento de los trabajadores. Riesgo es la probabilidad de que determinado evento ocurra y, en el caso de que suceda, los impactos que puede generar. La norma ISO 31.000 define riesgo como el efecto de incertidumbre en los objetivos, siendo este efecto un desvío en relación con lo esperado.

El término puede ser utilizado en diferentes contextos, y tanto personas como empresas y organizaciones pueden estar expuestas a diferentes tipos de riesgo, tales como riesgo de accidente, de imagen, operacional, legal y financiero. Tal vez los bancos tengan una mayor claridad en lo relacionado con el tema, puesto que es inherente a sus actividades evaluar los riesgos comprendidos en sus operaciones.

Cuando los impactos generados por determinado evento están asociados a aspectos sociales o ambientales se configura entonces el riesgo socioambiental. La exposición a este tipo de riesgo ocurre cuando una persona física o jurídica, en el desarrollo de sus actividades, mantiene alguna relación con situaciones que pueden provocar daños

sociales o ambientales. Estos impactos potenciales no siempre son fáciles de identificar y, en algunos casos, pueden causar pérdidas significativas a las partes involucradas.

Según la resolución del Consejo Nacional de Medio Ambiente (CONAMA 001/86), impacto ambiental es la alteración física, química o biológica del medio ambiente, causada por cualquier forma de materia o energía resultante de actividades humanas, que directa o indirectamente afecta a la salud, a la seguridad, al bienestar de la población, a las actividades sociales y económicas, al ecosistema, a las condiciones estéticas y sanitarias del medio ambiente y a la calidad de los recursos naturales.

2 ¡Cuidado con los riesgos socioambientales! Estos pueden ser mayores de lo que se imagina

Con frecuencia, suceden desastres porque los involucrados, principalmente el emprendedor, desconocen o asumen el elevado nivel de riesgo socioambiental al que están expuestos en sus actividades. ¿Habría sido este uno de los factores desencadenantes del gran desastre ocurrido en 2015 en el municipio de Mariana/MG, con la rotura de la represa de residuos de las actividades de minería? En este caso, considerándose el alto potencial de los impactos relacionados con minería y con el porte del emprendimiento, probablemente, el riesgo habría sido mal dimensionado o se gestionó inadecuadamente. El resultado visto es un impacto de proporciones casi incalculables financieramente, con pérdidas irreparables de vidas y de recursos naturales, costes económico-financieros muy expresivos y daños en la reputación e imagen de las empresas. Hechos de este tipo no solo afectan a la empresa, sino también a los trabajadores e inversores, a las comunidades y municipios alcanzados, además de a otros diferentes actores, como proveedores de la empresa y agentes públicos involucrados.

Otras situaciones de riesgo pueden envolver a empresas que no observan o no siguen adecuadamente las prácticas socioambientales de sus proveedores que, en muchas ocasiones, no atienden ni siquiera a la legislación vigente, practicando irregularidades, como la falta de respeto a los derechos humanos. A modo de ejemplo: el caso en un diseñador multinacional que tuvo su nombre implicado en prácticas de trabajo análogo al esclavo, constatándose esto a partir de una fiscalización laboral en una empresa proveedora de ropas para su red de tiendas.

Son ejemplos de emprendedores que, de diferentes formas, presentaron una exposición al riesgo socioambiental, directa o indirectamente relacionada con sus actividades. Estas situaciones están cada vez más presentes, ya sea por la mayor exigencia de las normas legales o por el seguimiento de los órganos de control y también de la sociedad civil, que pasan a considerar la responsabilidad socioambiental de una manera más amplia y objetiva.

La responsabilidad civil por daños ambientales, ya sea por lesión al medio ambiente propiamente dicho (daño ambiental público), ya sea por ofensa a derechos individuales (daño ambiental privado), es objetiva, se fundamenta en la teoría del riesgo integral, ante lo dispuesto en el art. 14, § 1º, de la Ley 6.938/1981, que consagra el principio del contaminador-pagador[1]. En este contexto, quien causa el daño tiene el deber jurídico de reparar, inclusive los contaminadores indirectos, en el ámbito de sus responsabilidades, podrán ser llamados a responder.

El contexto social y económico en el que se vive y la permanente evolución de los sistemas de comunicación amplía esa mirada sobre las prácticas y comportamientos de las personas y de las corporaciones. Cualquier persona con un *smartphone* o en una red social puede registrar, comentar y compartir algo que alguien hizo y que hirió sus valores y creencias. Si ese alguien fuese jurídicamente una empresa, se tiene entonces una mayor amplitud en el juicio social y legal, exigiendo en su modelo de gestión y atendimiento la incorporación de medidas que tengan en cuenta los aspectos que envuelven a su público y los locales en los que desenvuelve sus actividades.

3 Evolución del concepto de riesgo

El primer intento de definir el término riesgo data del año 3.200 a.C. Según una publicación de la ECON-IT2[2], un grupo de habitantes del Valle de los ríos Tigris y Éufrates llamado Asipu, aconsejaba a personas que estaban en situaciones de peligro, analizando la dimensión del problema, las alternativas y las consecuencias de cada alternativa. Esta percepción de riesgo fue cambiando con el paso del tiempo, y algunos hechos fueron fundamentales para el desarrollo de la teoría del riesgo,

---

1 *Responsabilidade civil objetiva por dano ambiental privado* - Publicado por João Beltrão & Advogados

2 ECON-IT2: Asociación multidisciplinar compuesta por siete organizaciones de seis países, con apoyo de la Comisión Europea - *A origem da análise de risco*

como la publicación de la Teoría de la Probabilidad de Pascal, en 1657, y la Tabla de Esperanza de Vida, de Halley, más conocido por dar nombre al cometa. Posteriormente, ya en el contexto de la teoría del riesgo, Laplace al final del siglo XVIII, presentó un estudio sobre el cálculo de probabilidad de muerte y esperanza de vida con y sin vacunación contra la viruela. Se dio inicio entonces el uso de los métodos estadísticos para medir el riesgo y los aspectos de la salud humana, además del proceso para la cuantificación del riesgo.

Entre los tipos de riesgos identificados, el socioambiental hace un abordaje específico de las cuestiones sociales y ambientales, lo que no acontecía anteriormente, ya que estos temas no eran tratados o no estaban inseridos en los demás riesgos. Riesgo socioambiental es la posibilidad de pérdidas ocasionadas por daños sociales y ambientales, generalmente relacionadas con la contaminación, la salud y la seguridad, los impactos en las comunidades y las amenazas a la biodiversidad.

3.1 Aspectos ambientales del riesgo

Están relacionados con los posibles daños ocasionados al medio físico y biótico. En el medio físico, debido a algún tipo de contaminación o alteración de las propiedades del suelo, del agua o de la atmosfera, o a impactos que puedan contribuir para los cambios climáticos. Con relación al medio biótico cuando se producen daños en los recursos naturales vivos, en especial, flora y fauna. En este sentido, deben tomarse algunos cuidados para la realización de una actividad o para cualquier tipo de intervención humana. Para la operación adecuada de una empresa, de una hidroeléctrica, aeropuerto, carretera o incluso de un emprendimiento relacionado con viviendas, se debe atender a los requisitos exigidos para evitar o minimizar los potenciales impactos. El instrumento para atestar esta conformidad es la licencia ambiental, que acompaña todas las fases del emprendimiento: licencia previa, instalación y operación. Hay que resaltar que no todo órgano ambiental posee la estructura adecuada para poder dar marcha al proceso de licencia ambiental, con calidad.

3.2 Aspectos sociales del riesgo

Los aspectos sociales del riesgo, generalmente, están asociados a las condiciones de trabajo y empleo, a la salud y seguridad

de la comunidad, al reasentamiento involuntario y a cuestiones socioeconómicas, como el compromiso con las actividades productivas y el patrimonio cultural. Estos elementos podrían potencializarse si se envolvieran a las comunidades tradicionales o indígenas. Son temas unidos a los derechos humanos que exigen una especial atención. Además, hay cuestiones que están ganando cada vez más importancia, como la accesibilidad para las personas con discapacidad, los diferentes tipos de prejuicio o la falta de respeto a las garantías de derechos de los niños y adolescentes, debido sus condiciones de vulnerabilidad social.

4 Responsabilidad socioambiental en el sector productivo

En el mundo actual, con la incorporación de nuevas actividades y tecnologías, el análisis de riesgo se hace todavía más complejo, ya que, además de los eventos naturales y espontáneos, se dan otros relacionados directamente con las acciones del hombre y cuyas causas no son solo accidentales ni sus impactos siempre conocidos. Estas acciones interfieren en el ambiente o en algunos de sus componentes, pudiendo causar impactos positivos, tales como la generación de empleos y la dinamización económica de una región, o impactos negativos afectando al medio ambiente o a la calidad de vida de la población.

La implantación de actividades con objetivos económicos, financieros y sociales, además de las cuestiones técnicas inherentes al negocio, requiere un modelo de gestión adecuado para el control de los impactos generados. En este sentido, los diversos actores involucrados: emprendedores, inversores, financiadores, sociedad civil, órganos ambientales e intervinientes, deben actuar, cada uno en la esfera de su competencia para garantizar emprendimientos sostenibles en los que sean observadas las variables económico-financieras, ambientales y sociales.

Un estudio realizado por Ernst & Young[3], con inversores institucionales de varios países, indica que las informaciones no financieras han ganado importancia en la toma de decisión a la hora de realizar nuevas inversiones. Según el estudio, un 61,5% cree que los riesgos ambientales, sociales y de gobernanza son relevantes para

[3] Ernst & Young (2015) - *Tomorrow`s Investment Rules 2.0*

las compañías de cualquier sector de la economía. Este porcentaje es prácticamente el doble del registrado en el primer año del estudio, que fue de un 33,7%.

Según el Instituto Ethos[4], un negocio sostenible y responsable es aquella actividad orientada a generar valor económico-financiero, ético, social y ambiental, y cuyos resultados se comparten con el público afectado. La sostenibilidad y responsabilidad social llevan al modelo de negocios la perspectiva del largo plazo, considerando que no hay crecimiento económico sostenible sin progreso social y conservación ambiental. Para garantizar la sostenibilidad es fundamental la participación de todos: emprendedores, financiadores, sociedad y sector público.

En este sentido, la gestión adecuada del riesgo debe realizarse en todo tipo de actividad económica, ya que existe una relación directa e indirecta tanto con personas, comunidades y medio ambiente como con otras empresas, sean proveedores o clientes. Algunos sectores tienen un mayor potencial de generar impactos ambientales, como el agropecuario, forestal, industrial y mineral, estando, por tanto, sujetos al proceso de licencia ambiental. Ya las actividades de comercio y prestación de servicios tienen menor potencial de generar impactos por lo que, en principio, no estarían sujetas al licenciamiento.

Algunos sectores necesitan ser analizados sistémicamente, como es el caso de la construcción civil, ya que, si consideramos toda su cadena de proveedores y clientes, posee un alto potencial generador de impactos al medio ambiente. Al tratarse de una actividad que envuelve mucha mano de obra, en su mayoría no especializada, tiene una gran exposición al riesgo relacionada con aspectos laborales, como salud, seguridad y contratación de personal. Hay que resaltar que incluso habiendo una mejora con relación a la atención de los requisitos socioambientales, todavía hay empresas del sector que aparecen en las listas oficiales de trabajo en condiciones análogas a la esclavitud.

Además de los aspectos relacionados directamente con las actividades, debe observarse el riesgo en la cadena de proveedores. La definición de criterios sociales y ambientales en los boletines de adquisición de bienes y servicios puede inducir a las buenas prácticas de gestión socioambiental, evitando riesgos para la empresa advenidos del incumplimiento de normas y legislación por parte de sus proveedores (social, laboral y ambiental).

---

[4] Instituto Ethos: *Indicadores Ethos para Negócios Sustentáveis e Responsáveis*

El riesgo socioambiental es, por tanto, real pudiendo impactar en las actividades productivas y, si no se gestiona adecuadamente, podrá repercutir en otros riesgos. El beneficio de comprenderlo y gestionarlo se potencia cuando las empresas pasan a mejorar sus prácticas de gestión y de relación con sus empleados, clientes y proveedores, y cuando pasan a considerar los impactos positivos y negativos, directos e indirectos, que su actividad causa en la comunidad y en el entorno de sus instalaciones y operaciones.

5 Como la gestión de riesgo socioambiental de los bancos puede influir en el sistema empresarial

Los bancos, como instituciones que apoyan financieramente las actividades de producción y consumo, atienden a las regulaciones que determinan la incorporación de cuestiones de naturaleza social y ambiental en el proceso de gestión de riesgos, exigiendo la mejora del todavía incipiente proceso de análisis de los aspectos socioambientales en las operaciones de crédito.

Estas normas trajeron nuevas obligaciones para las instituciones financieras que, orientadas por los principios de relevancia y proporcionalidad, pasaron a perfeccionar y a adoptar procedimientos y rutinas para clasificar, analizar y controlar los riesgos socioambientales en sus actividades y operaciones y, además, mantener durante cinco años el registro y control de las pérdidas ocasionadas por los daños socioambientales. La eficiencia y mejora del proceso de análisis socioambiental de clientes y proyectos y de las operaciones corporativas contribuyen a la buena gestión de los riesgos socioambientales impactando, directa e indirectamente, en las prácticas de gestión socioambiental del sistema empresarial.

Para los bancos, esta gestión se vuelve más desafiante debido al alcance de su actuación en la intermediación financiera con clientes, persona física o jurídica, y por toda la diversidad de actividades y comportamientos de estos. Al adoptar criterios socioambientales en sus políticas de crédito y de inversión, las instituciones financieras influyen sobre un expresivo número de empresas para que cumplan las exigencias legales relativas al medio ambiente, a la sociedad y a los aspectos laborales de sus empleados, incluso los subcontratados.

La capacidad de los bancos de influir en sus clientes para la regularidad legal y el atendimiento a las exigencias sociales y ambientales de sus actividades puede variar según el tipo de operación

financiera. Las operaciones de crédito se dividen entre operaciones de préstamos y de financiamiento, en ellas los recursos poseen un destino específico, como la adquisición de un bien o la construcción de un emprendimiento. Si la operación fuese para el financiamiento de un proyecto, además del análisis del cliente, se verifica la conformidad socioambiental del proyecto, por otro lado, para las operaciones cuyos recursos no tienen un destino específico, como capital de giro, el análisis es menos amplio y, generalmente, queda restringido a la verificación de la regularidad del cliente.

Además del tipo de operación, el valor del crédito y la naturaleza de la actividad financiada pueden influir en el alcance de la evaluación de riesgo. Algunos bancos hacen un análisis socioambiental específico de los clientes incluso para operaciones de capital de giro, siempre que supongan valores significativos y sean destinados a actividades de mayor impacto.

6 Regularidad socioambiental y el financiamiento de proyectos

En el financiamiento de los grandes proyectos, que generalmente traen una mayor exposición al riesgo socioambiental, los bancos, principalmente los firmantes de los Principios de Ecuador[5], adoptan medidas que extrapolan la verificación de la conformidad legal. Además de la exigencia de licencias, permisos y certificados para la comprobación de la regularidad social y ambiental, las instituciones financieras realizan la categorización del proyecto con relación a sus impactos y exposición al riesgo socioambiental.

Para los proyectos de mayor impacto y riesgo se solicita la contratación de una auditoría socioambiental independiente para verificar la conformidad y el seguimiento de los programas socioambientales elaborados, conforme los estudios previos (EIA/RIMA)[6], y aprobados por los órganos licenciadores. También se exigen manifestaciones de los órganos que tratan temas específicos, como la Fundación Nacional del Indio (FUNAI) y el Instituto del Patrimonio Histórico y Artístico Nacional (IPHAN), que deben manifestarse en la

[5] *Principios de Ecuador*: Referencial del sector financiero para la identificación, evaluación y gestión de riesgos socioambientales en proyectos.

[6] EIA/RIMA: Estudio de Impacto Ambiental e Informe de Impacto Ambiental.

licencia ambiental de emprendimientos que puedan alcanzar tierras y comunidades indígenas o bienes culturales.

Cabe resaltar que en el proceso de análisis y categorización del riesgo del proyecto de las instituciones financieras, sin perjuicio del resto de temas, algunos son más sensibles e influyen en el nivel de exposición al riesgo socioambiental: 1) hábitats críticos en el área de alcance del proyecto; 2) necesidad de reasentamiento de familias; 3) comunidades y tierras indígenas en las áreas, directa o indirectamente, afectadas; y 4) sitios relevantes de patrimonio cultural en el área del proyecto. También merecen atención las posibles alteraciones en la dinámica económica de las comunidades tradicionales y el flujo migratorio significativo de los trabajadores en los grandes proyectos.

Otras cuestiones sociales relevantes, que deben verificarse en el proceso de análisis de riesgo, se inician realizando a las comunidades afectadas una consulta previa, que debe ser amplia y transparente. Además de esto, es importante la apertura de un canal de comunicación permanente con las comunidades alcanzadas por el proyecto. En relación al trabajo y empleo, es importante verificar la legalidad en la contratación de trabajadores propios y subcontratados y la existencia de un Sistema de Salud y Seguridad en el Trabajo (SST) adecuado para eliminar o minimizar accidentes y agravios a la salud del trabajador. El alcance del análisis de todos los aspectos socioambientales debe ser coherente con el tipo y el porte del proyecto a ser financiado.

En los grandes proyectos de infraestructura, como las hidroeléctricas, carreteras, puertos y aeropuertos, los impactos tienden a ser todavía mayores y, por lo tanto, se debe hacer una gestión de los riesgos eficaz, atendiendo a los programas sociales y ambientales necesarios. Estos programas deben comprender la etapa anterior a las obras, el período de construcción, así como de operación del emprendimiento. En la etapa anterior a la implantación del proyecto se hace fundamental un programa de relación institucional con la participación efectiva de las partes involucradas, es decir, emprendedor, estado, municipio, órganos públicos y miembros de la sociedad civil. Esta interacción facilita la implantación de todo el proyecto, en especial las obras en el entorno de la región, que serán ejecutadas en las comunidades afectadas como parte de la compensación ambiental obligatoria: inversiones en saneamiento ambiental, pavimentación y construcción de hospitales y escuelas.

Los programas previos en caso de no ser efectivamente ejecutados pueden comprometer el cronograma de las obras y el inicio de operación

de la actividad. Esto puede afectar incluso al banco financiador, principalmente, si la operación de crédito está estructurada dentro de la modalidad *project finance*, cuya principal fuente de recursos para el pago de la deuda procede de los ingresos generadas por la operación del emprendimiento. Esta situación acarrea una mayor involucración del banco, ya que el éxito de la operación dependerá del *performance* del proyecto.

En la etapa de obras los impactos se hacen todavía más evidentes y el cronograma de implantación de los programas socioambientales más intensos. En este sentido, la intervención para el reasentamiento de familias, ciertamente, es uno de los puntos más sensibles y requiere acciones conjuntas del emprendedor, del poder público municipal y de los representantes de la sociedad civil organizada. Estas acciones deben seguirse en todas las fases: catastro de la población; facilitación de viviendas o recursos indemnizatorios; transferencia; y seguimiento tras la conclusión del proceso. El reasentamiento en obras próximas a los grandes centros urbanos, aunque envuelva a un número reducido de familias, puede ser más crítico que en las regiones lejanas. Esto sucede debido a la dificultad de acuerdo entre las partes y a la disponibilidad de inmuebles similares, que estén en situación regular y en local adecuado.

Tras el inicio de la operación, probablemente, todavía quedarán programas sociales y ambientales por finalizar y otros que continuarán durante el funcionamiento del emprendimiento. Según van finalizando las obras se inicia la desmovilización. Las áreas con intervenciones provisionales, como alojamientos, naves, oficinas, contenedores y carreteras, deberán ser recuperadas, y los trabajadores dispensados de sus actividades deberán recibir el apoyo del emprendedor para poder regresar a sus comunidades y, en otras situaciones, para prepararse y entrenarse y continuar trabajando en otras actividades.

Cabe destacar que, incluso en la fase de operación, los emprendimientos deben ser monitoreados, ya sea para atender las condicionantes de la licencia ambiental de operación (LO), incluso para que no sea suspendida, o para garantizar el cumplimento de los programas socioambientales definidos en el Proyecto Básico Ambiental (PBA)[7]. En una hidroeléctrica, por ejemplo, los programas

[7] PBA - Proyecto Básico Ambiental: Documento que forma parte del proceso de licencia ambiental y presenta el conjunto de programas socioambientales con las debidas medidas preventivas, mitigadoras y compensatorias con relación a los medios físico, biótico y socioeconómico.

de seguimiento de calidad del agua y flujo mínimo del depósito, el estoque y la diversidad de peces, la garantía de la actividad productiva para pescadores y ribereños es fundamental para la sostenibilidad del emprendimiento en su período de funcionamiento.

Otras actividades también requieren un monitoreo continuo en cuanto a aspectos socioambientales, como la minería y la industria. Estos tipos de emprendimientos tienen impactos que pueden causar daños significativos para la salud y la seguridad de las comunidades, debido al tráfico intenso de máquinas y vehículos, al riesgo de contaminación y colmatación de los cursos del agua, incluso por la contaminación atmosférica o sonora proveniente de estas actividades.

7 Reglamentación del riesgo socioambiental en las instituciones financieras

A lo bancos, así como a las demás empresas, no les gusta arcar con pérdidas en sus operaciones y uno de los principios básicos para el mantenimiento equilibrado de sus operaciones es una buena evaluación de los riesgos. El riesgo socioambiental puede acarrear un potencial considerable de pérdidas, siendo identificado como un componente de las diversas modalidades de riesgo a las que las instituciones financieras están expuestas. Se puede entonces evaluar la importancia de este tema, considerándose la preocupación cada vez mayor en el sistema financiero con este tipo de riesgo y las pérdidas que puede generar.

La gestión adecuada de los riesgos previene que las instituciones financieras apoyen actividades que no respetan la legislación o que colocan en riesgo la salud pública y el medio ambiente. Esto da más seguridad a sus operaciones, evitando sanciones jurídicas y regulatorias, pérdidas financieras, además de daños materiales y reputacionales causados por el incumplimiento de normas legales o de compromisos asumidos por la institución. El sistema financiero sigue las directrices establecidas en los acuerdos de Basileia, regulación internacional que especifica las exigencias de capital para que los bancos hagan frente a los riesgos. En particular Basileia III,[8] que determina que para las operaciones de largo plazo y los activos con menor liquidez se exija una mayor reserva de capital.

[8] Basileia III: Acuerdo firmado entre los bancos centrales de todo el mundo para hacer el sistema financiero más resiliente, perfeccionar las prácticas de gestión y gobernanza de riesgos y fortalecer la transparencia.

Los bancos que actúan en Brasil deben cumplir las directrices del Consejo Monetario Nacional (CMN) y del Banco Central (BCB), en sintonía con Basileia, efectuando la gestión de sus riesgos e identificando los índices de capital regulatorio requerido. Las estructuras de gestión de riesgos deben identificar, mensurar, evaluar, monitorear, reportar, controlar y mitigar los riesgos a los que están expuestas, incluso el socioambiental.

Según el estudio *Estágio Atual do Sistema Financeiro Nacional na Economia Verde*,[9] Brasil tiene liderazgo dentro los principales acuerdos internacionales de sostenibilidad para el sector financiero, como los Principios de Ecuador, los Principios para la Inversión Responsable (PRI) y, más recientemente, los Principios para la Sostenibilidad en Seguros. Aunque todavía exista camino por recorrer, no se trata de una tendencia reversible y el Banco Central ya evalúa que los riesgos socioambientales tienen un papel relevante en las operaciones financieras y, por tanto, deben ser adecuadamente monitoreados por los bancos.

Estas cuestiones socioambientales pasaron a tener más destaque a partir de la publicación de la Resolución del CMN nº 4.327[10], de abril de 2014. Esta norma dispone sobre las directrices de las Políticas de Responsabilidad Socioambiental (PRSA) de los bancos, dando destaque a la gobernanza y a la gestión de riesgo socioambiental. Hasta entonces, por regla general, apenas las grandes instituciones trataban estos temas en el ámbito de sus actividades, sin embrago, no había una estandarización. En este sentido la norma fue un marco, reforzando la necesidad de una gestión adecuada de los riesgos socioambientales, considerando su relevancia, es decir, el grado de exposición con relación a las actividades del banco.

8 Acuerdos voluntarios y autorregulación bancaria

Uno de los primeros movimientos relacionados con la responsabilidad social y ambiental, fue la firma del Protocolo Verde[11],

[9] *Estudo sobre sistema financeiro e a economia verde* – GVces / FGV-EAESP

[10] Resolución CMN nº 4.327/14: http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2014/pdf/res_4327_v1_O.pdf

[11] Protocolo Verde: Los bancos signatarios del protocolo se comprometen a financiar el desarrollo con sostenibilidad, mediante líneas de crédito y programas que promuevan la calidad de vida de la población y la protección ambiental.

firmado en 1995 entre los bancos públicos y el Ministerio de Medio Ambiente (MMA). En el protocolo, los bancos se comprometen a emprender políticas y prácticas efectivas en términos de responsabilidad socioambiental. En 2008 Se firmó un nuevo compromiso entre las partes, fortaleciendo los principios establecidos y trayendo directrices más específicas para ser observadas. En el año siguiente, la Federación Brasileña de los Bancos (FEBRABAN) firmó un documento similar con el MMA, con la participación de los bancos privados.

Otros acuerdos voluntarios, y relevantes, en el proceso de internalización de las cuestiones socioambientales en las actividades de los bancos son los Principios para la Inversión Responsable (PRI)[12] y los Principios de Ecuador[13]. Los PRI tienen un abordaje que busca incorporar factores ambientales, sociales y de gobernanza en decisiones de inversión, para gestionar mejor los riesgos y generar rendimientos sostenibles a largo plazo. Los Principios de Ecuador son un conjunto de directrices, para la concesión de financiamientos a proyectos que pueden traer impactos negativos sobre la población y el medio ambiente.

Actualmente 91 instituciones financieras de todo el mundo, incluso los mayores bancos que actúan en Brasil, son signatarias de este que es el más importante instrumento de gestión de riesgo socioambiental en el financiamiento de proyectos, en especial, los estructurados en la modalidad *project finance*, que exigen una mayor participación de la institución financiadora. En este tipo de financiamiento es común que haya participación de más de un banco, formando un consorcio, que dividirá entre sus miembros los recursos que serán aplicados, así como los riesgos que serán asumidos.

Para la aplicación de los Principios de Ecuador las instituciones financieras utilizan las Normas de Desempeño de IFC[14], que son parámetros reconocidos internacionalmente como las mejores prácticas socioambientales y que deben ser aplicados para evitar, reducir o compensar los impactos adversos causados por la actividad financiada. Abordan temas que deben ser verificados en el análisis y monitoreo del

[12] PRI: Iniciativa de inversores en asociación con el Programa de las Naciones Unidas para el medio ambiente (UNEP FI) y el Pacto Global de la ONU https://www.unpri.org/about

[13] Principios de Ecuador: http://www.equator-principles.com/

[14] Normas de Desempeño IFC: son ocho normas de desempeño en sostenibilidad aplicadas https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/dfa5bc804d0829b899f3ddf81ee631cc/PS_Portuguese_2012_Full-Document.pdf?MOD=AJPERES

proyecto: sistema de gestión ambiental y social; condiciones de trabajo y empleo; eficiencia de recursos y control de contaminación; salud y seguridad de la comunidad; adquisición de tierras y reasentamiento involuntario; conservación de la biodiversidad; pueblos indígenas; y patrimonio cultural.

Además de las leyes, los reglamentos y los acuerdos voluntarios que se deben cumplidos, las instituciones financieras tienen que observar las normativas establecidas por la FEBRABAN en el ámbito del Sistema de Autorregulación Bancaria (SARB)[15]. La propuesta del Sistema es firmar el compromiso de los bancos con sus consumidores reconociendo que es posible ir más allá de la determinación legal. La SARB014[16] formalizó directrices para las prácticas socioambientales de los bancos en sus negocios y en la relación con las partes interesadas.

9 Consideraciones finales

El riesgo socioambiental aún no es considerado tan expresivo en el ámbito de una gestión integrada, si lo comparamos con los demás tipos de riesgo; no obstante, presenta situaciones en las que los impactos relacionados, si se producen, pueden causar perjuicios financieros y reputacionales con daños irreparables. Los temas que envuelven las cuestiones sociales y ambientales están cada vez más presentes y ganando importancia en la sociedad y en las corporaciones.

Uno de los puntos fundamentales para una mayor eficiencia en los procedimientos de gestión de riesgo socioambiental sería la valorización y mejora estructural de los órganos oficiales responsables de la emisión de licencias, permisos y certificados. Con esto, ciertamente se induciría al sector productivo hacia una evolución en las prácticas relacionadas con la responsabilidad socioambiental de sus actividades. Los órganos ambientales, por ejemplo, muchas veces no poseen ni la estructura física ni la capacidad técnica adecuadas para efectuar la licencia ambiental. Esta situación impacta directamente sobre la celeridad y la calificación técnica de los procesos de licenciamiento, ya sea en el análisis de los estudios ambientales previos (EIA/RIMA) o en la definición de los condicionantes de las licencias expedidas.

[15] SARB: Sistema de Autorregulación Bancaria *Cartilha Sistema de Autorregulação Bancária*
[16] SARB014/2014: *Texto da SARB014*

Una situación todavía más crítica se observa en la verificación de la regularidad de personas físicas y jurídicas en cuanto al atendimiento de las cuestiones sociales obligatorias. A diferencia de las cuestiones ambientales donde sí hay una mayor disponibilidad para consulta, los aspectos sociales y laborales aún carecen de instrumentos efectivos que permitan verificar la conformidad social de un emprendedor o actividad. En este sentido, es fundamental que se faciliten instrumentos de consulta, mediante certificados o listas oficiales, positivas o negativas, que atesten que determinada persona, física o jurídica, cumple las directrices básicas de respeto a los derechos humanos y a las leyes laborales vigentes.

El perfeccionamiento de esos instrumentos de consulta sobre la regularidad social y ambiental, incluso no garantizando el pleno atendimiento de los requisitos esperados en una economía realmente sostenible, contribuirá positivamente a un cambio de actitud en la relación de los emprendedores e inversores con la población y el medio ambiente. La facilitación de informaciones fidedignas a través de canales de consulta más ágiles podrá inducir a las instituciones financieras a adoptar una selección más criteriosa y célere en sus operaciones de crédito, teniendo en consideración la conformidad y las prácticas socioambientales de sus clientes y de los proyectos a ser apoyados.

Esta situación puede contribuir a la mejora del proceso de evaluación de riesgo y a la inclusión del riesgo socioambiental en el *rating*[17] de los clientes y de las operaciones, pudiendo reducir costes y disminuir el plazo en el proceso de concesión de crédito. Al influir directamente sobre la nota de riesgo de las operaciones de crédito, las cuestiones sociales y ambientales, probablemente, tendrán una mayor relevancia en todo el sector productivo, promoviendo la implementación de las buenas prácticas de responsabilidad socioambiental.

Los bancos, recientemente iniciaron un proceso para la realización del registro de datos referentes a las pérdidas en función de daños socioambientales. De esta manera, además de atender a la Resolución CMN 4.327/14, sobre responsabilidad socioambiental, y a las normas relativas a la adecuación de capital, podrán mejorar sus procedimientos para la gestión de riesgos, fundamental en el sistema bancario. Este registro permitirá que se cree un historial sobre los aspectos socioambientales que acarrean una mayor exposición al riesgo

[17] Rating: clasificación de riesgo; nota de riesgo.

y la dimensión de esas pérdidas, reflejándose en los procedimientos para la evaluación de clientes y proyectos.

Para terminar, es importante resaltar que incluso habiendo ya una fuerte regulación en el sector financiero y la adopción de prácticas voluntarias que fortalecen la responsabilidad socioambiental, todavía hay un largo camino que tanto bancos como sector productivo tienen que recorrer para alcanzar una economía sostenible en la que todos los requisitos sean considerados: económico-financiero, social y ambiental. Este es un camino sin retorno, pero el ritmo de este cambio puede verse influenciado por la evolución de las exigencias legales, la actuación del propio sector productivo y la exigencia efectiva de la sociedad civil y de los órganos defensores de los intereses sociales.

Referencias

BELTRÃO, João & Advogados. Direito Ambiental - Responsabilidade Civil Objetiva por Dano Ambiental Privado. Disponible en: https://jlbeltrao.jusbrasil.com.br/noticias/136258520/teoria-do-risco-integral-no-direito-ambiental-privado Fecha de acceso el 09 de octubre de 2017

BRASIL. Resolução do Consejo Monetário Nacional nº 4.327/2014. Disponible en http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2014/pdf/res_4327_v1_O.pdf. Fecha de acceso el 11 de octubre de 2017

ECON-IT2. A Origem da Análise de Risco. Disponible en: http://www.econ-it2.eu/pt/training/4-risk-management/4-1-the-essence-of-risk/4-1-1-the-origin-of-risk-analysis/. Fecha de acceso el 16 de octubre de 2017

EQUATOR PRINCIPLES. Os Princípios do Equador Disponible en: http://www.equator-principles.com/resources/equator_principles_portuguese_2013.pdf. Fecha de acceso el 27 de octubre de 2017

ERNST & YOUNG. Tomorrow`s Investment Rules 2.0. Disponible en: http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/investor_survey/$FILE/CCaSS_Institutional_InvestorSurvey2015.pdf Fecha de acceso el 27 de octubre de 2017

FEBRABAN. Autorregulação Bancária. Disponible en: http://cms.autorregulacaobancaria.com.br/Arquivos/documentos/PDF/FEB_Cartilha_a5_Editado_Novo(1).pdf. Fecha de acceso el 31 octubre de 2017

FEBRABAN. Normativo SARB 014/2014. Disponible en: http://cms.autorregulacaobancaria.com.br/Arquivos/documentos/PDF/Normativo%20014%20SITE.pdf. Fecha de acceso el 31 de octubre de 2017

FGV-EAESP / GVces. O Sistema Financeiro Nacional e a Economia Verde. Disponible en: https://cmsportal.febraban.org.br/Arquivos/documentos/PDF/O%20Sistema%20Financeiro%20Nacional_Alinhamento%20ao%20Desenvolvimento%20Sustentavel_2014.pdf Fecha de acceso el 30 de octubre de 2017

INSTITUTO ETHOS de Empresas e Responsabilidade Social. Indicadores Ethos para Negócios Sustentáveis e Responsáveis. Disponible en: https://www3.ethos.org.br/conteudo/indicadores/#.Wgjf_FtSyM-. Fecha de acceso el 23 de octubre de 2017

INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION - IFC. Disponible en: https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/dfa5bc804d0829b899f3ddf81ee631cc/PS_Portuguese_2012_Full-Document.pdf?MOD=AJPERES. Fecha de acceso el 25 de octubre de 2017

PRINCIPLES FOR RESPONSIBLE INVESTMENT - PRI. Disponible en: https://www.unpri.org/ Fecha de acceso el 26 de octubre de 2017

NORMA ISO 31.000. Disponible en: https://gestravp.files.wordpress.com/2013/06/iso31000-gestc3a3o-de-riscos.pdf. Fecha de acceso el 14 de noviembre de 2017

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BENEVIDES, Jean Rodrigues; JACINTO, José Maximiano de Mello. ¿Qué es riesgo socioambiental? In: GOMES, Rafael de Araújo et al. (Coord.). *La responsabilidad social de las instituciones financieras y la garantía de los derechos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 79-95. ISBN 978-85-450-0611-4.

RESPONSABILIDAD SOCIOAMBIENTAL Y DEBERES ANEXOS DE LOS BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS CON BASE EN LA FUNCIÓN SOCIAL DEL CONTRATO, BUENA FE OBJETIVA Y TEORÍA DE LAS REDES CONTRACTUALES

AFONSO DE PAULA PINHEIRO ROCHA

LUDIANA CARLA BRAGA FAÇANHA ROCHA

1 Introducción

El objetivo de este artículo es más modesto dentro de esta obra tan relevante. No anhela la concientización de la relevancia e importancia de los demás artículos que van al núcleo de los grandes problemas ante cuestiones macroeconómicas en la construcción de una agenda para el trabajo decente, sino algo más simple: perquirir fundamentos de sustentación jurídica para discusiones más elaboradas sobre el papel que tienen los bancos y agentes financiadores, si es que existe, dentro de la agenda del trabajo decente.

De esta forma, el texto será más técnico y menos envolvente, pero, por otro lado, se espera que pueda servir de sustentáculo para los demás.

Inicialmente, se presenta el delineamiento de la conjetura central. Función social del contrato, buena fe objetiva y redes contractuales interactúan para construir una matriz que permite derivar deberes anexos y obligaciones no escritas para los diversos agentes económicos

que se estructuran en el proceso productivo. Se cree demostrar, aunque implícitamente, que el ordenamiento jurídico brasileño ya reconoce esta interacción en varios episodios concretos, y que la toma de conciencia de este fenómeno jurídico es importante para delinear adecuadamente el manejo y los límites de utilización.

Después, se aborda, específicamente, la posición de los bancos y agentes financiadores, tanto en la teoría como en el práctica del derecho brasileño, fijando directrices para la imputación de deberes anexos y marcas para la responsabilización posible, por ilícitos laborales.

Para finalizar, el artículo presenta sus conclusiones y propuesta procedimental sobre cómo entender los agentes financiadores dentro de la actuación del Ministerio Público del Trabajo y de los demás órganos estatales y sociales, así como el grado de influencia legítimo que se espera con la acción de los entes privados.

2 Delineando la conjetura central: «la función social del contrato en perspectiva dinámica»

La pregunta central que este artículo pretende abordar podría enunciarse inicialmente de la siguiente forma: ¿Es posible exigir jurídicamente comportamientos de los bancos y agentes financiadores, además de los expresamente exigidos por las leyes y los contratos contraídos por tales entidades de forma voluntaria?

Obsérvese que, en mayor o menor grado, es posible inducir comportamientos en los agentes financiadores, ya sea a través de la percepción del mercado consumidor, ya sea a través de los incentivos indirectos de la política macroeconómica. Pero no solo la percepción del mercado consumidor, puede provocar cambios, también instituciones como el Judicial y el Ministerio Público a través de su actuación son capaces de inducir mudanzas en las culturas corporativas y en los comportamientos de los agentes económicos. Prueba patente de esto es lo que se puede llamar como «carrera al *compliance*», especialmente, delante de las grandes tramas de corrupción expuestas por las múltiples operaciones del Ministerio Público y la Policía Federal durante los últimos años. Bancos e instituciones financieras no se mantienen inmunes a esta tendencia.

Normas sociales, estándares de procedimientos desarrollados por competidores, muchos son los factores que pueden direccionar comportamientos corporativos, pero en todos estos ejemplos existe la

falta de coercibilidad. Esta que proviene ordinariamente de la ley o de la autonomía privada de la voluntad. Para que sea exigible jurídicamente determinado modo de conducta es necesario que existan dos factores: fundamentación jurídica adecuada y aceptación de las cortes judiciales para la adjudicación de pretensiones formuladas.

Así pues, la pregunta inicial puede ser reformulada: ¿Es posible encontrar fundamentación jurídica para la imposición de obligaciones no previstas expresamente en la ley?

De esta forma, la pregunta evoca una respuesta positiva casi de manera inmediata. En efecto, no es nada original la percepción de que las cláusulas abiertas son expedientes legislativos que permiten normas jurídicas capaces de incorporar un principio ético orientador del juez en la solución del caso concreto. Son mecanismos que admiten la incorporación de contenidos obligacionales no especificados previamente que contienen la misma coercibilidad de comandos comportamentales legislativamente expresos.

Hay que señalar que no se está discutiendo si tales cláusulas son adecuadas o no. Para el raciocinio que se está construyendo, basta que sean percibidas como un hecho efectivo concreto del derecho patrio.

En este contexto, posiblemente la cláusula abierta más célebre en el ámbito del derecho civil es exactamente la buena fe objetiva en los contratos. Funciona como un eslabón ontológico entre la autonomía privada y los deberes legales expresos. Aunque la norma legislativa referencie «buena fe» sin adjetivación subsecuente, la doctrina divide entre aspecto subjetivo y objetivo, siendo este último el enfoque del texto. Según Judith Martins-Costa:

> Ya por 'buena fe objetiva' se entiende —según la connotación que advino de la interpretación conferida al § 242 del Código Civil Alemán, de gran fuerza expansionista en otros ordenamientos, así como aquella que le es atribuida en los países de *common law*— un modelo de conducta social, arquetipo o estándar jurídico, según el cual 'cada persona debe ajustar la propia conducta a este arquetipo, obrando como obraría un hombre recto: con honestidad, lealtad y rectitud'. Por este modelo objetivo de conducta se tienen en consideración los factores concretos del caso, tales como el estatus personal y cultural de los involucrados, no admitiéndose una aplicación mecánica del estándar, del tipo meramente subsuntivo. (COSTA, 1999, p. 411)

La buena fe objetiva posee una función monogenética de creación de deberes jurídicos. Impone deberes que no derivan directamente

de una ley expresa o de términos pactados en el contrato subyacente, sino de una complementación doctrinario-jurisprudencial de lo que se entiende en las cortes como un comportamiento contractual de cuidado y rectitud. Sintéticamente, para Antônio Lago Júnior:

> Por tanto, en la fase actual del derecho se comprende que toda relación jurídica obligacional contiene, además de los deberes principales de prestación, resultados del ejercicio de la autonomía de la voluntad de sus sujetos, otros deberes, referencias instrumentales y «no voluntaristas», procedentes automáticamente del principio de la buena fe objetiva —es decir, independientemente de expresa previsión legal o contractual—. (LAGO JÚNIOR, 2013, p. 230/231)

Particularmente sobre la realidad laboral, en más de una oportunidad, el Tribunal Superior del Trabajo confirmó sentencias que identificaron la ausencia de provisión de equipamientos de protección individual adecuados[1]; el entrenamiento deficiente para la utilización del equipamiento de seguridad[2]; y la ausencia de observancia general de normas de salud y seguridad[3], como violaciones de deberes anexos al contrato de trabajo.

Umbilicalmente unido a la buena fe, tenemos el principio también positivado de la función social del contrato. Expresamente previsto en el art. 421 del Código Civil, apunta hacia la realidad de que el Derecho debe considerar los efectos de relación contractual para la colectividad, teniendo en cuenta el gravamen de impuestos para la sociedad e induciendo a las partes contratantes a internalizar dicho gravamen social en su pauta de conducta. La libertad de contratar será ejercida: 1) en razón de; y 2) dentro los límites de la función social. En la lección de Judith Martins Costa:

> La expresión «en razón de» indica, concomitantemente: a) que la función social del contrato integra, constitutivamente, el modo de ejercicio del derecho subjetivo (libertad contractual) y b) que es su fundamento,

---

1 TST - AIRR 2350-31.2013.5.23.0101 - 3ª T. - Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado - DJe 31.03.2015.

2 TST - AIRR 0002980-49.2011.5.12.0009 - Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado - DJe 18.09.2015 - p. 1477.

3 TST - RR 0000198-91.2012.5.05.0021 - Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado - DJe 13.03.2015 - p. 2704; TST - RR 771-10.2013.5.04.0511 - 3ª T. - Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado - DJe 18.12.2015.

> reconociendo así que toda y cualquier relación contractual posee, en grados distintos, dos dimensiones diferentes: una, intersubjetiva, relacionando las partes entre sí; otra, transubjetiva, relacionando las partes con terceros determinados o indeterminados. Así, la función social no opera apenas como un límite externo, sino también como un elemento integrativo del campo de función de la autonomía privada en el dominio de la libertad contractual. (COSTA, 2005, p. 50)

De esta forma, es posible jurídicamente considerar los efectos extra partes de los contratos privados. No por otro motivo es posible derivar responsabilidad civil por la intervención y efectos en contratos ajenos, como definió el Superior Tribunal de Justicia en el Recurso Especial Nº 1.316.149 – SP, fijando la tesis del «tercer ofensor» contractual.

Es un hecho que la función social del contrato permite inserir en los cuestionamientos jurídicos la relevancia y efectos de contratos ante otros externos a la relación contractual y al principio de la relatividad de los contratos. La buena fe objetiva, a su vez, permite identificar deberes anexos para las partes contratantes.

Sumados los efectos de estas dos reglas, no es del todo inviable que sea posible pensar jurídicamente en la identificación de deberes anexos de las partes contratantes (buena fe objetiva) no solo entre sí, sino también ante terceros afectados por la relación contractual privada (función social del contrato).

De tal modo, considerando la estructura de raciocinio hasta ahora lógica, surge otro cuestionamiento relevante: «si es posible la existencia de deberes anexos de las partes contratantes ante terceros afectados por el contrato privado, ¿hasta qué punto deben considerarse los efectos ante terceros? O mejor dicho, ¿cómo identificar a los terceros relevantes para esta percepción integrativa de la buena fe objetiva y de la función social del contrato?».

Es en este punto donde se pone de relevancia la tercera parte del trípode de la propuesta de este estudio. Se trata de la percepción del fenómeno de los contratos conexos y redes contractuales. Los terceros relevantes son aquellos que integran la red de contratos, permitindo la existencia de la propia actividad en la cual se desarrolla el contrato.

La complejidad de las relaciones sociales, de las cadenas productivas y del trabajo demuestra la existencia de una estrecha correlación entre diversos tipos contractuales que se acumulan para la consecución de los diversos fines sociales:

> Los contratos conexos son, por tanto, fruto de la hipercomplejidad de las relaciones sociales y económicas de la actualidad, así como de la creciente especialización de las actividades y división del trabajo. Operaciones económicas que antiguamente podían concretarse en un único contrato, fuese típico o atípico, ahora, en virtud de su mayor complejidad y de la participación de un mayor número de partes, exigen la celebración de diversos contratos interrelacionados. (ENEI, 2003, p. 113)

Es importante que los contratos conexos no se confundan con contratos atípicos o mixtos, pero, en realidad, en la coalición las figuras contractuales se unirán en torno a una relación de negociación propia, sin perder su autonomía, puesto que se rigen por las normas alusivas a su tipo. (HIRONAKA, 2005)

Múltiples contratos conexos e interrelacionados, a su vez, pueden constituir una red contractual. La red contractual se extiende como una reunión de contratos direccionados hacia una determinada finalidad económica y con un nexo sistemático de interacción entre estos diversos contratos que acaba por atraer la actuación de diversos agentes económicos para la consecución de una determinada operación económica o emprendimiento (LEONARDO, 2003, p.132-133). En la misma línea, conforme Ricardo Lorenzetti:

> La teoría jurídica que permite explicar y establecer reglas para solucionar los conflictos que provienen de las redes no puede dejar de considerar la novedad que estas presentan. El enfoque no puede basarse en el contrato, sino en la integración de un grupo de ellos que actúan de forma relacionada, de modo que el contrato es un instrumento para la realización de negocios. Este enfoque permite establecer que exista una finalidad de negociación supracontractual que justifique el nacimiento y el funcionamiento de una red. El grupo que surge de esta manera no es solamente una unión convencional de contratos, que se puede analizar mediante el examen de los vínculos individuales, ya que requiere una comprensión del sistema y por él una teoría sistémica. (LORENZETTI, 1998, p. 197)

Después, nos encontramos en el ámbito jurídico la figura de contratos que se relacionan generando impactos concretos para la derivación de determinaciones judiciales. La litigiosidad difusa consumerista ya posee precedentes en este sentido[4].

[4] Siguen notas ejemplificativas de posicionamientos jurisprudenciales: REDES CONTRACTUALES - RESPONSABILIDAD CIVIL - REGISTRO EN BANCOS DE DATOS

Proyectando esa misma lógica para la red contractual, es posible derivar algunas obligaciones de los integrantes, especialmente: a) conducta volcada en el mantenimiento del sistema; b) observancia de la reciprocidad de las diversas obligaciones dentro del sistema; y c) deber de protección de las diversas relaciones internas mediante un compromiso de lealtad y transparencia (TORRES, 2007, p. 88). Estos deberes accesorios o laterales, si se toman con la dinámica de la propia red, pueden llevar a la constitución de efectos paracontractuales y consecuencias jurídicas autónomas ultrapasados los contratos singulares (LEONARDO, 2006, p.440).

De este modo, llegamos al centro de la conjetura de este estudio: dentro de las redes contractuales los principios de la función social del contrato y de la buena fe objetiva interactúan para determinar un conjunto de deberes anexos de los diversos integrantes de la red, los unos para los otros y para la red como un todo, incluso no estando vinculados por relaciones contractuales directas.

Se opta por llamar a esta interacción de las premisas de la conjetura —buena fe objetiva; función social del contrato y redes contractuales— como «función social del contrato en perspectiva dinámica». Si la función social del contrato incide en contratos atomizados, la perspectiva aquí delineada sería la de los efectos de esa función social para la dinámica de los contratos integrados en redes contractuales.

Dentro de una perspectiva laboral, en cualquier área económica donde se utilice trabajo humano, habrá un conjunto de contratos que integrarán una red contractual que permita el emprendimiento de determinado sector económico: los contratos de trabajo. Salvo en los

---

- DAÑO MORAL *IN RE IPSA* - ARBITRAJE - TEMPERANCIA - JUICIO *EXTRA PETITA* - PEDIDO IMPLÍCITO – COSTAS JUDICIALES RECÍPROCAS - 1- Se denomina red contractual a la coordinación de contratos, diferenciados estructuralmente, pero interconectados por un articulado y estable nexo económico, funcional y sistemático, habiendo responsabilidad por parte de todos los integrantes de la red. (TJMA - AC 38.985/2010 - (101952/2011) - Rel. Des. Paulo Sérgio Velten Pereira - DJe 23.05.2011 - p. 177); DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHO DEL CONSUMIDOR - APELACIÓN CIVIL EN ACCIÓN DE OBLIGACIÓN DE HACER C/C INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS MORALES - CONTRATO DE SEGURO MÉDICO - SISTEMA UNIMED - APLICACIÓN DE LAS TEORÍAS DE LA APARIENCIA Y DE LAS REDES CONTRACTUALES – BUENA FE DEL ADHERENTE - SOLIDARIDAD ENTRE LAS COOPERATIVAS DE SALUD - INTELIGENCIA DEL ART. 25, § 1º, DEL CDC - DAÑOS MORALES - CONFIGURACIÓN - POSIBILIDAD DE INDEMNIZACIÓN - INTELIGENCIA DEL ART. 5º, X, DE LA CF/88 Y DEL ART. 6º, VI, DEL CDC - APELACIÓN CONOCIDA Y PARCIALMENTE PROVISTA - SENTENCIA ALTERADA EN PARTE (TJCE - AP 0033681-80.2012.8.06.0071 - RELª MARIA VILAUBA FAUSTO LOPES - DJE 17.07.2015 - P. 46).

emprendimientos libres de labor humana, en los márgenes de todo el «enmarañado» de contratos en interacción, existirán contratos de trabajo.

Por corolario lógico, llegamos a la pregunta: ¿qué contenidos y deberes pueden derivar de la función social en perspectiva dinámica dentro de la red contractual, particularmente para los trabajadores de las diversas entidades que interactúan en red? Se necesita rigor para tal respuesta, especialmente para que esta función social del contrato en perspectiva dinámica no funcione como un *locus* retórico apto para facilitar cualquier contenido e imposición arbitraria de conductas.

Tal vez un lugar donde se pueda buscar refuerzo para la concepción de que existen deberes anexos ante la cadena contractual sea en la propia teoría de la administración. En las últimas décadas, es posible identificar un avance en las teorías de gestión según las cuales la maximización de lucros no debería ser el único objetivo de las organizaciones, puesto que al final muchas de las externalidades generadas no son de fácil calificación monetaria, por ejemplo: degradación ambiental, daños a los consumidores y a los propios trabajadores (FREEMAN; REED, 1983). La noción de *stakeholders* denota que las instituciones y corporaciones deben considerar y pautar su comportamiento considerando los intereses legítimos de aquellos con quienes interactúan, bajo pena de no tener una actuación sostenible.

Los trabajadores son innegables *stakeholders*, así como eslabones contractuales esenciales para la realización de cualquier emprendimiento con labor humana. Por consiguiente, se insieren obligatoriamente en la red contractual. Pero al estar en lo que puede llamarse como las capas más externas de la red contractual se encuentran en una posición de mayor vulnerabilidad, pues debido a su multiplicidad la relevancia e influencia que tienen en la red de un contrato de trabajo individual es muy pequeña. Por otro lado, están los demás integrantes, como empresa y agente financiador ejerciendo posibles comportamientos oportunistas dentro de la red, externalizando costes y provocando daños a los trabajadores —beneficio concentrado, pérdidas para los trabajadores y costes muchas veces prohibitivos de organización de los mismos para contrarrestar esa postura—.

3 Bancos en las redes contractuales y trabajo decente

Es importante partir de la noción según la cual la incorporación de indicadores sociales y ambientales en la orientación de los planes

de negocio del sector bancario tiene un gran potencial para influenciar cambios en la sociedad (BARAKAT, 2013). En efecto los agentes financiadores tienen un efectivo poder de veto ante las actividades que dependen de los recursos por ellos titularizados.

Por lo tanto, una cuestión importante es si los agentes financiadores, especialmente los bancos, están integrados en la red contractual o no. Dependiendo de la respuesta y si el raciocinio del asunto anterior será válido, será posible pensar en el conjunto de deberes anexos del agente financiador ante consumidores, comunidades y trabajadores.

La praxis y la evidencia empírica parecen indicar que los bancos efectivamente se insieren en las redes contractuales, especialmente ante los múltiples mecanismos y métricas que adoptan para seguir y monitorear el retorno de sus inversiones.

Además de esto, es difícil identificar a algún agente financiador que no tenga alguna forma de enunciación de cualquier política de responsabilidad socioambiental. Esta aceptación debe tomarse con más énfasis que una mera acción de marketing, en el caso de que estas entidades quieran transmitir integridad a sus consumidores.

En noviembre de 2010, se publicó la Norma Internacional ISO 26000 —Directrices sobre Responsabilidad Social, cuyo lanzamiento tuvo lugar en Ginebra—. Se trata de un documento que puede arrojar luz sobre lo que se espera de las organizaciones que se ratifican en la incorporación de consideraciones socioambientales en sus procesos decisorios y en la responsabilización de los impactos de sus acciones y emprendimientos en el medio ambiente y en la sociedad. Esta norma evidencia que la adopción de una política de responsabilidad socioambiental es efectivamente reconocerse como integrante de una red contractual y que esa inserción demanda una postura de atención y cuidado con los integrantes de esa red.

La noción de que las instituciones financieras forman parte de las redes contractuales es reforzada por la Resolución del Banco Central nº 4.327/2014, que dispone sobre las directrices que dichas instituciones deben observar en el establecimiento e implementación de la Política de Responsabilidad Socioambiental. Tal normativa demuestra la necesidad de planificación y coloca como principios la relevancia y la proporcionalidad, el primero exactamente el grado de exposición al riesgo socioambiental de las actividades y de las operaciones de la institución.

Por consiguiente, la principal conclusión de este estudio no es fijar la extensión y contenido de los deberes anexos de los bancos e instituciones financieras ante sus trabajadores, sino ratificar que efectivamente existen deberes anexos ante los trabajadores de las empresas y emprendimientos que dependen de los recursos concedidos.

La conjugación de esos tres pilares —buena fe objetiva; función social del contrato y redes contractuales— permite una construcción jurídica sólida suficiente para autorizar pretensiones obligacionales específicas ante los bancos e instituciones financieras, sobre todo en lo que a deberes de cuidado y protección de la propia red se refiere. Existe innegablemente un conjunto obligacional ante los trabajadores.

De la misma forma que la fijación de los deberes anexos en una relación contractual específica depende del fundamento del negocio jurídico y del comportamiento de las partes, la fijación del contenido obligacional y responsabilidad ante la cadena productiva dependerá del grado de inserción del agente financiador, su postura, su control y su efectiva posición y capacidad de prevenir daños a los integrantes de la red contractual.

Las múltiples y significativas discusiones objeto de los demás capítulos de la presente obra son esenciales para discutir sobre las obligaciones y comportamientos que pueden llevar a las instituciones financieras efectivamente a generar en los demás integrantes de la red contractual comportamientos que permitan la efectivización del trabajo decente. Tales entidades no pueden ser partícipes, de forma oportunista, en la externalización de costes y daños ante integrantes de la red contractual que tienen un potencial de influencia reducido, como es el caso de los trabajadores.

4 Conclusión

La principal conclusión de este estudio sería la identificación de lo que se acordó llamar como función social del contrato en perspectiva dinámica, que procede de la interacción de las concepciones de buena fe objetiva, función social del contrato y redes contractuales. La importancia fundamental de esa concepción es concluir que existe fundamentación jurídica sólida para exigir judicialmente comportamientos positivos a los integrantes de las redes contractuales ante otros miembros de la misma red, aunque no estén conectados directamente por contratos bilaterales.

Particularmente, sobre bancos e instituciones financieras, es posible concluir que los mismos se insieren efectivamente en la red contractual de las empresas y los emprendimientos que financian. Por corolario lógico, también es posible responsabilizar y exigir judicialmente comportamientos positivos de esas entidades ante los integrantes más externos de estas redes contractuales, los trabajadores.

El contenido de esas obligaciones no es el foco de este estudio, pero sí de los demás capítulos que componen esta obra. Lo que puede afirmarse es que cuanto mayor sea la inserción del agente financiador, mayor será su responsabilidad en cuanto al aumento de influencia en el comportamiento de la red como un todo. La función social del contrato en perspectiva dinámica puede ser un mecanismo a través del cual muchas directrices y políticas de responsabilidad socioambiental dejen de ser meras acciones de marketing y promesas inconsecuentes.

Referencias

BARAKAT, Simone Ruchdi. *Alinhamento entre responsabilidade social corporativa e estratégica: estudo do caso Itaú Unibanco*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Economia, Administração e Ciências Contábeis da Universidade de São Paulo – USP. 2013.

COSTA, Judith Martins. *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FREEMAN, R. E.; REED, D. L., *Stockholders and Stakeholders: a new perspective on Corporate Governance*. California Management Review, v. 25, n. 3, p. 88-106, 1983.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LAGO JÚNIOR, Antônio. *A Responsabilidade Civil à luz da Boa-fé Objetiva: uma análise a partir dos deveres de proteção*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador. 2013.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *A súmula n. 308 e a adoção da teoria das redes contratuais pelo Superior Tribunal de Justiça*. In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad (org.). Direito dos contratos. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 435–450.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998.

TORRES, Andreza Cristina Baggio. *Teoria Contratual Pós-Moderna. As redes contratuais na sociedade de consumo.* Curitiba: Juruá, 2007.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro; ROCHA, Ludiana Carla Braga Façanha. Responsabilidad socioambiental y deberes anexos de los bancos e instituciones financieras con base en la función social del contrato, buena fe objetiva y teoría de las redes contractuales. In: GOMES, Rafael de Araújo et al. (Coord.). *La responsabilidad social de las instituciones financieras y la garantía de los derechos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 97-108. ISBN 978-85-450-0611-4.

RESPONSABILIDAD DE LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS POR VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS: UN DIÁLOGO ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO BRASILEIRO[1]

CAIO BORGES

JOANA NABUCO

1 Introducción

La responsabilidad civil de las instituciones financieras por daños ambientales causados por los tomadores de préstamos y financiamientos ha sido objeto de gran atención por parte de la comunidad jurídica y del propio sector financiero. A pesar de las diferentes posturas sobre el asunto, hay un reconocimiento amplio y compartido de que el sistema financiero desempeña un papel fundamental en la promoción de prácticas sostenibles dentro de la economía[2]. En ese sentido, la

[1] Los autores agradecen el apoyo de Conectas Direitos Humanos para la realización de este artículo y la valiosa e inestimable contribución de Julia Cruz en la elaboración de la sección sobre los caminos para una mayor integración de los derechos humanos en el sistema financiero nacional. La responsabilidad de los errores y omisiones recae por completo en los autores.

[2] En este sentido, véanse: 1) la Normativa SARB nº 14/2014 de la Federación Brasileña de Bancos (FEBRABAN), que dicta directrices para la elaboración de Políticas de Responsabilidad Socioambiental de las instituciones financieras; 2) la Iniciativa Financiera del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente; 3) el informe A/HRC/29/28 del Grupo de Trabajo de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/085/68/PDF/G1508568.pdf?OpenElement>.

responsabilidad socioambiental de las instituciones financieras en Brasil es un tema cuya disciplina jurídica se ha dado tanto a través de iniciativas de regulación estatal y autorregulación privada como mediante la provocación del poder judicial, para que este decida sobre el tipo de responsabilidad —objetiva o subjetiva— aplicable a los financiadores de proyectos que degradan el medio ambiente.

No obstante, en el debate de la responsabilidad socioambiental de las instituciones financieras en Brasil existe un vacío en lo que respecta a la responsabilidad de los financiadores en los casos de violación de derechos humanos cometidas por sus clientes. Especialmente en el contexto de actividades económicas de alto impacto socioambiental, como infraestructura, agronegocio y explotación minera, —aunque también en otros diferentes sectores, como el de la construcción civil, petróleo y gas, e incluso el comercio de bienes y servicios—, los impactos sobre los derechos humanos incluyen violaciones de derechos de los pueblos indígenas y tradicionales, tales como la no obtención del consentimiento libre, previo e informado y la ocupación de sus territorios; desplazamientos forzados de comunidades tradicionales y de aquellas que viven en el entorno de los proyectos; restricción en el acceso a alimentos, agua y otros recursos naturales tradicionalmente explotados por las comunidades locales; violaciones de los derechos laborales, como el sometimiento de trabajadores y trabajadoras a condiciones análogas a la esclavitud y explotación sexual de niños y adolescentes; e incluso violaciones de derechos civiles y políticos, como las restricciones de la libertad de expresión y manifestación, además de la violencia física y psicológica contra los defensores y defensoras que se oponen a la implementación de proyectos de desarrollo económico que no respetan los derechos fundamentales ni el medio ambiente. Detrás de prácticamente todos los proyectos de alto impacto socioambiental, hay uno o más financiadores, como bancos de desarrollo, bancos privados, bancos de inversiones e inversores institucionales (fondos de pensión, aseguradoras, etc.)[3].

El abordaje de derechos humanos sobre la responsabilidad socioambiental de las instituciones financieras requiere un trato

[3] Sobre el Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social (BNDES) y casos de violaciones de derechos humanos en sus proyectos, véase: Conectas Direitos Humanos. ¿Desarrollo para las personas? El financiamiento del BNDES y los derechos humanos. Serie Conectas, 2014. Disponible en: <http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Conectas_BNDES%20e%20Direitos%20Humanos_Miolo_Final_COMPRIMIDO.pdf>. Fecha de acceso el 18 de noviembre de 2017.

diferenciado, que no queda restringido al mero encuadramiento de temas de derechos humanos como parte del eje «social» de los marcos de responsabilidad socioambiental del sector financiero, como es el caso de la Resolución N° 4.327/2014, del Banco Central de Brasil (BCB). Las obligaciones de derechos humanos derivan de una estructura jurídica bien definida compuesta por tratados internacionales de derechos humanos y normas constitucionales e infraconstitucionales, además de reglas de *soft law*. El abordaje de los derechos humanos se diferencia, por lo tanto, de las concepciones de responsabilidad socioambiental de las instituciones financieras bajo la óptica del voluntarismo que aún define las iniciativas de Responsabilidad Social Corporativa (RSC).

Este artículo propone discutir el papel de las instituciones financieras en la prevención, mitigación y reparación de violaciones de derechos humanos mediante un análisis del trato que dan al asunto las normas internacionales y el ordenamiento jurídico brasileño. Tanto a nivel doméstico como nacional serán abordadas normas vinculantes (*hard law*) y no vinculantes (*soft law*). Entre las primeras se encuentran los convenios y los tratados de derechos humanos, así como las normas constitucionales, leyes y regulaciones domésticas. Ya entre las segundas, en el plano internacional, se incluyen las directrices, recomendaciones y modelos dirigidos a actores estatales y privados; y en el contexto nacional la *soft law* en materia de responsabilidad socioambiental se expresa por medio de protocolos, códigos de conducta y medidas de autorregulación. Es importante resaltar que las obligaciones aplicables a las instituciones financieras en lo referente a derechos humanos se distinguen entre aquellas que inciden sobre sus operaciones internas y las relativas a las operaciones de crédito, es decir, aquellas referentes a la relación entre las instituciones financieras y sus clientes[4]. Este artículo se enfoca en este último tipo de obligaciones.

Como se tratará de demostrar, las normas internacionales y nacionales parecen operar bajo un cierto distanciamiento entre sí. En Brasil, la discusión se concentra esencialmente en la controversia sobre el régimen de responsabilidad civil ambiental aplicable a las instituciones financieras (subjetivo, objetivo e integral), mientras que a nivel internacional se ha avanzado en el debate sobre el tipo y el grado

[4] BACKER, Larry Catá. The Corporate Social Responsibilities of Financial Institutions for the Conduct of their Borrowers: the view from international law and standards (16 de abril de 2017). Lewis & Clark Law Review, Vol. 21, 2017; Penn State Law Research Paper No. 8-2017. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2953738>. P. 8.

de responsabilidad de esas entidades por las violaciones de los derechos humanos cometidas por sus clientes, especialmente tras la aparición de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de la ONU, de 2011 (Principios Rectores).

No obstante, como se verá en las secciones siguientes, cada abordaje tiene sus propias ventajas y desventajas. La estructura jurídica brasileña, por haber positivado principios como el del contaminador-pagador, ofrece un grado de protección más alto en cuanto a derechos ambientales —que, a su vez, son derechos humanos[5]— en relación con el modelo internacional de referencia, que son los Principios Rectores. Sin embargo, el derecho doméstico carece de claridad sobre los papeles y responsabilidades de las instituciones financieras dentro de la protección y promoción de los derechos humanos. Este vacío, además de dificultar procesos de responsabilización, vuelve más lento el proceso de incorporación de cuestiones de derechos humanos en las prácticas y operaciones de las instituciones del sistema financiero nacional.

El artículo prosigue de la siguiente forma. La sección siguiente discute las obligaciones de las instituciones financieras relativas a los derechos humanos mediante la óptica de los marcos normativos internacionales sobre empresas y derechos humanos, con énfasis en los Principios Rectores de la ONU y en la tipología que tales principios establecen para delimitar los deberes y responsabilidades que una determinada empresa tiene en función de su grado de implicación en una determinada violación. Esta tipología dividida entre las situaciones que una empresa «causa», «contribuye» o «está directamente relacionada» con una violación estás en el centro de debates internacionales acerca del papel de los financiadores en la prevención y reparación de violaciones contra derechos humanos cometidas por sus clientes.

Seguidamente, se discute la responsabilidad de las instituciones financieras ante los derechos humanos bajo la óptica del régimen

[5] Sobre la interrelación entre derechos humanos y derechos ambientales, véase el siguiente párrafo de la Declaración Final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible (Rio+20): «para la realización del desarrollo sostenible es necesario promover el crecimiento económico sostenible, equitativo e inclusivo; crear mayores oportunidades para todos; reducir las desigualdades; mejorar las condiciones básicas de vida; promover el desarrollo social equitativo para todos; y promover la gestión integrada y sostenible de los recursos naturales y de los ecosistemas, lo que contribuye especialmente al desarrollo social y humano, sin descuidar la protección, la regeneración, la reconstitución y la resiliencia de los ecosistemas delante de los desafíos, sean estos nuevos o ya existentes». Disponible en: <http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/61AA3835/O-Futuro-que-queremos1.pdf>. Fecha de acceso el 23 de noviembre de 2017.

de responsabilidad civil ambiental en Brasil. Al tratarse de un tema exhaustivamente tratado en otras obras ya existentes[6], esta sección no traerá un análisis pormenorizado de la estructura normativa brasileña. Se trata de un análisis comparativo del encuadramiento jurídico brasileño del asunto ante las normas internacionales. Se presenta un análisis sobre intentos de alteración del actual régimen jurídico de responsabilidad objetiva y sus potenciales consecuencias para el avance de la agenda socioambiental y de derechos humanos en el sector financiero nacional.

La última sección discute los caminos para avanzar en la integración de los derechos humanos a las políticas y prácticas de las instituciones financieras haciendo referencia a las experiencias de otros países, especialmente Holanda y Perú. Se propone el aprovechamiento de oportunidades a partir de iniciativas ya en curso en Brasil, como el proceso de implementación práctica de la Resolución N° 4.327/2014 del BCB y de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos en el país. Las conclusiones retoman los principales argumentos y sintetizan los pasos futuros propuestos en las secciones anteriores.

2 Empresas y derechos humanos: una lente para la aclaración de los papeles y responsabilidades de las instituciones financieras

La responsabilidad socioambiental de las instituciones financieras puede verse bajo la óptica del debate de responsabilidad social corporativa (RSC) de las empresas en general, ya que bancos y otros tipos de financiadores desarrollan actividades denominadas empresariales[7]. Según Backer, existen dos vertientes en esta discusión. La primera enfatiza en la personalidad jurídica de las empresas y en la regulación doméstica que impone determinadas reglas de conducta,

[6] RASLAN, 2012.

[7] Según Fábio Ulhoa Coelho, «[…] se conceptúa empresa como actividad, cuya marca esencial es la obtención de lucros con el ofrecimiento al mercado de bienes o servicios, generados estos mediante la organización de los factores de producción —fuerza de trabajo, materia prima, capital y tecnología—». COELHO, Fábio Ulhoa. Parecer enviado al Instituto de Registro de Títulos y Documentos y de Personas Jurídicas de Brasil, al Centro de Estudios y Distribución de Títulos y Documentos de São Paulo, y al Registro Civil de las Personas Jurídicas de Rio de Janeiro. Disponible en: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13175#_ftn6>. Fecha de acceso el 23 de noviembre de 2017.

basada en expectativas sociales sobre el comportamiento de los agentes empresariales. Es el caso, por ejemplo, de la Ley de Empresas Estatales (Ley N° 13.303, del 30 de junio de 2016), que estipula, en su art. 27, párrafo 2°, que «la empresa pública y la sociedad de economía mixta deberán, en los términos de la ley, adoptar prácticas de sostenibilidad ambiental y de responsabilidad social corporativa compatibles con el mercado en el que actúan».

La segunda vertiente parte de los derechos de los individuos, reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos —tratados en convenios de derechos humanos— y, en algunos casos, como Brasil, inscritos en dispositivos constitucionales, como por ejemplo, los derechos y garantías individuales de los artículos 5° a 8° de la Constitución Federal de 1988, al igual que otros derechos presentes en el texto constitucional, como el derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado (art. 225 de la CF/88). Las normas internacionales de derechos humanos estipulan obligaciones para los Estados, los tradicionales sujetos de derechos y deberes del derecho internacional, que se comprometen a trasladar tales normas a su ordenamiento jurídico interno por medio de procesos de ratificación doméstica de instrumentos internacionales. Brasil es reconocido como un país que posee una avanzada legislación de protección a los derechos humanos, con una Carta Constitucional bastante generosa en el reconocimiento de los derechos y garantías fundamentales. La Constitución Federal contiene una extensa lista de derechos fundamentales, además de una serie de principios que hacen de esos derechos el principal pilar de nuestro Estado Democrático de Derecho y uno de los valores que rigen nuestras relaciones exteriores[8].

Una tercera vertiente que se podría agregar es la de la RS siendo como un cuerpo de reglas y prescripciones de conducta empresarial de carácter voluntario que expresan compromisos más allá de lo establecido por ley[9]. En este último caso, las fuentes normativas son especialmente las políticas internas de empresas —sobre todo las empresas transnacionales (ETN)— tales como códigos de conducta, normas de *compliance*, políticas de responsabilidad socioambiental y otras directrices operacionales. También son fuentes normativas de

[8] Art. 4º La República Federativa de Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios: II - prevalencia de los derechos humanos.

[9] RUGGIE, John G. Just Business: multinational corporations and human rights. New York: W. W. Norton & Company, 2013. P. 68.

la RSC reglas y pactos acordados al nivel de un determinado sector económico, como la industria de petróleo y gas, textil, de construcción civil, tecnología de la información, electrónicos, etc. Estos y otros sectores han formulado reglas de adhesión voluntaria que fijan parámetros de actuación ética y social y ambientalmente responsable. Además de estos casos, existen diversos ejemplos de iniciativas multisectoriales (*multistakeholder*) que congregan actores de diferentes naturalezas, como gobiernos, sociedad civil y empresas privadas. *Global Network Initiative* (GNI), por ejemplo, se describe como un «abordaje colaborativo para proteger y promover la libertad de expresión y la privacidad en el sector de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC)»[10]. Está compuesta por representantes de la sociedad civil, empresas del sector, medio universitario e inversores que tienen un compromiso con la responsabilidad socioambiental. Empresas como Google, Facebook, Microsoft, además de entidades no gubernamentales como Human Rights Watch, y la Universidad de Harvard, son miembros de GNI.

En el sector financiero, los Principios de Ecuador son una iniciativa compuesta por más de 90 miembros, en 37 países, que se describe como un marco adoptado por las instituciones financieras para determinar, evaluar y gestionar el riesgo ambiental y social en los proyectos[11]. Las instituciones financieras adheridas, en su mayoría grandes bancos con operaciones internacionales o que financian grandes proyectos de infraestructura, se comprometen a inserir tales principios en sus políticas ambientales y sociales internas, en sus procedimientos y modelos para el financiamiento de proyectos, además de no ofertar fondos para *Project Finance* o «Préstamos Corporativos Relacionados al Proyecto» para aquellos proyectos en los que el cliente no sea capaz o no esté dispuesto a cumplir con los Principios. La última revisión de los Principios de Ecuador, realizada en 2013, trajo directrices para la categorización de los riesgos de los proyectos, transparencia y divulgación de informaciones, auditoría socioambiental y creación de un mecanismo de denuncias, entre otros aspectos[12].

---

[10] Más informaciones disponibles en: <http://globalnetworkinitiative.org/>. Fecha de acceso el 23 de noviembre de 2017.

[11] THE EQUATOR PRINCIPLES. Informaciones generales sobre los Principios de Ecuador. Disponible en: <http://www.equator-principles.com/>. Fecha de acceso el 23 de noviembre de 2017.

[12] THE EQUATOR PRINCIPLES. Disponible en: <http://www.equator-principles.com/resources/equator_principles_III.pdf>. Fecha de acceso el 23 de noviembre de 2017.

El cuadro siguiente presenta una visión esquematizada de iniciativas de *soft law* para la responsabilidad socioambiental de las empresas y algunas específicas del sector financiero, clasificadas a partir de la naturaleza de los actores participantes (públicos y/o privados).

Cuadro I - Iniciativas voluntarias (*soft law*) de RSC y de protección de los derechos humanos para empresas en general y sector financiero

Iniciativas intergubernamentales	Iniciativas de múltiples actores	Iniciativas de la industria financiera	Iniciativas de la sociedad civil
Principios Rectores de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos	Protocolo Verde	Principios de Ecuador	Declaración de *Collevecchio* sobre Instituciones Financieras y Sostenibilidad
Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales	Principios para la Inversión Responsable (PRI)	Grupo Thun	
Sistemas de Salvaguardias de los Bancos de Desarrollo Multilaterales	Pacto Global de la ONU		
	Declaración Tripartita de Principios sobre Empresas Multinacionales y Política Social de la OIT		
	Programa de la ONU para el Medio Ambiente – Iniciativa de Instituciones Financieras (UNEP FI)		
	ISO 26000		
	Global Reporting Initiative (GRI)		
	Índice de Sostenibilidad Empresarial de la B3 (antigua BM&F Bovespa)		
	Acuerdo del Sector Bancario Holandés sobre Derechos Humanos		

Fuente: Adaptado de Conectas (2014).

A pesar de la existencia de múltiples fuentes normativas, la responsabilidad socioambiental de las empresas todavía es gobernada predominantemente por instrumentos de carácter voluntario. Incluso

el derecho internacional y sus instrumentos vinculantes están limitados en su capacidad para generar obligaciones directas de derechos humanos a las empresas privadas[13]. En la actualidad, esto se debe a que mayoritariamente se entiende que las normas de derechos humanos no generan obligaciones directas a los actores privados —cabe a los Estados, a través de una actuación positiva, imponer modelos de conducta a los actores no estatales frente a los derechos humanos, así como instituir reglas para sancionar en el caso de que se produzcan violaciones contra derechos fundamentales en las relaciones particulares[14].

Si la responsabilidad de las empresas, por lo general, frente a los derechos humanos es frágil bajo el aspecto de su exigibilidad jurídica, tanto en el derecho internacional como en la estructura doméstica, todavía más opaca es la disciplina jurídica de la responsabilidad de las instituciones financieras por violaciones de derechos humanos cometidas por clientes en el ámbito de las operaciones de préstamo y financiamiento. En este contexto, se vuelve relevante analizar el abordaje de los Principios Rectores de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos sobre los deberes y obligaciones de las empresas. Tales Principios, como se verá a continuación, pueden entenderse como una formulación intelectual y jurídica que pretende esclarecer, bajo los paradigmas del derecho internacional y de las expectativas sociales de carácter ético y moral respecto a la actuación de actores empresariales, la distribución entre las responsabilidades de los Estados y de las empresas frente a los derechos humanos.

2.1 Principios Rectores de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos

En 2011, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, principal órgano de la entidad sobre cuestiones de derechos humanos, aprobó,

[13] BACKER, 2017. P. 14.

[14] En este sentido, véase el Comentario General nº 24 del Comité de los Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU. Documento E/C.12/GC/24. Disponible en: <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E/C.12/GC/24&Lang=en>. Está también en curso la negociación de un tratado internacional en materia de empresas y derechos humanos, cuyos bordes todavía no están bien definidos. Y, por lo tanto, no se sabe si como resultado traerá la transformación de algunos de los actuales paradigmas del derecho internacional público. Más informaciones disponibles en: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOnTNC.aspx>. Fecha de acceso el 23 de noviembre de 2017.

por unanimidad, los Principios Rectores Sobre Empresas y Derechos Humanos (Principios Rectores), desarrollados por el Representante Especial de la ONU para Empresas Transnacionales y Derechos Humanos, el profesor John Ruggie, de la Universidad de Harvard. Los Principios Rectores consisten en una serie de directrices para la operacionalización de los deberes del Estado y de las empresas en la protección de los derechos humanos y en la reparación de eventuales abusos y, a nivel internacional, son hoy la principal referencia normativa en la materia.

Estos Principios traen algunos elementos relevantes para el enfrentamiento de los abusos cometidos por las empresas en materia de derechos humanos. Los Principios Rectores fueron construidos a partir de tres pilares fundamentales:

> 1. El deber del Estado de *proteger* los derechos humanos contra los abusos cometidos por terceros, inclusive empresas, dentro y fuera de su territorio;
>
> 2. La responsabilidad de las empresas de *respetar* los derechos humanos, cumpliendo con la legislación aplicable en materia de derechos humanos y actuando proactivamente para identificar, prevenir, mitigar y reparar eventuales daños causados;
>
> 3. La obligación de todos de proporcionar *reparaciones efectivas, judiciales y no judiciales*, para las víctimas de abusos de derechos humanos cometidos por las empresas. Reparaciones que incluyen, entre otras medidas, disculpas públicas, restitución, rehabilitación, compensación, sanciones punitivas y medidas preventivas, con garantías de no repetición[15].

Relativamente al deber de «respetar» los derechos humanos, se destacan las obligaciones para que las empresas: 1) tengan una visión contextualizada de los riesgos que sus negocios pueden causar a los derechos humanos (Principio 16); 2) realicen la debida diligencia en derechos humanos (*human rights due dilligence*), con la incorporación de análisis de impactos en sus procesos internos, seguimiento periódico de su eficacia y comunicación formal a las partes interesadas (Principios

[15] Para las definiciones de los diferentes tipos de reparación disponibles para las víctimas de violaciones a derechos humanos, véase: ONU. Principios Básicos y Directrices sobre el Derecho a Medidas de Saneamiento y Reparación para Víctimas de Violaciones Graves al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario. Ítems 19 a 23. Disponible en portugués en: <http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/2010revistaanistia03.pdf>. Fecha de acceso el 18 de noviembre de 2017.

18 a 21); y 3) identifiquen y prioricen los puntos de la cadena de valor en los que el riesgo de impactos negativos en derechos humanos sea particularmente acentuado (Principio 17).

En la visión del propio profesor Ruggie, los pilares «Proteger, Respetar y Remediar» pretenden establecer «una plataforma normativa global común y una guía para políticas calificadas como el punto de partida para la realización de progresos graduales, paso-a-paso, sin impedir el desarrollo de otras alternativas promisoras a largo plazo[16]». Sin embargo, por no haber sido sometidas al proceso de formación de tratados y convenios internacionales, las directrices contenidas en los Principios Rectores no poseen un carácter vinculante en el ámbito del derecho internacional. Es decir, los Principios Rectores no crean nuevas obligaciones internacionales y no agregan nuevos derechos al rol de derechos humanos reconocidos internacionalmente. Se trata, en realidad, de un modelo para la formulación de políticas para la temática de empresas y derechos humanos y de mecanismos para la reparación de posibles abusos.

A pesar de su valor en el régimen jurídico internacional sobre empresas y derechos humanos, los Principios Rectores poseen sus propias limitaciones, comenzando por el carácter voluntario de las directrices contenidas. Al no poseer fuerza vinculante, Estados y empresas tienen la facultad de decidir en qué medida, se van a adherir al modelo por ellos propuesto. Para los Estados la flexibilidad es menor, ya que los Principios se remiten a todo el cuerpo del derecho internacional de los derechos humanos. Sin embrago, para las empresas la concretización del «deber de respetar» pasa por entender y actuar para internalizar los derechos humanos en sus prácticas y políticas, aunque, en tesis, las violaciones puedan ocasionar algún tipo de sanción estatal. Además, debido a su alcance y generalidad, los Principios Rectores, por un lado, ofrecen herramientas para elaborar marcos de derechos humanos para los diferentes contextos sociales y ramos de la actividad económica; pero, por otro lado, no tienen en cuenta particularidades de determinadas industrias, volviéndose de difícil concretización y, en ciertos casos, sirviendo para legitimar conductas que tratan de eximir a las empresas de la responsabilidad por violaciones a derechos humanos.

Por este motivo, la aplicación de los Principios Rectores a las instituciones financieras debe ter un enfoque específico, que tenga

[16] RUGGIE, John G. Just Business – Multinational Corporations and Human Rights". New York: W. W. Norton & Company, Inc., 2013, p. 81.

en consideración la posición *sui generis* y privilegiada que ese sector económico tiene con relación a la protección de los derechos humanos. Si bien es cierto que estas instituciones generalmente no son causantes directas de violaciones a derechos humanos, también es cierto que estas desempeñan un papel determinante en la forma a través de la cual sus clientes van a conducir los proyectos para los que reciben su financiamiento. Inclusive para generar impactos positivos[17].

2.2 Aplicación de los Principios Rectores de la ONU a las instituciones financieras

La tipología «causar», «contribuir» y «estar directamente relacionado» es especialmente relevante para el debate sobre la responsabilidad de las instituciones financieras en el contexto general de responsabilidad empresarial por los derechos humanos. Estas tres categorías se construyeron a partir de situaciones hipotéticas de participación de una empresa en una o más violaciones concretas. De acuerdo con los Principios Rectores, las empresas deben tomar las medidas oportunas para prevenir, mitigar y reparar impactos en los derechos humanos con los que tengan un compromiso. No obstante, el grado de responsabilidad por tales impactos varía dependiendo del nivel de implicación que tenga la empresa en la violación en cuestión:

> 1. Empresas que *causan* un impacto negativo sobre derechos humanos deben adoptar las medidas necesarias para cesar, prevenir y reparar tal impacto.
>
> 2. Empresas que *contribuyen* a impactos negativos sobre derechos humanos deben adoptar las medidas necesarias para cesar, prevenir y reparar tal impacto en la medida de su contribución, además de usar su influencia sobre el causante del daño para, en la medida de lo posible, mitigar el impacto restante.
>
> 3. Empresas que están *directamente relacionadas* con impactos negativos sobre derechos humanos apenas deben, en la medida de lo posible, utilizar su influencia sobre el causante de los daños para mitigarlos.

[17] KINLEY, David. Artful Dodgers: Banks and their Human Rights Responsibilities. Sydney Law School Research Paper No. 17/17. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2926215>. Fecha de acceso el 18 de noviembre de 2017.

Los financiadores *causan* una violación de derechos humanos cuando esta se origina de sus propias acciones, independientemente de la involucración de terceros. Es el caso, por ejemplo, de las políticas discriminatorias de contratación. En el caso del financiamiento de proyectos (*project finance*), una modalidad de financiamiento bastante utilizada para proyectos de alto riesgo, como las inversores en infraestructura, los bancos pueden involucrarse en violaciones de derechos humanos principalmente a través de relaciones de *contribución* o de *relación directa*. Los financiadores *contribuyen* a las violaciones cuando sus acciones u omisiones las incentivan o facilitan —por ejemplo, cuando el banco exige cronogramas poco realistas, asumiendo el riesgo de sacrificar derechos debido a las presiones de tiempo, o cuando financia proyectos con altos impactos sin adoptar políticas de salvaguardia adecuadas—. Por otro lado, los financiadores tienen una *relación directa* en los impactos sobre derechos humanos, por ejemplo, cuando el riesgo de sus actividades es mitigado por salvaguardias, pero aun así los impactos suceden[18].

Incluso de acuerdo con el Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos (ACNUDH)[19], una típica situación en la que una institución financiera está *directamente relacionada* con una violación es mediante la concesión de un préstamo a una empresa para la realización de un emprendimiento donde se ha constatado el uso de trabajo análogo al de escavo o el desplazamiento forzado de comunidades sin las debidas medidas de mitigación y compensación.

La tipología constante de los Principios Rectores es importante en la medida en que esta se propone delimitar, bajo un aspecto jurídico, y no apenas moral, los límites de la responsabilización de las empresas por violaciones de derechos humanos. De acuerdo con los Principios Rectores, las empresas *directamente relacionadas* con impactos sobre derechos humanos no pueden ser responsabilizadas u obligadas a

[18] OHCHR. Response to request from BankTrack for advice regarding the application of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights in the context of the banking sector. Disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/InterpretationGuidingPrinciples.pdf>. Fecha de acceso el 20 de noviembre de 2017.
Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises. Letter to the Thun Group of Banks. Disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/TransCorporations/WG_BHR_letter_Thun_Group.pdf>. Fecha de acceso el 20 de noviembre de 2017.

[19] OHCHR. Corporate Responsibility to Respect - an interpretive guide. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2_En.pdf>. P. 17. Fecha de acceso el 23 de noviembre de 2017.

realizar las reparaciones de las víctimas que sufrieron tales impactos. Según Ruggie, exigir a las empresas que estas actúen para mitigar y reparar cualquier violación a los derechos humanos causada por actores sobre los cuales tienen influencia[20] podría generar efectos dañinos. Por ejemplo, un gobierno podría deliberadamente incumplir su obligación de proteger los derechos humanos con la expectativa de que empresas bajo presión social terminen sucumbiendo y actuando en sustitución del poder público para concretizar derechos[21].

A pesar de la preocupación expresada por el ex-Representante Especial de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos acerca de la distribución de responsabilidades entre Estados y empresas, la tipología adoptada por los Principios Rectores se viene utilizando de manera tergiversada para eximir a las empresas de la responsabilidad por violar derechos humanos con los que tiene compromiso. En lo que atañe a las instituciones financieras, se destaca la iniciativa del Thun Group of Banks, un grupo de instituciones financieras suizas que se formó, entre otros propósitos, para estudiar los Principios Rectores y su aplicabilidad en el sector bancario.

En el informe que buscaba discutir las implicaciones de los Principios 13,[22] y 17,[23] en el contexto de bancas de empresa y de

---

[20] RUGGIE, John G. Clarifying the Concepts of "Sphere of influence" and "Complicity". Disponible en: <https://business-humanrights.org/sites/default/files/reports-and-materials/Ruggie-companion-report-15-May-2008.pdf>. Fecha de acceso el 18 de noviembre de 2017.

[21] *Id*.

[22] Principio 13 La responsabilidad de respetar los derechos humanos exige que las empresas: 1) Eviten que sus propias actividades generen impactos negativos sobre derechos humanos o que contribuyan a estos, además exige que enfrenten las consecuencias si las violaciones ocurren; 2) Prevengan o mitiguen los impactos negativos sobre los derechos humanos directamente relacionados con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, inclusive cuando no hayan contribuido a generarlos.

[23] Principio 17 Con el fin de identificar, prevenir, mitigar y reparar los impactos negativos de sus actividades sobre los derechos humanos, las empresas deben realizar auditorías *due diligence* en materia de derechos humanos. Este proceso debe incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones y su actuación a este respecto, además de el seguimiento de las respuestas y la comunicación de cómo las consecuencias negativas son enfrentadas. La auditoría *due diligence* en materia de derechos humanos: 1) Debe abarcar los impactos negativos sobre los derechos humanos que hayan sido causados o que contaran con la contribución de la empresa para producirse por medio de sus propias actividades, además de aquellos impactos con relación directa a sus operaciones, productos o servicios prestados a través de sus relaciones comerciales; 2) Variará de complejidad en función del tamaño de la empresa, del riesgo de las graves consecuencias negativas sobre los derechos humanos y de la naturaleza y el contexto de sus operaciones; 3) Debe ser un proceso continuo, teniendo en cuenta que los riesgos para los derechos humanos pueden cambiar con el transcurso del tiempo, en función de la evolución de las operaciones y del contexto operacional de las empresas.

inversión, el Thun Group afirmó que los bancos difícilmente *causan* o *contribuyen* a impactos negativos sobre derechos humanos relacionados con las operaciones de sus clientes, ya que tales impactos no provienen de sus propias actividades[24]. Partiendo de esa premisa, el informe concluyó que el tercer pilar de los Principios Rectores, relativo a la reparación por violaciones a derechos humanos, no se aplica a la actividad bancaria[25].

Con relación a la obligación de conducir la debida diligencia en derechos humanos (Principio 17), el informe reconoce que, al identificar una posible relación directa con impactos negativos sobre derechos humanos, un banco debe buscar mitigar y evitar tales daños[26]. Sin embargo, según la interpretación del Thun Group, eventuales fallas en el proceso de debida diligencia no cambian la proximidad entre el banco y el daño[27]. Es decir: en esos casos, de acuerdo con el grupo, el banco no deja de estar «directamente relacionado» y, por tanto, no estaría «contribuyendo» a un impacto sobre derechos humanos.

El documento motivó la manifestación de diversos actores involucrados en el debate sobre empresas y derechos humanos. En una carta conjunta, un grupo de organizaciones de la sociedad civil refutó la premisa de que los bancos, en general, no causan o contribuyen a violaciones de derechos humanos[28]. Las organizaciones indicaron, además, que las víctimas de violaciones de derechos humanos son titulares del derecho a una solución efectiva en cualquier circunstancia. Ya que de acuerdo con los Principios Rectores, una empresa puede desempeñar un papel en la reparación de violaciones con las cuales esté apenas «directamente relacionada» lo que, según la carta, debería ser considerado como «buenas prácticas» en materia de empresas y derechos humanos. Además de esto, los Principios Rectores establecen un deber general de que las empresas, independientemente del grado de involucración, creen mecanismos eficaces a nivel operacional para la denuncia de violaciones a derechos humanos[29].

---

[24] THUN GROUP. Discussion Paper on implications of UNGPs 13 & 17 in a corporate and investment banks context. Disponible en: <https://business-humanrights.org/sites/default/files/documents/2017_01_Thun%20Group%20discussion%20paper.pdf>. Fecha de acceso el 18 de noviembre de 2017.

[25] *Id*.

[26] *Id*.

[27] *Id*.

[28] Significant Concerns Regarding Thun Group Discussion Paper. Disponible en: <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/170214_Open_letter_to_Thun_Group.pdf>. Fecha de acceso el 18 de noviembre de 2017.

[29] *Id*.

El propio John Ruggie se manifestó contrariamente a la interpretación del Thun Group. Adoptando un posicionamiento público, afirmó que, diferentemente de lo que se presenta en el informe del grupo, la distinción esencial entre «causar», «contribuir» y «estar directamente relacionado» no se encuentra en el hecho de que una violación a derechos humanos derive, o no, de la propia actividad de la empresa. En realidad, existen una serie de factores diferentes que pueden determinar en qué categoría de participación determinada conducta se insiere, entre estos: 1) en qué determinada medida la empresa posibilitó, alentó o motivó el cometimiento de una violación a derechos humanos por parte de terceros; 2) en qué medida una empresa podría o debería saber acerca del hecho de esa violación; y 3) la efectividad de eventuales medidas de mitigación que la empresa haya adoptado. Afirmar que una institución financiera apenas contribuye a violaciones de derechos humanos a través de sus propias actividades, para Ruggie, significa derribar por completo estos factores[30].

El informe del Thun Group también obtuvo comentarios del Grupo de Trabajo de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos[31], y según el cual sí existen hipótesis en las que las instituciones financieras sí podrían causar o contribuir a violaciones a derechos humanos[32]. De acuerdo con el Grupo de Trabajo, al contrario de lo que afirma el informe, la ausencia de salvaguardias y de una efectiva debida diligencia en derechos humanos hace que los bancos efectivamente contribuyan a violaciones al financiar un proyecto de infraestructura que causa el desplazamiento de comunidades. Ya que el banco a través de los términos del financiamiento[33] podría mitigar o evitar los daños causados por su cliente.

---

[30] RUGGIE, John G. Comments on Thun Group of Banks Discussion Paper on the Implications of UN Guiding Principles 13 & 17 In a Corporate and Investment Banking Context. Disponible en: <https://business-humanrights.org/sites/default/files/documents/Thun%20Final.pdf>. Fecha de acceso el 18 de noviembre de 2017.

[31] El Grupo de Trabajo de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos fue establecido por la Resolución nº 17/4 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU (disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/144/71/PDF/G1114471.pdf?OpenElement>) y tiene como atribución profundizar en el debate de la interpretación e implementación de los Principios Rectores.

[32] Grupo de Trabajo de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos. Documento SPB/SHD/UH/ff. Disponible en: <https://business-humanrights.org/sites/default/files/documents/20170223%20WG%20BHR%20letter%20to%20Thun%20Group.pdf>. Fecha de acceso el 18 de noviembre de 2017.

[33] *Id*.

En respuesta a una solicitación de la red de organizaciones no gubernamentales BankTrack[34], ACNUDH profirió una opinión jurídica respecto al grado de involucración y de responsabilidad de los bancos por violaciones a derechos humanos y la respectiva obligación de reparar tales violaciones[35]. Según ACNUDH, solo es posible determinar si un banco está implicado en violaciones a derechos humanos, y en qué medida, mediante un proceso efectivo de debida diligencia en derechos humanos. La complejidad de este proceso depende sobre todo de la gravedad de los potenciales impactos a derechos humanos originados por la conducta del banco. El análisis sobre la gravedad tiene en consideración, entre otros factores, el tipo de cliente del banco, sus productos y servicios y los países en los que sus clientes se localizan y operan. ACNUDH resalta, además, que cuando no sea posible realizar la debida diligencia en derechos humanos para todas sus actividades y relaciones comerciales, el banco debe identificar las actividades que presentan mayor riesgo de impacto y entonces realizar una detallada diligencia en derechos humanos[36].

En la opinión jurídica, ACNUDH también disecciona la tipología «causar», «contribuir» y «estar directamente relacionado» en el contexto específico de la actividad bancaria. Un banco será considerado el *causante* de determinado impacto sobre derechos humanos cuando sus actividades —incluyendo acciones y omisiones— fuesen suficientes para desencadenar el resultado dañino[37].

La verificación de la contribución, a su vez, requiere la existencia de un nexo de causalidad entre la conducta del banco —acción u omisión— y el impacto negativo causado por terceros. En este sentido, se entiende que un banco *contribuye* a un impacto negativo cuando su conducta influencia a su cliente de tal forma que el impacto se vuelve más probable de lo que sería sin la actuación del banco.

---

[34] BankTrack. Letter from BankTrack to the OHCHR on the Application of the UNGP in the Banking Sector. Disponible en: <https://www.banktrack.org/download/letter_from_banktrack_to_ohchr_on_application_of_the_un_guiding_principles_in_the_banking_sector/170306_letter_banktrack_to_un_ohchr.pdf>. Fecha de acceso el 18 de noviembre de 2017.

[35] Alto Comisado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. OHCHR response to request from BankTrack for advice regarding the application of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights in the context of the banking sector. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/InterpretationGuidingPrinciples.pdf>. Fecha de acceso el 18 de noviembre de 2017.

[36] *Id*.

[37] *Id*.

El financiamiento de un proyecto de infraestructura que implica claros riesgos de desplazamiento para las comunidades locales sería, por tanto, una forma de contribución, puesto que el banco sabía o debería saber de estos riesgos y aun así facilitó su concretización[38].

Por último, el banco se considera *directamente relacionado* cuando no causó o contribuyó al impacto, pero su cliente, en el contexto del financiamiento, causó impactos negativos sobre derechos humanos. Es decir: el financiamiento del banco fue utilizado de tal forma que violó derechos humanos, pero su conducta por sí sola no habría sido suficiente para causar el daño, y el banco no sabía ni debería saber sobre el alto riesgo de que ese daño ocurriera. ACNUDH resalta que estas categorías son una secuencia continua. De esta forma, en el caso de que un banco sea consciente de que se producen violaciones a derechos humanos en el contexto de su financiamiento, y no adopte medidas para mitigar o evitar el impacto, su conducta puede dejar de estar apenas directamente relacionada con el daño y pasar a contribuir a provocarlo[39].

En lo que respecta a la reparación (Principio 22)[40], ACNUDH, refuerza el carácter voluntarista de los Principios Rectores al afirmar que apenas cuando el propio banco reconoce haber causado o contribuido a impactos negativos de derechos humanos surge el deber de reparar. En caso contrario, no se espera que el banco repare las violaciones a derechos humanos, a menos que sea legalmente obligado a hacerlo —por ejemplo, mediante una decisión judicial—.[41]

En casos de contribución, ACNUDH reconoce, además, que el deber de reparar debe ser proporcional a la contribución. La empresa que haya contribuido en mayor grado, no solo debe reparar en mayor grado, sino que también debe ser la primera en ser requerida. Además de esto, si el banco es la única entidad dispuesta a reparar cierta violación para la cual haya contribuido, ACNUDH considera que no sería razonable exigir que este arcase por completo con la reparación.

---

38 *Id*.

39 *Id*.

40 Principio 22 Si las empresas constatan que provocaron o contribuyeron a provocar impactos adversos deben reparar o contribuir a su reparación por medios legítimos.

41 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. OHCHR response to request from BankTrack for advice regarding the application of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights in the context of the banking sector. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/InterpretationGuidingPrinciples.pdf>. Fecha de acceso el 18 de noviembre de 2017.

En todos los casos, se espera que el banco utilice su influencia sobre el cliente para garantizar la completa reparación de los impactos negativos sobre derechos humanos[42].

En diciembre de 2017, el Thun Group lanzó una versión revisada del informe de 2013 en el cual admite que, en circunstancias excepcionales, la involucración de los bancos en violaciones a derechos humanos puede alcanzar el grado de *contribución*.[43] Admite, además, que los bancos deben desempeñar un papel en la reparación de los impactos sobre derechos humanos en los cuales estén implicados, independientemente de su grado de involucración. No obstante, el grupo reiteró el entendimiento de que, en la mayoría de los casos, los bancos estarán apenas *directamente relacionados* con los impactos sobre derechos humanos y que la insuficiencia del proceso de debida diligencia no altera ese grado de envolvimiento. Además de esto, el nuevo informe presenta un estudio de casos con hipótesis de *relación directa* entre bancos y violaciones a derechos humanos. Algunas de esas hipótesis, sin embargo, ya fueron reconocidas en otras ocasiones como hipótesis de *contribución*. Por ejemplo, el caso de la concesión de un financiamiento para la construcción de una carretera, a pesar de la previa identificación de potenciales impactos sobre derechos humanos.

Se considera, por lo tanto, que la aplicación de los Principios Rectores a actividades de bancos y otras instituciones financieras requiere atención. Ya que al mismo tiempo que ofrecen una base para el establecimiento de políticas y mecanismos de reparación pautados con respecto a los derechos humanos, los Principios Rectores también pueden fundamentar limitaciones significativas en la responsabilidad de las empresas por las violaciones. En el caso del debate provocado por Thun Group, las reacciones, prácticamente unánimes, fueron de condena a la interpretación restrictiva, lo que no impidió que el grupo continuase reiterando su posicionamiento. Conforme observa David Kinley[44], el intento del sector bancario —en este caso, vocalizado por Thun Group— de limitar sus propias responsabilidades ante los derechos humanos, además de contrastar con los esfuerzos de otros

[42] *Id*.

[43] THUN GROUP. Paper on implications of UNGPs 13 & 17 in a corporate and investment banks context. Disponible en: <https://business-humanrights.org/sites/default/files/documents/2017_12_Thun%20Group%20of%20Banks_Paper_UNGPs%2013b%20and%2017.pdf>. Fecha de acceso el 09 de enero de 2018.

[44] KINLEY, 2017. P. 2.

sectores, como el minorista, en el perfeccionamiento de sus mecanismos de identificación de prácticas abusivas en las cadenas, también causa extrañeza por el hecho de ignorar el aspecto extrajurídico que vincula las instituciones financieras a violaciones de derechos humanos. El esfuerzo para restringir la responsabilidad bajo una estrategia de exención por vía contractual sería ineficaz ya que el blindaje jurídico no exime a la institución financiera de ser asociada a la violación en cuestión en la esfera extrajurídica.

En estas situaciones, gana particular relevancia la necesidad de inserir en el debate el concepto de *complicidad*, que en la visión del propio Ruggie tiene un componente jurídico y otro social. Para las empresas que ignoran el riesgo de complicidad la consecuencia más allá de un sentido jurídico estricto está en la pérdida de la licencia social para operar, lo que a su vez puede provocar consecuencias tangibles, como daños a la reputación y perjuicios de orden material[45].

Obsérvese, por último, que los Principios Rectores están sujetos a interpretaciones que desvirtúan la propia noción de que las violaciones a los derechos humanos deben ser reparadas por todos los perpetradores que de ellas se beneficiaron o en las que participaron con acciones u omisiones. Poseen también una tipología que, en algunos casos, además de ser incompatible con los regímenes de responsabilidad domésticos es menos protectora, como es el caso del régimen de responsabilidad civil socioambiental brasileño. De ese modo, la aplicación del modelo protector más alto es la que más se ajusta a la estructura normativa internacional sobre la protección a los derechos humanos[46].

3 Responsabilidad socioambiental de las instituciones financieras en el ordenamiento jurídico brasileño

Conforme ya se ha mencionado anteriormente, la tutela de los derechos humanos y del medio ambiente son indisociables. Ya que el derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado es un derecho humano consagrado en tratados y convenios internacionales, así como

[45] RUGGIE, John G. Clarifying the Concepts of "Sphere of influence" and "Complicity". Disponibleen:<https://business-humanrights.org/sites/default/files/reports-and-materials/Ruggie-companion-report-15-May-2008.pdf>. Fecha de acceso el 18 de noviembre de 2017.

[46] PIOVESAN, Flavia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos. Edição V. 1 - N. 1 - Jun/2004.

en el *caput* del art. 225 de la Constitución de 1988.[47] Sin embargo, la discusión sobre el régimen jurídico de responsabilidad socioambiental a nivel doméstico revela que el ordenamiento jurídico brasileño confiere tratos distintos a la responsabilidad por daño ambiental y a la responsabilidad por violaciones a otros derechos fundamentales. La primera es objeto de una disciplina jurídica más clara que la segunda.

En efecto, de acuerdo con el art. 927, *caput*, del Código Civil[48], tres son los requisitos esenciales para configurar la responsabilidad civil: 1) una conducta —acción u omisión voluntaria— *antijurídica*, es decir, contraria al derecho brasileño; 2) la existencia de un *daño*, que se entiende como la lesión a un bien jurídico; y 3) el establecimiento de un *nexo causal* entre la conducta y el daño[49]. Como consecuencia de la responsabilidad civil surge el deber de reparar. La regla general es que la responsabilidad civil debe ser subjetiva. En esos casos, además de los tres elementos mencionados, es necesario que se demuestre 4) que el sujeto actúo con *culpa*, es decir, que su conducta no satisface el modelo de cuidado al que estaba adscrito[50] —también entendida como negligencia, impericia, imprudencia o exceso en el ejercicio de un derecho—.

De acuerdo con el párrafo único del art. 927 del Código Civil, la responsabilidad civil prescinde de la demostración de culpa en los casos especificados en ley o cuando la actividad normalmente realizada por el autor del daño importa, por su naturaleza, un riesgo para los derechos ajenos. Una de las hipótesis de responsabilidad civil objetiva reconocidas por el derecho brasileño es la responsabilidad por daño ambiental, de ahí que el presente trabajo aborde separadamente la responsabilidad social y ambiental de las instituciones financieras.

---

47 Art. 225. Todos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, como un bien de uso común del pueblo y esencial para una sana calidad de vida, imponiéndose al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las presentes y futuras generaciones.

48 Art. 927. Aquel que, por acto ilícito (arts. 186 y 187), cause daño a los otros, queda obligado a repararlo.

49 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. Volume I, revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. P. 566.

50 *Id*.

3.1 Responsabilidad civil de las instituciones financieras por daños ambientales

La Política Nacional del Medio Ambiente instituyó el principio del contaminador-pagador, según el cual, independientemente de la demostración de culpa, el contaminador está obligado a reparar los daños causados al medio ambiente como consecuencia de su actividad (art. 14, § 1º, de la Ley nº 6.938/81). Para fines de aplicación de la ley, contaminador es «la persona física o jurídica, de derecho público o privado, responsable, directa o indirectamente, de la actividad causante de la degradación ambiental» (art. 3º, IV). El principio fue acogido por la Constitución de 1988 en su art. 225, § 3º, que prevé que los daños al medio ambiente sujetan a los infractores a las sanciones administrativas y penales, independientemente de la obligación de reparar los daños causados.

Además de esto, en los casos de múltiples contaminadores, se aplica el principio de solidaridad, en los términos del art. 942, *caput*, del Código Civil[51]. Es decir: cualquiera que haya contribuido al daño ambiental puede ser responsabilizado, independientemente de la demostración de culpa, y obligado a reparar integralmente el medio ambiente degradado. Incide, además, la inversión del deber de prueba, de modo que el contaminador debe demostrar que no actuó degradando el medio ambiente. Según la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia (STJ):

> [La] responsabilidad civil por el daño ambiental, cualquiera que sea la calificación jurídica del degradador, público o privado, es de naturaleza objetiva, solidaria e ilimitada, siendo regida por los principios contaminador-pagador, de la reparación *in integrum*, de la prioridad de la reparación *in natura* y del *favor debilis*, este último legitimando una serie de técnicas de facilitación de acceso a la justicia, entre las cuales se incluye la inversión del gravamen de la prueba a favor de la víctima ambiental[52].

Por tanto, en lo que atañe a la responsabilidad por daño ambiental, el régimen jurídico brasileño se muestra más rigoroso que

---

[51] Art. 942. Los bienes del responsable de la ofensa o violación del derecho de otros quedan sujetos a la reparación del daño causado; y si la ofensa tuviese más de un autor todos responderán solidariamente por la reparación.

[52] STJ. REsp 1454281/MG, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Sala, publicado el 09/09/2016.

las directrices contenidas en los Principios Rectores. En primer lugar, porque se trata de reglas vinculantes, y no de adhesión voluntaria, como es el caso de la norma internacional. Y en segundo, porque independientemente del grado de implicación, el régimen jurídico brasileño determina que aquel que contribuye a un daño ambiental está obligado a repararlo en su integralidad.

En función de la incidencia del principio de la solidaridad, no es raro que las instituciones financieras se accionen para reparar daños ambientales antes, incluso, que los contaminadores directos. Se discute, por tanto, cuál debería ser el tipo de responsabilidad de esas instituciones ante los daños ambientales causados por sus clientes. No hay una decisión final por parte de los tribunales superiores que trate específicamente de instituciones financieras. Sin embargo, el Superior Tribunal de Justicia ya tuvo la oportunidad de manifestarse acerca de la responsabilidad de los financiadores por daños ambientales y entendió ser aplicable la responsabilidad objetiva y solidaria:

> […] El traspaso de las cuantías del Estado de Paraná al Municipio de Foz de Iguaçu (acción), la ausencia de cautela fiscalizadora en lo que se refiere a las licencias concedidas y las que deberían haber sido confeccionadas por el ente estatal (omisión) contribuyeron a la producción del daño ambiental. Tales circunstancias, por lo tanto, son aptas para caracterizar el nexo de causalidad del evento, y así, legitimar la responsabilización objetiva del recurrente.
>
> De este modo, independientemente de la existencia de culpa, el contaminador, aunque indirecto (Estado-recurrente) (art. 3º de la Ley nº 6.938/81), está obligado a indemnizar y reparar el daño causado al medio ambiente (responsabilidad objetiva)[53].

En los tribunales inferiores, la jurisprudencia sobre el asunto no es pacífica. El Tribunal Regional Federal de la 1ª Región (TRF-1), al decidir respecto a la responsabilidad del Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social (BNDES) por el daño ambiental causado por un proyecto que dicho banco financió, entendió que el simple hecho de que el BNDES fuese la institución financiera encargada de financiar la actividad del contaminador directo no justificaba la inclusión del banco en el polo pasivo de la demanda[54]. La responsabilización del

[53] STJ. REsp 604.725/PR, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Sala, publicado el 22/08/2005.

[54] TRF-1. Recurso de Apelación nº 2002.01.00.036329-1/MG, Relator Juez Fagundes de Deus, Quinta Sala, publicado el 19/12/2003.

banco apenas se justificaría en el caso de que consciente de los daños ambientales en curso el banco mantuviese su financiamiento.

No está conciliado, por tanto, el límite de la responsabilidad civil ambiental de las instituciones financieras. Para los que defienden la limitación de la responsabilidad de esas entidades a la comprobación de culpa o dolo, a pesar de que se reconozca que es imprescindible que se garantice la reparación integral de los daños ambientales, existe la preocupación de que la responsabilización irrestricta de las instituciones financieras pueda acabar inviabilizando ciertos tipos de financiamiento y productos de riesgo elevado. Conforme se ha mencionado anteriormente, en estos casos, es importante que el deber de reparar corresponda a la extensión de la responsabilidad del agente. El límite de la responsabilidad puede variar, además, de acuerdo con el producto o servicio prestado por las instituciones financieras.

No obstante, es importante tener en cuenta que, incluso en casos de responsabilidad objetiva y solidaria, siempre debe caber el derecho de regreso de las instituciones financieras ante los contaminadores directos. Es pequeño, por tanto, el riesgo de que una institución financiera tenga que reparar integralmente un daño ambiental para el cual apenas contribuyó indirectamente. Hay que enfatizar, además, que el nexo de causalidad es un elemento fundamental para la constitución de la responsabilidad objetiva por daño ambiental[55]. Con esto, se evita que los contaminadores indirectos, como sería el caso de las instituciones financieras, sean obligados a reparar daños que no tengan una relación de causa y consecuencia con su conducta.

En el caso de que en los tribunales superiores se consagre la responsabilidad civil objetiva y solidaria de las instituciones financieras, el régimen jurídico de responsabilidad ambiental en Brasil ofrecerá una tutela al medio ambiente más protectora que las previsiones de los Principios Rectores. Además de tener carácter vinculante, creando obligaciones jurídicas e imponiendo penalidades en los casos de infracción, la legislación brasileña en materia de responsabilidad ambiental va a superar la tipología «causar, contribuir y estar directamente relacionado» para determinar que las instituciones financieras tengan la obligación de reparar daños al medio ambiente causados por terceros.

[55] STJ. REsp 1.346.430/PR, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Cuarta Sala, publicado el 21/11/2012.

Con esto, se crean también fuertes incentivos para que las instituciones financieras adopten procesos rigurosos de evaluación de riesgos de impactos ambientales anteriores a la concesión de financiamiento. Se trata, por lo tanto, de una herramienta importante para la prevención, mitigación y reparación de daños al medio ambiente, fortaleciendo la tutela conferida por el derecho brasileño a la materia de responsabilidad socioambiental de instituciones financieras.

La interacción positiva entre el actual régimen legal de responsabilidad civil ambiental y las iniciativas de regulación sectorial y de autorregulación privada motivó a entidades de la sociedad civil a manifestarse contrariamente a una propuesta legislativa que alteraría el actual régimen de responsabilidad objetiva y solidaria para uno basado en la responsabilidad subjetiva[56]. A mediados de 2017, el Congreso Nacional aprobó, en la Medida Provisoria N° 752, una cláusula restringiendo la responsabilización ambiental de bancos en contratos de asociación apenas a aquellos casos en los que se comprobase dolo o culpa, así como relación de causalidad entre la conducta de la institución financiera y el daño ambiental. Dicha Medida determinaba, además, que los bancos solo serían subsidiariamente responsables de reparar daños para los cuales hubiesen contribuido, y que las reparaciones deberían limitarse a la medida de su participación.

Entidades no gubernamentales argumentaron que «rebajar» el tipo de responsabilidad, además de configurar un «*contrabando legislativo*» contrario a las decisiones anteriores del Supremo Tribunal Federal, iría en el lado contrario de los esfuerzos realizados por el sistema financiero nacional para mejorar las políticas y prácticas de responsabilidad socioambiental en la norma de la Resolución N° 4.327/2014 del BCB. Resaltaron también que la previsión promovería el financiamiento de actividades ilícitas y dañinas para el medio ambiente, incentivando la deforestación. Ya que esta medida posibilitaría que las instituciones financieras asumiesen riesgos socioambientales más elevados, sin que se exigiese la mejora correspondiente en los instrumentos de gestión y mitigación de riesgo ambiental. Además, un cambio como el promovido por la MP 752 podría desencadenar el

[56] La nota técnica fue firmada por las entidades Conectas Direitos Humanos, Greenpeace, Instituto Socioambiental y Amigos da Terra - Amazônia Brasileira. Disponible en: <http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Recomenda%C3%A7%C3%A3o%20de%20Veto%20ao%20art_%2035%20da%20MP%20752%20-%20Vers%C3%A3o%20final.pdf>. Fecha de acceso el 23 de noviembre de 2017.

desmonte del sistema de responsabilidad civil ambiental, al iniciarse una serie de excepciones para los sectores económicos[57]. La medida fue vetada por la presidencia de la República, pero el debate continúa en el ámbito del poder judicial.

3.2 Responsabilidad civil de las instituciones financieras por violaciones de derechos humanos

Si la responsabilidad civil objetiva por daño ambiental tiene previsión expresa en el ordenamiento jurídico brasileño, hay menos claridad respecto a la responsabilidad civil por otras violaciones de derechos humanos. Al principio, esta se insiere en la lógica de la regla general de la responsabilidad civil[58]. Por tanto, es necesario identificar los cuatro elementos esenciales para la configuración de la responsabilidad civil: 1) conducta antijurídica; 2) daño; 3) nexo de causalidad; y 4) culpa.

Una conducta antijurídica presupone la existencia de parámetros objetivos de conducta incumplidos por el agente[59]. Tales parámetros, en casos de responsabilidad civil por violaciones a derechos humanos, corresponden al deber jurídico de respetar tales derechos. En el ordenamiento jurídico brasileño, tanto la doctrina[60] como la jurisprudencia[61] reconocen la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Quiere decir que el respeto a los derechos fundamentales no sirve como norma solo para las conductas del Estado, sino también para las conductas de particulares en sus relaciones privadas.

---

[57] Conectas, Instituto Socioambiental, Greenpeace y Amigos da Terra. Recomendación de Veto al Art. 35 del PLV Nº 3/2017 (MP Nº 752/2016) Responsabilidad Socioambiental de las Instituciones Financieras: La Inconstitucionalidad Formal y Material del Artículo 35 de la MP 752 (PLV N° 3/2017) y la Violación del Principio del No-Retroceso. Disponible en: <http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Recomenda%C3%A7%C3%A3o%20de%20Veto%20ao%20art_%2035%20da%20MP%20752%20-%20Vers%C3%A3o%20final.pdf>. Fecha de acceso el 21 de noviembre de 2017.

[58] La excepción se daría en los casos en los que la violación en cuestión deriva de una actividad que importe, por su naturaleza, un riesgo para los derechos ajenos, de modo que la hipótesis incidiría en la regla general de la responsabilidad civil objetiva (art. 927, párrafo único, del Código Civil).

[59] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil Interpretado Conforme la Constitución de la República. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. P. 333.

[60] SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. P. 209.

[61] STF. RE 201.819, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator de la sentencia Ministro Gilmar Mendes, Segunda Sala, publicado el 27/10/2006.

En materia de derecho internacional de los derechos humanos, el Supremo Tribunal Federal (STF) consolidó el entendimiento de que los tratados internacionales tienen fuerza supralegal, estando por encima de la legislación infraconstitucional en la jerarquía de las normas jurídicas[62]. Los tratados incorporados en el ordenamiento jurídico brasileño por medio del procedimiento descrito en el art. 5º, §3º, de la Constitución, a su vez, gozan de estatus de enmienda constitucional[63].

Brasil ratificó e incorporó gran parte de los principales tratados en materia de derechos humanos en vigor hoy. Esto incluye tratados en el ámbito del sistema ONU, del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y de otras organizaciones internacionales, como el Convenio 169 dela Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales. El único tratado internacional que posee fuerza de norma constitucional es la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo. No obstante, la doctrina entiende que todos los tratados internacionales en materia de derechos humanos deben ser utilizados también como fuente interpretativa de las normas constitucionales[64].

En otras palabras, el respeto a los derechos fundamentales debe ser observado como norma general de conducta en el momento de la evaluación de un acto ilícito. Los tratados internacionales en materia de derechos humanos, a su vez, se equiparan o sirven como fuente interpretativa del contenido de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de 1988. De esta lógica, es posible extraer que las normas contenidas en los tratados internacionales en materia de derechos humanos, de los cuales Brasil forma parte, componen la norma general de conducta que debe ser observada por particulares. De este modo, una conducta culposa por violación de ese deber jurídico que cause daños a otros sería pasible de responsabilización civil y provocaría el deber de indemnizar.

---

62 STF. RE 349.703, Relator Ministro Carlos Britto, Relator de la sentencia Ministro Gilmar Mendes, Segunda Sala, publicado el 05/06/2009.

63 Art. 5º Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los términos siguientes: […] § 3º Los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos que sean aprobados, en cada Cámara del Congreso Nacional, en dos turnos, por tres quintos de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales.

64 NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2014. P. 454

La conclusión es fruto de una interpretación sistemática del trato que se confiere a los derechos fundamentales en el régimen jurídico de responsabilidad civil y al papel que debe desempeñar el derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico brasileño. No obstante, esta construcción no está expresa en el texto legal y no fue objeto de decisiones judiciales. Menos clara, todavía, sería su aplicación a las actividades de las instituciones financieras.

El BNDES llegó a ser nombrado como reo en una acción judicial que discutía el uso de mano de obra esclava y tráfico internacional de personas en la construcción de una fábrica de caña de azúcar en Angola[65]. El Ministerio Público de Trabajo (MPT) requirió su inclusión en el polo pasivo de la demanda, fundamentándose en que la obra, conducida por Odebrecht, había recibido financiamiento del Banco. Sin embargo, el Juicio entendió no tener pruebas suficientes del financiamiento del BNDES para aquel emprendimiento específico y declinó el pedido del MPT sin entrar en la importancia de la responsabilidad de las instituciones financieras.

En sentido similar, el Ministerio Público Federal (MPF) procesó una acción judicial contra el BNDES buscando la responsabilización por los daños causados al pueblo indígena *Xikrin* por la construcción de la planta hidroeléctrica de Belo Monte. El fundamento para la inclusión en el polo pasivo, también en este caso, fue el hecho del Banco ser el financiador del emprendimiento[66]. El caso por el momento espera la apreciación de recurso especial del STJ. No obstante, en sede de apelación, el TRF-1 afirmó la legitimidad pasiva del BNDES fundamentándose en que el juzgado determinó que el Banco se abstuviese de proceder con el traspaso de recursos para el emprendimiento, produciendo efectos en su esfera jurídica[67].

Sin embargo, en ninguno de los casos se habla de la responsabilidad civil de las instituciones financieras por los impactos sociales causados en el contexto de proyectos que reciben su financiamiento. Conforme ya se ha expuesto, existe espacio y fuertes argumentos jurídicos para fundamentar una construcción jurisprudencial en ese sentido. No

---

[65] Proceso nº 0010230-31.2014.5.15.0079, que tramitaba el 2º Juzgado de Trabajo de Araraquara, São Paulo.

[66] Petición inicial disponible en: <http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2013/arquivos/ACP_Xikrin.pdf>. Fecha de acceso el 20 de noviembre de 2017.

[67] TRF-1. Apelación Civil 0000968-19.2011.4.01.3900/PA, Relator Juez Federal de Segunda Instancia Souza Prudente, Quinta Sala, publicado el 14/01/2014.

obstante, hasta el momento, no está claro el papel que las instituciones financieras desempeñan en el deber de reparar daños sociales provocados por sus clientes.

Dado el poder económico de tales entidades y la influencia que ejercen sobre las actividades de sus clientes, es fundamental que se desarrolle la jurisprudencia y la regulación sobre la materia para que se fortalezca la tutela de los derechos humanos y el régimen jurídico de responsabilidad social de las empresas. A ejemplo de la responsabilidad por daño ambiental, esta tutela debe ser pautada en la primacía de la protección de los derechos humanos al mismo tiempo que se tienen en consideración los diferentes grados de responsabilidad de aquellos que contribuyen a la generación de un daño.

La ya referida discusión sobre el «*contrabando legislativo*» que alteraría el régimen de responsabilidad civil por daños ambientales, condicionando la responsabilización de instituciones financieras a la comprobación de dolo o culpa, propició una oportunidad de reflexión sobre las conexiones entre protección legal del medio ambiente y de los derechos humanos. En La visión de organizaciones de la sociedad civil que se posicionaron contrariamente a la materia, el cambio del régimen de responsabilidad civil ambiental de las instituciones financieras repercutiría negativamente sobre los compromisos internacionales de derechos humanos asumidos por Brasil. Más específicamente, las entidades no gubernamentales entendieron que el cambio legislativo acarrearía la violación, por el Estado brasileño, del *principio del no retroceso* en derechos humanos.

Según las organizaciones, el principio del no retroceso, previsto en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966 (PIDESC), del cual Brasil forma parte, impone que los Estados pactantes implementen de forma progresiva los derechos sociales con los que están consagrados[68]. Tal principio establece la prohibición de la realización de actos o adopción de medidas legales

[68] De la misma manera, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (el Protocolo de San Salvador) contiene disposiciones normativas similares a las del PIDESC y a las de otros tratados internacionales de derechos humanos sobre la obligación de los Estados de garantizar la realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales. El propio texto del Protocolo de San Salvador prevé, en su art. 11, que «toda persona tiene derecho a vivir en un ambiente sano y a contar con los servicios públicos básicos», así como que «los Estados parte promoverán la protección y mejora del medio ambiente». Conectas *et. al*, *op. cit.*, p. 7.

que disminuyan el nivel de protección de los derechos fundamentales. Esta obligación vincula al legislador ordinario y limita su libertad para revocar o alterar normas infraconstitucionales que vacíen o reduzcan el contenido de los derechos fundamentales establecidos por la Constitución. En este sentido, la medida combatida, aunque no se tratase de una revocación explícita, sería un cambio destinad a volver «inoperantes» las reglas de derecho ambiental brasileño[69].

4 Perspectivas para el avance de la agenda de derechos humanos en el sistema financiero nacional

El sistema financiero es complejo tanto en lo que se refiere a su arquitectura legal y regulatoria como a su propio funcionamiento. Los intermediarios financieros y todos los demás agentes que operan en los mercados financieros forman una red intrincada de relaciones de interdependencia e interconexiones, haciendo que este sector tenga un carácter *sui generis* frente a otros sectores de la economía en lo que atañe a la manera de ser regularlo tanto en el plano nacional como internacional[70].

En este contexto, las reformas que tengan como fin alterar el *modus operandi* del sistema financiero para inducirlo a funcionar en total conformidad con los principios y valores de derechos humanos tendrían necesariamente que enfrentar la complejidad que le es inherente, así como abarcar una serie de subdominios de alta especialización técnica, como los mercados de derivados financieros, la regulación de asignación de capital y el *shadow banking system*[71]. El reto es, por

[69] *In verbis*: El veto a este retroceso para el medio ambiente alcanza, además de a medidas destinadas a extinguir una norma protectora del medio ambiente, situaciones en las que el recurso se manifiesta a través de artificios legislativos o debilitación de políticas públicas que, en la práctica, reducen el nivel de protección. Según Michel Prieur, «la "desreglamentación" del medio ambiente se produce no solo por la derogación expresa de reglas de Derecho Ambiental, sino también por la reducción o transformación de las reglas en vigor, de manera que las vuelven inoperantes». Conectas *et al*, *op. cit.*, pp. 5-7.

[70] Sobre la regulación bancaria el riesgo sistémico, véase: Borges, Caio. Banco Central e a Administração de Crises Bancárias. Dissertação de Mestrado, FGV Direito SP, 2014. Disponible en: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11815/Dissertacao.Caio.Borges.Bacen.Crises.Bancarias.pdf>. Fecha de acceso el 22 noviembre de 2017. Lupo Pasini, F. The Logic of Financial Nationalism: The Challenges of Cooperation and the Role of International Law. Traducción. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

[71] De especial relevancia para este debate es el informe presentado por el Relator Especial de la ONU, Philip Alston, ante la Asamblea General de la ONU, sobre pobreza extrema

lo tanto, inmenso. La crisis financiera de 2008 mostró que existe un abismo entre la regulación financiera y los derechos humanos. Los productos y servicios financieros no solo no incorporan una evaluación de derechos humanos, sino que también la arquitectura global del sistema financiero es altamente disociada de todo el régimen jurídico internacional de los derechos humanos, operando bajo su propia lógica. Los efectos negativos de esa rígida separación pudieron sentirse con bastante intensidad por aquellos que vieron sus derechos básicos violados, como los propietarios de inmuebles que se vieron privados del derecho a una vivienda, y todos los grupos vulnerables que se vieron desamparados cuando la recesión global ocasionada por el colapso de los mercados financieros forzó el corte de programas y debilitó la red de protección social tanto en países desarrollados como aquellos en vías de desarrollo. Este es un debate necesario, que va más allá del propósito de este artículo[72].

Sin desconsiderar el aspecto sistémico y estructural levantado por autores como David Kinley y Mary Dowell-Jones, que merece un trato adecuado por la legislación y políticas públicas, las medidas que busquen internalizar en las operaciones de las instituciones financieras la perspectiva de derechos humanos ya pueden contribuir significativamente al avance de este tema. Para ello, se proponen, en esta parte final, medidas que se dividen en dos frentes: 1) la mejora del cuadro normativo vinculante y voluntario y su respectiva supervisión; y 2) la diseminación de prácticas de debida diligencia en el sector financiero.

---

y derechos humanos, en el cual hizo duras críticas sobre el posicionamiento histórico del Banco Mundial ante el derecho internacional de los derechos humanos. En las palabras del Relator Especial, «para la mayoría de los fines, el Banco Mundial es una zona libre de derechos humanos. En sus políticas operacionales, especialmente, el banco trata los derechos humanos más como una enfermedad infecciosa que como valores y obligaciones universales». Disponible en: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/70/274>. En la misma línea, el Relator Especial de la ONU por un orden global más justo y equitativo, Alfred de Zaya, llamó la atención sobre los efectos adversos de la resistencia del Fondo Monetario Internacional (FMI) y del Banco Mundial desconsiderando criterios de derechos humanos en sus operaciones de asistencia financiera urgente para países en situación de dificultad y en los préstamos a países para proyectos de desarrollo. Disponible en: <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22256&LangID=E>.

[72] Para un análisis detallado del asunto, véase: DOWELL-JONES, M. Financial Institutions and Human Rights. Human Rights Law Review, v. 13, n. 3, p. 423-468, 2013; DOWELL-JONES, M.; KINLEY, D. Minding the Gap: Global Finance and Human Rights. Ethics & International Affairs, v. 25, n. 02, p. 183-210, 2011.

4.1 Elevando normas regulatorias y de RSC en el sistema financiero nacional: derechos humanos como guía para iniciativas entre partes interesadas

La Resolución N° 4.327/2014, editada por el Consejo Monetario Nacional (CMN) y hecha pública por el Banco Central de Brasil, fue una innovación reciente recibida con relativo entusiasmo, y que instituyó un nuevo régimen regulatorio de responsabilidad socioambiental para las instituciones financieras en Brasil. La resolución determinó que las instituciones financieras autorizadas a operar en Brasil deberían 1) elaborar una Política de Responsabilidad Socioambiental (PRSA) —o proceder a su actualización en el caso de que ya la hubiesen elaborado—; 2) instituir sistemas de gobernanza y rutinas administrativas para la internalización de la PRSA en los procesos internos; y 3) elaborar un plan de acción con actuaciones concretas para la implementación de la PRSA, que debería ser sometido al BCB. Para la implementación de esas obligaciones, la norma dispone que las instituciones financieras deben guiarse por los principios de la relevancia y de la proporcionalidad.

Relativamente al contenido de la PRSA, la Resolución N° 4.327 estableció que esta debería contemplar: a) directrices para acciones socioambientales en los negocios y en la relación con las partes interesadas; b) directrices para identificación, evaluación y gestión del riesgo socioambiental; c) directrices de gobernanza para garantizar la implantación, monitoreo y evaluación de la efectividad de las acciones establecidas.

La medida del BCB vino, sin embrago, con una serie de vacíos. Además de los requisitos acabados de listar, de carácter nítidamente genérico, la regla no trae ninguna exigencia sustantiva con respecto al contenido de las PRSA o de los planes de acción[73]. Hay algunos criterios específicos para la gestión del riesgo socioambiental (Art. 6°), pero no hay un tratamiento sistemático entre el riesgo socioambiental incorporado en la oferta de diferentes productos y servicios financieros y las medidas necesarias para su evaluación y mitigación. La medida fue criticada por ser de carácter genérico y formal, lo que la exime de directrices de mérito sobre aspectos indispensables a la propia naturaleza

[73] BORGES, Caio; GARZON, Biviany. Resolução dá um passo aquém das necessidades. Valor Económico, 9 de junio de 2014. Disponible en: <http://www.valor.com.br/opiniao/3578076/resolucao-da-um-passo-aquem-das-necessidades>. Fecha de acceso el 22 de noviembre de 2017.

de la materia y, además, no contiene criterios objetivos y verificables para medir los riesgos socioambientales de las operaciones financieras[74]. Para las entidades de la sociedad civil, un aspecto preocupante fue el cambio promovido en la regla en su primera versión de 2012, sometido a un proceso de audiencia pública, respecto al compromiso externo y a la participación de las partes interesadas en la confección de la PRSA. Según las ONG Conectas e Instituto Socioambiental, la Resolución N° 4.327 retrocede al restringir las partes interesadas a clientes, usuarios, comunidad interna, y aquellos que, conforme evaluación de la institución, sean impactados por sus actividades (sic)[75]. En la visión de las organizaciones, se ignoró la complejidad de la definición de impactados y se perdió una importante oportunidad de envolver a diferentes actores, como agentes públicos, comunidades locales y sociedad civil organizada, en el proceso de construcción y control social de PRSA consistentes y eficientes[76].

El abordaje enfocado en procesos, y no en reglas sustantivas, tendría por objetivo inserir el tema de la responsabilidad socioambiental de una forma gradual, «nivelando» mínimamente las prácticas de los diferentes tipos de entidades que operan en el sistema financiero nacional[77]. El abordaje brasileño contrasta, sin embargo, con la norma de responsabilidad socioambiental editada por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones de Perú, en 2015. La regla aprobada por la autoridad financiera peruana contiene una disciplina considerablemente más detallada que la resolución del BCB en lo que respecta a elementos básicos constitutivos de responsabilidad socioambiental. Entre ellos, requisitos de realización de debida diligencia, incluso a través de la exigencia de que las instituciones financieras soliciten de los prestatarios planes de acción para la mitigación de impactos ambientales y sobre pueblos indígenas[78]; criterios de reporte y divulgación de informaciones relevantes, las cuales deben facilitarse a las comunidades afectadas en el idioma local

[74] *Id.*

[75] *Id.*

[76] *Id.*

[77] BORGES, Caio. Finance and Human Rights: Developments in Brazil and Peru, Oxford Human Rights Hub. Disponible en: <http://ohrh.law.ox.ac.uk/finance-and-human-rights-developments-in-brazil-and-peru/>. Fecha de acceso el 24 de noviembre de 2017.

[78] Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones de Perú. Resolución 1928-2015. Art 9.c, 13.a y 16.

y de modo culturalmente adecuado[79]; parámetros de comprobación de la conformidad legal, incluso ante normas internacionales[80]; procesos de consulta para las comunidades afectadas que sean continuados, estructurados y culturalmente adecuados[81]; y la exigencia de que la institución financiera actúe, en ciertos casos, junto al tomador de préstamo para que este cree un mecanismo para el recibimiento y gestión de denuncias de partes que se sientan negativamente impactadas por sus operaciones[82]. La resolución establece, también, exigencias de monitoreo de la actividad del prestatario y, en proyectos de alto riesgo social, la contratación de un revisor independiente[83].

Parte de los vacíos de la resolución del BCB se rellenó con la autorregulación de Febraban, editada por medio de la norma SARB 14/2014[84]. Esta especificó, entre otros aspectos, la operacionalización de la Resolución sobre la oferta de algunos productos y servicios y delineó directrices de debida diligencia en casos frecuentes o sensibles de posible materialización de riesgo socioambiental en el sector financiero. Es el caso de inmuebles dados como garantía que pueden estar con el suelo contaminado por residuos tóxicos. La autorregulación abarcó, además, la auditoría ambiental conducida en los casos de participación societaria relevante, entendida como aquella que asegure a la institución preponderancia en las deliberaciones sociales, poder de elegir o destituir a la mayoría de los administradores, control operacional efectivo o control societario. En estas situaciones, la norma prevé que la institución financiera debe evaluar pasivos socioambientales, el cumplimiento de la legislación socioambiental y «siempre que sea posible» a los proveedores directos y relevantes de la compañía.

A pesar de la ausencia de criterios sustanciosos para guiar la elaboración de las políticas socioambientales de las instituciones financieras y los respectivos planes de acción, hay oportunidades para convertir el proceso de implementación práctica de la Resolución N° 4.327/2014 en un esfuerzo compartido de elevación de las normas de responsabilidad socioambiental y de respeto a los derechos humanos

---

79 *Id.* Art 9.e, 18 y 19

80 *Id.* Art 9.b, 13 y 17.a

81 *Id.* Art 9.e

82 *Id.* Art 9.f

83 *Id.* Art 11

84 Febraban. Normativa SARB 014/2014. Disponible en: <http://cms.autorregulacaobancaria.com.br/Arquivos/documentos/PDF/Normativo%20014%20SITE.pdf>. Fecha de acceso el 24 de noviembre de 2017.

en el sector financiero brasileño. Para ello, el órgano regulador, el Banco Central, y las propias instituciones financieras, individualmente o mediante iniciativas a nivel sectorial —es decir, a través de entidades representativas como Febraban— pueden adoptar medidas concretas.

En primer lugar, es de la más alta importancia que la autoridad financiera y las instituciones financieras objeto de la regulación actúen con la mayor transparencia posible sobre el progreso realizado en la implementación de la resolución. No existe uniformidad en la divulgación de las informaciones, sea al respecto de los planes de acción o incluso de la propia PRSA, una exigencia clara de la norma del BCB. Algunas instituciones financieras mencionan la Resolución N° 4.327/2014 en sus informes de sostenibilidad, pero sin ofrecer mayores detalles sobre acciones concretas realizadas para su incorporación efectiva en las rutinas operacionales y políticas internas. En el asunto transparencia, un ejemplo de buena práctica adoptada tras acciones de la sociedad civil puede encontrarse en el BNDES. El banco de fomento facilita en su página de internet la PRSA y el plan de acción diseñado tras la adopción de la nueva política[85]. En el plan, el BNDES delinea las acciones adoptadas y planeadas en diferentes niveles y esferas organizacionales, cubriendo acciones de reformulación de gobernanza interna —como la creación de un Comité de Sostenibilidad—, entrenamiento de departamentos internos y creación de nuevas metodologías para la incorporación de la cuestión socioambiental en el desarrollo de productos y oferta de crédito. A pesar de los avances, la sociedad civil organizada expuso sus críticas sobre la manera no participativa en la que el BNDES actualizó su PRSA, y sobre las reformas consideradas como insuficientes para la readecuación de las prácticas de evaluación y el seguimiento de los impactos socioambientales con el sentido de prevenir, mitigar y reparar casos de violaciones a derechos humanos y socioambientales en los proyectos apoyados por la institución[86].

Como el tema de la responsabilidad socioambiental ha ganado importancia en la agenda reguladora y de fiscalización emprendida por

[85] BNDES. Plan de Implementación de la Política de Responsabilidad Social y Ambiental. Disponible en: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/quem-somos/responsabilidade-social-e-ambiental/o-que-nos-orienta/politicas/plano-implementacao-prsa>. Fecha de acceso el 23 de noviembre de 2017.

[86] Borges, C.; Cardoso, A.; Rodríguez, M. E. (orgs.) Política Socioambiental do BNDES: Presente e Futuro. Brasília. Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2015, pp. 121-140.

el Banco Central, el órgano debe comunicar con más transparencia sus acciones en este dominio específico. En este sentido, la autoridad podría tratar el asunto con más regularidad y estandarización en sus informes periódicos sobre la salud y firmeza del sistema financiero nacional. La prestación de cuentas institucionalizada sobre el progreso del sector financiero en la absorción de mejores prácticas de responsabilidad socioambiental agregaría legitimidad al desempeño de las atribuciones del propio BCB y reduciría la asimetría informacional que existe entre los actores «internos» y «externos» al sistema. En esta línea, la divulgación de los criterios y de los resultados de las evaluaciones de progreso del cumplimiento de la Resolución N° 4.327/2014 y de otras normativas de cuño socioambiental son esenciales para un control social y democrático sobre la agenda de responsabilidad socioambiental en el sistema financiero brasileño.

Complementariamente a la actuación del Banco Central, las iniciativas voluntarias de múltiples actores pueden contribuir al avance del sistema de responsabilidad socioambiental del sector financiero. Este modelo fue implementado en Holanda, donde la Asociación Holandesa de Bancos, el Ministerio de Finanzas y el Ministerio de Comercio Exterior, federaciones de sindicatos y organizaciones de la sociedad civil firmaron el Acuerdo del Sector Bancario Holandés sobre conducta corporativa responsable en relación con los derechos humanos (*Dutch Banking Sector Agreement*). El acuerdo utiliza como referencia los Principios Rectores sobre Derechos Humanos y Empresas de la ONU, y establece una serie de responsabilidades para las instituciones financieras como la implementación de procedimientos de debida diligencia —incluyendo estudios de impacto, consulta a los afectados, exigencias de reporte con relación a clientes—[87]; la creación y el monitoreo de planes para tratar los impactos de los proyectos sobre derechos humanos[88]; en algunos casos, la inclusión de cláusulas sobre derechos humanos en contratos de financiamiento, previendo incluso la posibilidad de término de la relación de financiamiento en el caso de que los compromisos de derechos humanos sean incumplidos[89]; y la publicación de información relativa a la implementación de los compromisos anteriores, así como el desarrollo de otras medidas,

[87] Sociaal-Economische Raad. Dutch Banking Sector Agreement on international responsible business conduct regarding human rights. 2017. Capítulo 4.3.

[88] *Id.*

[89] *Id.*

como indicadores y desagregación geográfica de datos, para aumentar la transparencia[90]. El acuerdo prevé también que las instituciones financieras deben crear mecanismos de denuncia[91]; remediar o cooperar en la corrección de violaciones con las cuales tengan una relación de causa o contribución[92]; y exigir que los prestatarios implementen mecanismos de denuncia[93];

Para verificar el cumplimento de estos compromisos, el Acuerdo del Sector Bancario Holandés establece una estructura de gobernanza, compuesta por un Comité Director de múltiples actores[94]. Además de otras actividades, dicho Comité es responsable de la implementación del acuerdo, así como de la evaluación de las informaciones anualmente presentadas por los bancos adheridos. Estas evaluaciones son enviadas a un Comité de Monitoreo independiente con competencia para requerir informaciones adicionales y elaborar informes sobre la implementación del acuerdo[95]. En el caso de que surjan disputas entre las partes del acuerdo sobre el cumplimiento de los compromisos convenidos, el acuerdo prevé un mecanismo de solución de controversias, gestionado por el Comité Director, cuyo resultado puede consistir en una declaración pública exigiendo el cumplimiento y, en el caso de que esta demanda no sea atendida, la expulsión de la parte infractora[96].

4.2 Deber de las instituciones financieras de realizar la debida diligencia en derechos humanos

Complementariamente a las medidas delineadas anteriormente, las instituciones financieras deben activamente inserir derechos humanos en los procesos de concesión de préstamos mediante la realización de debida diligencia durante el ciclo del proyecto. Es decir, al igual que otros actores del sector privado, deben implementar mecanismos para identificar impactos sobre derechos humanos, prevenirlos, mitigarlos y, si fuese el caso, remediarlos.

---

90 *Id.* Capítulo 6
91 *Id.* Capítulo 1.4 y 1.5
92 *Id.* Capítulo 7.1
93 *Id.* Capítulo 7.3
94 *Id.* Capítulo 13.1
95 *Id.* Capítulo 13.2
96 *Id.* Capítulo 13.3

Como se ha visto, las empresas pueden producir impactos negativos sobre derechos humanos por medio de relaciones de causa, contribución y relación directa. La debida diligencia en derechos humanos tiene el objetivo de actuar ante la posibilidad de que el banco, en caso concreto, cause, contribuya o esté directamente relacionado con violaciones de derechos humanos. Para ello, el proceso de debida diligencia se compone de cuatro etapas: la evaluación —que tiene como fin identificar posibles impactos—, la integración —es decir, la adopción de medidas de prevención y control de impactos—, el monitoreo y la prestación de cuentas[97]. Aunque estas etapas obedezcan una lógica secuencial, no son independientes y no se encierran en sí. Al contrario, las etapas deben comunicarse y continuar produciéndose simultáneamente. Por ejemplo, la etapa de monitoreo puede llevar a la identificación de nuevos impactos, que no habían sido previstos durante la evaluación, esta constatación, a su vez, debe alimentar el proceso de debida diligencia nuevamente, dando origen a nuevos estudios, medidas de prevención y, eventualmente, corrección. En este sentido, la identificación y evaluación de impactos no solo debe iniciar la debida diligencia, sino también debe seguir dándose de modo continuo.

Para que sea completo, el proceso de identificación de impactos no se debe cerrar en sí, sino buscar permanentemente informaciones provenientes de diferentes actores sociales. Son relevantes, por ejemplo, las noticias de la prensa, las denuncias procedentes de la sociedad civil o las acciones judiciales interpuestas contra el proyecto. Todas estas fuentes de información contribuyen a la identificación de impactos y a la consecuente evaluación de la responsabilidad del financiador. El mecanismo de debida diligencia debe abrirse y alimentarse de esas fuentes, bajo pena de no incorporar todos los impactos sentidos por la comunidad y, consecuentemente, no actuar en conformidad con las obligaciones del financiador y dar margen a su posterior responsabilización. En este sentido, la mera ausencia de notificación formal del financiador no lo exime de responsabilidad por la violación sobre la cual tenía o debería tener conocimiento por otros medios.

Tras la identificación de los impactos, las medidas más apropiadas dependen de la naturaleza de la relación entre el financiador y la eventual violación de derechos humanos, conforme con la

[97] FGV. Evaluación de Impacto en Derechos Humanos. Disponible en <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/guia_de_avaliacao_de_impacto_em_direitos_humanos.pdf>. Fecha de acceso el 20 de noviembre de 2017.

tipología presentada en la primera sección —causar, contribuir y estar relacionado—, y atienden también a las obligaciones derivadas del ordenamiento doméstico. Hay que resaltar que en los casos en los que el financiador no contribuyó, pero está directamente relacionado con las violaciones de derechos humanos, los Principios Rectores estipulan que este debe usar su influencia junto al ejecutor del proyecto para prevenir, mitigar o hacer cesar las violaciones. Si el financiador no posee influencia, debe intentar aumentarla. En el caso de que no sea posible aumentar su influencia, debe considerar cancelar el financiamiento —considerando siempre los impactos que esa medida tendría sobre los derechos humanos—. Para que esto sea posible, es recomendable que los contratos prevean la posibilidad de cancelación o suspensión de la relación de financiamiento debido a violaciones de derechos humanos[98].

Por último, el monitoreo de los impactos de un proyecto debe envolver mecanismos de denuncia y reclamación[99]. El financiador puede establecer sistemas de queja propios, puede colaborar con otros actores para establecer mecanismos sectoriales, o incluso puede exigir que el ejecutor del proyecto cree un sistema de quejas *in loco*. En todos los casos, para que sean considerados eficaces, estos instrumentos no judiciales de denuncia necesitan ser legítimos, accesibles, equitativos y transparentes[100]. Los mecanismos a nivel operacional

[98] OHCHR. Response to request from BankTrack for advice regarding the application of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights in the context of the banking sector. Disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/InterpretationGuidingPrinciples.pdf>. Fecha de acceso el 20 de noviembre de 2017.

[99] Principio 29 Para que sea posible atender rápidamente y reparar directamente los daños causados, las empresas deben establecer o participar en mecanismos de denuncia eficaces de nivel operacional a disposición de las personas y comunidades que sufran los impactos negativos.

[100] Principio 31 Para garantizar su eficacia, los mecanismos no judiciales de denuncia, tanto estatales como no estatales, deben ser: a) Legítimos: suscitar la confianza de los grupos de interés a los cuales están destinados y responder por el correcto desarrollo de los procesos de denuncia; b) Accesibles: ser conocidos por todos los grupos interesados a los cuales están destinados y prestar la debida asistencia a los que puedan tener especiales dificultades para acceder a ellos; c) Predecibles: disponer de un procedimiento claro y conocido, con un plazo indicativo de cada etapa, y aclarar los posibles procesos y resultados disponibles, así como los medios para supervisar la implementación; d) Equitativos: asegurar que las víctimas tengan un acceso razonable a las fuentes de información, asesoramiento y conocimientos especializados necesarios para iniciar un proceso de denuncia en condiciones de igualdad, con plena información y respeto; e) Transparentes: mantener informadas a las partes en un proceso de denuncia de su evolución, y ofrecer suficiente información sobre el desempeño del mecanismo, con vistas a fomentar la confianza en su eficacia y salvaguardar el interés público que esté en juego; f) Compatibles con los derechos: asegurar que los resultados y las reparaciones estén en conformidad con los derechos humanos internacionalmente reconocidos; g) Una fuente de aprendizaje continuo: adoptar las medidas pertinentes

son importantes no solo para garantizar la corrección de eventuales violaciones, sino también para orientar la acción futura del financiador en la identificación, prevención y mitigación de violaciones. Con este objetivo, es fundamental que haya una preocupación por el registro, análisis, reporte de las reclamaciones y las eventuales reparaciones.

Es fundamental que el proceso de debida diligencia no sea considerado una mera formalidad en el financiamiento de proyectos, sino que verdaderamente integre la toma de decisión de las instituciones financieras[101]. Es decir, las cuestiones ambientales, sociales y de gobernanza deben informar sobre la definición de planes estratégicos, la elección de prioridades, la aprobación de pedidos de financiamiento, la determinación de sus condiciones y la relación con el tomador del préstamo.

Cabe resaltar que las cuestiones de derechos humanos no necesitan ser incorporadas meramente bajo una perspectiva negativa, con el objetivo de no causar daños. Los proyectos que promuevan el desarrollo local, además de estar alineados con el movimiento de la comunidad internacional por el desarrollo sostenible[102], ofrecen un menor riesgo de sufrir paralizaciones y de generar responsabilización por violaciones de derechos humanos por daños ambientales. En este sentido, los proyectos con impactos positivos que concreticen una visión amplia de sostenibilidad podrían tener acceso a incentivos o condiciones favorables de financiamiento[103].

5 Conclusiones

Este artículo pretende arrojar luz sobre las obligaciones de las instituciones financieras con los derechos humanos a partir del

---

para identificar experiencias con el fin de mejorar el mecanismo y prevenir denuncias y daños futuros; Los mecanismos de nivel operacional también deberían: h) Basarse en la participación y en el dialogo: consultar a los grupos interesados, para los cuales esos mecanismos están destinados, sobre su concepción y su desempeño, con especial atención al dialogo como medio para abordar y resolver las denuncias.

[101] Véase, por ejemplo: Principios de las Naciones Unidas para la Inversión Responsable. Disponible en <https://www.unpri.org/about>. Fecha de acceso el 20 de noviembre de 2017.

[102] Véase, por ejemplo: Objetivos del Desarrollo Sostenible. Disponible en <https://nacoesunidas.org/pos2015/>. Fecha de acceso el 20 de noviembre de 2017.

[103] Véase: BORGES, Caio; COSTA VASQUEZ, Karin. ROYCHOUDHURY, Supriya. Building Infrastructure for 21st Century Sustainable Development. Disponible en: <http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Building%20Infrastructure%20for%2021st%20Century.pdf>. Fecha de acceso el 20 de noviembre de 2017.

cotejamiento entre los instrumentos internacionales de derechos humanos y el régimen de responsabilidad civil brasileño y sobre las obligaciones procedentes del aparato regulatorio —como la Resolución N° 4.327/2014 del BCB— y de la autorregulación privada acerca de responsabilidad socioambiental de las instituciones financieras en el país.

El análisis comparado y sistemático entre las normas internacionales de empresas y derechos humanos, especialmente los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, y el régimen de responsabilidad civil por daños ambientales en Brasil lleva a algunas conclusiones. La primera es que los principios del derecho ambiental positivados en el ordenamiento jurídico brasileño, como el del contaminador-pagador y el de la precaución, confieren un alto grado de protección jurídica al medio ambiente y sirven como ancla interpretativa para determinar que los financiadores pueden ser encuadrados como contaminadores indirectos y, por lo tanto, están sujetos a responder solidaria y objetivamente por daños ambientales. A pesar de esto, todavía no hay una decisión definitiva del sistema judicial patrio sobre el asunto, de modo que hay visiones que propugnan la responsabilidad subjetiva, sujeta a la comprobación de que la institución financiera actuó de manera negligente, en desacuerdo con la norma de conducta exigida por ley. A favor de esa interpretación está el argumento de que la responsabilidad objetiva y solidaria distorsiona la actividad de intermediación financiera, aumenta la inseguridad jurídica y encarece el coste del crédito. La perspectiva favorable al régimen de responsabilidad objetiva y solidaria entiende que «rebajar» la actual norma de responsabilidad generaría un desincentivo para la incorporación progresiva de prácticas de responsabilidad socioambiental por parte de las instituciones financieras, aumentando así el riesgo sistémico debido a la ausencia de mecanismos efectivos de control.

Tanto en un caso como en otro, permanece, en la actual estructura jurídica brasileña, un vacío sobre los deberes y obligaciones de las instituciones financieras por la prevención y reparación de violaciones a los derechos fundamentales producto de sus operaciones de financiamiento. En este sentido, la tipología de la norma internacional de referencia —los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos— debe ser vista con reservas, ya que puede servir para limitar indebidamente la responsabilidad de las instituciones financieras, en contradicción así con el postulado básico del derecho internacional

de los derechos humanos que afirma que las violaciones deben ser integralmente reparadas, mediante el uso de los diversos tipos de soluciones disponibles, inclusive mecanismos de no repetición, restitución, rehabilitación y compensación.

No se puede olvidar la importancia de sopesar la libre iniciativa empresarial con el imperativo desarrollo sostenible, se debe tener en cuenta que la determinación del grado de responsabilidad ambiental en un nivel adecuado con la distribución de los riesgos de las actividades empresariales constituye una garantía para la protección jurídica eficaz de los derechos fundamentales, en razón de la interrelación entre derechos ambientales y humanos. El derecho a un medio ambiente saludable es reconocidamente un derecho humano de la presente generación y de las futuras. En este sentido, el reconocimiento de que las instituciones financieras son portadoras de obligaciones específicas con relación a los derechos humanos es fundamental para la concretización de los derechos y las garantías individuales, así como para los demás derechos económicos, sociales y culturales inscritos en la Constitución Federal de 1988.

Con el fin de hacer posible un avance pragmático y al mismo tiempo centrado en la primacía de los derechos humanos, este artículo propuso acciones para la progresiva incorporación de la agenda de derechos humanos en el debate y en los marcos de responsabilidad socioambiental del sistema financiero nacional. Para las propias instituciones financieras, el paso fundamental que debe darse es la adopción de herramientas que permitan la realización de la debida diligencia en derechos humanos, con base en los Principios Rectores y en otros referenciales relevantes, como las Directrices de la OCDE sobre Empresas Multinacionales y las reglas de carácter voluntario, como la ISO 26000. En el punto central de cualquier esfuerzo del sector financiero para aumentar sus mecanismos de evaluación, mitigación y reparación de violaciones de derechos humanos debe estar la preocupación constante de que las medidas sean adoptadas en el ámbito de procesos participativos y transparentes. Hay claras oportunidades de avanzar en el tema aprovechando los procesos ya en curso, como la implementación de la Resolución N° 4.327/2014, sobre todo sus planes de acción, que deben ser hechos públicos por las instituciones financieras.

Por último, se propuso que la elevación de las normas de derechos humanos en cuanto a la regulación y autorregulación del sector financiero venga acompañada de iniciativas inclusivas para las diversas partes interesadas, como gobierno, sociedad civil, entidades

sindicales, instituciones financieras y comunidad de inversores responsables. Se resaltó el papel fundamental del Banco Central como órgano regulador y supervisor en la promoción de la transparencia de las cuestiones socioambientales, en el monitoreo de la conformidad con las reglas establecidas y en la internalización de los parámetros más elevados de protección ambiental y respeto a los derechos humanos por el sistema financiero nacional.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BORGES, Caio; NABUCO, Joana. Responsabilidad de las instituciones financieras por violaciones de derechos humanos: un diálogo entre el derecho internacional y el ordenamiento jurídico brasileiro. In: GOMES, Rafael de Araújo et al. (Coord.). *La responsabilidad social de las instituciones financieras y la garantía de los derechos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 109-151. ISBN 978-85-450-0611-4.

LA RESPONSABILIDAD DE LOS BANCOS DE RESPETAR LOS DERECHOS HUMANOS SEGÚN LOS PRINCIPIOS RECTORES SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS

RACHEL DAVIS

1 Introducción

En 2011, El Consejo de Derechos Humanos de la ONU aprobó, por unanimidad, los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Principios Rectores), que desde entonces vienen ganando destaque en la agenda de muchas empresas, gobiernos, inversores, organizaciones internacionales y sociedad civil. Instituciones financieras líderes tanto en el sector público como en el privado se cuestionan cada vez más si sus abordajes de gestión de riesgos ambientales y sociales son suficientes para atender las nuevas expectativas. Los Principios Rectores esperan que las empresas eviten y enfrenten, de forma proactiva, los riesgos a aquellas personas relacionados directamente con sus operaciones, y realicen la debida diligencia (*due diligence*) en derechos humanos. Con base en el trabajo de Shift para poner en práctica los Principios Rectores con varias de esas instituciones financieras, este artículo explora la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos en consonancia con los referidos Principios Rectores y describe algunos de los desdoblamientos internacionales más recientes en la integración de esas expectativas a las políticas y a los procesos de las instituciones financieras.

La Parte A explica la formulación de los Principios Rectores y describe los tres pilares que los sustenta: El Deber del Estado de Proteger, la Responsabilidad de las Empresas de Respetar y el Acceso a la Reparación. La Parte B discute los conceptos centrales que fundamentan las expectativas con relación a las empresas en los Principios Rectores, presentando algunos ejemplos de cómo estos se aplican específicamente a los bancos. La Parte C examina sucintamente las tendencias generales en la adopción global de los Principios Rectores, antes de focalizar específicamente los desdoblamientos en el espacio de las instituciones financieras públicas y privadas.

2 Elaboración de los Principios Rectores[1]

Aunque sean el principal motor de crecimiento económico y creación de empleo en todo el mundo, las empresas también pueden representar riesgos para los derechos humanos, causando daños tanto a personas como a sí mismas. Las acciones y decisiones de las empresas pueden afectar, tanto positiva como negativamente, al ejercicio de las personas por sus derechos humanos. Las empresas pueden afectar a los derechos humanos de sus empleados y prestadores de servicios, a los trabajadores de sus cadenas de suministro, a las comunidades adyacentes a sus operaciones, así como a clientes y usuarios finales de sus productos o servicios. Pueden causar un impacto —directamente o a través de sus relaciones comerciales— en prácticamente todo el espectro de los derechos humanos.

Al final de 1990, a pesar del creciente reconocimiento internacional de la relación directa entre operaciones comerciales y daños a los derechos humanos, había una clara falta de consenso sobre cuáles serían las responsabilidad de las empresas en el caso de impactos en las personas. Así, en 2005 el Secretario General de la ONU encargó al Profesor John Ruggie, de la Escuela de Gobierno Kennedy de la Universidad de Harvard, ir más allá de lo que se había convertido en un debate polarizado sobre las responsabilidades de las empresas en materia de derechos humanos, e identificar formas prácticas de enfrentar

[1] La sección siguiente se basa en la publicación conjunta de Shift, Oxfam y Red del Pacto Global de los Países Bajos titulada *Doing Business with Respect for Human Rights: A Guidance Tool for Companies*, 2016, disponible en https://www.businessrespecthumanrights.org, de la cual Shift fue la principal autora. Las secciones relevantes del referido documento de orientación (2.4-2.6) se basaron en publicaciones anteriores de Shift.

los riesgos para los derechos humanos directamente relacionados con las actividades de las empresas. La intención de John Ruggie era crear un consenso entre las partes interesadas sobre los medios necesarios para alcanzar ese objetivo, realizando consultas en todo el mundo y conduciendo amplios estudios[2].

De ese proceso surgieron los Parámetros «Proteger, Respetar y Remediar», recibidos por unanimidad por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en 2008. Los Parámetros están contenidos en tres pilares complementarios:

- Los Estados tienen el *deber de proteger* a las personas contra los abusos de los derechos humanos cometidos por terceros, incluidas las empresas.
- Las empresas tienen la *responsabilidad de respetar* los derechos humanos, lo que significa abstenerse de infringir los derechos de terceros y enfrentar los impactos negativos en los cuales una empresa pueda estar involucrada.
- Necesidad de *mayor acceso a mecanismos de reparación eficaces* para las víctimas de abusos de derechos cometidos por las empresas, en el ámbito tanto judicial como extrajudicial.

El mandato de John Ruggie fue prorrogado hasta 2011 por el Consejo de los Derechos Humanos de la ONU, con la tarea de operacionalizar y promover los Parámetros de las Naciones Unidas. En junio de 2011, Ruggie presentó los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos y fueron aprobados por unanimidad por el Consejo. En suma, los Principios Rectores profundizan en los tres pilares de los Parámetros como se expone a continuación.

2.1 El deber del Estado de proteger

En relación con el primer pilar, los Principios Rectores presentan recomendaciones de cómo los Estados deben crear un ambiente favorable para que las empresas respeten los derechos humanos, a saber:

- Garantizando una mayor coherencia jurídica y política entre las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos en el ámbito del derecho internacional y sus acciones en relación

[2] Todos los materiales del mandato de Ruggie fueron recopilados y están disponibles en https://business-humanrights.org/en/un-secretary-generals-special-representative-on-business-human-rights.

con las empresas, incluso aplicando la legislación vigente, identificando y corrigiendo cualquier vacío en las políticas o regulaciones y orientando efectivamente a las empresas para el cumplimiento de sus responsabilidades;
- Fomentando el respeto de las empresas por los derechos humanos, tanto en el propio país como en el exterior y donde haya un «nexo entre el Estado y las empresas», sea por medio de empresas de propiedad del Estado o cuando este realiza transacciones comerciales con empresas —crédito a la exportación, apoyo al financiamiento del desarrollo o adquisición de bienes o servicios—;
- Ayudando a garantizar que las empresas que operen en áreas afectadas por conflictos no cometan o contribuyan al cometimiento de abusos de derechos humanos; y
- Cumpliendo el deber de proteger cuando actúen en calidad de miembros de instituciones multilaterales.

2.2 La responsabilidad de las empresas de respetar

La responsabilidad de respetar es una norma global de conducta esperada, ratificada por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU y reflejada en un número creciente de otras normas internacionales sobre conducta empresarial responsable (discutida más abajo). Es la conducta básica que se espera de toda empresa, en toda situación.

En el caso del segundo pilar, los Principios Rectores presentan un plan de acción para las empresas:

- Prevenir y enfrentar los impactos negativos en los derechos humanos en todas sus operaciones —es decir, en sus propias actividades y a través de sus relaciones comerciales—, cuando los causasen o contribuyesen a causarlos o cuando un impacto estuviese directamente relacionado con sus operaciones, sus productos o servicios como consecuencia de sus relaciones comerciales —estos conceptos serán explicados más detalladamente en la próxima sección—;
- «Conocer» los derechos humanos y «demostrar» que los respetan, incluso mediante procesos efectivos de debida diligencia en derechos humanos (*human rights due diligence*); y
- Entender cómo los contextos en los que operan pueden afectar el riesgo de implicación en daños graves a los derechos humanos.

2.3 Acceso a mecanismos de reparación eficaces

Incluso cuando Estados y empresas operan en el nivel ideal, los impactos negativos en los derechos humanos podrían ocurrir, y los individuos y las comunidades afectados deben tener condiciones de buscar la reparación. Los mecanismos de denuncia eficaces desempeñan un papel importante tanto en el deber del Estado de proteger como en la responsabilidad de las empresas de respetar. En cuanto al tercer pilar, los Principios Rectores estipulan cómo estos mecanismos de denuncia pueden se fortalecidos por Estados y empresas:

- Como parte de su deber de proteger, los Estados deben tomar las medidas apropiadas para garantizar que, cuando se produjesen los abusos, los afectados tengan acceso a mecanismos de reparación judicial y extrajudicial eficaces;
- Los mecanismos no estatales, incluyendo mecanismos a nivel operacional —como los propios mecanismos de denuncia de las empresas—, a nivel de la industria —mecanismos de denuncias establecidos como parte de iniciativas multisectoriales— y a nivel internacional —mecanismos de denuncia de instituciones financieras internacionales—, deben ser un complemento eficaz para los mecanismos estatales; y
- Los mecanismos de denuncia extrajudiciales deben satisfacer los principales criterios de eficacia.

A partir de la aprobación de los Principios Rectores, se creó un Grupo de Trabajo especializado de la ONU para promover su implementación. En su visita a Brasil, en 2015, el Grupo de Trabajo hizo una serie de recomendaciones al gobierno sobre la urgente necesidad de intensificar los esfuerzos para la implementación de los Principios Rectores en el país[3].

En el Consejo de Derechos Humanos de la ONU también se discutieron los méritos de un tratado internacional vinculante sobre empresas y derechos humanos, y un Grupo de Trabajo intergubernamental está investigando el tema con mayor profundidad[4].

[3] Véase http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20125&LangID=E.

[4] Véase http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOnTNC.aspx.

3 Conceptos Básicos sobre la Responsabilidad de las Empresas de Respetar los Derechos Humanos

Los Principios Rectores ofrecen expectativas básicas para todas las empresas, en todos los lugares. Esto quiere decir que son aplicables a las empresas de cualquier porte, sector, país de operación o domicilio y estructura de propiedad. Esta sección describe algunos de los conceptos fundamentales, aplicables a los bancos; obviamente, estos conceptos también se aplican directamente a los clientes corporativos de los bancos en todos los sectores, ya que tienen su propia responsabilidad de respetar los derechos humanos.

3.1 ¿Qué derechos humanos son relevantes?

Los Principios Rectores dejan claro que las empresas necesitan respetar los «derechos humanos reconocidos internacionalmente», es decir, la Carta Internacional de los Derechos Humanos —constituida por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por el Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos y por el Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales— y la Declaración de la OIT sobre los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo.

Estas normas ofrecen los puntos de referencia básicos para que las empresas entiendan qué son los derechos humanos, cómo sus actividades y relaciones comerciales pueden afectarlos y cómo efectivamente prevenir o mitigar el riesgo de impactos negativos en las personas[5]. Dependiendo de las circunstancias de sus operaciones, las empresas tal vez necesiten considerar normas adicionales de derechos humanos para garantizar el respeto a los derechos humanos de personas que pueden encontrarse en desventaja, marginadas o excluidas de la sociedad y, por tanto, particularmente vulnerables a impactos en sus derechos humanos —puede tratarse de niños, mujeres, pueblos indígenas, miembros de minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas, personas con discapacidad[6], entre otros.

---

[5] Para conocer una herramienta útil para entender cómo las empresas pueden afectar a estos derechos, acceda a: https://www.ungpreporting.org/resources/how-businesses-impact-human-rights/.

[6] Para la relación de esas normas, véase ACNUDH, *The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: An Interpretative Guide*, 2012, p.12, disponible en www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2_En.pdf.

3.2 ¿De qué políticas y procesos las empresas necesitan disponer?[7]

Los Principios Rectores dejan claro que las empresas deben disponer de los siguientes elementos:

- Un compromiso de política pública de respeto a los derechos humanos que cale en toda la organización.
- Procesos de debida diligencia en derechos humanos para:
  - evaluar sus impactos negativos reales y potenciales en las personas;
  - integrar las constataciones y tomar medidas para prevenir o mitigar los impactos potenciales;
  - seguir su desempeño; e
  - informar de su desempeño.
- Procesos para propiciar o permitir la reparación a los perjudicados, en el caso de que la empresa cause o contribuya a causar un impacto negativo.

La debida diligencia en derechos humanos difiere de la gestión tradicional de riesgos comerciales, técnicos y financieros, en la medida en que se concentra en los riesgos para las personas y no apenas en los riesgos para la empresa —aunque haya evidencias crecientes de convergencia entre riesgos para las empresas y riesgos para las personas, especialmente de medio a largo plazo—[8]. Los Principios Rectores dejan claro que los impactos negativos en los derechos humanos deben evaluarse y priorizarse en conformidad con la gravedad del riesgo para las personas. Esto puede ayudar en la asignación de recursos limitados cuando las empresas tienen un gran número de relaciones comerciales, contextos operacionales u otras fuentes de riesgos para los derechos humanos, permitiendo que concentren sus esfuerzos donde el impacto en las personas pueda ser más serio, fundamentándose en la gravedad del daño, en el número de personas afectadas o en el grado en el que un daño puede ser reparado o corregido.

---

[7] Para mayor orientación sobre la implementación de la responsabilidad de respetar, véase Shift, Oxfam y Red del Pacto Global de los Países Bajos.

[8] Véase, por ejemplo, el importante estudio reciente del Banco Interamericano de Desarrollo sobre los costes para las empresas y las economías nacionales provocados por los conflictos comunitarios ocasionados por proyectos de infraestructura mal planeados, particularmente en el caso de consulta inadecuada a la comunidad. El estudio trata 200 proyectos a lo largo de 40 años en la región latinoamericana. Disponible en: https://publications.iadb.org/handle/11319/8502.

Para entender plenamente los riesgos para las personas con las cuales pueden estar involucradas, las empresas necesitan interactuar con las partes interesadas afectadas —también llamadas «titulares de derechos»— o con sus representantes legítimos, es decir, individuos o grupos eventualmente afectados por las operaciones de la empresa, pueden ser, entre otros, trabajadores —sus propios empleados, incluso aquellos con contratos temporales, así como los que trabajan para proveedores—, clientes y usuarios finales de sus productos o servicios y comunidades adyacentes a sus propias instalaciones o a las instalaciones de sus proveedores o clientes. Cuando esta interacción es muy desafiante —como puede ser para muchos bancos—, las empresas necesitarán encontrar otras formas de conocer las perspectivas de aquellos que puedan estar corriendo el riesgo de sufrir daños, con el fin de informar sobre de los esfuerzos que están realizando para llevar a cabo la debida diligencia en derechos humanos, por ejemplo, a través de representantes de confianza, como ONG locales, que expresen las opiniones de las partes interesadas.

Como la debida diligencia en derechos humanos trata de riesgos para las personas, una empresa no puede «compensar» daños a los derechos humanos por un lado, realizando, por otro, buenas acciones como, por ejemplo, construir escuelas o apoyar a sus empleados para que se comprometan a realizar actividades de voluntariado. Estas acciones pueden ser positivas en la práctica, pero no pueden compensar una falla en la gestión de los riesgos para personas en el negocio principal de la empresa. Esta es una diferencia fundamental entre los Principios Rectores y los entendimientos tradicionales de «Responsabilidad Empresarial Social» voluntaria o filantropía empresarial.

Aunque su objetivo sea prevenir y combatir daños a las personas, la debida diligencia en derechos humanos también puede ayudar a las empresas. Puede ayudarlas a pasar de la condición de empresas «acusadas públicamente» por terceros por abusar de los derechos humanos a la condición de empresas que «conocen» los derechos humanos y «demuestran» respetarlos, entendiendo como pueden estar relacionadas con los impactos en los derechos humanos, desarrollando estrategias para mitigar estos riesgos haciendo un seguimiento y comunicando sus esfuerzos en este sentido. Ejemplos de grandes bancos que están intensificando sus esfuerzos de debida diligencia en derechos humanos serán discutidos más adelante.

3.3 ¿Cómo una empresa puede estar implicada en impactos negativos en los derechos humanos?

La responsabilidad de respetar los derechos humanos va más allá de los impactos que una empresa causa o para la cual contribuye, siempre que un impacto pueda estar directamente relacionado con sus operaciones, sus productos o sus servicios, por medio de sus relaciones comerciales, en cualquier etapa o estrato de cadena de suministro o de valor.

Los Principios Rectores describen tres formas por las cuales una empresa puede estar implicada en impactos en los derechos humanos:

- Puede *causar* un impacto a través de sus propias actividades;
- Puede *contribuir* a un impacto a través de sus propias actividades:
  a. Conjunta o paralelamente con otras entidades;
  b. Por medio de otra entidad —como proveedores, gobierno, usuarios o clientes— con la cual mantenga relaciones comerciales.
- Puede no hacer nada para causar o contribuir a un impacto, pero un impacto puede estar *directamente relacionado* con sus operaciones, sus productos o sus servicios por medio de una relación comercial —o de varias relaciones—.

A pesar de que un banco pueda estar implicado en la generación de impactos —por ejemplo, adoptando prácticas de contratación discriminatorias— los conceptos que probablemente son más relevantes para sus actividades principales, en pocas palabras, prestar dinero o proveer otros productos y servicios financieros, constituyen una contribución o una relación directa por medio de relaciones con sus clientes.

Un banco puede contribuir a un impacto incentivando a un cliente a tomar ciertas medidas. Un ejemplo es el caso en el que el banco presta servicios de asesoría a un cliente del sector de la construcción civil y específicamente lo induce a tomar medidas para reducir costes, con riesgos claros para la salud y la seguridad de los trabajadores, sin proponer ninguna medida para mitigar esos riesgos.

Un banco puede contribuir a un impacto al facilitar las condiciones para que un tercero cause un daño, en el caso de que esté propenso a hacerlo. Estos tipos de situaciones muchas veces encierran omisiones o fallas en la debida diligencia —como, por ejemplo, cuando un banco

ofrece financiamiento de activos a una empresa de construcción civil, para un proyecto en un área donde se sabe que hay inescrupulosas empresas intermediadoras de mano de obra que operan sin la supervisión adecuada y que, incluso así, no toman ninguna medida en el contrato de préstamo para exigir que el cliente mitigue el riesgo de depender de trabajadores temporales o prestadores de servicios que pueden estar siendo sometidos a trabajo esclavo. En este tipo de ejemplo, la principal actividad de la empresa —ofrecer financiamiento de activos— no es, por sí sola, problemática. Al contrario, el potencial de daños está relacionado con factores externos y, principalmente, con las decisiones de terceros[9].

Como estos ejemplos sugieren, una empresa puede hacer mucho, por sí sola, para influir en el punto inmediato entre contribución y relación directa, principalmente mediante una debida diligencia eficaz en derechos humanos. En primer lugar, la debida diligencia en derechos humanos debe reducir el riesgo de daños a las personas. Pero si aun así se produjesen impactos en los derechos humanos, la evidencia de una debida diligencia eficaz también debe reducir la probabilidad de que la empresa sea vista como contribuidora a ese resultado. De misma forma, la naturaleza de la implicación de una empresa en un impacto negativo puede cambiar a lo largo del tiempo, en el caso de que la empresa no modifique su propio comportamiento en respuesta a circunstancias cambiantes. Por ejemplo, si una empresa no hace nada para enfrentar un grave riesgo a los derechos humanos en su cadena de suministro —un riesgo que sea típico y conocido en el sector— en el momento en el que ocurriere algún impacto parecería mucho más un resultado de contribución que de relación directa.

Para los bancos puede ser un desafío enfrentar las implicaciones de esos conceptos para sus operaciones. En un estudio de caso disponible

[9] Está en curso un debate internacional sobre cómo y de qué formas un banco puede contribuir a dañar los derechos humanos. Estas conversaciones están produciéndose en ambientes sectoriales, como, por ejemplo, entre bancos del Grupo Thun, y en ambientes multisectoriales, incluyendo el Grupo de Trabajo de la OCDE sobre Conducta Empresarial Responsable y el Acuerdo sobre Conducta Empresarial Internacional Responsable en el Sector Bancario en los Países Bajos —discutido más adelante en este artículo—. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) trajo más claridad sobre estas cuestiones en un documento de junio de 2017, disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/InterpretationGuidingPrinciples.pdf. Los detalles de esa discusión extrapolaron el fin de este breve artículo, bastando observar que un banco puede haber contribuido a un impacto negativo en los derechos humanos a través de sus relaciones comerciales en determinadas circunstancias.

para el público, Nedbank, uno de los mayores bancos de África del Sur, describe sus esfuerzos para dejar de analizar los comportamientos de su propio personal y pasar a trabajar con sus proveedores inmediatos, con el fin de comenzar a enfrentar los riesgos para los derechos humanos a los cuales está vinculado por medio de sus productos y servicios, en un ambiente que todavía carga el peso de un legado de injusticia racial[10].

Aunque amplíen el objetivo de dónde las empresas deben buscar impactos, los Principios Rectores también imponen algunos límites a los tipos de acciones esperadas en respuesta, dependiendo de cómo una empresa estuviese envuelta en un impacto.

3.4 ¿Qué medidas debe tomar una empresa en respuesta?

Cada tipo de implicación —causa, contribución, relación directa— tiene implicaciones diferentes para la naturaleza de la responsabilidad de una empresa de tomar ciertas medidas, en particular si esta tiene o no un papel que desempeñar en la reparación.

- *Causa*: si una empresa causó o puede causar un impacto, debe evitar o mitigar su aparición, continuidad o recurrencia, así como reparar cualquier daño causado a los derechos humanos[11].
- *Contribución*: si una empresa contribuyó o puede contribuir a un impacto, debe evitar o mitigar su contribución para impacto, contribuir a la reparación del daño en el caso de que este haya ocurrido —en la proporción de su contribución para el daño— y usar o aumentar su influencia con terceros para prevenir o mitigar la aparición del impacto.
- *Relación*: si un impacto estuviera directamente relacionado con las operaciones, los productos o los servicios de una empresa por medio de sus relaciones comerciales, la empresa debe

[10] Véase: https://www.businessrespecthumanrights.org/en/page/388/responsible-banking-amidst-a-legacy-of-injustice.

[11] La Guía Interpretativa de los Principios Rectores define reparación de la siguiente forma: La reparación se refiere a los *procesos* destinados a rectificar un impacto adverso y a los *resultados sustanciales* que puedan neutralizar o sanar el impacto adverso, incluyendo pedidos de disculpas, restituciones, rehabilitaciones, compensaciones económicas o no económicas y sanciones punitivas —sean estas penales o administrativas, por ejemplo multas—, así como a las medidas de prevención de daños a través, por ejemplo, de órdenes o garantías de no repetición. Véase ACNUDH.

usar o aumentar su influencia sobre otras partes para intentar prevenir o mitigar el impacto. La empresa no es responsable de conceder reparación a aquellos que fueron perjudicados, pero sí puede desempeñar un papel en el proceso de reparación por otros motivos.

Cuando un impacto ocurre a través de una relación comercial, el concepto de influencia es, por lo tanto, crítico. Influenciar es la capacidad de ejercer un efecto en el cambio del comportamiento de terceros. Las grandes empresas están percibiendo que el compromiso en un proceso de mejora continua mediante el desarrollo de capacidades —en vez de una ruptura inmediata de la relación cuando se encuentran los problemas— puede llevar a mejores resultados para los derechos humanos en general. Por ejemplo, si las relaciones de la empresa con un proveedor que estuviese explotando el trabajo infantil fueran inmediatamente rotas, los niños que trabajaban en la fábrica del proveedor podrían ser obligados a compensar la pérdida de la renta con otras actividades todavía más prejudiciales. En los casos relativos a impactos sistémicos en los derechos humanos, como, por ejemplo, cuando el trabajo infantil es un problema persistente en toda una capa de una cadena de suministros, usar la influencia conjuntamente con otros actores —pares, asociaciones industriales, organizaciones internacionales como la OIT, sindicatos locales u ONG especializadas— puede ser el único camino para que una empresa obtenga mejoras sostenibles.

La influencia debe establecerse desde el inicio en los términos de la relación de una empresa con un socio comercial —en el contexto bancario, estos términos son las cláusulas del contrato de préstamo o de otro contrato relevante—. Sin embargo, influencia es mucho más que palabras en el papel. Incluye la forma en la que un banco interactúa desde el inicio con sus clientes para transmitir su seriedad con relación a cuestiones sobre los derechos humanos y cómo evalúa la capacidad y la competencia del cliente para cumplir su propia responsabilidad de respetar los derechos humanos —incluso implementando procesos de debida diligencia en derechos humanos—. Y, si los impactos efectivamente se producen, qué tipo de medidas de monitoreo el banco toma para incentivar o alentar al cliente para enfrentar la situación.

3.5 ¿Cuál es el papel de una empresa en el proceso de reparación?

La pregunta es fundamental para los bancos, ya que su involucración en los daños causados a derechos humanos generalmente tendrá la forma de relación directa. En una situación de relación directa, no se espera que una empresa conceda la reparación; sin embargo, sí se espera que use su influencia para presionar a la parte causante del daño para que esta lo elimine o impida que avance. Usar la influencia para incentivar o presionar a un cliente para repare cualquier daño que haya causado puede ser un medio importante de ayudar a evitar la continuidad o recurrencia de esos daños. Cuando un cliente no dispone de controles internos y mecanismos eficaces de responsabilización (*accountability*) por los impactos que causó, es más probable que represente riesgos continuos para las personas; cuando el cliente responde por sus impactos, esos riesgos tienden a disminuir[12].

En resumen, la reparación es relevante siempre que los impactos negativos hubiesen ocurrido. Lo que cambia es el papel que una empresa debe desempeñar, ya sea reparando directamente, contribuyendo a la reparación, o incentivando o presionando a las partes responsables a conceder una reparación eficaz.

3.6 ¿Cuál es la relación entre el Deber del Estado de Proteger y la Responsabilidad de la Empresa de Respetar?

Es deber de los Estados traducir sus obligaciones con la legislación internacional sobre derechos humanos en legislación nacional y garantizar su aplicación. Las legislaciones de todos los Estados incluyen varios mecanismos de protección contra el abuso de los derechos humanos por parte de las empresas, incluso en leyes laborales, de no discriminación, de salud y seguridad, ambientales y de defensa del consumidor. En algunos Estados, los derechos humanos están explícitamente protegidos en la constitución.

Al mismo tiempo, las leyes nacionales pueden no abordar todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente, pueden

[12] La reciente respuesta de ACNUDH a la ONG BankTrack reconoce específicamente la relevancia de esta situación en el contexto bancario: véase ACNUDH.

ser débiles, pueden no aplicarse a todas las personas, o pueden no ser eficazmente aplicadas —por ejemplo, la policía puede estar mal equipada y sin preparación—. Está claro que, en esas situaciones, respetar los derechos humanos es mucho más difícil para las empresas.

Los Principios Rectores no esperan que las empresas intervengan en cada fallo del gobierno. Pero dejan claro que, cuando la legislación nacional esté por debajo de la norma de los derechos humanos internacionalmente reconocidos, las empresas deben respetar la norma más elevada. Y cuando las leyes nacionales se encontrasen en conflicto con estas normas, las empresas deben buscar las formas de honrar los principios de las normas dentro de los límites de la legislación nacional, como vemos haciendo a las empresas cuando recurren a «medios paralelos» para ayudar a garantizar la voz y representación del trabajador donde los sindicatos legítimos tienen prohibido actuar. Una contribución clave de los Principios Rectores es la clara articulación del deber distinto —no obstante interdependiente— del Estado y de la responsabilidad de las empresas, con el fin de promover resultados más eficaces para las personas.

4 Adopción de los Principios Rectores

Desde 2011, ha habido un volumen significativo de medidas para implementar los Principios Rectores. Esta sección describe algunas tendencias generales y, a continuación, algunos desdoblamientos específicos en el contexto de las instituciones financieras.

4.1 Tendencias generales

Un número creciente de gobiernos está elaborando Planes y Acción Nacionales sobre empresas y derechos humanos. A final de 2017, un grupo diversificado de más de 40 Estados había elaborado o estaba en proceso de elaboración de Planes de Acción Nacionales sobre la implementación de los Principios Rectores, entre esos países: Colombia, Chile, México y Argentina[13]. El plan de Alemania, por ejemplo, exige que

[13] Informaciones sobre los planes de acción nacionales pueden encontrarse en el sitio de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos: http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx y en el sitio del Centro de Recursos Empresariales y de Derechos Humanos: https://business-humanrights.org/en/un-guiding-

por lo menos el 50% de todas las empresas del país realicen la debida diligencia en derechos humanos hasta el 2020.

La evolución de la legislación nacional en países como Francia y Reino Unido exige, hoy, la implementación o divulgación de esfuerzos de debida diligencia en derechos humanos en general, o específicamente con relación a los riesgos de esclavitud y tráfico de personas en cadenas de suministros globales. En EUA y en la UE, la divulgación se exigida para el uso de «minerales de conflicto» en varios productos de consumo. En la actualidad, también se están debatiendo nuevas leyes en países como Suiza, Australia y Holanda, y bolsas de valores y agencias reguladoras en un número creciente de jurisdicciones — incluyendo India, Malasia y África del Sur— también están exigiendo o incentivando una mayor divulgación de cuestiones relacionadas con los derechos humanos.

Organizaciones regionales, como la Organización de los Estados Americanos, reconocieron los Principios Rectores como el punto de referencia oficial global sobre lo que se espera de las empresas con relación a los derechos humanos. Las principales normas internacionales de sostenibilidad están ahora alineadas con los Principios Rectores, inclusive las Directrices para Empresas Multinacionales de la OCDE, la Norma ISO 26000 sobre Responsabilidad Social y el Marco de Sostenibilidad y Normas de Desempeño de la Corporación Financiera Internacional. En marzo de 2017, la Organización Internacional del Trabajo actualizó la Declaración EMN para incorporar los Principios Rectores[14], y comenzó a debatir la necesidad de nuevas normas laborales sobre la responsabilidad de las cadenas de suministros, usando como referencia los Principios Rectores.

Además de esto, inversores socialmente responsables que representan más de US$5,3 billones de dólares [15] en activos bajo gestión están apoyando un desempeño y una divulgación más intensos en materia de derechos humanos, así como esfuerzos comparativos para evaluar empresas, incluyendo bancos, en relación con los Principios Rectores[16].

---

principles/implementation-tools-examples/implementation-by-governments/by-type-of-initiative/national-action-plans.

[14] OIT, Declaración Tripartita de Principios Sobre Empresas Multinacionales y Políticas Sociales, 5ª ed., marzo de 2017, disponible en: http://www.ilo.org/empent/Publications/WCMS_094386/lang--en/index.htm.

[15] Nota de traducción: 5.3 trillones (original en portugués) equivalen a 5.3 billones en español de España (5.300.000.000.000).

[16] Véase, por ejemplo, http://www.ungpreporting.org/early-adopters/investor-statement/.

4.2 Adopción por instituciones financieras

Volviendo específicamente a las instituciones financieras, se ha producido un movimiento en los sectores público y privado. En un número creciente de países de la OCDE, las agencias nacionales de crédito a la exportación (ECA) y las instituciones financieras de desarrollo (IFD) están queriendo integrar los derechos humanos a su debida diligencia ambiental y social. Para las ECA, esto está siendo impulsado por la revisión de los Abordajes Comunes de la OCDE de 2016 —recomendaciones que se aplican a todos los Estados miembros de la OCDE y están destinadas a orientar la debida diligencia ambiental y social que sus ECA oficiales realizan en las operaciones de crédito a la exportación[17]. Los Abordajes Comunes fueron revisados para permitir un mejor alineamiento con los Principios Rectores, mediante la inclusión de una declaración explícita según la cual las ECA deben examinar todas las operaciones con vistas a detectar riesgos graves para los derechos humanos y, cuando una alta probabilidad de esos riesgos sea detectada, las ECA deben evaluarlos en profundidad, incluso complementando su debida diligencia ambiental y social con la debida diligencia en derechos humanos[18].

Entre las IFD hay una concientización creciente de que las Normas de Desempeño de la CFI, incluso cuando son implementados de forma firme, necesitan ser complementadas con la debida diligencia en derechos humanos, con el fin de permitir una gestión eficaz de los riesgos más graves para personas en contextos de proyectos desafiantes[19]. A nivel multilateral, varios bancos regionales de desarrollo han estado más atentos a los riesgos para los derechos humanos, y en particular a la urgente necesidad de realizar a las partes interesadas abordajes de consulta mucho más intensos y significativos sobre los operadores del proyecto y sus subcontratistas, para verdaderamente comprender

---

[17] Consejo de la OCDE, Recomendación del Consejo sobre Abordajes Comunes en materia de Crédito a la Exportación con Apoyo Oficial y Debida Diligencia Ambiental y Social, aprobada el 6 de abril de 2016, disponible en: http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=TAD/ECG%282016%293&doclanguage=en Shift ha trabajado directamente con varias ECA individuales para adaptar sus abordajes, incluso con las ECA noruegas y holandesas.

[18] Véase: https://www.shiftproject.org/news/oecd-human-rights-due-diligence-export-credit-agencies/.

[19] Shift ha trabajado directamente con una serie de IFD individuales para integrar la debida diligencia en derechos humanos en sus abordajes. Véase, por ejemplo, CDC, ESG *Toolkit for Fund Managers*, especialmente: *Briefing Note on Human Rights*, disponible en: http://toolkit.cdcgroup.com/e-and-s-briefing-notes/human-rights.

y mitigar los riesgos a los derechos humanos[20]. En su trabajo con la Superintendencia Peruana de Bancos —entidad independiente—, Aseguradoras y Fondos de Pensiones Privados (SBS), Shift apoyó el desarrollo de una regulación específica —en Perú— destinada a abordar exactamente ese vacío existente en los procesos de debida diligencia de bancos privados que ofrecen préstamos u otros tipos de apoyo a proyectos de actividades extractivas del país, donde esos emprendimientos representan elevados riesgos de conflicto social con las comunidades locales[21].

Un número creciente de bancos comerciales en todo el mundo viene intensificando su desempeño y su divulgación en materia de riesgos para los derechos humanos, incluyendo bancos con sede en EUA, en Reino Unido, Francia, Holanda, Suiza, Australia, África del Sur y Japón. Dos ejemplos que Shift conoce de cerca son Citi y ABN AMRO[22].

El informe de sostenibilidad más reciente de Citi explica como el banco viene desarrollando la debida diligencia en derechos humanos en su actual abordaje de gestión de riesgos ambientales y sociales[23]. ABN AMOR, en 2016, produjo un informe independiente sobre sus esfuerzos en materia de derechos humanos y avanzó en la integración de la debida diligencia en derechos humanos a sus prácticas de préstamos corporativos, en una serie de cadenas de suministros de *commodities* de alto riesgo[24]. Los dos bancos también analizaron especialmente la cuestión del tráfico de personas. ABN AMRO se manifiesta regularmente sobre el compromiso con los otros actores importantes de los sectores público y privado que necesitan ser involucrados en la lucha contra este complejo problema[25].

La principal forma mediante la cual los bancos, normalmente, han enfrentado la exposición a los riesgos del tráfico de personas por medio

[20] Véase, por ejemplo, la reciente publicación del Banco Interamericano de Desarrollo de Reidar Kvam, *Meaningful Stakeholder Consultation*, 2017, disponible en: https://publications.iadb.org/handle/11319/8454.

[21] Véase: https://www.shiftproject.org/resources/collaborations/peruvian-financial-regulator-improved-corporate-management-social-conflict/.

[22] Las dos empresas participan en el programa de Aprendizaje Empresarial de Shift, véase: https://www.shiftproject.org/what-we-do/business-learning/.

[23] Véase, especialmente, pp. 34-45 http://www.citigroup.com/citi/about/citizenship/download/2016/2016_citi_global_citizenship_report.pdf?ieNocache=526.

[24] Véase: https://www.abnamro.com/en/images/Documents/040_Sustainable_banking/080_Reporting/2016/ABN_AMRO_Human_Rights_Report_2016.pdf.

[25] Véase, por ejemplo: https://www.abnamro.com/en/newsroom/blogs/maria-anne-van-dijk/2016/the-bank-helps-combat-human-trafficking.html.

del «Conozca a su Cliente», del combate al blanqueo de dinero y de otros procesos de conformidad, se podría fortalecer significativamente si esas instituciones realizasen, también, la debida diligencia en sus más amplias actividades de préstamos corporativos. Esto supone ir más allá del cliente inmediato y hacer indagaciones sobre las cadenas de suministros o de valor de las cuales esos clientes dependen, particularmente cuando las empresas intermediadoras de mano de obra externas están involucradas. La Universidad de la ONU, conjuntamente con bancos, agencias reguladoras, autoridades policiales, sociedad civil y otras partes interesadas, desarrolló un conjunto de recomendaciones prioritarias de cómo el sector financiero puede ayudar a romper los grilletes financieros de la esclavitud moderna, reflejando la importancia de esos dos aspectos de las actividades de los bancos[26].

En lo Países Bajos, los principales bancos, la asociación del sector bancario, el gobierno y las partes interesadas de la sociedad civil firmaron recientemente un Acuerdo de Conducta Empresarial Responsable Internacional en el Sector Bancario, que abarca actividades de financiamiento de proyectos y préstamos empresariales del sector[27]. Este acuerdo innovador representa el compromiso de los bancos, con apoyo de todas las demás partes, de intensificar la debida diligencia en derechos humanos, con el fin de asegurar que estos sean respetados en sus actividades globales, en consonancia con los Principios Rectores. El aprendizaje basado en la implementación del acuerdo debe alimentar las discusiones en curso de la OCDE, donde la responsabilidad de las instituciones financieras ante los derechos humanos en el ámbito de los Principios Rectores —y de las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, estrechamente alineada con los Principios Rectores— está siendo activamente explorada[28].

En conclusión, el nivel del debate y de la acción entre instituciones financieras del sector público y privado sobre riesgos para los derechos humanos aumentó considerablemente en los últimos años. Para cualquier banco con pretensiones de inserción en el escenario global, los Principios Rectores ofrecen el plan detallado del camino a seguir,

---

[26] Véase: https://unu.edu/breaking-the-financial-chains.

[27] Véase: https://www.internationalrbc.org/banking?sc_lang=en. Desde 2015, Shift ha prestado asesoría y apoyo especializados al gobierno holandés y al SER, órgano encargado de liderar el proceso más amplio de negociación de convenios sectoriales, en el ámbito de la iniciativa de Acuerdos Internacionales de Conducta Empresarial Responsable.

[28] Véase: http://mneguidelines.oecd.org/rbc-financial-sector.htm.

además de ser un medio práctico para concentrar recursos y atención en los riesgos más graves para las personas, directamente relacionados con sus operaciones.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

DAVIS, Rachel. La responsabilidad de los bancos de respetar los derechos humanos según los Principios Rectores Sobre Empresas y Derechos Humanos de las Naciones Unidas. In: GOMES, Rafael de Araújo et al. (Coord.). *La responsabilidad social de las instituciones financieras y la garantía de los derechos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 153-171. ISBN 978-85-450-0611-4.

CAPÍTULO 8

TRABAJO DECENTE, LA OIT E INSTITUCIONES FINANCIERAS: UN DIÁLOGO PARA LA JUSTICIA SOCIAL

THAÍS DUMÊT FARIA

La Organización Internacional del Trabajo está en vísperas de su centenario, que tendrá lugar en 2019. Durante estos años, seguro que el contexto social que la originó ha ido cambiando hacia realidades distintas y nuevos desafíos. Sin embargo, su misión e instrumentos normativos continúan actuales y merecen ser estudiados y recordados, utilizándose, cada vez más, como fundamento para políticas y estrategias de promoción de la justicia social en el mundo. De esta forma, sigue siendo fundamental la existencia de una organización donde los actores tripartitos trabajen en conjunto para la creación de sociedades más justas e integradoras, basadas en el trabajo decente y productivo. Una de las funciones de la Organización Internacional del Trabajo es legislar sobre temas relevantes en el mundo del trabajo, a través de la adopción de Convenios y Recomendaciones con directrices básicas que deben ser respetadas en todos los países, sobre todo en sus 187 Estados miembro. A lo largo de su historia la OIT ha promulgado 189 Convenios sobre diversos temas y referentes a distintos sectores de la economía, incluyendo el financiero, con sus especificidades únicas y cuestiones urgentes —como es el caso de la crisis en el sector que afecta directamente a millares de trabajadores y trabajadoras en todo el mundo—, además de otras consecuencias que serán abordadas en el presente artículo. Antes de todo, es fundamental comprender la

OIT y los mecanismos de ejecución de su misión primera, promover la justicia social, para discutir el papel fundamental de las instituciones financieras en este contexto.

1 Origen y competencia para legislar

Fue en la XXVI Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en Filadelfia en 1944, donde se adoptó, por unanimidad, la Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo, así como los principios que deberían inspirar la política de sus Miembros[1]. Era el período de posguerra de la Segunda Guerra Mundial cuando se promulgaron varios documentos, como la Carta de Atlántico, y se crearon diversas instituciones, como la Organización de las Naciones Unidas y las instituciones de Bretton Woods, determinando un marco del sistema político y económico internacional de posguerra. En ese contexto, la Declaración de Filadelfia refleja el afán de la OIT por adaptarse al nuevo orden mundial y, más concretamente, por dotarse de un papel dentro del nuevo sistema de organizaciones internacionales que se estaba estableciendo[2].

El período entre guerras para la OIT fue crucial para su formación y consolidación como agencia internacional de importancia sin igual en las discusiones sobre el mundo del trabajo. Dentro de esta lógica, la Primera Guerra Mundial marcó un momento fundamental: el inicio de la Conferencia de Paz que, iniciada el 25 de enero de 1919, creó la Comisión de Legislación Internacional del Trabajo, que debería elaborar la constitución de una organización internacional permanente. Fue de esa forma que, en abril del mismo año, se promulgó la Constitución de la OIT, con base en el Tratado de Versalles, adoptado en su totalidad por la Conferencia de Paz, el 28 de junio de 1919. En este documento fundacional, la OIT fue creada sobre la base del tripartismo y la universalidad, lo que la hace, todavía hoy, una institución única que prima por el diálogo social. Su estructura originaria comprende: una Conferencia General Tripartita, la Conferencia Internacional del

[1] OIT: Actas de las sesiones, XXVI Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (Montreal, 1944).

[2] LEE, Eddy. Orígenes y vigencia de la Declaración de Filadelfia. Revista Internacional del Trabajo, vol 113, 1994, num.4. pg. 532.

Trabajo; un órgano ejecutivo tripartito, el Consejo de Administración; y una secretaría permanente, la Oficina Internacional del Trabajo, con centro de investigación, de actividades prácticas y de edición.

En ese momento, la Constitución[3] ya preveía, en su sección 2, principios generales (artículo 427) que tenían en consideración las peculiaridades de cada país, pero establecían normas mínimas a las que todos los estados miembro deberían obedecer.

> Las Altas Partes contratantes, reconociendo que el bienestar físico, moral e intelectual de los trabajadores asalariados es de esencial importancia desde el punto de vista internacional, establecieron un Organismo permanente, asociado a la Sociedad de las Naciones, para conseguir tan elevado fin. Reconocen las Altas Partes contratantes que las diferencias de clima, de costumbres y usos, de oportunidad económica y de tradición industrial, hacen difícil lograr de una manera inmediata la absoluta uniformidad en las condiciones de trabajo. Pero, persuadidas de que el trabajo no debe ser considerado meramente como un artículo de comercio, piensan que existen procedimientos y principios para la reglamentación de las condiciones de trabajo, que todas las comunidades industriales deben esforzarse en aplicar mientras lo permitan las circunstancias especiales en las que pueden encontrarse.
>
> Entre dichos procedimientos y principios, parece a las Altas Partes contratantes que los siguientes son de importancia particular y urgente:
>
> 1. El principio fundamental, antes enunciado, de que el trabajo no debe ser considerado simplemente como una mercancía o como un artículo de comercio;
> 2. El derecho de asociación para todos los fines que no sean contrarios a las Leyes, tanto para los obreros como para los patronos;
> 3. El pago a los trabajadores de un salario que garantice un nivel de vida decoroso, según su época y su país;
> 4. La adopción de la jornada de ocho horas, o semanal de cuarenta y ocho, con el fin de alcanzar a todos aquellos a los que aún no hubiera alcanzado;
> 5. La adopción de un descanso semanal de veinticuatro horas, como mínimo, que deberá comprender el domingo, siempre que sea posible;
> 6. La supresión del trabajo de niños y la obligación de introducir en el trabajo a jóvenes de ambos sexos, considerando las limitaciones necesarias para permitirles continuar su educación y asegurar su desarrollo físico;

[3] OIT. Cláusulas de los Tratados de Paz Relativas al Trabajo. Ginebra, 1919

7. El principio de salario igual, sin distinción de sexo para el trabajo de igual valor;
8. Las reglas que en cada país se dicten, con respecto a las condiciones de trabajo, que deberán asegurar un trato económico equitativo a todos los obreros que residan legalmente en el país;
9. Cada Estado deberá organizar un Servicio de Inspección que incluirá a las mujeres, con el objetivo de asegurar la aplicación de las leyes y reglamentos para la protección de los trabajadores.

Considerando el momento histórico, cabe destacar que la Constitución de la OIT puede considerarse avanzada en cuanto a igualdad de derechos, sobre todo en lo que se refiere a la mujer. Este hecho tiene un origen en la participación de las mujeres trabajadoras en el proceso de creación de la OIT y en la discusión de la primera Conferencia Internacional del Trabajo, realizada entre octubre y noviembre de 1919. Esta reunión culminó con los 6 primeros Convenios: horas de trabajo en la industria; desempleo; protección de la maternidad; trabajo nocturno de mujeres y niños; y edad mínima para el trabajo en la industria. De los 6 Convenios, 3 tenían, en algún aspecto, referencias a las mujeres, ya fuese por su trabajo directo o por la participación de niños[4] en el trabajo, temas llevados a discusión por las trabajadoras.

En 1920, la Oficina Internacional del Trabajo se instaló en Ginebra y, en 1626, se creó la Comisión de Expertos en Aplicación de los Convenios y Recomendaciones y la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia. Dos de los órganos más importantes de la OIT hasta el presente. Una información fundamental sobre el período de entres guerras fue la definición de cuatro competencias de la OIT por la Corte Permanente de Justicia Internacional (1922-1932): reglamentación internacional de las condiciones de trabajo de las personas empleadas en la agricultura; examen de proposiciones tendentes a organizar y desarrollar los medios de producción agrícola; reglamentar, de manera accesoria, el trabajo personal del empleador; interpretación del Convenio de 1919 referente al trabajo nocturno de las mujeres. A pesar de ser limitantes, la propia Corte reconoció la sección 1 de la Constitución de la OIT, legitimando su participación de manera más amplia en las discusiones internacionales y la reglamentación de cuestiones sobre el mundo del trabajo.

[4] Para la ONU en general, el término niño se refiere a las personas con menos de 18 años, incluyendo, por los tanto, adolescentes aptos para trabajar, pero que deberían hacerlo bajo condiciones especiales.

Durante la Segunda Guerra Mundial, la OIT tuvo una participación activa, a través de las decisiones de las Conferencias Internacionales del Trabajo. En 1941, previamente a la Conferencia, el director general envió una comunicación a los gobiernos de los Estados Miembro con el siguiente texto[5]:

> […] la Conferencia no tendrá poderes constitucionales regulares y de adopción de convenios internacionales del trabajo no previstos, pero la reunión proporcionará un examen general de los problemas sociales de la presente época crítica, así como de las responsabilidades de la Organización en el presente y futuro.

En ese mismo año, la Conferencia adoptó una resolución que proclamaba que «la victoria de los pueblos libres en la guerra contra la agresión totalitaria es una condición indispensable para la realización de los ideales de la OIT»[6].

Los posicionamientos que pueden considerarse más avanzados en cuanto a la promoción de la justicia social fueron un marco en los momentos históricos más relevantes y representaron un precedente de decisiones globales. El año 1944 fue, sin duda, uno de los más relevantes para la historia de la OIT. Fue en ese año cuando se adoptó la Declaración referente a las metas y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo, conocida como Declaración de Filadelfia, que incorporó su texto a la Constitución de la OIT, revisada en 1946.

La Declaración de Filadelfia dirigida a todas las personas, independientemente de raza, credo o sexo, puede interpretarse como una anticipación de la Carta de las Naciones Unidas y de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, ya que no se centra únicamente en el mundo del trabajo, sino en el ser humano en general.

Precisamente por haber sido avanzado para aquel momento histórico y por haber contado con una amplitud general, este documento sigue siendo una referencia en términos de principios generales, considerando que el mundo del trabajo forma parte de la estructura social y humana y por eso debe ser considerado en toda su amplitud. Esta lógica es la misma vigente para la interpretación de cualquier Convenio o Recomendación Internacional. Obsérvese que los documentos de discusión de las Normas Internacionales son la base

[5] Conferencia de la OIT, 1941, New York y Washington DC.
[6] Revista Internacional del Trabajo, vol. 45, n. 1, 1942, p. 15.

fundamental para su interpretación, ya que contienen los elementos que la formaron y los objetivos que se pretendía alcanzar.

De este modo, los principios que rigen la OIT, sus normas y reglamentos son direccionados hacia todas las áreas y sectores de la economía. No obstante, se comprende que cada un de los sectores posee especificidades y diferentes formas de impactar socialmente. Por este motivo, la OIT creó el Departamento de Políticas Sectoriales (SECTOR) que promueve el trabajo decente, abordando cuestiones sociales y laborales en sectores económicos específicos, tanto a nivel internacional como nacional. Al tratar dificultades y cuestiones de desarrollo que tienen una gran importancia para determinados sectores, la Organización Internacional del Trabajo presta asistencia a gobiernos, empleadores y trabajadores en la elaboración de políticas y programas destinados a mejorar las oportunidades económicas y las condiciones de trabajo en cada sector. A lo largo de los años, el SECTOR ha colocado en práctica innumerables actividades nacionales en distintos sectores. Aunque el diálogo social siga siendo el eje del trabajo sectorial, los otros pilares del Programa de Trabajo Decente, como, la creación de empleo, los derechos laborales y la protección social, también son abordados gracias a la naturaleza transversal del Departamento. El sector financiero se reviste de una importancia sin igual, por su diversidad en términos de instituciones y de trabajadores y trabajadoras alcanzados.

2 El papel de las instituciones financieras: concepto e importancia

Las instituciones financieras, los servicios y los productos que integran el sector de los servicios financieros varían de un país a otro, pero, en general, siempre hay un banco central; organizaciones depositarias, como bancos, sociedades de créditos para la construcción o hipotecarias; cooperativas de crédito; seguros y fondos de pensiones; servicios financieros generales; empresas de gestión de tesorería; y otros agentes dedicados a la mediación financiera o a la gestión de activos. Entre los intermediarios financieros puede haber agentes de manejo de titularizaciones, empresas de inversiones y entidades de crédito personal. No siempre una perspectiva estricta del sector consigue comprender la realidad y sus impactos. De esta forma, es importante tener una visión más amplia del sector de los servicios

financieros que abarca no solamente el sector financiero propiamente dicho, sino también los servicios empresariales en los que se sostiene su financiamiento.

El sector de los servicios financieros entendido en su más amplio sentido se compone, sea cual sea el país, de tres elementos superpuestos: las empresas financieras —como los bancos— y las autoridades reguladoras; los mercados financieros —por ejemplo, los mercados de obligaciones, valores y divisas— y los que participan en ellos —emisores e inversores—; y el sistema de pagos —en efectivo, a través de cheque o por medios electrónicos— y quien participa en ellos —por ejemplo, los bancos—. La interacción de estas partes permite la provisión de fondos para la inversión o el consumo de economías existentes en otras partes de la economía nacional, o como viene siendo cada vez más común, de la economía internacional. Las instituciones financieras se dedican sobre todo a la mediación y a la prestación de servicios financieros —como aceptar depósitos, solicitar y conceder préstamos, proporcionar seguros con todo tipo de coberturas y arrendamientos e invertir en activos financieros—.

Los bancos, en la mayoría de los países, son los mayores depositarios y proveedores de servicios financieros, pero cada vez tienen más espacio en el mercado y más poder otras organizaciones, como las aseguradoras y las cajas postales de la economía. En los últimos diez años, se ha exigido de forma evidente una infraestructura financiera, cuyas entidades y prácticas son, en conjunto, lo que se puede llamar un sistema financiero en la sombra, en el cual entran, por ejemplo: los fondos de cobertura, de capital de inversión, del mercado monetario y los instrumentos especiales de inversión. Muchos observadores opinan que este sistema financiero en la sombra, al margen del marco de control nacional, pero en estrecha relación con los sistemas financieros regulados, puede haber contribuido mucho al comienzo de la crisis financiera y económica mundial que se instaló a finales de 2008.

Dentro del subsector de servicios profesionales hay particulares, asociaciones, empresas y sociedades contratistas o consultores que prestan servicios de contabilidad, relaciones públicas, traducción e interpretación, análisis y diseño de sistemas, agencias inmobiliarias, etc.

Las actividades más recientes de la OIT relativas a los servicios financieros y a los servicios profesionales se están concentrando en los efectos a nivel de los empleos de las fusiones y de las adquisiciones en los servicios bancarios y financieros, así como en el impacto de la crisis financiera en los trabajadores del sector. Las cooperativas, en

este sentido, han tenido un papel sin par en la garantía del empleo y en las acciones para hacer frente a la crisis económica mundial. Cabe destacar que las cooperativas son, en muchos casos, el único medio de producción y sustento de los grupos más excluidos, ya sea por prejuicio, por aislamiento geográfico o por otras cuestiones sociales y económicas.

3 Importancia de las cooperativas frente a la crisis

La OIT considera que las cooperativas son importantes para mejorar las condiciones de vida y de trabajo de mujeres y hombres a nivel mundial y contribuyen en la cadena de infraestructuras y servicios esenciales, incluso en las zonas ignoradas por los gobiernos y las empresas de inversiones. Además de esto, la existencia y contribución de las cooperativas son fundamentales para la creación del trabajo decente. Las cooperativas favorecen una economía democrática centrada en las personas, que cuida del medio ambiente y, al mismo tiempo, promueven el crecimiento económico, la justicia social y una globalización justa. Estas desempeñan un papel cada vez más importante en el equilibrio de las preocupaciones económicas, sociales y ambientales, y en la prevención y reducción de la pobreza. En general, para muchas comunidades o grupos sociales, la salida para tener un trabajo decente y para el mantenimiento de sus espacios y culturas, es a través de las cooperativas. Por otro lado, a pesar de muchas veces no representar un volumen alto de recursos, parecen la opción más estable ante las oscilaciones provenientes de las crisis u otros factores sociales y económicos.

Durante el pico de la crisis mundial, por ejemplo, los bancos cooperativos enfrentaron un aumento de solicitudes de afiliación y tuvieron dificultades para responder a este repentino crecimiento de la demanda. Hasta el momento, los bancos cooperativos no anunciaron ninguna pérdida importante como consecuencia de la crisis. Sin embargo, las pérdidas registradas por el Banco central de cooperativas alemán (DZ), una sociedad de capital, demuestran como los bancos cooperativos podrían sufrir una situación de riesgo en una crisis económica. Sin embargo, lo que se vio fue que los mecanismos de control específicos de las cooperativas o no fueron aplicados o fracasaron. No obstante, la mayoría de los bancos cooperativos redujeron su vulnerabilidad y aumentaron su transparencia, sobre todo invirtiendo en las localidades próximas y en la economía real. Los cultivadores de

café de Etiopía, por ejemplo, parecen estar menos afectados por las fluctuaciones del mercado mundial que los productores de café que no forman parte de las cadenas de valor agregado específicas de las cooperativas.

Significa esto ¿qué los bancos cooperativos son más resistentes a la crisis financieras? Hasta el momento, de acuerdo con las informaciones recibidas, ningún banco cooperativo solicitó ayuda al Estado. Pero no se cuenta con datos concretos para atestar esta afirmación. Como demuestra el ejemplo alemán, esto no puede interpretarse como que no hayan sido afectados por la crisis. La propia construcción de la cooperativa prevé y permite algunos mecanismos de autoayuda, como la responsabilidad de los socios, las garantías bancarias intercooperativas o la utilización de reservas de pasivo antes de solicitar ayuda externa.

4 Trabajadores y trabajadoras del sector financiero

Como se explicó anteriormente, el sector financiero en un sentido amplio, abarca muchos grupos de producción y de trabajo, incluyendo trabajadores y trabajadoras responsables del funcionamiento del sistema. Estos profesionales se ven, en muchas ocasiones, afectados especialmente por las condiciones del mercado o por las crisis financieras. No sin razón, la OIT promovió, en 2009, un debate sobre el tema como parte de las actividades del Departamento de Actividades Sectoriales que produjo un informe con los principales riesgos para esta categoría.

El objetivo de ese debate fue llevar a cabo una breve revisión de los antecedentes, causas, características y trayectoria de la crisis financiera y económica, iniciada en 2008; definir el sector de servicios financieros, sus ocupaciones y sus exigencias de formación, así como las tendencias importantes del período; ofrecer una evaluación preliminar de la incidencia de la crisis en el empleo del sector financiero; y presentar sugerencias sobre posibles políticas capaces de enfrentar los efectos de la crisis sobre los trabajadores del sector financiero. Para iniciar la comprensión es importante conocer la definición utilizada en la ocasión. El sector de servicios financieros incluyó los siguientes subsectores: industria bancaria; industria de seguros e intermediarios financieros y de seguros.

En ese sentido, innumerables profesionales pueden ver afectados sus empleos o la calidad de estos debido a las crisis, siendo, por lo tanto,

fundamental identificar esos perfiles y funciones para poder poner en práctica acciones y estrategias de prevención a medio y largo plazo. Este sector emplea un gran número de personal profesional y técnico de alta y media calificación, como especialistas en comercio y finanzas, técnicos y especialistas en tecnología de la información. Sin embargo, dado que las clasificaciones de ocupaciones varían según las tradiciones y los diferentes sistemas y estructuras de formación, las comparaciones nacionales pueden resultar ineficientes. Por ejemplo, debido a sus sistemas de formación y aprendizaje, los servicios financieros de Alemania emplean un gran número de personal administrativo, mientras que los servicios financieros franceses emplean un gran número de personal de dirección y gerencia. No obstante, en general, en todos los países, el sector tiene una participación de profesionales, de personas de alta y media calificación y de empleos de tecnología de la información, significativamente mayor que la media de la mano de obra considerada en su totalidad.

Además de esto, la base de conocimientos del sector de servicios financieros mejoró desde el 2000, debido al surgimiento de nuevos empleos que requieren formaciones más específicas y elevadas. La aparición de muchas funciones y ocupaciones nuevas supuso también una mayor orientación al cliente y niveles superiores de educación formal. La distinción entre los empleos administrativos y los empleos de dirección y comercio se ha ido amenizando gracias al aumento de la exigencia de especialización.

Se esperan profundos cambios en la organización tradicional del trabajo dentro de los servicios financieros, entre las funciones de dirección y comercio, las funciones de contabilidad, análisis y tecnología de la información y las actividades administrativas, así como también que la proporción entre el personal medianamente cualificado y el altamente cualificado cambie a favor de este último, reflejando de ese modo en el personal las nuevas exigencias que garantizan profundos conocimientos financieros y de tecnología de la información. Es previsible que se exija a las instituciones financieras que refuercen el área de empleo chamada *middle office*, donde se llevan a cabo funciones clave, como la contabilidad financiera, la elaboración de informes, el control de cuentas y procesos, la gestión de riesgos y la contabilidad gerencial o de gestión. El empleo en esta área exige una alta cualificación en tecnologías de la información y un conocimiento acabado sobre procesos financieros, pericia en derecho comercial internacional y

habilidades lingüísticas, dado el carácter crecientemente global de las operaciones de la mayoría de las instituciones.

Una posible vulnerabilidad que puede provenir de esa especialización de cargos es la temporalidad de los contratos de trabajo para los trabajadores del grupo de teleoperadores y recepcionistas, ya que estos se contratan como temporales lo que conlleva un alto grado de rotación laboral, generándose así una gran instabilidad en el trabajo para millares de trabajadores y trabajadoras. Por otro lado, los servicios menos cualificados técnicamente, además de ser empleados mediante contratos temporales, también lo son a través de subcontratación, ambos tipos considerados por la OIT como formas atípicas de empleo[7], que requieren un mayor cuidado para no terminar provocando situaciones de trabajo precario o violando algún derecho. Por esta y otras razones, contrariando una parte de la creencia popular, muchos empleos en el sector de servicios financieros están mal remunerados. El salario medio anual en las cajas de banco, en mayo de 2006, en los EUA, era alrededor de 22.000,00 dólares, según BLS. Es probable que estas y otras funciones de apoyo experimenten grandes reducciones a través de las reestructuraciones y los recortes de personal como respuesta a las crisis. Los empleos altamente remunerados están principalmente relacionados con el sector de inversiones, el corporativo y las empresas operadoras y agentes de bolsa. Entre enero y octubre de 2008, por ejemplo, el gasto medio en compensaciones ajustadas por tamaño de la mano de obra, en Goldman Sachs, cayó en un 38%.[8]

El sector financiero está experimentando una profunda y exhaustiva reestructuración. La crisis afectó al sector de manera desigual, lo que podría provocar movimientos de mano de obra entre los subsectores financieros. Esto fortalecería el impulso de cambios estructurales similares a los experimentados hasta 2009. Esta reestructuración del sector financiero no puede llevarse a cabo sin consecuencias sustanciales tanto para el empleo como para el ingreso de los actuales empleados en esta industria. Como efecto, después de 2008 y hasta 2010, tras años de expansión, el sector experimentó una caída en la actividad total, lo que provocó pérdidas significativas en el empleo. De la misma manera, hubo una paralización o desaceleración del crecimiento de ingresos de nuevos trabajadores y trabajadoras.

---

[7] Sobre formas atípicas de empleo, véase: http://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_534518/lang--es/index.htm

[8] http://news.efinancialcareers.com/Blogs_ITEM/newsItemId-15608.

Se necesitan medidas útiles que ayuden a los trabajadores a enfrentar las crisis en el sector y poder alcanzar metas económicas y sociales. Estas últimas incluyen prestaciones de desempleo adecuadas y bien diseñadas, protección social, políticas de activación económica y servicios públicos de empleo efectivos. Dichas medidas no solo sostendrían el ingreso de trabajadores afectados, sino que también facilitarían la transición a nuevos empleos, reducirían los riesgos de desempleo y la inactividad a largo plazo. Existen poderosas razones para lanzar programas de formación dirigidos a los trabajadores del sector financiero, dado el aumento de puestos especializados y de cambios en las ocupaciones. El diálogo social entre empleadores y sindicatos en el sector puede ser de gran apoyo en la adopción de medidas efectivas y, de la misma forma, esencial para garantizar el correcto diseño de políticas específicas para el sector. Fortalecer el sector es garantizar espacio también para el crecimiento económico de otros sectores diferentes, incluso los responsables de la ocupación de personas y de las zonas de mayor exclusión, como la rural.

5 Desarrollo de la economía rural mediante la inclusión financiera

A pesar de existir una gran necesidad de financiamiento, las comunidades rurales siguen siendo el mercado más carente de servicios financieros. Garantizar la inclusión financiera de las zonas rurales permite liberar su considerable potencial económico y beneficiar a los más pobres que viven en esas áreas, aumentando así la renta familiar y garantizando el trabajo decente. El acceso al financiamiento puede ser una poderosa herramienta para desarrollar la economía rural. En el caso de los trabajadores más excluidos, donde podemos incluir migrantes, trabajadores domésticos y pequeños agricultores, es especialmente importante aumentar su renta y la inversión en sus negocios, para poder protegerlos contra los riesgos. Cerca de un 70% de los adultos que viven en países en vías de desarrollo no tienen acceso a los servicios financieros y el porcentaje es significativamente mayor en las zonas rurales.

Considerando el importante efecto del mercado financiero en el nivel y calidad del empleo, la OIT tiene el mandato de apoyar la inclusión financiera. En particular, debe «considerar los programas o medidas de carácter económico y financiero desde el punto de vista de

la justicia social»[9], incluyendo los programas relacionados con las zonas rurales. De la misma forma, la OIT trabaja para la inclusión financiera en estas zonas:

1. Desarrollando las capacidades de los mandantes (gobiernos y organizaciones de trabajadores y empleadores) y del personal de la OIT;
2. Funcionando como servicio de asistencia al usuario para atender las solicitudes de los mandantes y del personal de la OIT, y vigilar la calidad de las intervenciones de la OIT;
3. Fomentando la innovación mediante la investigación orientada a la acción y a la gestión del conocimiento.

A pesar de los progresos realizados en algunos países, la crisis mundial del empleo y la profunda debilidad estructural en los mercados de trabajo son cuestiones que predominan en los principales debates sobre desarrollo mundial, como el establecimiento de la Agenda para el Desarrollo post 2015. En muchas regiones del mundo, millones de personas que aspiran a incorporarse a la fuerza de trabajo enfrentan perspectivas difíciles de empleo.

En los países en vías de desarrollo, una gran proporción de la fuerza de trabajo se dedica a actividades poco productivas, como la de la economía rural informal. Aunque se registre una tasa más elevada de crecimiento de la economía formal, los problemas de subempleo y pobreza no podrán resolverse sin un cambio en la pauta general de las inversiones y la intensidad de empleo del crecimiento económico. Además de esto, estas tendencias pueden exacerbarse como consecuencia de la instabilidad política, de los conflictos armados localizados y de la crisis económica y financiera.

Cuando se habla de economía rural, es imposible no hacer referencia a la importancia que su estructuración tiene en la garantía de los derechos a las mujeres, fundamentales para esa economía, pero comúnmente en situación de más precariedad que los hombres. Las mujeres desempeñan importantes funciones en la economía rural como agricultoras, asalariadas y empresarias. También celan por el bienestar de los miembros de la familia, al encargarse, entre otras cosas, del abastecimiento de alimentos y del cuidado de los más jóvenes y

[9] OIT. Declaración de Filadelfia, 1944 (artículo 2) y Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa (Ginebra: 2008)

de los más viejos. El trabajo no remunerado que practican las mujeres en las zonas rurales, en particular en las localidades más pobres, con frecuencia incluye la recogida de leña o la búsqueda de agua. Las mujeres de comunidades indígenas y locales también son depositarias de conocimientos tradicionales decisivos para garantizar los medios de vida, la resiliencia y la cultura de sus comunidades. Sin embargo, las mujeres del ámbito rural enfrentan restricciones para dedicarse a actividades económicas como consecuencia de la discriminación por motivos de género y convenciones sociales, de la participación excesiva en el trabajo no remunerado y de la falta de acceso a la educación, además de la ausencia o poco acceso a servicios financieros. El fortalecimiento de este sector puede representar una autonomía para las mujeres y, consecuentemente, la disminución de la pobreza y de las desigualdades sociales.

6 Conclusión

El tema del sector financiero, su responsabilidad y sus impactos en la economía y en la garantía del trabajo decente es amplio y pasible de discusiones de acuerdo con los tiempos históricos y las organizaciones sociales. No obstante, es posible afirmar su relevante importancia en la economía y, especialmente en la superación de la pobreza, incluso en los momentos de crisis económicas. Se puede dar una atención especial al tema de las cooperativas que, con su enfoque en las personas y fundamentadas en la solidaridad y en la titularidad de sus miembros, reúnen las condiciones idóneas para impulsar sociedades y economías que incluyan a todos los grupos. El trabajo, más concretamente el trabajo decente, es un mecanismo fundamental para la inclusión y para la justicia social. Lograr que el trabajo decente sea una realidad para todos forma parte integrante de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas: esto significa prestar una atención especial a la situación de mujeres y hombres trabajadores que corren riesgo de exclusión y pobreza, en particular, las personas con discapacidad, pueblos indígenas, migrantes y refugiados.

Considerando las especificidades y las potencialidades del sector financiero, en el sentido más amplio, queda claro que es uno de los sectores que más pueden contribuir al trabajo decente. El desafío común de la OIT es encontrar alternativas políticas que puedan ofrecer oportunidades de trabajo decente. Para ello, es fundamental la

estabilidad y prosperidad de las sociedades. Son necesarias soluciones que disminuyan los conflictos y conduzcan a las sociedades hasta la recuperación, el crecimiento económico y el progreso social. Soluciones que propicien la construcción de instituciones basadas en las normas laborales y garantizadoras de los derechos del trabajo. En un mundo interconectado, esta es una agenda mundial y una responsabilidad global.

El mandato fundador de la OIT tiene origen en el principio: *Si vis pacem, cole justitiam* «Si desea la paz, cultive la justicia». Estas palabras son tan imperativas hoy como cuando fueron escritas, hace casi cien años, cuando el mundo estaba saliendo de los estragos de la guerra. Fortalecer el trabajo decente es garantizar que la justicia social pase de ser una utopía y un objetivo a una realidad global.

Referencias

OIT. *Impacto de la crisis financiera en los trabajadores del sector financiero*: Ponencia para debate en el Foro de diálogo mundial sobre el impacto de la crisis financiera en los trabajadores del sector financiero. Ginebra, 2009.

OIT. *Microfinanzas para el Trabajo Decente*. Ginebra: ILO: 2015.

OIT. *The Social Dimensions of Development Finance in Africa*. Results of a survey among AADFI. Geneva: ILO, 2016.

OIT. *Desarrollo de la economía rural por medio de la inclusión financiera*: el papel del acceso a la financiación. Notas de orientación de políticas. Ginebra: ILO, 2017

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FARIA, Thaís Dumêt. Trabajo decente, la OIT e instituciones financieras: un diálogo para la justicia social. In: GOMES, Rafael de Araújo et al. (Coord.). *La responsabilidad social de las instituciones financieras y la garantía de los derechos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 173-187. ISBN 978-85-450-0611-4.

LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LOS BANCOS Y EL TRABAJO ESCLAVO

JOSÉ CLAUDIO MONTEIRO DE BRITO FILHO

1 Consideraciones iniciales

El trabajo en condiciones análogas a la esclavitud es un problema todavía muy actual en Brasil, a pesar de que hayan pasado más de dos décadas de combate intenso contra esta práctica ilícita.

En efecto, este grave problema todavía persiste, aunque se hayan ido adoptado diferentes medidas y haya pasado más de veinte años desde que el gobierno brasileño reconoció oficialmente esa práctica en los ámbitos administrativo y judicial, con sus consiguientes alteraciones normativas, tanto en el plano de la legislación infraconstitucional como en el de la propia Constitución de la República.

Esto muestra que todavía hay mucho trabajo por hacer para eliminar —o al menos reducir— el trabajo esclavo, no solo en el plano represivo, sino también en lo que respecta al compromiso de todos, tanto en la esfera pública como en la privada.

Dentro de este contexto, este texto tratará un aspecto determinado: la actuación de los bancos en la búsqueda de la eliminación del trabajo en condiciones análogas a la esclavitud, teniendo como móvil la responsabilidad social que las instituciones financieras poseen.

El objetivo principal del texto es exponer lo que las instituciones financieras pueden hacer para combatir el trabajo esclavo, y cómo esto está disciplinado.

Es un estudio que se sostiene en un análisis teórico, pero que utilizará las fuentes normativas necesarias para la comprensión del

problema, además de documentos producidos por el Ministerio Público del Trabajo y por los órganos del Poder Judicial.

El texto se iniciará con una breve visión del panorama relativo al trabajo esclavo y a la trayectoria desarrollada en Brasil, durante las dos últimas décadas, buscando su eliminación.

Dará lugar, seguidamente, a una discusión sobre las medidas que pueden adoptarse, en la esfera privada, contra aquellos que someten a los trabajadores a condiciones análogas a la esclavitud, hasta llegar a la situación específica de los bancos, incluso por la importancia con la que cuentan, en razón de su particular situación como fomentadores del crédito necesario para la actividad productiva y para el desarrollo.

2 Trabajo esclavo en Brasil: nociones básicas y breve trayectoria a su combate[1]

Como providencias necesarias, que considero oportuno adoptar en este ítem, se dará una definición básica de lo que es trabajo en condiciones análogas a la esclavitud, así como de las denominaciones que utilizaré a lo largo del texto.

2.1 Nociones básicas: definición y denominaciones

Comenzando con la primera cuestión, y considerando la disciplina legal, en el caso el artículo 149 del Código Penal Brasileño, se puede definir trabajo en condiciones análogas a la esclavitud como la práctica ilegal de tomadores de servicios que, en la relación de trabajo mantenida con la persona física que le presta servicio, viola la dignidad y la libertad personal de esta última.

Es una definición que acentúa los principales bienes jurídicos tutelados por el citado artículo 149: la dignidad de la persona humana y la libertad con autonomía, impidiendo la instrumentalización del trabajador, así como la violación de su derecho a poder actuar libremente[2], y tiene, creo, la ventaja de mostrar la relación entre todos los

[1] Las ideas presentadas en este ítem reproducen, en parte y en la medida que creo oportuna, lo que consta principalmente en los capítulos 1º y 2º de mi libro *Trabalho escravo:* caracterização jurídica (2. Ed. São Paulo: LTr, 2017).

[2] La noción teórica, aquí, es la sostenida por Immanuel Kant, en *A fundamentação da metafísica dos costumes* (*Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa:

modos de ejecución descritos en el artículo 149, que se unen en la idea de la citada no instrumentalización del ser humano, además de garantizar a la persona el poder de decidir libremente lo que es correcto hacer.

Con relación a la denominación, debo comenzar registrando que, en los términos de la ley, en el caso el art. 149 del Código Penal, como arriba se indica, la denominación propia para el acto ilícito en género es *trabajo en condiciones análogas a la esclavitud*. Es la más adecuada, ya que de hecho, lo que acontece, en esa práctica, es la utilización del trabajador en condiciones que se asemejan a la esclavitud, no esta en sí, ya que está jurídicamente prohibida.

En su enseñanza Nelson Hungria, decía: «Se refiere el texto legal a '*condición análoga a la de esclavo*', dejando bien claro que no se trata de reducción a la esclavitud, que es un concepto jurídico, es decir, presuponiendo la posibilidad legal del *dominio* de un hombre sobre otro»[3].

Nada impide que todavía se utilice —lo que hago con frecuencia— esta expresión de forma más abreviada, es decir: *trabajo esclavo*. Es necesario tener en mente, que esta es apenas una forma abreviada de la expresión más amplia y utilizada por la ley. Pues, no siendo la esclavitud, como se ha mencionado, práctica admitida por el ordenamiento jurídico, no se puede admitir que la persona humana, incluso en razón de la conducta ilícita de otros, pueda ser esclava; como máximo, esta estará en condición análoga a la de esclavo.

Trabajo esclavo, resalto, es una expresión que tiene una connotación fuerte, siendo casi imposible no utilizarla; apenas debe tenerse en mente su efectivo sentido, lo que revela, en definitiva, la impropiedad de su uso en la alteración del art. 243 de la Constitución de la República que, aunque incorrectamente, equiparó las dos expresiones.

Estas dos denominaciones las utilizo en el estudio con el mismo significado y no con un sentido distinto, debiendo la segunda —trabajo esclavo—, repito, ser considerada solamente como una forma abreviada de la primera —trabajo en condiciones análogas a la esclavitud—.

Edições 70, 2003). Véase a este respecto, especialmente, la cuestión de la libertad como autonomía, en SANDEL, Michael (*Justiça* — o que é fazer a coisa certa. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011

[3] *Comentários ao código penal (Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940)*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. VI, arts. 137 a 154. p. 199.

2.2 Trayectoria reciente del combate al trabajo esclavo en Brasil

Hechas estas primeras consideraciones, paso a hacer un breve relato sobre el combate al trabajo esclavo, necesario para la discusión que será tratada más adelante.

Pienso que el punto inicial, en este relato, son las inspecciones en el medio rural, especialmente en el sur y en el sudeste del Estado de Pará, para combatir el trabajo esclavo, que comenzaron, con más vigor, en la primera mitad de la década de 1990.

Lo que se veía, principalmente, en aquella ocasión, en los emprendimientos rurales que fueron inspeccionados, en algunos casos, era la misma situación que hoy es caracterizada, tras la alteración del art. 149 del Código Penal Brasileño, como trabajo en condiciones análogas a la esclavitud a causa de las degradantes condiciones de trabajo[4]. Es totalmente posible que la situación en los emprendimientos que fueron fiscalizados, o en parte de estos, fuese incluso más grave. Ni procuradores ni los entonces denominados fiscales del trabajo, hoy auditores fiscales del trabajo, teníamos dominio de todo el conocimiento necesario para saber exactamente qué investigar. Lo que se hacía, con algunas adaptaciones, era investigar y fiscalizar, más o menos, como se fiscalizaba e investigaba en el caso de las hipótesis usuales de violaciones contra la legislación de protección del trabajo.

El tiempo pasó y, a partir de segunda mitad de la década de 1990 en adelante, la situación cambió significativamente. Brasil reconoció que su territorio todavía abrigaba, aunque fuese al margen de la ley, el trabajo esclavo. Se creó un grupo en el Ministerio de Trabajo, hoy Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTPS), de carácter nacional conocido como Grupo Especial de Fiscalización Móvil, o de forma más abreviada como «Grupo Móvil»[5]. La inspección cambió su manera de

[4] Estaba en vigor, todavía, la versión original del artículo 149 del Código Penal y, por esto, la caracterización del trabajo esclavo se hacía, básicamente, mediante la identificación de haber o no trabajo forzado.

[5] El Grupo Especial de Fiscalización Móvil fue creado con el objetivo de cohibir la práctica de trabajo esclavo, forzado e infantil, mediante la Normativa n. 549, del 14.6.1995, del Ministerio de Trabajo. En realidad, se trataba de más de un grupo, constituido por agentes de inspección del trabajo convocados para esa actuación por la entonces Secretaría de Fiscalización del Trabajo (SEFIT), oída la Secretaría de Seguridad y Salud en el Trabajo (SSST), siendo designado uno de los agentes para la función de coordinador. Actualmente, la actividad de los Grupos Móviles en el combate al trabajo esclavo, así como la de los equipos locales, ambos formados por auditores fiscales del trabajo, está reglamentada por la Instrucción Normativa n. 91, del 5 de octubre de 2011, publicada en el DOU del 6.10.2011, Sección I, p. 102, de la Secretaría de Inspección del Trabajo.

actuar, así como también cambió su actuación el Ministerio Público de Trabajo (MPT)[6].

Los años siguientes fueron de perfeccionamiento de la actuación. Al mismo tiempo que la fiscalización se iba haciendo cada vez de una forma más adecuada y con un nuevo instrumental teórico —más compatible con la realidad—, el Ministerio Público de Trabajo se hacía presente en las inspecciones junto con el Grupo Móvil, cambiando también su forma de actuar.

Fue un período con resultados significativos, sobre todo porque principalmente en materia laboral el Poder Judicial, último intérprete, comprendió la importancia de reconocer y cohibir una práctica ilícita, pero que sostenía las actividades de una parte significativa de todo un segmento económico.

Después de ese primer momento, y con el reconocimiento por parte del Supremo Tribunal Federal (STF) de la competencia de la Justicia Federal para el juicio de las acciones penales donde discute la práctica del trabajo esclavo la represión a este ilícito amplió su espectro, no discutiéndose más la cuestión principalmente bajo el aspecto laboral, y sí comenzando a haber más celeridad en el juicio de las denuncias ofrecidas por el Ministerio Público Federal[7] por el crimen de sometimiento de la persona a la condición análoga a la de esclavo.

Sin embargo, todo esto aún no tuvo el poder de hacer este ilícito algo esporádico.

---

[6] En el ámbito del Ministerio Público del Trabajo, aunque el combate al trabajo esclavo sea parte de la actuación de todos los miembros que actúan desarrollando la actividad de órgano agente, la coordinación de las actividades cabe a la Coordinación Nacional de Erradicación del Trabajo Esclavo (CONAETE), que fue creada el 12 de septiembre de 2002, por medio de la Normativa n. 231, de 2002, del Procurador General del Trabajo, de la comisión creada el 5.6.2001, que tenía como atribución elaborar estudios relativos a las estrategias de combate al trabajo esclavo y regularización del trabajo de los indígenas. Entre otras actividades, la CONAETE organiza la escala de los Procuradores que acompañan las actividades del Grupo Móvil del Ministerio de Trabajo, cuando esto no ocurre directamente por los miembros de las unidades del MPT donde tiene lugar la denuncia del trabajo esclavo.

[7] En el Ministerio Público Federal, la responsabilidad de la represión al Trabajo esclavo es de los Procuradores de la República. En el MPF, conforme informaciones y considerando todo Brasil. En 2014, había *2.232 investigaciones en curso referentes a crímenes relacionados con la práctica de trabajo esclavo, previstos en los arts. 149, 203 y 207 del Código Penal —datos de diciembre de 2013—*, siendo que *los estados donde se encuentra el mayor foco de la práctica del crimen previsto en el art. 149 del Código Penal —reducción a condición análoga a la de esclavo— son los siguientes: Pará, con 295 investigaciones en curso; Minas Gerais, con 174; Mato Grosso, con 135 casos; y São Paulo, con 125.* Todo disponible en: <http://www.trabalhoescravo.mpf.mp.br/trabalho-escravo/atuacao_mpf.html> Fecha de acceso el 11.6.2014.

Son innumerables las dificultades encontradas para, si no erradicar[8], por lo menos reducir los casos de trabajo esclavo en el país, que van desde la visión elitista y conservadora de los tomadores de servicios, que juzgan poder ofrecer el trabajo sin las mínimas condiciones para su prestación, y bajo una situación extrema de superexplotación, pasando por los insuficientes mecanismos del Estado para combatir los actos ilícitos, hasta llegar al punto de partida de cualquier enfrentamiento: la correcta comprensión del acto, en el caso, ilícito, practicado incluso habiendo ya una razonable uniformidad tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, especialmente del Supremo Tribunal Federal, aunque con cierta frecuencia se ven intentos de alterar ese entendimiento, normalmente pretendiendo que se reconozca que solo la restricción en la libertad de ir y venir podría caracterizar el trabajo esclavo, pero, sin mayores resultados.

Hay que resaltar que en el combate al trabajo esclavo, el Estado no se limitó a la actuación en la vía administrativa y a la represión en la esfera judicial, tanto en el aspecto penal como en el laboral, sino que fue más allá y creó un mecanismo de divulgación de las personas flagradas en esa práctica.

Así, la actuación del tomador de servicios por la caracterización de haber mantenido trabajadores en condiciones análogas a la esclavitud, también significa, en el caso de que tal actuación no sea revertida en el ámbito administrativo, la inclusión del tomador de los servicios en el Registro de Empleadores que someten a los trabajadores a condiciones análogas a la esclavitud, también llamado como «lista sucia».

Este registro, inicialmente, fue creado por la Normativa nº 540, del 15 de octubre de 2004, del Ministerio de Trabajo y Empleo, que creó el «Registro de Empleadores que hayan sometido trabajadores a condiciones análogas a la esclavitud»[9]. Después, fue reglamentado por la Normativa Interministerial n. 2, del 12 de mayo de 2011, publicada en

[8] La erradicación del trabajo esclavo, aunque pueda y deba existir como meta, en términos reales no es posible. Es decir, como los modos de ejecución son diversos, y los límites entre la normalidad de las exigencias hechas por el tomador de los servicios y la ilicitud proveniente de esas mismas exigencias no tiene márgenes que no puedan ser extrapolados, siempre habrá hipótesis en las que el tomador, normalmente por la ganancia, por la búsqueda del lucro fácil, estará intentado desviarse del camino de la normalidad para dirigirse al de la ilicitud. Lo que es importante, entonces, es tener los márgenes de lo que es lícito y e ilícito bien definidos, así como una sistemática capaz de evitar o de, por lo menos, reprimir las conductas lesivas.

[9] Disponible en: http://trabalho.gov.br/images/Documentos/trabalhoescravo/BRA77204.pdf. Fecha de acceso el 25 de octubre de 2017.

el DOU del 13 de mayo de 2001, Sección I, p. 9, del Ministro del Trabajo y Empleo y de la Ministra Jefe de la Secretaría de Derechos Humanos de la Presidencia de la República[10].

Esto podría significar, a partir de la inclusión del nombre del tomador en el Registro y de su permanencia en dicho registro durante dos años —finalizados esos dos años, en el caso de que el tomador pagase las debidas multas y las obligaciones laborales y sociales, además de no reincidir, su nombre era excluido— restricciones de créditos en órganos oficiales de fomento, así como restricciones de naturaleza comercial en general, ya que ni personas jurídicas ni físicas se sentirían cómodas estableciendo relaciones con quien hubiera practicado ilícito de esta naturaleza, lo cual es comprensible.

La legalidad del Registro fue cuestionada judicialmente, por la vía de mandato de seguridad (MS n. 14.017/DF), habiendo fracasado en el Superior Tribunal de Justicia (STJ). La decisión fue de la 1ª Sección del STJ, sentencia labrada por el Ministro Herman Benjamin[11].

No obstante, la cuestión fue objeto de discusión judicial nuevamente. Por medio de la Medida Cautelar en la ADI 5.209, de la Relatoría de la Ministra Cármen Lúcia, y donde el entonces Ministro Presidente Ricardo Lewandowski, el 23 de diciembre de 2014, aprobó una medida preliminar «para suspender la eficacia de la Normativa Interministerial MTE/SDH n° 2, del 12 de mayo de 2011 y de la Normativa MTE nº 540, del 19 de octubre de 2004, hasta el juicio definitivo de esta acción»[12].

Acto continuo, se editó la Normativa Interministerial MTE y SDH nº 02, del 31 de marzo de 2015 (DOU del 1/4/2015)[13], que revocó la normativa anterior. Esta normativa en razón de la preliminar, no produjo efectos. Poco después de un año, se editó un nuevo instrumento normativo, la Normativa Interministerial MPTS y SDH nº 04, del 11 de mayo de 2016 (DOU del 13 de mayo de 2016)[14].

---

[10] Disponible en: http://trabalho.gov.br/images/Documentos/trabalhoescravo/p_20110512_2.pdf. Fecha de acceso el 25 de octubre de 2017.

[11] Juicio el 27 de mayo de 2009, publicación en el DJe el 1 de julio de 2009.

[12] Disponible en: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4693021. Fecha de acceso el 25 de octubre de 2017.

[13] Disponible en: http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=01/04/2015&jornal=1&pagina=116&totalArquivos=140. Fecha de acceso el 25 de octubre de 2017.

[14] Disponible en: http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=13/05/2016&jornal=1&pagina=178&totalArquivos=304. Fecha de acceso el 25 de octubre de 2017.

Continuando, el 16 de mayo de 2016, la Ministra Cármen Lúcia, Relatora de la ADI 5.209, en despacho, y en razón de la revocación de la Normativa Interministerial 2/2011, sustituida por la de nº 2/2015 y, después, por la de nº 4/2016, juzgó perjudicada la acción, dictó la casación de la preliminar deferida, archivando la acción en el STF el 17 de junio de 201[15].

Esto no zanjó el enredo en el que se transformó el registro de empleadores, ya que ahora, mientras este texto está siendo escrito, se convive con una nueva normativa del Ministro del Trabajo, la nº 1.129, del 13 de octubre de 2017 —publicada en el Diario Oficial de la Unión del 16 de octubre de 2017—, que pretende, bajo el pretexto de fijar normas al respecto de la actuación del Ministerio de Trabajo con relación al trabajo esclavo, alterar la propia comprensión de lo que es trabajo en condiciones análogas a la esclavitud, sometiendo todos sus modos de ejecución a la violación de la libertad de ir y venir, lo que no solo contraría la doctrina y la jurisprudencia dominante del Supremo Tribunal Federal al respecto, sino que además crea más dificultades de las ya existentes para la inclusión en el registro de aquellos empleadores que incidieran en la conducta descrita en el artículo 149 del Código Penal Brasileño[16].

Por lo menos ahora los efectos del acto normativo se encuentran suspendidos por decisión preliminar de la Ministra Rosa Weber, del Supremo Tribunal Federal, proferida en los autos de la ADPF 489 el 23 de octubre de 2017.[17]

No es tan sencillo, ya que aunque no exista más óbice para la publicación de la lista, ni esté por el momento, por decisión de la Ministra Rosa Weber, sometida a un análisis que distorsione la doctrina y la jurisprudencia dominantes, en el caso de la Normativa n. 1.129/2017, más arriba referida, el Ministerio de Trabajo resistió cuanto pudo a la publicación del Registro, en una batalla judicial en la que fueron concedidas diversas preliminares, ahora a favor de la Unión,

[15] Tanto el despacho de la Ministra como el andamiento procesual de la ADI 5.209 están disponibles en: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4693021. Fecha de acceso el 25 de octubre de 2017.

[16] Disponible en: https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=351466. Fecha de acceso el 25 de octubre de 2017

[17] Disponible en: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5293382. Fecha de acceso el 25 de octubre de 2017

ahora a favor del Ministerio Público de Trabajo[18], autor de la acción —registrándose que la publicación no se hacía desde 2014—, hasta que se presentó, con fecha de 26 de octubre de 2017, la nueva lista, que contempla 130 personas físicas y jurídicas actuadas en acción fiscal al haberse identificado trabajadores sometidos a condiciones análogas a la esclavitud, y una persona jurídica que celebró un término de ajuste de conducta o acuerdo en acción judicial[19].

Esta cuestión específica, resalto, será retomada en el ítem siguiente, pues es un elemento importante para que los bancos dejen aflorar su responsabilidad social.

De cualquier modo, dando continuidad a las medidas adoptadas contra el trabajo en condiciones análogas a la esclavitud, es oportuno registrar que se ha abierto otra posibilidad con la Enmienda Constitucional (EC) n. 81, del 5 de junio de 2014, que dispone:

> Art. 1º El art. 243 de la Constitución Federal pasa a tener vigor con la siguiente redacción:
>
> Art. 243. Las propiedades rurales y urbanas de cualquier región del País donde fuesen localizadas culturas ilegales de plantas psicotrópicas o explotación de trabajo esclavo en la forma de la ley serán expropiadas y destinadas a la reforma agraria y a programas de vivienda popular, sin cualquier indemnización al propietario y sin perjuicio de otras sanciones previstas en ley, observado, en lo que cabe, lo dispuesto en el art. 5º.
>
> Párrafo único. Todo y cualquier bien de valor económico aprehendido como resultado del tráfico ilícito de estupefacientes y drogas similares y de la explotación de trabajo esclavo será confiscado y revertido en un fondo especial con destino específico, en la forma de la ley.

La alteración del art. 243 de la Constitución de la República, esperada desde hace más de una decena de años(30), nació bajo el signo de una impropiedad y de una amenaza.

La impropiedad insirió la expresión trabajo esclavo en la disposición constitucional, ya que el régimen jurídico no reconoce la esclavitud, no hay trabajo esclavo y sí trabajo en condiciones análogas a la esclavitud, conforme ya se ha expuesto más arriba.

---

[18] Véase, por ejemplo, en: http://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/agu-recorre-para-adiar-publicacao-de-lista-suja-do-trabalho-escravo/, y en: http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-03/tst-derruba-liminar-que-suspendia-publicacao-da-lista-suja-do. Fecha de acceso de ambas noticias el 1 de noviembre de 2017.

[19] La lista está disponible en: http://trabalho.gov.br/images/Documentos/cadastro_empregadores_2017.pdf. Fecha de acceso el 1 de noviembre de 2017.

Existe también una amenaza, y es que la mención a la «explotación de trabajo esclavo en la forma de la ley», que, en perspectiva lógica, solo podría ser el art. 149 del Código Penal, en realidad, refleja el intento de que haya una reglamentación diversa y de que se restrinjan las hipótesis en las que se reconoce el trabajo en condiciones análogas a la esclavitud. Lo que se quiere es retirar dos hipótesis que configuran, sí, trabajo esclavo, pero incomodan a los representantes de los sectores en los que se producen más casos de ese ilícito: la jornada exhaustiva y el trabajo en condiciones degradantes, es decir, limitar el trabajo esclavo a modos en los que hay una violación directa de la libertad de ir y venir, como afirmé anteriormente en este ítem, y, claramente, es también lo que mueve la Normativa n. 1.129/2017 del Ministro de Trabajo, arriba citada.

En este sentido, puede identificarse una iniciativa en el Proyecto de Ley del Senado (PLS) n. 432, de 2013, en que, para los fines de lo que consta el artículo 243 de la Constitución de la República, se pretende que el trabajo esclavo sea reconocido solo en el caso de las siguientes hipótesis: trabajo forzado, restricción de desplazamiento por deuda contraída, retención del trabajador en razón de vigilancia ostensible, denegación de medios de transporte y apropiación indebida de los documentos o bienes personales del trabajador, es decir, hipótesis ya previstas en la legislación penal, excluyendo, como ya se ha mencionado, la jornada exhaustiva y las condiciones degradantes de trabajo. El proyecto, presentado inicialmente para ser aprobado junto con la EC n. 81, se encuentra todavía tramitando[20].

Y no acaba aquí. Con idéntico objetivo, es decir, restringir la definición de trabajo esclavo, pero, ahora, intentando alterar el propio artículo 149 del Código Penal Brasileño, existe también el PL (proyecto de ley) 3842, de 2012, de la Cámara de los Diputados, y autoría del Diputado Moreira Mendes, del PSD/RO, que pretende disponer respecto al concepto de trabajo análogo al de esclavo. Aprobado por la Comisión de Agricultura, Pesca, Abastecimiento y Desarrollo Rural el 15 de abril de 2015, también está en curso. Su principal objetivo es alterar el artículo 149 del Código Penal Brasileño, eliminando los siguientes modos de ejecución: jornada exhaustiva, trabajo en condiciones

[20] Información disponible en: http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/114895. Fecha de acceso el 25 de octubre de 2017.

degradantes y retención del trabajador mediante el apoderamiento de sus bienes o documentos[21].

En el caso de que se produzca esa reglamentación restrictiva —en cualquiera de las hipótesis, es decir: ya sea para los fines del artículo 243 de la Constitución de la República o para alterar el artículo 149 del Código Penal— y de que cualquiera de esas nuevas normas permanezca en el mundo jurídico y se considere como válida, habrá un retroceso incompatible con todo el fundamento teórico que justifica que el hecho del trabajo en condiciones análogas a la esclavitud puede ocurrir sin una restricción directa a la libertad de desplazamiento, y sí a partir de la ofensa al principio de la dignidad de la persona humana y a la libertad personal de los trabajadores[22].

Es importante observar que este intento de reacción por vía del Poder Legislativo es el reflejo de una mayor eficacia en el combate contra el trabajo esclavo, a pesar de las innumerables dificultades todavía existentes. Se dio un paso importante al respecto, a partir de decisiones tomadas por el Supremo Tribunal Federal, en 2006 y 2012, cuando primero se decidió por la competencia de la justicia federal para apreciar y juzgar las acciones penales movidas por el trabajo esclavo (RE 398.041-6), y después por el reconocimiento del trabajo en condiciones degradantes como modo de ejecución del trabajo esclavo y de que esa práctica viola la dignidad y la libertad personal, como se ha dicho en el párrafo anterior (Investigaciones 2.131 Distrito Federal y 3.412 Alagoas)[23].

Hay que registrar, además, que el combate al trabajo esclavo en Brasil ultrapasó la esfera interna, habiéndose discutido ya en organismos internacionales casos de trabajo esclavo ocurridos en Brasil. Dos casos importantes muestran esto.

El primero de estos casos, es el caso conocido como «José Pereira»[24], que terminó con una solución amistosa. Como consta en el Informe de la comisión, ya indicado en la nota inmediatamente arriba,

---

[21] Actualmente, el proyecto se encuentra en tramitación, en la Cámara de los Diputados. Información disponible en: www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=544185. Fecha de acceso el 25 de octubre de 2017.

[22] Véanse, específicamente para los bienes jurídicos tutelados por el artículo 149 del Código penal, las páginas 68 a 75 de mi libro *Trabalho escravo*: caracterização jurídica, ya citado en la nota (2. ed. São Paulo: LTr, 2017).

[23] Disponibles en el sitio del Supremo Tribunal Federal: www.stf.jus.br, en seguimiento procesual.

[24] Informe nº 95/03. Caso 11.289. 24 de octubre de 2003. Disponible en: https://cidh.oas.org/annualrep/2003port/Brasil.11289.htm. Fecha de acceso el 25 de octubre de 2017.

> El 16 de diciembre de 1994, las organizaciones no gubernamentales Américas Watch y Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) presentaron una petición a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (a partir de ahora denominada como «Comisión» o «Comisión Interamericana») contra la República Federativa de Brasil (a partir de ahora denominada «Estado», «Brasil», o «Estado brasileño»), en la cual alegaron hechos relacionados con una situación de trabajo «esclavo» y con la violación del derecho a la vida y del derecho a la justicia en la zona sur del Estado de Pará.

El caso involucró a José Pereira y otro trabajador, conocido con el apodo de «Paraná», que probablemente murió cuando ambos intentaban escapar de la hacienda Espírito Santo, y que tuvo como resultado una conciliación entre las peticionarias y el Estado Brasileño que, además de reconocer su responsabilidad en el plano internacional, asumió compromisos relativos al juicio de los responsables, así como, principalmente, relacionados con la adopción de una serie de medidas preventivas, reparatorias —el trabajador José Pereira recibió de indemnización R$52.000,00, por determinación de la Ley nº 10.706/2003 —, fiscalizadoras, e incluso referentes a alteraciones desde el punto de vista normativo.

El otro caso, en el que hubo condena, fue juzgado en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y es denominado Caso Trabajadores de la hacienda Brasil Verde x Brasil[25], se encuentra actualmente aguardando que Brasil cumpla las determinaciones lanzadas en la decisión condenatoria.

Todas estas medidas, sin embargo, no cierran las posibilidades, en las esferas pública y privada, de combate al trabajo esclavo. En el ítem siguiente se verá como un segmento específico de la economía, el sector financiero, puede contribuir en este sentido, y como esto se justifica.

3 Trabajo esclavo y el sector bancario

Recuperando lo dicho en el apartado 2.2, el Registro de Empleadores es una herramienta importante en el combate al trabajo esclavo, puesto que además de hacer públicas las acciones de las personas actuadas por esa práctica, el conocimiento de esos hechos

[25] La sentencia está disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Fecha de acceso el 25 de octubre de 2017.

conlleva «restricciones de créditos en órganos oficiales de fomento, así como restricciones de naturaleza comercial en general».

En este aspecto, no solo sería importante la firme actuación de los órganos oficiales de fomento, sino también la de los bancos en los que no hay participación del Estado. Ya que si las actividades productivas, vía de regla, necesitan financiamiento para poder desarrollarse, restringir el crédito es una forma de impedir la continuidad de la actividad que se desarrolla, en buena parte, al margen de la legalidad y con violación flagrante de la dignidad de los trabajadores. Como afirma Rafael de Araújo Gomes, en emprendimientos de porte, «es simplemente imposible que operaciones de esa grandeza, que conllevan considerables costes operacionales, se realicen sin financiamiento suficiente y constante»[26]. Es más, pocas actividades, dentro del sector productivo, consiguen sobrevivir con restricciones de crédito, y, en ese caso, esto es más que justificable, ya que no es saludable que aquellos que practican trabajo esclavo puedan continuar emprendiendo a costa de la violación de los derechos fundamentales de los trabajadores.

Para ello, existe un conjunto normativo suficiente. Para el Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social (BNDES), por ejemplo, existe la Ley n. 11.948, del 16 de junio de 2009 que, en el artículo 4º, prescribe:

> Art. 4º Queda vedada la concesión o renovación de cualquier préstamo o financiamiento del BNDES a empresas de la iniciativa privada cuyos dirigentes sean condenados por asedio moral o sexual, racismo, trabajo infantil, trabajo esclavo o crimen contra el medio ambiente.

Y, en ese caso, la no concesión de crédito, en forma de préstamo o financiamiento no es una posibilidad, es un deber, siempre que exista la condena de la empresa por la práctica de diversos ilícitos, entre estos el trabajo esclavo. En cualquier esfera, judicial o extrajudicial, ya sea la condena penal, laboral o administrativa, en este caso por las actuaciones de los auditores fiscales del trabajo.

Obsérvese, que por condena debe entenderse la conclusión, de carácter definitivo, de que se produjo la práctica de trabajo esclavo, por lo que, en la esfera extrajudicial, la disposición debe ser aplicada en el momento en el que se hace definitiva la actuación, con la inclusión

[26] Trabalho escravo e o sistema financeiro. In PAIXÃO, Cristiano e CAVALCANTI, Tiago Muniz (Org.). *Combate ao trabalho escravo*: conquistas, estratégias e desafios. São Paulo: LTr, 2017. p. 337.

de la empresa en el Registro de Empleadores. Ya en la esfera judicial, primero tiene que haber la cosa juzgada, a no ser que, por la gravedad, se imponga una decisión de carácter preliminar —lo que no es difícil de materializarse—, debiendo el tribunal notificar al BNDES ese hecho, de oficio o a requerimiento de la parte.

A este respecto, obsérvese que en la última lista sucia, indicada en nota más arriba, aparecen empresas de gran porte que tienen relaciones con el BNDES, y esto, ahora, no podrá suceder nuevamente ni con nuevos apoyos ni con la renovación de los ya existentes.

En términos generales, existe la Resolução n. 3.876, del 22 de junio de 2010, del Comité Monetario Nacional del Banco Central de Brasil que, en el artículo 1º, dispone, con relación al crédito rural, lo siguiente:

> Art. 1º Queda vedada a las instituciones financieras integrantes del Sistema Nacional de Crédito Rural (SNCR) la contratación o renovación, al amparo de recursos de cualquier fuente, de operación de crédito rural, incluso la prestación de garantías, así como la operación de arrendamiento mercantil en el segmento rural, a personas físicas y jurídicas inscritas en el Registro de Empleadores que mantuvieron trabajadores en condiciones análogas a la esclavitud, instituido por el Ministerio del Trabajo y Empleo, en razón de decisión administrativa final relativa al auto de infracción.

No obstante, cuando se instó al Banco Central a presentar la documentación relativa al incumplimiento de la Resolución, este prestó informaciones incompletas, dejando claro, además, con esa respuesta que no estaba dando conocimiento a una de las instituciones con atribución para apurar cuestiones que envuelven trabajo esclavo, en este caso, el Ministerio Público del Trabajo (MPT), que actúa en este tema en la esfera laboral[27]. Esto, incluso, motivó la propuesta de una acción civil pública del MPT contra el BACEN en 2013, y que, conforme informaciones del sitio del TRT de la 15ª Región, tiene como últimos movimientos la apelación presentada por el BACEN mediante un recurso de revisión el 5 de noviembre de 2015 y el archivo definitivo de los autos del proceso principal al Primer Juzgado de Trabajo de Araraquara el 01 de marzo de 2016, lo que demuestra que el MPT fue

[27] Véase en GOMES, Rafael de Araújo (Trabalho escravo e o sistema financeiro. *In* PAIXÃO, Cristiano e CAVALCANTI, Tiago Muniz [Org.]. *Combate ao trabalho escravo*: conquistas, estratégias e desafios. São Paulo: LTr, 2017. p. 341-342.)

vencedor en la acción, aunque sin poder precisar si total o parcialmente, ya que el proceso se hace en secreto de justicia[28].

Incluso se podría argumentar que esas normas tal vez fuesen innecesarias. Ya que, aparentemente, medidas de carácter coercitivo no producirían mayores efectos en el sector que, de forma espontánea, tendría un compromiso con la erradicación del trabajo esclavo, o solamente reforzarían lo que ya sería practicado.

La Federación Brasileña de Bancos (FEBRABAN), por ejemplo, como informa la Procuraduría Federal de los Derechos del Ciudadano del Ministerio Público Federal, comunicó que «el 13 de diciembre de 2005, firmó la Declaración de Intenciones de la Federación Brasileña de Bancos para la Erradicación del Trabajo Esclavo en Brasil». Además, los bancos que representa han adoptado procedimientos que conducirían al alcance de los objetivos de la Declaración de Intenciones[29].

La existencia de comandos normativos y de normas internas de responsabilidad social[30] que tienen como objetivo, entre otros, impedir el financiamiento a personas que explotan el trabajo esclavo, todavía, no ha surtido mayores efectos.

Como queda claro mediante las apuraciones hechas por el Ministerio Público del Trabajo, conducidas por el Procurador del Trabajo Rafael de Araújo Gomes que coordina, en el ámbito de la CONAETE, en el Ministerio Público del Trabajo, el Grupo de Trabajo sobre Instrumentos Económicos y de Gobernanza Corporativa, las mayores instituciones bancarias del país no tienen una política real y eficaz que implique restricciones de crédito para quien practica el crimen de sometimiento de trabajadores a la condición análoga a la de esclavo. Existen, de hecho, normas al respecto de la responsabilidad social, y, en tesis, restricciones a quien práctica el trabajo esclavo. Sin embargo, en la práctica, esto no se observa con el rigor necesario[31].

---

[28] Disponible en: http://portal.trt15.jus.br/numeracao-unica, a partir de consulta por los autos del proceso nº 0000024-17.2013.5.15.0006. Fecha de acceso el 3 de noviembre de 2017.

[29] Disponible en: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/informativos/edicoes-2009/junho/instituicoes-bancarias-signatarias-do-pacto-nacional-pela-erradicacao-do-trabalho-escravo-informam-procedimentos-para-restringir-credito-a-exploradores-de-mao-de-obra-escrava/. Fecha de acceso el 1 de noviembre de 2017.

[30] Según el sitio responsabilidadesocial.com, existe responsabilidad social «cuando las empresas, de forma voluntaria, adoptan posturas, comportamientos y acciones que promuevan el bienestar de su público interno y externo». Disponible en: http://www.responsabilidadesocial.com/o-que-e-responsabilidade-social/. Fecha de acceso el 2 de noviembre de 2017.

[31] Informaciones prestadas por el Procurador Rafael de Araújo Gomes el 14 de septiembre de 2017.

Lo cual quedó demostrado en la apuración que envolvió al BACEN, antes brevemente relatada.

A propósito de esta cuestión del BACEN, el reportaje de Leandro Prazeres, del sitio de UOL en Brasilia, muestra que hubo por lo menos veinticuatro operaciones en las que se pueden haber concedido créditos a personas que explotaron trabajo esclavo, catorce consideradas irregulares, y sin que el Banco Central haya hecho algo al respecto, salvo descalificar esas operaciones, lo que hasta podría significar mayores gastos para el tomador del financiamiento, pero no las invalida, manteniéndose, por tanto, el financiamiento a quien explotó trabajo esclavo, lo cual es inaceptable[32].

Y esto, de forma obvia, significa que aquellos que practican ese ilícito penal y laboral acaban teniendo acceso al crédito para financiar sus actividades, aunque se sirvan de medios ilegales que violan la dignidad de la persona humana.

Es un duro golpe para los esfuerzos del Estado y de la comunidad en la lucha por poner fin a esa práctica, pues ese financiamiento, junto con la explotación criminal de mano de obra barata que sostiene ese tipo de emprendimiento, tiene un peso significativo al ser crucial para que la actividad pueda desarrollarse, y transmite la idea de que lo que importa para la concesión de crédito es simplemente poseer garantías para la operación, y no adoptar un comportamiento conforme con el cumplimiento de las normas constitucionales y laborales que prescriben el respeto a los derechos básicos de los trabajadores.

4 Consideraciones finales

El combate al trabajo esclavo ha conseguido, en los últimos 20 años, avanzar de forma significativa. El país posee un conjunto normativo adecuado, tanto para la represión desde el punto de vista penal como desde el punto de vista laboral y administrativo. La jurisprudencia ha seguido las normas, especialmente después de las decisiones proferidas por el Supremo Tribunal Federal al respecto.

En el mismo sentido, se ha construido el conocimiento necesario para entender el problema, lo que supone, también, un paso importante para que esa práctica disminuya, dada la imposibilidad de su completa

[32] Disponible en: https://www.uol/noticias/especiais/bancos-e-trabalho-escravo.htm#bc-identifica-irregularidades-mas-nao-pune-bancos. Fecha de acceso el 2 de noviembre de 2017.

eliminación, considerando que tal dependería de la acción de todas las personas, y esto es casi imposible, ya que la instrumentalización del trabajo hasta el punto de violar su dignidad es usada por algunos como una forma de aumentar lucros y hacer más barata la actividad que desarrollan.

A este respecto, se han pensado algunas medidas, de simple operacionalización, para, si no impedir, al menos dificultar las actividades en las que se explota el trabajo esclavo. Una de estas medidas es el Registro de Empleadores que hayan sometido trabajadores a condiciones análogas a la esclavitud, que, publicado por el Ministerio de Trabajo, tiene como fin poner en conocimiento de todos las personas que incidieron en esa práctica, impidiendo así, entre otras acciones, que quienes practican el trabajo esclavo obtengan financiamiento de los bancos —ni públicos ni privados— para poder continuar con sus actividades.

Esto no ha ocurrido, en primer lugar, por la resistencia del propio Ministerio de Trabajo a la publicación de la lista y, en segundo, porque los establecimientos bancarios aún no tienen el rigor necesario para que cese ese financiamiento. Esto, incluso existiendo normas al respecto, y contando con el compromiso de las entidades bancarias de adoptar una norma compatible con lo que se denomina responsabilidad social.

Esa conducta, además de social y jurídicamente reprobable, representa claramente una forma de auxiliar en la práctica de ese ilícito penal y laboral, actuando contra el fundamento de los derechos más básicos del ser humano: la dignidad de la persona humana.

Referencias

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Trabalho escravo*: caracterização jurídica. São Paulo: LTr, 2017.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal (Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940)*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. VI, arts. 137 a 154.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2003.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Perfil do trabalho decente no Brasil*. Brasília e Genebra: OIT, 2009.

PAIXÃO, Cristiano e CAVALCANTI, Tiago Muniz (Org.). *Combate ao trabalho escravo*: conquistas, estratégias e desafios. São Paulo: LTr, 2017.

SANDEL, Michael. *Justiça* — o que é fazer a coisa certa. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. La responsabilidad social de los bancos y el trabajo esclavo. In: GOMES, Rafael de Araújo et al. (Coord.). *La responsabilidad social de las instituciones financieras y la garantía de los derechos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 189-206. ISBN 978-85-450-0611-4.

SOSTENIBILIDAD SOCIAL EN EL ÁMBITO DEL FONDO SOBERANO DE NORUEGA

LORENA VASCONCELOS PORTO

1 Introducción

El presente artículo tiene como fin el estudio de la sostenibilidad social en el ámbito del Fondo Soberano de Noruega. En primer lugar, se elaboran consideraciones sobre los conceptos de desarrollo sostenible y de función social de la propiedad y de la empresa, con el objetivo de demostrar que el empleo en condiciones dignas es imprescindible para su concreción.

Seguidamente, se presentan las características del modelo de Estado de Bienestar Social presente en los países nórdicos, entre los cuales se encuentra Noruega. Tal modelo se distingue por una baja desigualdad social y económica, una mayor igualdad de género y sistemas de bienestar amplios, con un crecimiento económico muy satisfactorio, caracterizado por el dinamismo y la innovación. La existencia de un fuerte modelo de Estado de Bienestar Social en Noruega está intrínsecamente relacionada con las razones de creación y el funcionamiento del Fondo Soberano de Noruega.

Tras tales consideraciones, se estudia con mayor profundidad el Fondo Soberano de Noruega, es decir, su institución, características, políticas, principios, acciones y funcionamiento. En la actualidad, se trata del mayor fondo de riqueza soberano del mundo, siendo su objetivo explícito integrar inversiones de largo plazo con un compromiso ético doble: el compromiso de las empresas con los principios de buenas prácticas de gobernanza corporativa aceptados mundialmente y con la justicia ambiental y social globales.

2 Sostenibilidad social

La idea de la sostenibilidad social está íntimamente relacionada con dos conceptos: equilibrio y permanencia. Todo el mundo, desde las más altas esferas de la comunidad científica hasta el ciudadano común, ha volcado su atención hacia el tema del desarrollo sostenible. En consonancia con el concepto presentado por el informe de la Comisión Brundtland, es sostenible el desarrollo que surte las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para surtir sus propias necesidades.

Dicho informe definió las cuatro claves principales para garantizar la sostenibilidad: las necesidades del futuro no deben ser sacrificadas por las demandas del presente; el futuro económico de la humanidad está unido a la integridad de los sistemas naturales; el sistema del mundo presente no es sostenible, ya que no contempla las necesidades de muchos, especialmente las de los pobres; y la protección del medio ambiente es imposible a menos que se promuevan programas económicos para las poblaciones más pobres de la tierra[1].

Se hace evidente, por lo tanto, que es imprescindible establecer políticas efectivas para la disminución de la exclusión, de la desigualdad y de la mala distribución de renta. En este sentido, el empleo digno es el instrumento más eficaz para garantizar la realización de esos objetivos. El empleo, su promoción y los mecanismos que aseguren el equilibrio y la permanencia deben estar en el centro de cualquier discusión sobre desarrollo sostenible. El empleo digno, a su vez, es aquel que atiende las premisas propias de la sostenibilidad: equilibrio y permanencia. Debe asegurar al trabajador una remuneración suficiente que le permita atender todas sus necesidades esenciales, además de su crecimiento personal y profesional y la tranquilidad necesaria de su mantenimiento dentro de la normalidad de la actividad empresarial[2].

Intrínsecamente relacionado con el tema de la sostenibilidad social se encuentra el concepto de función social de la propiedad y de la empresa, consagrado por las órdenes jurídicas de los países democráticos, lo cual impone comportamientos positivos (obligaciones de hacer), y no meramente negativos (obligaciones de no hacer),

---

[1] HASSON, Roland; VILLATORE, Marco Antonio Cesar. Sustentabilidade: o vetor social. *LTr: Suplemento Trabalhista*, São Paulo, LTr, ano 44, n. 006/08, p. 23-27, 2008. p. 23 y 26-27.

[2] HASSON, Roland; VILLATORE, Marco Antonio Cesar. Sustentabilidade: o vetor social. *LTr: Suplemento Trabalhista*, São Paulo, LTr, ano 44, n. 006/08, p. 23-27, 2008. p. 24.

al titular del poder que deriva de la propiedad. Esa imposición de comportamiento positivo al titular de la empresa, en la esfera laboral, corresponde a acciones a favor de los empleados, representadas por la valorización del trabajador, a través de un ambiente saludable, salario justo y, sobre todo, por un trato que garantice su dignidad como ser humano[3].

A partir de tales conceptos e ideas debe ser analizada la cuestión de la sostenibilidad social en al ámbito del Fondo Soberano de Noruega.

3 El Estado de Bienestar Social en los países nórdicos

A comienzos del siglo XX, los países nórdicos[4] se encontraban entre los más pobres de Europa. Pero con el transcurrir del referido siglo, esa situación dio un giro, gracias a una mezcla —que resultó muy exitosa— entre economía de mercado, democracia, organizaciones no gubernamentales y políticas intervencionistas del Estado. Todos los países europeos pueden ser, en líneas generales, clasificados como Estados de Bienestar Social, pero el modelo nórdico se distingue de los demás debido al papel dominante del Estado en la formulación de la política social y en el desarrollo de un extenso sector público para su implementación[5].

Cuando se comparan con el resto de Europa, los Estados de Bienestar Social nórdicos presentan doce características peculiares, que, consideradas en su conjunto, pueden verse como un «modelo» nórdico específico[6]. Esas características son las siguientes:

1. Mayor grado de intervención estatal que otros países. A modo de ejemplo: el Estado garantiza pensiones básicas y servicios de salud

---

[3] DALLEGRAVE NETO, José Afonso. Compromisso social da empresa e sustentabilidade: aspectos jurídicos. *Revista LTr*, São Paulo, LTr, vol. 71, n. 03, p. 346-350, mar. 2007. p. 346.

[4] La expresión «países nórdicos», de acuerdo con el profesor noruego Stein Kuhnle, abarca Noruega, Suecia, Dinamarca, Finlandia e Islandia. Estos países pueden inserirse en un mismo grupo porque tienen en común determinadas características, tales como: geografía; religión luterana; fuertes lazos entre la Iglesia y el Estado; lengua; larga tradición democrática; conceptos básicos de justicia; economía mixta; nivel avanzado de igualdad entre hombre y mujer; Estado de Bienestar Social; cooperativismo institucional.

[5] Vide KUHNLE, Stein. O Estado de Bem-Estar Social nos países nórdicos. *O Estado de Bem-Estar Social no Século XXI*. org. Mauricio Godinho Delgado e Lorena Vasconcelos Porto. São Paulo: LTr, 2007.

[6] *In* KUHNLE, Stein. O Estado de Bem-Estar Social nos países nórdicos. *O Estado de Bem-Estar Social no Século XXI*. org. Mauricio Godinho Delgado e Lorena Vasconcelos Porto. São Paulo: LTr, 2007.

gratuitos o altamente subsidiados para todos los residentes, aunque la prestación de esos servicios sea en regla administrada por los gobiernos provinciales o locales.

2. Considerando los modelos internacionales, estos países tienen la mayor proporción de fuerza de trabajo empleada en los sectores social, de la salud y de la educación, casi un 30%.

3. Gran dependencia del sector público para proveer los servicios educacionales y sociales; cerca de un 90% de la plantilla de empleados de estos sectores se compone de servidores públicos. El porcentaje en cuestión en los demás países europeos varía de un 40% a un 80%; y en los Estados Unidos es de un 45%.

4. La organización de la Seguridad Social se realiza mediante sistemas nacionales coordinados, que tienen la total responsabilidad del pago de los beneficios relativos a las licencias de salud, a los gastos con los hijos, las pensiones y los servicios de salud.

5. Un nivel comparativamente alto de confianza entre ciudadanos y Gobiernos. Las sociedades nórdicas están más «aliadas al Estado» que en los demás países europeos.

6. Los sistemas de Seguro Social son amplios o universales, cubren a poblaciones enteras o subgrupos. Por ejemplo: todo ciudadano residente tiene derecho a recibir una paga básica de jubilación por vejez cuando alcanza la edad prevista en la ley, incluso ante la ausencia de algún trabajo anterior remunerado; todas las familias reciben beneficios para costear los gastos con sus hijos, independientemente de su nivel de renta; todos los residentes tienen derecho a los mejores servicios médicos disponibles, independientemente de su renta, *status* social u otras características personales. Esto contrasta con la mayoría de los países europeos, donde el beneficio de esos derechos está condicionado a una efectiva participación en el mercado de trabajo.

7. Un avanzado nivel de igualdad entre hombres y mujeres, resultante, sobre todo, de leyes promulgadas desde la década de 1970; todos los beneficios son esencialmente «neutros» con relación al sexo, de modo que las mujeres son tratadas como individuos con necesidades y derechos propios, y no apenas como viudas y madres. Los mercados de trabajo nórdicos se caracterizan por altos índices de ocupación femenina, niveles remuneratorios casi iguales para hombres y mujeres que ejercen la misma función y un sistema bien estructurado de soporte para las madres trabajadoras.

8. Los sistemas de Seguro Social están desvinculados de los aspectos ocupacionales o de clase social. De modo que los que reciben

salarios altos se encuentran incluidos en el mismo sistema que aquellos que tienen una remuneración baja o incluso inexistente.

9. La tributación generalizada constituye el principal medio de financiamiento del Estado y tiene el efecto de redistribuir la renta. Como resultado de los sistemas de Seguro Social universales y redistributivos de los países nórdicos, sus tasas de pobreza se encuentran entre las menores del mundo. Los beneficios mínimos no son altos, pero sí generosos comparándolos con la mayoría de los otros países.

10. Hay un mayor énfasis en la prestación de servicios —en vez de en la transferencia directa de renta— en comparación con los demás países europeos. Tales servicios incluyen una extensa red de guarderías, asilos y asistencia domiciliar para ancianos y enfermos en estado grave.

11. El énfasis, tradicional y fuerte, en el pleno empleo constituye una meta en sí misma y una condición necesaria para generar los recursos económicos necesarios para costear el Estado de Bienestar Social.

12. Un fuerte apoyo popular. Cuestiones como el bienestar de los niños, la salud pública, la protección de los ancianos, entre otras, se apuntan como prioritarias en las encuestas de opinión y en los períodos electorales. Ningún partido político que anhele un amplio soporte popular puede darse el lujo de ignorarlas.

Las características principales del modelo nórdico del Estado de Bienestar Social pueden sintetizarse en tres ideas centrales: estatalidad, universalidad e igualdad. Tal modelo combina baja desigualdad social y económica, mayor igualdad de género y sistemas de bienestar amplios con un crecimiento económico muy satisfactorio, visto desde una perspectiva de largo plazo, caracterizado por el dinamismo y la innovación[7].

El hecho de que los países nórdicos puedan describirse a través de las características anteriormente enumeradas no significa que son «paraísos del bienestar». Como sucede con cualquier nación, se deparan con una serie de viejos y nuevos desafíos. Pero, en comparación con otros países desarrollados, estos enfrentan niveles mucho menores de criminalidad, uso abusivo de alcohol y drogas, pobreza y cuestiones relacionadas. Además de esto, los problemas asociados a la familia

[7] Vide KUHNLE, Stein; HORT, Sven; ALESTALO, Matti. Lições do modelo nórdico do Estado de Bem-Estar Social e governança consensual. *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*, Brasília, UDF, vol. 3, n. 1, 2017, p. 37-52, jan./jun. de 2017.

monoparental y al desempleo se vuelven menos graves, en virtud del soporte dado por las sociedades nórdicas a las personas afectadas.

Esa coyuntura comparativamente favorable es el resultado de las instituciones y políticas sociales fuertes de las regiones y de los gobiernos centrales. Además de esto, el espíritu comparativamente igualitario de los países nórdicos —expreso, por ejemplo, en sus políticas de redistribución de renta— ciertamente contribuye a una mayor estabilidad y cohesión social[8].

La existencia de un fuerte modelo de Estado de Bienestar Social en Noruega está intrínsecamente relacionada con las razones de creación, características, políticas, principios y funcionamiento del Fondo Soberano de Noruega, como veremos.

4 El Fondo Soberano de Noruega

El Fondo Soberano de Noruega (FSN) es el mayor fondo de riqueza soberano del mundo y una de las instituciones del género más transparentes[9]. Su objetivo explícito es integrar inversiones de largo plazo con un compromiso ético doble: el compromiso de las empresas con los principios de buenas prácticas de gobernanza corporativa aceptados mundialmente y con la justicia ambiental y social globales. De este modo, el FSN posee un mandato ético, lo que es notable cuando se compara con otros fondos de riqueza soberanos.

El Fondo Soberano de Noruega consiste en una cuenta de depósito junto con el Banco Central Noruego (Norges Bank). Sus activos son administrados por la Gestión de Inversión del Banco Noruego, que reporta, en primera instancia, al Presidente y al Consejo

---

[8] Véase, a este respecto el siguiente artículo: KUHNLE, Stein. A globalização e o desenvolvimento das políticas sociais. *O Estado de Bem-Estar Social no Século XXI*. org. Mauricio Godinho Delgado e Lorena Vasconcelos Porto. São Paulo: LTr, 2007.

[9] De acuerdo con una noticia publicada en septiembre de 2017, el Fondo Soberano de Noruega se convirtió en el mayor fondo de riqueza soberano del mundo, superando por primera vez la marca de 1 billón de dólares (véase nota 196 a pie de página 154), según informaciones del Banco Central Noruego, responsable de la administración de esos recursos. Este nivel de valorización representa aproximadamente 189 000 dólares para cada uno de los 5,3 millones de habitantes de Noruega. Ese récord se debe principalmente a la valorización de las principales divisas mundiales con relación al dólar y a la buena salud de la Bolsa de Valores. Disponible en: <http://dc.clicrbs.com.br/sc/noticias/noticia/2017/09/fundo-soberano-da-noruega-supera-pela-primera-vez-us-1-trilhao-9905733.html> Fecha de acceso el 11 de octubre de 2017. Véase también: <http://www.investopedia.com/news/5-largest-sovereign-wealth-funds/> Fecha de acceso el 11 de octubre de 2017.

de Administración del Banco y, en última instancia, al Ministro de Finanzas. Las personas que trabajan en la Gestión de Inversión del Banco Noruego son empleados del Banco y están sujetos a las políticas y prácticas de empleo de este. La Gestión de Inversión del Banco Noruego está sujeta a las políticas del Ministro de Finanzas, e incluso a las reglas cuantitativas relativas a la asignación de activos y a las directrices referentes a la inversión ética procedente del Parlamento noruego. Como el Fondo está obligado a invertir sus recursos fuera de Noruega, sus políticas de inversión ética pretenden dar efecto mundial a valores y compromisos nacionales[10].

Considerando la gran dimensión del Fondo —más de 1 billón de dólares[11] en septiembre de 2017— y su política ética, que lo lleva a excluir determinadas empresas de su cartera de inversiones, la cual veremos más adelante, el proceso de «nombrar y avergonzar» (*naming and shaming*) consiste en la creación de una especie de «lista sucia» de empresas, que implica titulares alrededor del mundo. El Fondo representa, al mismo tiempo, un instrumento de bienestar nacional a largo plazo y una expresión del compromiso de Noruega con la justicia global. Al contrario de otros fondos similares, el FSN está involucrado en los mecanismos de la administración pública y está sujeto al debate democrático sobre inversiones en empresas alrededor del mundo consideradas como violadoras de normas nacionales ampliamente compartidas. De este modo, el FSN no está «protegido» del Parlamento ni de la opinión pública mediante poderes estatutarios atribuidos a sus administradores[12], como sí ocurre con otros fondos similares.

El Fondo Soberano de Noruega se inspira en la premisa de que los gobiernos pueden tener un interés legítimo en determinar la naturaleza y la finalidad de la inversión de los activos públicos, pretendiendo consolidar los valores de sus ciudadanos, mediante políticas de inversión, instrumentos y agencias responsables. Como veremos, la gobernanza del Fondo refleja un compromiso público con la democracia procedimental.

---

[10] Vide CLARK, Gordon L.; MONK, Ashby H. B. *The legitimacy and governance of Norways's sovereign wealth fund: the ethics of global investment*. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1473973> Fecha de acceso el 11 de octubre de 2017.

[11] Nota de traducción: 1 trillón (original en portugués) equivalen a 1 billón en español de España (1.000.000.000.000).

[12] Vide CLARK, Gordon L.; MONK, Ashby H. B. *The legitimacy and governance of Norways's sovereign wealth fund: the ethics of global investment*. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1473973> Fecha de acceso el 11 de octubre de 2017.

La economía noruega se fortaleció considerablemente con el hallazgo de las reservas de petróleo y gas en el Mar del Norte a finales de la década de 1960. Con el fin de evitar que esa riqueza pudiese afectar negativamente a la economía y a la sociedad del país, el Gobierno noruego decidió capitalizar los recursos procedentes de la explotación del petróleo y del gas mediante la creación del Fondo de Petróleo Gubernamental, más tarde renombrado como Fondo Soberano de Noruega. Se quería imponer disciplina en la planificación presupuestaria de forma consistente con equidad entre las generaciones.

De ese modo, en 1990, mediante un acto del Parlamento nacional, y por diversas razones, se creó el Fondo de Petróleo Gubernamental Noruego. La primera razón se refiere a los costes potenciales, a largo plazo, para la configuración de cualquier economía que tenga que absorber las riquezas procedentes de un recurso. Estas podrían causar trastornos en la economía, depreciando el valor de la agricultura y de la industria, así como los beneficios de la educación para el capital humano individual y el desarrollo social a largo plazo. La segunda razón fueron los costes potenciales a corto plazo de los ingresos fluctuantes en la estabilidad macroeconómica. Para una economía pequeña, el volumen y la volatilidad de tales ingresos representaban una amenaza para la estabilidad de la economía doméstica.

En el caso de Noruega, la cuestión de la estabilidad macroeconómica era particularmente grave en razón del aumento significativo y sostenible de los gastos públicos basados en los ingresos obtenidos en el final de la década de 1970 y a lo largo de los años 1980. Como se ha visto, en razón de mantener un Estado de Bienestar Social fuerte, con políticas públicas universales y amplias, Noruega poseía gastos considerables.

En la época de la creación del Fondo de Petróleo Gubernamental Noruego, se aplicaban dos reglas políticas para gestionar el presupuesto público y el flujo de los ingresos para el fondo. En primer lugar, para limitar la futura dependencia de los gastos gubernamentales respecto a los ingresos procedentes del petróleo y del gas, se estableció una «compartición» teórica de largo plazo de la riqueza de esos recursos. En segundo lugar, para imponer una disciplina en el proceso presupuestario, el flujo de ingresos para el fondo se hizo dependiente del superávit del presupuesto anual. Es decir, solo en el caso de que se produjera superávit presupuestario, los recursos financieros serían asignados al fondo. El objetivo de esas dos reglas y del propio Fondo puede verse como una herramienta de administración fiscal para

garantizar la transparencia en el uso de los ingresos de petróleo. La disciplina fiscal ante la riqueza procedente de ese recurso se sostenía mediante un proceso de gestión financiera amplia[13].

Como consecuencia de la recesión mundial que se produjo entre finales de 1989 y principios de la década de 1990, el presupuesto gubernamental noruego no tuvo superávit hasta 1995, cuando se hizo la primera asignación para el Fondo de Petróleo Gubernamental Noruego. A partir de entonces, los ingresos del Fondo aumentaron considerablemente, pasando de 48 mil millones de coronas noruegas en 1996 a más de 1000 bilhões de la misma moneda en 2004. En septiembre de 2017, el Fondo ultrapasó 1 billón de dólares[14]. En un primer momento, los recursos fueron invertidos en las reservas monetarias del Banco Central Noruego. En 1998, el Gobierno autorizó su inversión en empresas extranjeras, con una asignación inicial del 30% al 50% de los recursos.

En 2006, el Fondo de Petróleo Gubernamental Noruego pasó a llamarse Fondo Soberano de Noruega. El cambio de denominación reflejó cuestiones estratégicas relacionadas con las perspectivas económicas y financieras del país a largo plazo. En 2005, el sector petrolero representaba un 25% del Producto Interior Bruto noruego y el flujo de dinero líquido del ingreso de petróleo y gas correspondía a un 33% del ingreso gubernamental. Previsiones hechas por el Ministro de Petróleo y Energía sugieren que, hasta 2030, el volumen de la producción de petróleo probablemente disminuirá casi en un 66% y el volumen de la producción de gas probablemente se reducirá casi en un 25%. Los ingresos inevitablemente acompañarán la producción y los precios globales de esos recursos, de modo que la tasa de crecimiento de la acumulación de riqueza en Noruega probablemente también disminuirá[15].

Hay que mencionar, además, la situación demográfica a la que se enfrentan los países desarrollados, entre los cuales se encuentra Noruega, relacionada con la reducción de la tasa de natalidad y el

---

[13] Vide CLARK, Gordon L.; MONK, Ashby H. B. *The legitimacy and governance of Norways's sovereign wealth fund: the ethics of global investment*. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1473973> Fecha de acceso el 11 de octubre de 2017.

[14] Nota de traducción: 1 trillón (original en portugués) equivalen a 1 billón en español de España (1.000.000.000.000).

[15] Vide CLARK, Gordon L.; MONK, Ashby H. B. *The legitimacy and governance of Norways's sovereign wealth fund: the ethics of global investment*. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1473973> Fecha de acceso el 11 de octubre de 2017.

aumento de la esperanza de vida de la población. De este modo, en un contexto de reducción —en términos relativos— de las rentas procedentes de los recursos naturales y del crecimiento de los gastos públicos relacionados con la población jubilada, el Gobierno noruego, a ejemplo de otros países, busca invertir para el futuro. En ese sentido, un importante objetivo del FSN es asegurar el pago de esos gastos públicos de largo plazo para poder garantizar así el bienestar de las futuras generaciones de ciudadanos noruegos. En otras palabras, el Fondo Soberano de Noruega, mediante políticas públicas universales y amplias, tiene entre sus objetivos primordiales garantizar el mantenimiento de un Estado de Bienestar Social fuerte en el futuro.

El Fondo Soberano de Noruega cuenta con dos políticas distintas bajo la bandera de la inversión global responsable social y éticamente. Una de estas es relativa a la gobernanza corporativa, que pretende influir en el desempeño de mercado de las empresas que son administradas de modo inconsistente con el valor de largo plazo. La segunda está direccionada a la lista de las empresas extranjeras que actúan de modo inconsistente con las expectativas ampliamente compartidas por los noruegos sobre el comportamiento adecuado. Cabe al Ministro de Finanzas vigilar esas políticas a través de un modelo *sui generis* de gestión de inversiones, como veremos.

Los costes relacionados con ese sistema de gobernanza son aceptados de buen grado por la sociedad noruega en razón de la importancia atribuida a la prestación de cuentas y a la búsqueda de valores compartidos en el escenario global. En efecto, los Estados modernos basan su legitimidad en la participación pública dentro del proceso de la toma de decisiones, ya sea con relación a aspectos económicos, financieros o sociales. Las sociedades democráticas, como la noruega, valorizan la participación o, al menos, la representación pública en instituciones responsables de la gestión financiera. Además, los mercados financieros, en especial, vienen demandando ambientes de toma de decisiones públicos, en función de los riesgos e incertidumbres que caracterizan los mercados interno y global. La representatividad pública presenta grandes ventajas para que los fondos sean instituciones efectivas en un contexto de incertidumbre del mercado financiero[16].

[16] Vide CLARK, Gordon L.; MONK, Ashby H. B. *The legitimacy and governance of Norways's sovereign wealth fund: the ethics of global investment*. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1473973> Fecha de acceso el 11 de octubre de 2017.

La transparencia y la prestación de cuentas son muy importantes en el proceso mediante el cual se evalúan las cuestiones éticas. La integridad del proceso debe ser tal que, si tras el proceso de consulta y evaluación se recomienda la no exclusión de una empresa de la cartera de inversiones del Fondo Soberano de Noruega, incluso aquellos contrarios a la decisión acaben aceptándola. El proceso es, por tanto, un elemento constitutivo de la propia legitimidad. Las reivindicaciones del FSN para ser escuchado en cuestiones relacionadas con las normas éticas en el resto del mundo están basadas, en gran parte, en la legitimidad del proceso utilizado para evaluar el comportamiento ético de determinadas empresas sujetas a otras jurisdicciones. La transparencia y la prestación de cuentas del proceso de gobernanza son tales que el FSN consigue una alta puntuación en los testes independientes de calidad de gobernanza.

El Parlamento estableció el *status* y los poderes del Fondo Soberano de Noruega. En este sentido, se hace una distinción entre el FSN-Global, que recibe el flujo de los ingresos líquidos de las reservas de petróleo y gas noruegas, y el FSN-Noruega, que recibe los activos y las responsabilidades del Instituto de Seguro Nacional del Gobierno. Ambos tienen el objetivo de garantizar recursos al Gobierno para financiar los gastos de jubilación del Instituto de Seguro Nacional y consideraciones de largo plazo en los gastos de los ingresos gubernamentales procedentes del petróleo. El Ministro de Finanzas tiene la responsabilidad de la administración del Fondo, incluso en cuanto a su estrategia de inversión, regulación de la inversión y directrices éticas. Operacionalmente, el Fondo es administrado por el Banco Central Noruego, por medio de la Gestión de Inversión del Banco Noruego, y presta cuentas al Ministro de Finanzas a través del Presidente y del Consejo de Administración del Banco.

El Ministro de Finanzas tiene una Secretaría dedicada a la gestión y regulación del Fondo formada por servidores públicos civiles permanentes. Existen Consejeros del Ministro en materias relativas a la administración del Fondo, inclusive el Consejo de Ética, cuyos miembros nominados por el Ministro tienen un mandato de plazo determinado para aconsejar al Gobierno en importantes cuestiones de políticas, como veremos. El Consejo de Ética está compuesto por cinco miembros nominados, además de ocho servidores del Gobierno. Los nominados para ese Consejo deben ser especialistas independientes, con conocimientos apropiados sobre ética en teoría y en la práctica y compromisos internacionales de Noruega consubstanciados en tratados

y convenios, así como en los acuerdos y directrices de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). El Consejo de Ética proporciona al Ministro de Finanzas una evaluación sobre si inversiones potenciales en instrumentos financieros son inconsistentes con las directrices éticas[17].

Al contrario que algunos fondos de riqueza soberanos, en los que el gobierno delega la definición y la ejecución de la estrategia de inversión al Consejo responsable designado, en Noruega, el Ministro de Finanzas posee un conjunto detallado de «Provisiones» que efectivamente regulan la gestión y operación del Fondo. El Ministro, en síntesis, determina las clases y aplicaciones de los activos que son permitidas. Además, regula las normas de desempeño de la cartera de inversiones, el reequilibrio del Fondo, la limitación de las desviaciones típicas, y la evaluación, mensuración y control del riesgo de inversión. El Ministro también establece expectativas relacionadas con el comportamiento de inversión adecuado.

La sección 5 de las «Directrices para la Gestión» del Fondo ofrece instrucciones relativas a la «ética». En la sección 5.1, el Ministro de Finanzas establece dos declaraciones de principios: la primera es que «el Fondo es un instrumento para garantizar que una parte razonable de la riqueza del petróleo del país beneficie a futuras generaciones» y «la riqueza financiera debe ser administrada de una manera que genere un retorno significativo a largo plazo, el cual depende del desarrollo sostenible en el sentido económico, ambiental y social»; y la segunda es que «el Fondo no debe hacer inversiones que generen un riesgo inaceptable que suponga estar contribuyendo a actos u omisiones antiéticos, incluso violaciones de principios humanitarios, derechos humanos, corrupción inaceptable y daño ambiental severo». En la sección siguiente, el Ministro identifica tres formas a través de las cuales las consideraciones éticas pueden tener efecto: mediante el ejercicio de los derechos de propiedad basado en convenios internacionales; la selección negativa de las empresas que producen armas cuyo uso viola los principios humanitarios fundamentales; y la exclusión de la cartera de inversiones del Fondo de aquellas empresas que representan un «riesgo considerable» de corrupción, degradación ambiental y violación

[17] Vide CLARK, Gordon L.; MONK, Ashby H. B. *The legitimacy and governance of Norways's sovereign wealth fund: the ethics of global investment*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1473973> Fecha de acceso el 11 de octubre 2017.

de derechos humanos. El Consejo de Ética del Ministro aconseja en dos de esas cuestiones —selección negativa y exclusión—, mientras que el ejercicio de la propiedad es administrado exclusivamente por la Gestión de Inversión del Banco Noruego. De cualquier modo, la autoridad final para cualquier decisión permanece con el Ministro de Finanzas. En el caso de que se tome la decisión de excluir a una empresa de la cartera de inversiones del Fondo, dicha decisión se transmite al Banco y es implementada por la Gestión de Inversión del Banco Noruego[18].

Siendo en la actualidad el mayor fondo de riqueza soberano del mundo, el Fondo Soberano de Noruega es ampliamente reconocido como una institución financiera notablemente transparente y bien gobernada. De acuerdo con la evaluación de Truman[19], basada en informaciones disponibles al público, el Fondo Soberano de Noruega alcanzó 92 puntos de un total de 100, en virtud de su adherencia a las buenas prácticas. Los convenios internaciones son cruciales para el FSN, siendo los principios y prácticas compartidos citados en todo momento en las declaraciones oficiales que justifican la toma de decisiones de inversiones con un componente ético explícito.

En grande medida, el Gobierno noruego creó el Consejo de Ética para tratar en la época una cuestión controvertida: la inversión en la compañía Total, compañía de energía francesa que poseía inversiones significativas en Myanmar (Birmania), y los respectivos relatos de su complicidad con la supresión de derechos humanos por parte del régimen militar. El Gobierno no suele rechazar las recomendaciones del Consejo, el cual es reconocido por los mayores partidos políticos y se ha mantenido incluso con el cambio de partidos en el Gobierno.

---

[18] La decisiones de exclusión de empresas de la cartera de inversiones del Fondo, a partir del 01.01.2015, pasaron a ser adoptadas por el Consejo Ejecutivo del Banco Central Noruego. Las decisiones anteriores a esa fecha fueron tomadas por el Ministro de Finanzas. Las decisiones se basan en las recomendaciones del Consejo de Ética, nominado por el referido Ministro. Con relación a la exclusión de empresas según el criterio relacionado con la producción de carbón o energía extraída del carbón, las decisiones están basan en las recomendaciones de la Gestión de Inversión del Banco Noruego. Las exclusiones son reglamentadas mediante las Directrices para la observancia y exclusión de empresas del Fondo Soberano de Noruega, editadas por el Ministro de Finanzas el 18.12.2014. Disponible en: <https://www.nbim.no/en/responsibility/exclusion-of-companies/> Fecha de acceso el 11 de octubre de 2017.

[19] TRUMAN, E. *Sovereign Wealth Funds: The Need for Greater Transparenc and Accountability*. Policy Brief P807-6. Washington DC: Peterson Institute *apud* CLARK, Gordon L.; MONK, Ashby H. B. *The legitimacy and governance of Norways's sovereign wealth fund: the ethics of global investment*. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1473973> Fecha de acceso el 11 de octubre de 2017.

A partir del caso de la empresa Total, el Consejo de Ética desarrollo un proceso con varias etapas de revisión y evaluación destinado a identificar las cuestiones cruciales y a aplicar una serie de reglas de decisión que fundamentan recomendaciones firmes y defendibles. El Ministro de Finanzas puede pedir al Consejo analizar un caso específico y el Consejo puede también identificar una cuestión y una empresa que considere relevantes, aunque tenga limitaciones en cuanto al tiempo, especialidad y capacidad institucional.

El Consejo mantiene un proceso de análisis constante, con el objetivo de mantener a sus miembros dentro de las cuestiones a nivel mundial. Considerando las diferentes materias y empresas identificadas en ese proceso de análisis, el Consejo emprende una investigación para comprender mejor el significado de las cuestiones seleccionadas, utilizando el enorme flujo de informaciones disponibles en internet y facilitadas por las ONG. Cuando se identifican los «objetivos» que deben ser analizados y evaluados, el Consejo restringe la divulgación de información para evitar la especulación y las maniobras políticas. Una vez que se decide que hay un caso para analizar, dentro los términos del mandato del Consejo, pasa a ser desarrollado, considerando el grado con el cual la empresa está directamente implicada en la violación ética. La última etapa de ese proceso normalmente supone el contacto con la empresa objeto para obtener de esta una posición. Después, el caso es formalmente presentado en el Consejo y sus miembros toman la decisión de enviar o no una recomendación de exclusión de la empresa al Ministro de Finanzas.

En el período de 2005 a 2009, el Consejo recomendó la exclusión de determinadas empresas. En casi todos los casos, el Ministro aceptó la recomendación del Consejo. Las empresas excluidas son de diferentes países, aunque el mayor grupo es de compañías estadounidenses, lo que tal vez refleja la importancia de las empresas de los Estados Unidos en la industria armamentista y en el respectivo mercado de capitales[20].

[20] La relación completa de las empresas excluidas, así como de los respectivos motivos y fechas de exclusión, se encuentra disponible en: <https://www.nbim.no/en/responsibility/exclusion-of-companies/> Fecha de acceso el 11 de octubre de 2017. Se pueden citar las siguientes empresas excluidas de la cartera de inversiones del FSN por el Ministro de Finanzas, a partir de la recomendación del Consejo de Ética, con los respectivos motivos y fechas de exclusión: minas terrestres antipersonas (empresa Singapore Technologies Engineering Ltd, de Cingapura, excluida el 26.04.2002); empresas proveedoras de armas o equipamientos militares para Birmania (Dongfeng Motor Group Co. Ltd, de China, excluida el 28.02.2009); bombas de fragmentación (Alliant Techsystems Inc., General Dynamics Corporation, L-3 Communications Holdings Inc., Lockheed Martin

Hay que resaltar que, el 30.11.2001, el Gobierno noruego designó una Comisión de Consejo Especial en materia de Derecho Internacional para el Fondo de Petróleo Gubernamental. La Comisión debería, a pedido del Ministro de Finanzas, proporcionar una evaluación sobre si determinadas inversiones estaban en conflicto con los compromisos de Noruega en el ámbito del Derecho Internacional. Cuando el Ministro editó las directrices éticas para el Fondo de Petróleo Gubernamental, en 2004, el mecanismo de exclusión se extendido y la Comisión de Consejo en materia de Derecho Internacional fue sustituida por el nuevo Consejo de Ética.

Es necesario destacar tres aspectos de la actividad del Consejo de Ética. El Consejo tiene limitaciones en cuanto al tiempo, especialidad y capacidad institucional. Inevitablemente, tiene que escoger entre un gran número de cuestiones y casos posibles. Grandes empresas con nombres reconocidos son objetivos atractivos en razón de su visibilidad pública. El Consejo también se preocupa en distinguir entre «asociación» y «causalidad», es decir, el caso es más fuerte cuando se puede demostrar que la empresa objeto tiene una conexión directa con las circunstancias que generaron la evaluación ética. Y, todavía más importante, el Consejo ve sus recomendaciones como una expresión del interés público en el comportamiento «adecuado», de acuerdo con los criterios establecidos en las directrices éticas. De ese modo, el Consejo no está preocupado por influir sobre el comportamiento corporativo, excepto en el sentido de que la edición de una «lista sucia» puede impulsar a las empresas a reconsiderar sus alianzas y comportamiento de gestión.

Corporation, Raytheon Company, todas de los Estados Unidos, y Thales AS, de Francia, excluidas el 31.08.2005; Poongsan Corporation, de Corea del Sur, el 30.11.2006; Hanwha Corporation, de Corea del Sur, el 30.12.2007; Textron Inc., de EUA, el 31.12.2008); armas nucleares (BAE Systems plc, de Reino Unido, Boeing Company, de EUA, Finmeccanica SpA, de Italia, Honeywell International Inc, de EUA, Northrop Grumman Corp, de EUA, Safran AS, de Francia, United Technologies Corp, de EUA, todas excluidas el 31.12.2005; EADS Co, de Holanda, el 10.05.2006; GenCorp Inc, de EUA y Serco Group plc, de Reino Unido, excluidas el 31.12.2007); violaciones de derechos humanos (Wal-Mart Stores Inc, de EUA, y Wal-Mart de México AS, de México, excluidas el 31.05.2006); daños ambientales (Freeport McMoRan Copper and Gold Inc, de EUA, el 31.05.2006; DRDGOLD Ltd, de África del Sur, el 31.03.2007; Rio Tinto plc, de Reino Unido, y Rio Tinto Ltd, de Australia, el 30.06.2008; Barrick Gold Corporation, de Canadá, el 30.11.2008); violaciones de derechos humanos y daños ambientales (Vedanta Resources plc, de Reino Unido, Sterlite Industries Ltd, de la India, y Madras Aluminium Company, de la India, todas excluidas el 31.10.2007). *In* CLARK, Gordon L.; MONK, Ashby H. B. *The legitimacy and governance of Norways's sovereign wealth fund: the ethics of global investment*. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1473973> Fecha de acceso el 11 de octubre de 2017.

Por otro lado, el compromiso de la Gestión de Inversión del Banco Noruego con las normas globales de gobernanza corporativa tiene como fin influir en la estructura y el comportamiento de las empresas que son objeto de sus acciones y campañas. Esto puede justificarse tanto por razones de eficiencia como por razones éticas. Es aceptado de forma general que las empresas bien administradas tienen mayor posibilidad de aumentar el valor de los accionistas. Del mismo modo, es considerablemente aceptado que algunos regímenes de gobernanza tienden más a proteger los intereses de los accionistas minoritario que de los otros, de modo que el cambio en la regulación de la gobernanza corporativa a favor de las buenas prácticas globales está en consonancia con la eficiencia de largo plazo de los mercados de capital globales y los intereses de los grandes inversores institucionales. De este modo, las acciones de la Gestión de Inversión del Banco Noruego tienen como objetivo promover los intereses financieros del Fondo Soberano de Noruega y actuar de modo consistente con relación al bienestar colectivo[21].

Considerando sus limitaciones de tiempo, especialidad y capacidad institucional, la Gestión de Inversión del Banco Noruego tiende a enfocar sus actividades de votación en las quinientas mayores empresas del mundo, que representan aproximadamente el 80% del valor de mercado del total de la cartera de inversiones del Fondo Soberano de Noruega. Recientemente, la estrategia de propiedad activa de la Gestión de Inversión del Banco Noruego fue revisada y ampliada por el Consejo Ejecutivo. Más específicamente, la Gestión de Inversión del Banco Noruego se concentra en seis áreas: el primer conjunto de tres áreas está relacionado con el desempeño del mercado de capitales y el segundo conjunto de tres áreas se refiere a tres cuestiones sustanciales, las cuales representan para el Fondo áreas de riesgo significativo para la salvaguardia del valor a largo plazo de la cartera de inversiones. Las tres primeras son igualdad de trato a los accionistas; influencia del accionista y prestación de cuentas por el Consejo de Administración; y mercados eficientes, legítimos y que funcionen bien. Las otras tres cuestiones son derechos de los niños, cambio climático y gestión del agua. Así, por ejemplo, la protección de los derechos de los niños puede envolver a grandes corporaciones que tienen extensas cadenas

[21] Vide CLARK, Gordon L.; MONK, Ashby H. B. *The legitimacy and governance of Norways's sovereign wealth fund: the ethics of global investment*. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1473973> Fecha de acceso el 11 de octubre de 2017.

productivas y redes de suministro en países que están en vías de desarrollo. Basada en los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Gestión de Inversión del Banco Noruego busca informaciones sobre prácticas de trabajo infantil en los sectores, el grado con el que la empresa monitorea esa cuestión y la divulgación de las prácticas existentes y las políticas planeadas. Estas cuestiones pueden suponer implicaciones significativas para aquellos sectores de la economía en los cuales el «valor» es un producto de la reputación de la empresa y de las opiniones de los consumidores. En este sentido, la reputación puede ser un activo significativo, aunque sea intangible.

El mayor objetivo de la Gestión de Inversión del Banco Noruego es proteger y crear valores de largo plazo. El Consejo de Ética y la Gestión de Inversión del Banco Noruego son los dos brazos de las políticas del Ministro de Finanzas. El apoyo público para la existencia del Fondo depende del proceso a través del cual el interés público en la formación de la decisión es administrado. Son fundamentales la prestación de cuentas pública, representada por el Ministro de Finanzas, y la prestación de cuentas de este último al Gobierno y, en última instancia, al Parlamento. La legitimidad institucional del Fondo, por tanto, es exitosa, destacando su compromiso con la equidad entre las generaciones, así como con la justicia global. En este sentido, el Ministro de Finanzas está en el centro de una red de entidades gubernamentales, todas contando con un papel, ya sea en la implementación, ya sea en la supervisión de las actividades del Fondo Soberano de Noruega. Se Destaca que el medio de legitimar tales instituciones es el valor de los procesos utilizados para representar el interés público en la realización del bien público, y no la funcionalidad de esas instituciones con relación a criterios de mensuración de desempeño.

Se hace evidente que los procedimientos desarrollados para hacer efectivo el interés público en la ética y en la justicia global son muy importantes para representar los compromisos compartidos y las obligaciones internacionales de Noruega. Las recomendaciones del Consejo de Ética acerca de las inversiones del Fondo Soberano de Noruega son tomadas muy en serio por el Ministro de Finanzas y sirven como un elemento vital para identificar y excluir a las empresas de la cartera de inversiones del Fondo. La «lista sucia» es un ingrediente esencial en este proceso-modelo de legitimidad institucional: las recomendaciones del Consejo representan valores públicos. La naturaleza transparente del Fondo Soberano de Noruega en el proceso de la toma de decisiones y su prestación de cuentas para el proceso

democrático son ampliamente citadas y obtienen una alta puntuación en los estudios comparativos de la gobernanza de fondos de riqueza soberanos[22].

La Gestión de Inversión del Banco Noruego (GIBN) destaca que los Principios Rectores de la ONU sobre Negocios y Derechos Humanos consisten en una normativa que debe ser el punto de partida para las estrategias de las empresas relativas a los derechos humanos. Tales Principios Rectores, además, ofrecen un punto de referencia para las empresas acerca de la comprensión de lo que son los derechos humanos; de cómo sus actividades y relaciones de negocios pueden afectarlos; y de cómo garantizar que los negocios eviten o reduzcan el riesgo de impactos negativos en los derechos humanos. En consonancia con los referidos Principios Rectores de la ONU, la Gestión de Inversión del Banco Noruego encoraja a las empresas a identificar los derechos humanos que puedan estar bajo el riesgo de sufrir un impacto negativo más severo como consecuencia de las operaciones y negocios de la empresa, incluso en las cadenas productivas y otras relaciones de negocios, así como en sus productos y servicios [23].

La Gestión de Inversión del Banco Noruego apoya el desarrollo de las buenas prácticas. Informes apropiados y precisos, así como datos mensurables, son importantes en este aspecto. La GIBN utiliza tales informaciones para identificar como la cuestión de los derechos humanos puede influir en el desempeño y las perspectivas de las empresas, y para evaluar si las empresas están tomando las medidas adecuadas para desarrollar una estrategia de negocios de largo plazo que busque esos objetivos.

En este sentido, las empresas deben presentar un compromiso público de respeto a los derechos humanos, incluso en las cadenas productivas y en otras relaciones de negocio. Las empresas deben considerar constantemente si la remuneración pagada, los sistemas de incentivos y la cultura empresarial más amplia integran prácticas de negocios sostenibles apropiadamente. Debe darse conocimiento a los

---

[22] Vide CLARK, Gordon L.; MONK, Ashby H. B. *The legitimacy and governance of Norways's sovereign wealth fund: the ethics of global investment*. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1473973> Fecha de acceso el 11 de octubre de 2017.

[23] NORGES BANK INVESTMENT MANAGEMENT. *Human rights: expectations towards companies*. Disponible en: <https://www.nbim.no/contentassets/3258fe10181544cc8e02566c7237fa5f/human-rights-expectations-document2.pdf> Fecha de acceso el 11 de octubre de 2017.

empleados y demás contratados sobre las políticas y estrategias de la empresa. Las políticas de la empresa deben incluir medidas destinadas a la gestión de los riesgos relacionados con los derechos humanos, incluso mediante el cese, la prevención y la reducción de abusos potenciales a esos derechos. Las empresas deben también implementar en sus cadenas productivas un sistema de gestión adecuado, e incluso políticas para detectar y prevenir violaciones a los derechos humanos en las cadenas, monitoreando sistemas, cláusulas contractuales, incentivos e instrumentos correctivos, tales como educación y preparación formales o no formales.

Además, las empresas deben divulgar públicamente sus estrategias, políticas y procesos volcados con los derechos humanos y relatar al público la implementación de los Principios Rectores de la ONU sobre Negocios y Derechos Humanos y de otras normas internacionales relevantes. En este sentido, las empresas deben garantizar que las informaciones se comunican de forma relevante y accesible, también en lo referente a las cadenas productivas y las otras relaciones de negocios. Las empresas deben también, considerando su tamaño, naturaleza y el contexto de sus operaciones, consultar y aplicarse en las cuestiones de derechos humanos[24] con sus empleados y respectivos representantes, con los representantes de la salud y la seguridad en el trabajo, con grupos potencialmente afectados y con otros accionistas relevantes.

Cabe resaltar que el Gobierno noruego viene buscando practicar en las empresas de los países en vías de desarrollo el mismo nivel de vigilancia ética aplicado a las compañías de los países centrales que constan en la cartera de inversiones del Fondo Soberano de Noruega[25]. Esto refleja la creciente preocupación del Fondo por las normas laborales, la corrupción y los daños ambientales en los mercados emergentes. Ilustrativamente, las compañías de análisis SourceAsia y CSR China, situadas en Oxford, en Inglaterra, fueron contratadas para informar sobre los desempeños éticos de 2300 compañías de Asia en

[24] NORGES BANK INVESTMENT MANAGEMENT. *Human rights: expectations towards companies*. Disponible en: <https://www.nbim.no/contentassets/3258fe10181544cc8e02566c7237fa5f/human-rights-expectations-document2.pdf> Fecha de acceso el 11 de octubre de 2017.

[25] El Fondo Soberano de Noruega invierte en casi 9000 empresas, distribuidas en 77 países, del total de inversiones un 36% está en Europa, un 42% en América del Norte, un 18% en Asia y Oceanía y un 4% en el resto del mundo. Disponible en: <https://www.nbim.no/> Fecha de acceso el 11 de octubre de 2017.

las cuales el Fondo Soberano de Noruega posee inversiones. Esto se debe al hecho de que conseguir informaciones sobre las empresas en las economías asiáticas con un crecimiento acelerado es siempre más difícil que conseguirla sobre compañías de los Estados Unidos o de Europa, que están regidas por normas de transparencia más rígidas. Se resalta que cerca del 10% de los recursos del Fondo son aplicados en los mercados emergentes[26].

Actualmente, hay cerca de 128 empresas brasileñas que reciben inversiones del Fondo Soberano de Noruega. En este sentido, se destaca la importancia de dar a este último —por parte del Ministerio Público del Trabajo, del Ministerio de Trabajo, de la OIT, de la Justicia del Trabajo, de las ONG (*v.g*., Repórter Brasil), entre otras entidades (como la Comisión Pastoral de la Tierra)— informaciones relativas al cumplimiento de los derechos laborales fundamentales por parte de esas empresas[27-28].

Se destaca, ilustrativamente, la «lista sucia» elaborada por el Ministerio de Trabajo, que contiene los datos de los empleadores

---

[26] VALOR ECONÔMICO. *Fundo da Noruega adota padrão ético para investir*. Publicado el 29.09.2009. Disponible en: <http://www.responsabilidadesocial.com/noticias/o-que-deu-na-midia-edicao-82/> Fecha de acceso el 11 de octubre de 2017.

[27] El Fondo Soberano de Noruega invierte, entre otras, en las siguientes empresas brasileñas: AES Tiete Energia S.A., Ambev SA., Arezzo Industria e Comercio S.A., Banco ABC Brasil S.A, Banco Bradesco S.A., Banco do Brasil S.A., Banco Santander Brasil S.A., BM&FBovespa S.A. - Bolsa de Valores Mercadorias e Futuros, Braskem S.A., BRF S.A., CCR S.A., Centrais Elétricas Brasileiras S.A., Cia Brasileira de Distribuição, Cia de Gás de São Paulo – COMGAS, Cia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo, Cia de Transmissão de Energia Elétrica Paulista, Cia Energética de São Paulo, Cielo S.A., Cosan SA. Indústria e Comércio, CPFL Energias Renováveis S.A., CPFL Energia S.A., Direcional Engenharia S.A., Energias do Brasil S.A., Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S.A., Embraer S.A., Gol Linhas Aéreas Inteligentes S.A., Grendene S.A., Guararapes Confecções SA., Itaú Unibanco Holding S.A., JBS S.A., Light S.A., Lojas Americanas S.A., Mahle-Metal Leve S.A., Marfrig Global Foods S.A., Marisa Lojas S.A., MRV Engenharia e Participações S.A., Natura Cosméticos S.A., Paranapanema S.A., Petróleo Brasileiro S.A., Raia Drogasil S.A., Renova Energia S.A., Rumo Logística Operadora Multimodal S.A., Suzano Papel e Celulose S.A., Telefonica Brasil S.A., TIM Participações S.A., Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A., Vale S.A., Via Varejo S.A. La relación completa de las empresas brasileñas en las cuales el Fondo Soberano de Noruega posee inversiones se encuentra disponible en el respectivo sitio electrónico: <https://www.nbim.no/en/the-fund/holdings/?fullsize=true> Fecha de acceso el 11 de octubre de 2017.

[28] Se resalta que Petrobrás (Petróleo Brasileiro S.A.), en razón de la recomendación del Consejo de Ética del Fondo Soberano de Noruega, se encuentra bajo observación para fines de exclusión de la cartera de inversiones del Fondo a causa del «riesgo de corrupción grave». Disponible en: <https://www.nbim.no/en/responsibility/exclusion-of-companies/> y en: <https://www.nbim.no/en/transparency/news-list/2016/decision-to-place-company-in-the-portfolio-of-the-government-pension-fund-global-under-observation/> Fecha de acceso el 11 de octubre de 2017.

que explotan trabajo en condición análoga a la de esclavo[29], así como el Observatorio Digital del Trabajo Esclavo en Brasil, desarrollado por el Ministerio Público del Trabajo en asociación con la OIT[30]. Las informaciones relativas a las empresas brasileñas que explotan trabajo en condiciones análogas a la esclavitud podrían ofrecerse al Fondo Soberano de Noruega, a fin de que tales empresas no sean incluidas en la cartera de inversiones del Fundo, o, en el caso de que ya formen parte, para que sean excluidas, con la consecuente inclusión en la «lista sucia» mantenida por el Fondo.

5 Conclusión

El fortalecimiento, la ampliación y la efectividad de los derechos fundamentales laborales, en especial del empleo en condiciones dignas, son imprescindibles para la concreción del desarrollo sostenible y de

[29] El Ministerio Público del Trabajo enjuició acción civil pública ante la Unión y el Ministro de Estado del Trabajo (proceso n. 0001704-55.2016.5.10.0011), para que, entre otros pedidos, sean condenados a publicar el Registro de Empleadores, con la inclusión de todos los administrados que tengan contra sí un decisión administrativa final de procedencia del auto de infracción labrado por la Fiscalización del Trabajo en virtud de la explotación de trabajo análogo al de esclavo desde la fecha del 01.07.2014, considerando que la última actualización del registro tuvo lugar en junio de 2014. El MM. Juicio del 11º Juzgado de Trabajo de Brasilia concedió la preliminar, habiéndose confirmado en sede de sentencia. Los reos interpusieron recurso ordinario, pendiente de juicio por el TRT de la 10ª Región, siendo esta la situación procesual existente en el momento en que se finalizó el presente artículo.

[30] El Observatorio Digital del Trabajo Esclavo en Brasil fue creado a partir de una asociación del Ministerio Público del Trabajo con la OIT, siendo lanzado el 31.05.2017 (https://observatorioescravo.mpt.mp.br). El Observatorio reúne de manera integrada el contenido de diversos bancos de datos e informes gubernamentales sobre el tema. A partir de una interface intuitiva y del cruce de informaciones socioeconómicas, la plataforma contextualiza la esclavitud contemporánea, con el fin de contribuir a la actuación de gestores públicos, sociedad civil, investigadores y periodistas, principalmente en el desarrollo de políticas públicas que fortalezcan el combate al trabajo esclavo contemporáneo. El observatorio fue creado por el Smart Lab de Trabajo Decente, una asociación del MPT con la OIT. Entre 1995 y 2017, más de 50.000 personas fueron rescatadas de trabajos en condiciones análogas a la esclavitud en Brasil. *In* MINISTERIO PÚBLICO DEL TRABAJO. *MPT y OIT lanzan el Observatorio Digital del Trabajo Esclavo*. Disponible en: <http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/sala-imprensa/mpt-noticias/56789ca6-b50b-43d5-b945-2f45045af987/!ut/p/z1/rZLLboMwFER_JVmwBJtg8-iORBUiNI8qahO8qQwx4BZsAm7S_H2dqrs2j0r1ztbM6J47BgRsABF0z0uquBS01veUuC92BFE8XsAkSpYeDB_t2X0c2aMJ9MD6SzB_RHE0XsHEd6da4PphnARLGC9sQC77nwEBJBeqVRVIm1YZsKc1HWzZgDdtx0RPDaifB0IqnnPaGxC7nh_k1DUzDDMTOVtsZgHC5qhAGCJMi8D3TqFtzrcgvUm9vkZ5goBnTgi1n1ziTBD-FlzISPUM3rlFIgD1R-hptdWr7vlr7sdCXUBUij2ocDm_xrQ6aNuNpmVemiqKpOLQoLNrdZQZI6vrR0rWMc6673Tf7FSqu3vDGjAw-FglVKWNbNy2VhZ95unkr0m-iltm6fGd47mWzGfmyQ7OvX-IQyHw0_kEQi_/dz/d5/L2dBISEvZ0FBIS9nQSEh/> Fecha de acceso el 11de octubre de 2017.

la función social de la propiedad y de la empresa, consagrada por las órdenes jurídicas de los países democráticos.

El modelo de Estado de Bienestar Social presente en los países nórdicos, entre los cuales está Noruega, está caracterizado por la baja desigualdad social y económica, una mayor igualdad de género y sistemas de bienestar amplios con crecimiento un económico muy satisfactorio, visto desde una perspectiva de largo plazo, caracterizado por el dinamismo y la innovación. La existencia de un fuerte modelo de Estado de Bienestar Social en Noruega está intrínsecamente relacionada con las razones de la creación, características, políticas, principios y funcionamiento del Fondo Soberano de Noruega.

En efecto, el Fondo fue creado por diversas razones: para evitar que la riqueza procedente de las reservas de petróleo y gas pudiese afectar negativamente a la economía y a la sociedad del país; para evitar los costes potenciales a corto plazo de los ingresos fluctuantes para la estabilidad macroeconómica; para garantizar que las generaciones futuras puedan también beneficiarse de las riquezas procedentes de los recursos naturales; y para costear los gastos de mantenimiento de un Estado de Bienestar Social con políticas públicas universales y amplias, considerando el aumento de la esperanza de vida y la caída de la tasa de natalidad, además de las previsiones futuras de disminución de las reservas de petróleo y gas. El objetivo, por tanto, es garantizar el bienestar de las futuras generaciones de ciudadanos noruegos.

Tratándose, actualmente, del mayor fondo de riqueza soberano del mundo, el Fondo Soberano de Noruega tiene como objetivo explícito integrar inversiones de largo plazo con un compromiso ético doble: el compromiso de las empresas con los principios de buenas prácticas de gobernanza corporativa aceptados mundialmente y con la justicia ambiental y social globales.

En este sentido, se destaca la política ética del Fondo, que lo lleva a excluir determinadas empresas de su cartera de inversiones, mediante la creación de una especie de «lista sucia». Se trata de compañías que no respetan las normas éticas establecidas por el Fondo en consonancia con los valores compartidos por la sociedad noruega y con los compromisos asumidos por Noruega en el ámbito del Derecho Internacional, incluso en los Convenios de la OIT.

El Gobierno noruego viene practicando con las empresas de los países en vías de desarrollo el mismo nivel de vigilancia ética aplicado a las compañías de los países centrales que constan en la cartera de inversiones del Fondo, lo que refleja su creciente preocupación con

las normas laborales, la corrupción y los daños ambientales en los mercados emergentes.

Actualmente, hay cerca de 128 empresas brasileñas que reciben inversiones del Fondo Soberano de Noruega. En este sentido, se muestra de gran importancia proporcionar informaciones —por el Ministerio Público del Trabajo, por el Ministerio de Trabajo, por la OIT, por la Justicia del Trabajo, por las ONG (*v.g.*, Repórter Brasil), entre otras entidades (como la Comisión Pastoral de la Tierra)— relativas al cumplimiento de los derechos laborales fundamentales por parte de esas empresas.

Se destaca, ilustrativamente, la «lista sucia» elaborada por el Ministerio de Trabajo, y que contiene los datos de los empleadores que explotan trabajo en condición análoga a la de esclavo, así como el Observatorio Digital del Trabajo Esclavo en Brasil, desarrollado por el Ministerio Público del Trabajo en asociación con la OIT. Las informaciones relativas a las empresas brasileñas que explotan trabajo en condiciones análogas a la esclavitud podrían ser ofrecidas al Fondo Soberano de Noruega, a fin de que tales empresas no sean incluidas en la cartera de inversiones del Fundo, o, en el caso de que ya formen parte, para que sean excluidas, con la consecuente inclusión en la «lista sucia» mantenida por el Fondo.

Referencias

CLARK, Gordon L.; MONK, Ashby H. B. *The legitimacy and governance of Norways's sovereign wealth fund: the ethics of global investment*. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1473973> Fecha de acceso el 11 de octubre de 2017.

DALLEGRAVE NETO, José Afonso. Compromisso social da empresa e sustentabilidade: aspectos jurídicos. *Revista LTr*, São Paulo, LTr, vol. 71, n. 03, p. 346-350, mar. 2007.

HASSON, Roland; VILLATORE, Marco Antonio Cesar. Sustentabilidade: o vetor social. *LTr: Suplemento Trabalhista*, São Paulo, LTr, ano 44, n. 006/08, p. 23-27, 2008.

KUHNLE, Stein. A globalização e o desenvolvimento das políticas sociais. *O Estado de Bem-Estar Social no Século XXI*. org. Mauricio Godinho Delgado e Lorena Vasconcelos Porto. São Paulo: LTr, 2007.

KUHNLE, Stein. O Estado de Bem-Estar Social nos países nórdicos. *O Estado de Bem-Estar Social no Século XXI*. org. Mauricio Godinho Delgado e Lorena Vasconcelos Porto. São Paulo: LTr, 2007.

Kuhnle, Stein; Hort, Sven; Alestalo, Matti. Lições do modelo nórdico do Estado de Bem-Estar Social e governança consensual. *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*, Brasília, UDF, vol. 3, n. 1, 2017, p. 37-52, jan./jun. de 2017.

MINISTERIO PÚBLICO DEL TRABAJO. *MPT y OIT lanzan Observatorio Digital del Trabajo Esclavo*. Disponible en: <http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/sala-imprensa/mpt-noticias/56789ca6-b50b-43d5-b945-2f45045af987/!ut/p/z1/rZLLboMwFER_JVmwBJtg8-iORBUiNI8qahO8qQwx4BZsAm7S_H2dqrs2j0r1ztbM6J47BgRsABF0z0uquBS01veUuC92BFE8XsAkSpYeDB_t2X0c2aMJ9MD6SzB_RHE0XsHEd6da4PphnARLGC9sQC77nwEBJBeqVRVIm1YZsKc1HWzZgDdtx0RPDaifB0IqnnPaGxC7nh_k1DUzDDMTOVtsZgHC5qhAGCJMi8D3TqFtzrcgvUm9vkZ5goBnTgi1n1ziTBD-FlzISPUM3rlFIg-D1R-hptdWr7vlr7sdCXUBUij2ocDm_xrQ6aNuNpmVemiqKpOLQoLNrdZQZI6vrR0rWMc6673Tf7FSqu3vDGjAw-FglVKWNbNy2VhZ95unkr0m-iltm6fGd47mWzGfmyQ7OvX-IQyHw0_kEQi_/dz/d5/L2dBISEvZ0FBIS9nQSEh/> Fecha de acceso el 09 de octubre de 2017.

NORGES BANK INVESTMENT MANAGEMENT. *Human rights: expectations towards companies*. Disponible en: <https://www.nbim.no/contentassets/3258fe10181544cc8e02566c7237fa5f/human-rights-expectations-document2.pdf> Fecha de acceso el 11 de octubre de 2017.

VALOR ECONÔMICO. *Fundo da Noruega adota padrão ético para investir*. Publicado en: 29.09.2009. Disponible en: <http://www.responsabilidadesocial.com/noticias/o-que-deu-na-midia-edicao-82/> Fecha de acceso el 11 de octubre de 2017.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PORTO, Lorena Vasconcelos. Sostenibilidad social en el ámbito del Fondo Soberano de Noruega. In: GOMES, Rafael de Araújo et al. (Coord.). *La responsabilidad social de las instituciones financieras y la garantía de los derechos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 207-230. ISBN 978-85-450-0611-4.

RESPONSABILIDAD SOCIAL Y AMBIENTAL DEL BNDES

ALESSANDRA CARDOSO

1 Introducción

El presente artículo está estructurado en tres partes. La primera parte está dedicada a una reflexión más amplia sobre la reciente trayectoria del BNDES incorporando Políticas para tratar los impactos sociales y ambientales de sus financiamientos. Situamos de forma crítica esta trayectoria como parte de un contexto más amplio donde el BNDES actúa como un banco de gobierno; donde su acción estratégica no se da, de forma explícita y contundente, según sus criterios definidos autónomamente, con base algún parámetro económico, regional, social y mucho menos socioambiental.

En la segunda parte, presentamos una visión general y no exhaustiva de cómo están estructuradas en el BNDES las Políticas Socioambiental y de Responsabilidad Social y Ambiental (PRSA) destacando lo que consideramos sus elementos y trazos principales, así como evidenciando, desde la perspectiva del banco, algunos de sus compromisos y avances en la implementación de la PRSA. En esta misma parte, presentamos una lectura crítica y propositiva de estas Políticas, considerando algunos de los problemas y desafíos que creemos centrales.

En la tercera parte, a título de consideraciones finales, se hace una breve reflexión sobre la importancia de superar «salidas por la tangente» y dirigirse hacia la búsqueda de soluciones efectivas y compartidas por porte del Estado brasileño, para que no se produzcan, como hoy, severas

violaciones de los derechos bajo el pretexto de generar el desarrollo de obras y proyectos, públicos, privados o público-privados.

Muchas de las informaciones y reflexiones aquí presentes son fruto la suma de experiencias de colectivos pertenecientes a un conjunto de organizaciones que se han dedicado a entender, criticar y producir avances en las prácticas y políticas sociales y ambientales del BNDES.

2 El papel del BNDES como banco de gobierno y los límites de su política socioambiental: ayer y hoy

A lo largo de su historia, desde su creación por el gobierno Vargas en 1952, el papel y grado de relevancia del BNDES están íntimamente asociados a proyectos de economía asumidos por los distintos y sucesivos gobiernos[1].

Esta cuestión, aunque no esté directamente asociada a la actual Política Socioambiental y Política de Responsabilidad Social y Ambiental (PRSA) del BNDES, es importante en la medida en que no se pueden comprender los desafíos y límites reales de estas políticas sin considerar que la actuación del banco se produce históricamente en sintonía y como instrumento financiero de impulso de proyectos gubernamentales de incentivo y estímulo a sectores considerados por este estratégicos. En otras palabras, la acción estratégica del Banco no se da, de forma explícita y contundente, según criterios autónomamente definidos con base en cualesquiera que sean los parámetros, económicos, regionales, sociales y mucho menos socioambientales.

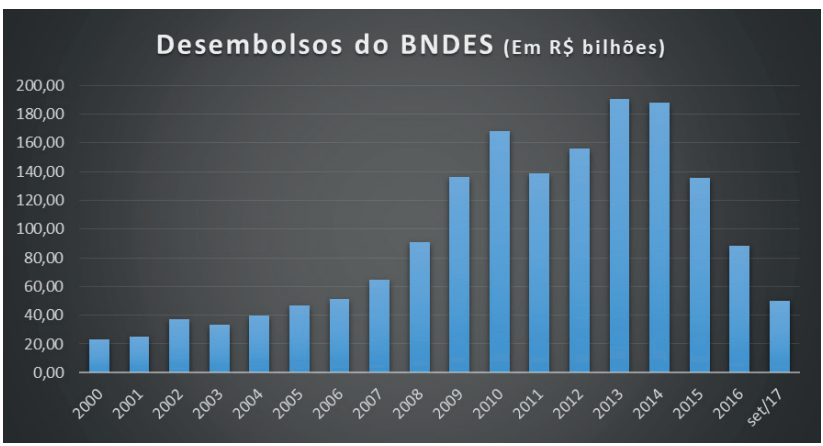
Sobre este punto, cabe resaltar que el BNDES es estatutariamente «el principal instrumento de ejecución de la política de inversión del Gobierno Federal y tiene por objetivo primordial apoyar programas, proyectos, obras y servicios relacionados con el desarrollo económico y social del país desde una visión de largo plazo».

[1] Al final de los años 50 e inicio de los 60, el papel del BNDES fue central tanto en la elaboración como en la ejecución del Programa llamado Plan de Metas del gobierno de Juscelino Kubitschek, financiando proyectos de energía, carreteras, líneas de transmisión y sectores siderúrgico y de papel y celulosa. En la década de los años 70, bajo el comando del régimen militar, el BNDES fue central en el crecimiento y desarrollo de la industria de bienes de capital, financiando especialmente los sectores de petroquímica, siderurgia y metalurgia del aluminio y las industrias mecánica y eléctrica. El Banco también tuvo un papel distinto, pero estratégico, en la década de los años 80, llegando a operar en el rescate de diversas empresas durante la crisis de esta década, por medio del BNDESPAR, creado en 1982; y, después, en la década de 1990, operacionalizando el financiamiento de procesos de privatización de sectores como el minero y los bancos estaduales.

No obstante, en los marcos de esta visión estatutaria caben prácticas y proyectos de naturalezas políticas distintas, con implicaciones distintas también desde la perspectiva tanto de los impactos socioambientales generados por aquellos proyectos incentivados por el Banco como de la capacidad y «disponibilidad» del banco para dialogar públicamente acerca de sus «elecciones» y prácticas. Sobre esto, cabe destacar, resumidamente, dos visiones y proyectos políticos provenientes de los distintos gobiernos en el poder.

Una primera, se afirmó desde mediados de la década del 2000, bajo los gobiernos del Partido de los Trabajadores, cuando el Banco se volcó nuevamente, después de ser orientado a la operacionalización de procesos de privatización a lo largo de los años 90, en la ampliación del financiamiento a la infraestructura y energía, especialmente mediante el incentivo financiero, vía créditos subsidiados, para las llamadas «campeonas nacionales», bajo la protección de los Planes de Aceleración de Crecimiento (los PAC).

Especialmente, a partir de la crisis de 2008 el banco pasó a actuar fuertemente con un papel anticíclico ofertando volúmenes expresivos y crecientes de crédito, en especial para financiar grandes empresas en los sectores de infraestructura, energía y agropecuaria. Gran parte de los nuevos aportes de crédito del Banco, como es sabido, fueron oriundos de capitalizaciones realizadas por el Tesoro Nacional, estas alcanzaron los 452 mil millones de reales y respondieron a lo largo de estos años a casi el 50% de los recursos anualmente desembolsados por el Banco.



Fuente: BNDES, elaboración propia.

Revestido de su mandato estatutario y con volúmenes de recursos récords para desembolsar, el BNDES pasó a garantizar la viabilidad financiera de proyectos altamente impactantes social y ambientalmente y con fuertes resistencias sociales no solo por parte de las comunidades afectadas, sino también por parte de los segmentos sociales nacionales e internacionales comprometidos con la defensa de los derechos. La acción nacional e internacional contra la construcción de la hidroeléctrica de Belo Monte y su financiamiento por parte del BNDES fue un marco en la creciente asociación entre el BNDES y la viabilidad de obras cuestionadas política y legalmente debido a sus impactos socioambientales.

Fue en este contexto donde la Política Socioambiental del BNDES pasó a adquirir una creciente centralidad, convirtiéndose en objeto de reflexiones, cuestionamientos y proposiciones por parte de movimientos y organizaciones sociales, grupos étnicos y comunidades que, legítimamente, manifiestan su oposición a proyectos de desarrollo que conllevan irremediables impactos ambientales, sociales y territoriales en las localidades donde son implementados.

La experiencia de la actuación del BNDES en el financiamiento de grandes obras como la de Belo Monte, mostró cuanto ese mandato del banco como brazo financiero al servicio de proyectos del gobierno impuso una limitación estructural en los procedimientos internos de evaluación rigorosa de riesgos ambientales, bloqueos a la transparencia y gestión de estos riesgos. En otras palabras, las elecciones de proyectos y prioridades de financiamiento, aunque estén afianzadas en la firmeza técnica e institucional del Banco, siempre fueron fuertemente alineadas con la visión y estrategias de gobierno.

El ejemplo de las grandes hidroeléctricas en la Amazonia es útil para ilustrar este punto. La construcción de la viabilidad técnica, económica y financiera de los proyectos se inicia mucho antes del financiamiento, con un fuerte protagonismo de los órganos centrales y sectorial del gobierno (Casa Civil, Planificación y Ministerio de Minas y Energía) —usualmente, sin la participación del Ministerio de Medio Ambiente y de los órganos responsables de las cuestiones indígenas y ambientales—, con una intensa participación de la empresa estatal de energía (Eletrobrás) y de grandes constructoras. Esto, cabe decir, en el contexto de los gobiernos anteriores al *impeachment* de la presidenta Dilma.

Este proceso supone, antes del envío de la carta consulta del proyecto al BNDES, el gasto de millones de reales con los estudios de

inventario, viabilidad e impactos ambientales, además de la subasta en sí, que también se produce anteriormente al financiamiento y que formaliza un contrato entre el Estado y el emprendedor para la generación y la entrega de energía bajo las condiciones y los plazos predeterminados.

En síntesis, la decisión de financiar estas obras no es solamente del BNDES, sino también del conjunto del gobierno. El BNDES entra en el proceso en el momento exactamente anterior a las subastas para presentar públicamente las condiciones del financiamiento. Estas informaciones son absolutamente estratégicas para viabilizar la propia subasta y ofrecer los parámetros para las ofertas entre los competidores. Además de esto, los plazos establecidos en las subastas se calculan en función de los proyectos y sus cronogramas físicos y financieros. Con ello, aunque sin renunciar a los procedimientos internos de encuadramiento y evaluación de los proyectos e inclusive del riesgo ambiental, la responsabilidad por viabilizar la obra subastada pasa a ser también del BNDES.

Esto explica, en parte, la postura defensiva del Banco respecto al cumplimiento estricto y formal de la legislación ambiental o, dicho de otra forma, su dificultad de asumir una política socioambiental más autónoma y efectiva.

Bajo esta óptica, sería ingenuo creer que el Banco va a construir para él mismo —con validación del gobierno— una política socioambiental lo suficientemente firme y rigurosa como para frenar proyectos del tipo de las grandes hidroeléctricas en la Amazonia, que presentan elevados impactos socioambientales, incluso a pesar de su dudoso retorno económico —como hoy día ya quedó claro—, y de los problemas relacionados con la corrupción.

Adicionalmente, esto ayuda a entender por qué el Banco se apega a la práctica formalista de comprobación de las licencias ambientales, repitiendo como mantra el discurso de que «no cabe al Banco hacer el papel de los órganos ambientales» y que «sigue rigorosamente las leyes ambientales del País», discurso repetido también para el financiamiento de los proyectos fuera del País.

Así, una hipótesis plausible es que la fragilidad de la política socioambiental del BNDES no es solamente un reflejo de la falta de sensibilidad de su burocracia altamente tecnificada, que atribuiría importancia marginal a los impactos de las inversiones que el Banco financia, sino que, posiblemente, también es fruto de una visión política

estratégica de los líderes gubernamentales, que da a entender que su política no puede ser lo suficientemente fuerte como para generar procedimientos que inviabilicen los financiamientos o que, a lo largo de la ejecución de los proyectos, generen evidencias de impactos y exigencias adicionales que comprometan el cronograma de las obras y de los desembolsos, elevando así los costes de la obra, los riesgos de contestaciones judiciales fundamentadas en pruebas generadas por el proceso de financiamiento y, con esto también, los riesgos de crédito. La falta de transparencia del Banco sobre sus procedimientos internos de evaluación de riesgo ambiental y de monitoreo de las exigencias ambientales establecidas por los órganos licenciadores —y, en pocos casos, establecidas autónomamente por el Banco y registradas en contratos— es otro fuerte indicio de su preocupación por no generar pruebas contra los emprendedores de las obras que financia y, en último lugar, contra sí mismo.

En síntesis, en nuestra visión, a pesar de relevantes cambios normativos e institucionales —destacando la elaboración de guías socioambientales para algunos sectores[2], de políticas sectoriales, iniciadas con la política para el sector de la minería, y de otros cambios graduales más recientes, los cuales detallaremos en la próxima sección— la Política Socioambiental del BNDES y su PRSA siguen, en la práctica, esencialmente enfocadas en la exigencia del cumplimiento formal de la legislación ambiental y laboral.

En el escenario del actual gobierno, las cuestiones arriba planteadas se hacen todavía más preocupantes, ya que tienen implicaciones potencialmente fuertes en las Políticas que aquí son foco, en la medida en que están en marcha cambios importantes en el papel y el mandato del BNDES en el «financiamiento al desarrollo» y en la propia visión de lo que viene a ser «desarrollado».

Si en los gobiernos pasados la visión «desarrollista» fue acompañada por un paquete de proyectos del Programa de Aceleración del Crecimiento (PAC), muchos de los cuales, como Belo Monte, con viabilidad económica cuestionable e impactos sistémicos desconsiderados, en el actual gobierno la situación se anuncia de forma aún más crítica. Los nuevos grandes proyectos que el gobierno en ejercicio busca viabilizar están envueltos por el paquete del Programa

[2] Guías socioambientales construidas por el Banco: Soja, Sucroenergético, Agua y Alcantarillado, Ganadería Bovina de Corte.

de Asociaciones e Inversiones (PPI). En este programa, al lado de la retomada de los procesos de privatización acelerados, el gobierno pretende estimular nuevas inversiones, esencialmente a cargo del sector privado prometiendo para ello agilizar y reducir los costes de los procesos de licenciamiento, ya sean sectoriales o ambientales. La intención está explícita en la Ley Nº16.680/17 que crea el PPI, según la cual los proyectos validados por el Programa cuentan con la garantía de «prioridad nacional» y agilidad en la liberación de licencias:

> Art. 17. Los órganos, entidades y autoridades estatales, inclusive las autónomas e independientes, de la Unión, de los Estados, de Distrito Federal y de los Municipios, con competencias de cuyo ejercicio dependa la viabilización de emprendimiento del PPI, tienen el deber de actuar, conjuntamente y con eficiencia, para que sean concluidos, de manera uniforme, económica y en un plazo compatible con el carácter prioritario nacional del emprendimiento, todos los procesos y actos administrativos necesarios para su estructuración, liberación y ejecución.
>
> § 1º Se entiende como liberación la obtención de cualquier licencia, autorización, registro, permiso, derecho de uso o explotación, regímenes especiales, y títulos equivalentes, de naturaleza regulatoria, ambiental, indígena, urbanística, de tránsito, patrimonial pública, hídrica, de protección del patrimonio cultural, aduanera, minera, tributaria, y cualquier otra, necesaria para la implantación y la operación del emprendimiento.
>
> § 2º Los órganos, entidades y autoridades de la administración pública de la Unión con competencias sectoriales relacionadas con los emprendimientos del PPI convocarán a todos los órganos, entidades y autoridades de la Unión, de los Estados, de Distrito Federal o de los Municipios, que tengan competencia liberatoria, para participar en la estructuración y ejecución del proyecto y en la consecución de los objetivos del PPI, inclusive para la definición conjunta del contenido de los términos de referencia para la licencia ambiental.

A su vez, el BNDES pasa, en este nuevo escenario, por transformaciones estructurales. En los gobiernos pasados le fue otorgado el papel de viabilizador del financiamiento de grandes obras, llevadas a cabo en gran parte por las grandes constructoras brasileñas hoy altamente debilitadas por investigaciones de procesos de corrupción. En el gobierno actual, el BNDES viene siendo progresivamente deconstruído en su papel de financiador a largo plazo, tanto por cambios legales que alteraron la tasa de interés (Tasa de Interés a Largo

Plazo) que garantiza su capacidad de financiar con un coste por debajo de las elevadas tasas de interés del mercado, como por el proceso de descapitalización, con sucesivas devoluciones de recursos al Tesoro que le garantiza un alto nivel de desembolsos[3]. Adicionalmente, el BNDES pasa a asumir otro papel, articulado al PPI: estructurador de proyectos. Este nuevo mandato ya está más claramente identificado en los procesos de privatización de empresas estatales, federales y estaduales y también en nuevas y renovadas concesiones. En síntesis, bajo la protección del PPI, el BNDES asumiría el papel de «estructuración de proyectos que tengan como objetivo atraer la asociación privada, identificando oportunidades y conduciendo el proceso desde la fase de estudios y modelaje hasta la firma del contrato de concesión entre los gobiernos estaduales y concesionarias».

Aunque sea dicho en entre líneas que los proyectos, especialmente los nuevos proyectos, seguirán el flujo normal de análisis socioambiental con base en la actual PRSA del Banco, es evidente en el discurso, en la redacción de la Ley del PPI y, también, en la articulación de fuerzas en el gobierno y en el Congreso Nacional que está en marcha el intento de deconstrucción de la legislación socioambiental, en dirección exactamente de agilizar y hacer menos «costosos» los procesos de emisión de licencias como forma de atraer nuevas inversiones, especialmente en el área de infraestructura.

Una de las medidas legislativas que está en tramitación es la creación de una Ley General de Licenciamiento. Bajo el pretexto de destrabar inversiones la intención es retirar criterios y parámetros para orientar la acción de los órganos estaduales del medio ambiente y reducir brutalmente el mandato y la capacidad del poder público para evaluar, mitigar y compensar los impactos ambientales que son siempre inherentes a los grandes emprendimientos.

Tales cuestiones aunque extrapolen el objetivo de la Política Socioambiental y de la PRSA del BNDES necesitan ser tenidas en consideración en una reflexión actual sobre sus límites y potencialidades.

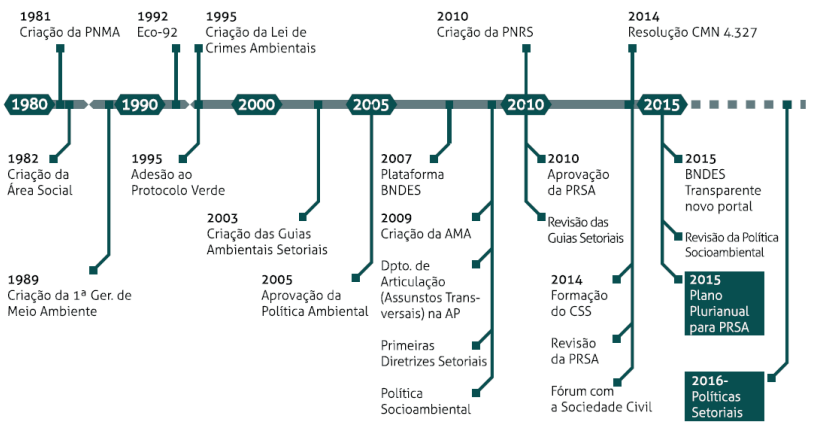
[3] Entre 2016 y 2017 el BNDES devolvió al Tesoro 150 mil millones de reales (100 mil millones de reales en 2016 y 50 mil millones de reales en 2017). Para 2018 está prevista la devolución de más de

130 mil millones de reales. Según fuentes de funcionarios del Banco esta devolución prácticamente inviabilizaría la continuidad de desembolsos de operaciones ya contratadas.

3 Las Políticas Socioambiental y PRSA del BNDES: entre la norma y la práctica

Formalmente establecida en 2010, la PRSA forma parte de un proceso de experiencias acumuladas del Banco, así como también de otras instituciones financieras, especialmente multilaterales, que dieron como resultado la creación de mecanismos de evaluación socioambiental y de gestión de riesgos asociados a los impactos generados por proyectos financiados. No menos relevantes en el proceso de construcción de esta Política fueron las críticas y presiones de organizaciones y movimientos sociales, tanto sobre elecciones políticas que viabilizaron grandes proyectos y sus financiamientos por el Banco como sobre las políticas y prácticas utilizadas por el banco para realizar el análisis y el monitoreo de los impactos socioambientales generados por sus financiamientos.

La línea del tiempo producida por Teixeira y Pimentel (2016), y reproducida abajo, ilustra algunos de los marcos de la trayectoria del banco en la construcción de su PRSA, la cual define y formaliza principios, directrices, gobernanza e instrumentos de gestión socioambiental aplicada a las operaciones financiadas directamente por el BNDES.



No cabe en el objetivo de este artículo detallar este proceso de construcción[4], pero se pueden resaltar dos aspectos. El primero, tópicamente, es sobre el reconocimiento de que tal trayectoria refleja avances e intentos de responder tanto a las permanentes y sucesivas críticas a la actuación socioambiental del Banco como a los cambios institucionales y de políticas procedentes de un conjunto más amplio de Instituciones de Financiación del Desarrollo (IFD). En este último punto cabe decir que tales cambios fueron sobre todo impulsados por las Instituciones Financieras Multilaterales —especialmente por el Banco Mundial— que desde hace décadas son objeto de escrutinio de grupos comprometidos con la denuncia de impactos socioambientales y con la proposición de políticas de salvaguardias socioambientales. En los términos definidos por Borges (2016):

> Desde, al menos, la década de los 80, la fórmula ampliamente adoptada por las IFD, especialmente por los BMD, para la incorporación de variables socioambientales y de derechos humanos a su misión y a sus actividades fue la construcción de requisitos vinculados a la observancia de normas socioambientales para la concesión de préstamos. Estos criterios fueron desarrollándose paulatinamente hasta el punto de hoy constituir, al menos en los BMD, un sofisticado y superpuesto conjunto de requerimientos direccionados a los tomadores para que sean realizadas evaluaciones de impactos, planes de acción y medidas compensatorias previamente, concomitantemente incluso tras los desembolsos. Tales requisitos, normalmente insculpidos en políticas operacionales, son conocidos en el mundo del financiamiento del desarrollo como «salvaguardias» (Borges, 2016:28).

En cuanto al segundo aspecto que resaltar, nosotros proponemos una descripción más detenida sobre el detalle del funcionamiento, a partir de la perspectiva del BNDES, de la operacionalización de su Política Socioambiental, formalizada en 2009, y en 2010 incorporada como parte de su llamada Política de Responsabilidad Social y Ambiental (PRSA). Hecho esto, en la segunda parte de este mismo tópico, haremos una síntesis de los límites y desafíos de estas Política desde las experiencias acumuladas de un conjunto de organizaciones que se han dedicado en los últimos años al monitoreo de estas políticas.

La *Política Socioambiental* del Banco establece directrices, normas y parte de los procedimientos operacionales que deben ser ejecutados

[4] En el estudio del citado Teixeira e Pimentel (2016) se hace una buena síntesis.

en la concesión de crédito. En síntesis, define procedimientos para el encuadramiento, análisis, aprobación, contratación y seguimiento de los proyectos apoyados. Algunas informaciones sintéticas nos son útiles para su compresión desde la narrativa del Banco.

En la fase del *encuadramiento*, se utilizan informaciones prestadas por la empresa las cuales se organizan en dos cuestionarios, uno sobre las prácticas y políticas de la empresa relativas a cuestiones socioambientales (QASE) y otro sobre el proyecto (QASP) [5]. Entre las informaciones solicitadas por el Banco en el primer cuestionario están, por ejemplo, la formalización de compromisos y políticas de responsabilidad socioambiental de la empresa como la Política de Derechos Humanos, la Política de Salud y Seguridad en el Trabajo, la adhesión a iniciativas o pactos sectoriales o globales relacionados con el tema de la sostenibilidad. Entre las informaciones relativas al proyecto, en el segundo cuestionario, se encuentran las cuestiones sobre la localización del emprendimiento —por ejemplo, en el interior de Unidades de Conservación, entorno de Tierras Indígenas—, si el proyecto prevé plan de contingencia/emergencia en relación con los riesgos e impactos socioambientales, entre otras.

También en esta fase son levantadas por el Banco informaciones sobre la empresa con base en consultas de listas públicas y otros medios oficiales sobre prácticas de trabajo análogo a la esclavitud, crímenes ambientales, áreas embargadas por IBAMA. En el caso de algunos sectores —como el de la minería, infraestructura, ganadería bovina, residuos sólidos— se solicitan informaciones adicionales y declaraciones en las fases de encuadramiento y análisis. Volveremos a este punto.

Las informaciones así reunidas ayudan a encuadrar los proyectos según su riesgo ambiental, el encuadramiento se define de forma similar a otros Bancos de Desarrollo e Instituciones Financieras[6] en categorías[7] de riesgo de impacto adverso:

Categoría A: Actividad intrínsecamente relacionada con los riesgos de impactos ambientales significativos o de alcance regional.

---

[5] Las informaciones están organizadas en dos cuestionarios que son parte del guion de consulta previa electrónica, disponible en el sitio del banco desde junio de 2016.

[6] Especialmente aquellas firmantes de los Principios de Ecuador, al cual el BNDES no se adhirió hasta el momento.

[7] Cabe destacar que en el 2015 un 48% de los proyectos (en valor) en la cartera del Banco estaban encuadrados en la categoría A, un 41% en la categoría B y un 11% en la categoría C.

El licenciamiento requiere estudios de impactos, medidas preventivas y acciones mitigadoras;

Categoría B: Actividad que implica impactos ambientales más leves o locales y requiere evaluación y medidas específicas;

Categoría C: Actividad que no presenta, en principio, riesgo ambiental significativo.

Todavía en esta fase, el Banco elabora eventuales recomendaciones sociales y ambientales para las fases de análisis y seguimiento de la operación. Según el Banco, en el caso de proyectos de mayor riesgo ambiental (categoría A), se realizan análisis adicionales sobre los impactos y la madurez de la gestión socioambiental de la empresa, los cuales pueden implicar la adopción de medidas mitigadoras.

En la práctica, para estos proyectos el Banco adopta un procedimiento estándar de inclusión en el contrato del financiamiento de un «subcrédito social» concedido en la forma de la llamada línea «Inversiones Sociales de las Empresas (ISE)[8] » que, en teoría, se destina a inversiones adicionales a los exigidas en el proceso de licenciamiento y volcadas en mitigar los impactos negativos y potencializar los impactos positivos relativos al entorno impactado por los proyectos.

La *Política de Responsabilidad Social y Ambiental del Banco (PRSA)*, a su vez, tiene un objetivo más amplio y de esta forman parte la Política Socioambiental, las guías socioambientales, la política operacional de Inversiones Sociales de las Empresas (Línea ISE) y, más recientemente, las políticas Socioambientales Sectoriales que tuvieron inicio con la Política Socioambiental para el Sector de Minería, formalizada en 2016.

Aunque la formalización de la PRSA se haya producido en 2010 es a partir de 2014, con la publicación de la Resolución del Consejo Monetario Nacional (Resolución CMN 4.327 de abril de 2014)[9] obligando

[8] Esta línea ISE existe desde 2006 y en su actual configuración apoya acciones: 1) en el ámbito de la empresa. En este caso para *implantar o mejorar los sistemas de gestión ambiental, social, de salud y de seguridad del trabajo tanto de los Beneficiarios como de las empresas de su cadena de suministro y distribución y para viabilizar inversiones sociales, complementarias a las obligaciones legales, volcados con los funcionarios (incluyendo dependientes y familiares), así como para empleados de las empresas de su cadena de suministro y distribución o clientes*; 2) en el ámbito de la comunidad, el foco de la línea es *atender a poblaciones expuestas a algún tipo de riesgo social, localizadas tanto en el entorno del proyecto económico o en áreas de influencia geográfica de las empresas como distribuidas nacionalmente, no necesariamente asociadas a iniciativas empresariales o áreas de influencia de la empresa*.

[9] Esta Resolución dispone sobre la responsabilidad socioambiental de instituciones financieras autorizadas a funcionar por el Banco Central de Brasil y prescribe como obligación el establecimiento de una Política de Responsabilidad Social y Ambiental (PRSA) y de un plan de acción que logre su implementación. La Resolución también

a las instituciones financieras a la construcción de PRSA y Planes para su implementación, que el Banco la formula con mayor claridad detallando sus componentes, instrumentos y estructurando su Plan de implementación. Este proceso, cabe decir, produjo cambios internos con la constitución de una gobernanza cuyo objetivo es responder a la exigencia de la referida Resolución. Así, en junio de 2014 se creó un Comité de Sostenibilidad Socioambiental (CSS), con el «objetivo de promover la integración de las dimensiones social y ambiental en las políticas, procesos, prácticas y procedimientos de la institución, en línea con la PRSA»[10]. En 2015 fue aprobado por la Dirección y el Consejo de Administración del BNDES el llamado «Plan Plurianual de Implementación y Monitoreo de la PRSA» para el período de 2015-2017.

El referido Plan establece para el trienio 5 frentes[11] de trabajo y 45 entregas a corto, medio y largo plazo.

A partir de junio del 2016, los cambios en la gestión del Banco, fueron acompañados de alteraciones organizacionales con efectos, también, sobre la gobernanza de la PRSA, cabiendo aquí destacar la reorganización de áreas y jefaturas con la creación de un Área de Gestión Pública y Socioambiental (AGS) resultado de la agregación del Área Social y el Área de Medio Ambiente[12].

---

determina que se mantenga la estructura de gobernanza compatible con el porte de la institución, la naturaleza de su negocio y la complejidad de los productos ofrecidos, para asegurar el cumplimiento de las directrices de la PRSA y viabilizar la ejecución y monitoreo de las acciones contenidas en el plan de acción. La supervisión cabe al Banco Central.

[10] Mayores detalles del objetivo de la PRSA y del Plan pueden verse en los documentos oficiales del BNDES a través de este enlace: https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/quem-somos/responsabilidade-social-e-ambiental/o-que-nos-orienta/politicas/plano-implementacao-prsa

[11] 1) Alineamiento Estratégico y Gestión de la Implementación de la PRSA, con foco en el fortalecimiento de la gobernanza del BNDES para el tema sostenibilidad; 2) Diálogo y Prestación de Cuentas, con foco en la implementación de mejoras e innovaciones en procesos y actividades de diálogo y prestación de cuentas; 3) Actuación Final, que prevé tanto acciones relacionadas con las prácticas, procedimientos, metodologías y controles internos adoptados en el flujo de concesión de apoyo financiero como con aquellas relativas al proceso de desarrollo, monitoreo, revisión y evaluación de productos financieros del BNDES relacionados con el desarrollo social y ambiental; 4) Liderazgo, cultura y aprendizaje cuyo foco es la diseminación de conocimiento, sistematización de acciones de capacitación y desarrollo de empleados y liderazgo de la institución en la temática; 5) Administración Organizacional, que prevé la incorporación, en las actividades administrativas del BNDES, de conceptos relacionados con la sostenibilidad como, por ejemplo, certificación de instalaciones, inventario de carbono y actuación en su entorno.

[12] Una buena síntesis de las experiencias acumuladas, críticas y sugerencias construidas en este proceso de diálogo están sistematizadas en el libro *Política Socioambiental del BNDES: presente y futuro* disponible en: http://www.inesc.org.br/biblioteca/publicacoes/livros/2015/politica-socioambiental-do-bndes-presente-e-futuro/view

En diciembre de 2016 fue publicado por el Banco un primer balance del referido Plan.

Para los objetivos del presente artículo, se pueden destacar tres puntos del balance, que nos parecen particularmente relevantes, en la medida en que dialogan con cuestiones que fueron, reiteradamente, objetivo de críticas por parte de organizaciones sociales que a lo largo del 2014 y 2015 establecieron canales de diálogo con el Banco sobre su Política Socioambiental.

El primero, es sobre respeto al compromiso de formalización del «concepto de riesgo socioambiental para el BNDES» y su integración como parte de la gestión corporativa de riesgos. Sobre este punto, cabe decir que aunque el balance presentado por el BNDES afirme que se consiguieron avances en este tema, el concepto no es presentado en el documento, así como tampoco se identifica alguna mención al riesgo socioambiental ni en el sitio del banco ni en los más recientes Informes de Gestión de Riesgos, cuya última versión es de junio de 2017,

El segundo, trata del respeto a la implementación y monitoreo de la llamada línea ISE arriba descrita. En cuanto a este punto, la evaluación del Banco registra como avances la revisión de la gobernanza de esa línea con la creación del Subcomité de la Línea de Inversiones Sociales de Empresas (SISE), con subordinación al CSS y, también, en la operacionalización de la línea con creación de un «Guion Básico para Presentación de Proyectos de Inversiones Sociales de Empresas» y de posibles indicadores de eficacia y de efectividad.

El tercero, es sobre respeto a la incorporación, en la Política Socioambiental, del capítulo específico para proyectos de apoyo a la exportación con la inclusión de clasificación de riesgo socioambiental de los proyectos y la previsión de contratación de servicio de consultoría para evaluación de impactos socioambientales de emprendimientos.

Por último, en mayo del 2017, el Consejo de Administración del BNDES aprobó la versión actualizada del Plan Plurianual de la PRSA renegociando plazos y adecuando el Plan a la nueva estructura organizacional[13].

[13] Para una visión más profunda de los recientes cambios en la gestión de la PRSA véase Teixeira e Pimentel (2017).

3.1 Entre la norma, la práctica

Presentamos arriba una visión general y no exhaustiva de cómo están estructuradas en el BNDES las Políticas Socioambiental y de Responsabilidad Social y Ambiental destacando lo que consideramos sus elementos y trazos principales y resaltando, desde la perspectiva del banco, algunos de sus compromisos y avances en la implementación de la PRSA.

Esta visión más general e institucional deja claro que, de hecho, está en curso un proceso de perfeccionamiento de las prácticas y políticas del Banco en lo relacionado con el trato de las cuestiones sociales y ambientales subyacentes a los proyectos que financia. También es notable el papel inductor del Banco Central, por medio de la ya citada Resolución, por una mayor disciplina normativa y de gobernanza en la conducción de estas cuestiones por parte de las instituciones financieras, entre ellas el BNDES.

Sin embargo, es necesaria una lectura más crítica y propositiva de estas cuestiones, y para la cual nos apoyaremos en las experiencias acumuladas gracias a los debates entre las organizaciones sociales atentas a la cuestión; en la experiencia de diálogos de estas organizaciones con el Banco; y en estudios de evaluación de estas Políticas.

Un *primer* aspecto trata acerca de los límites estructurales de estas Políticas sobre el respeto a su efectiva capacidad de impedir financiamientos con elevados e irreversibles impactos socioambientales.

El BNDES afirma públicamente en su sitio que en las etapas de análisis más detalladas del proyecto, puede optar por no aceptar la operación, en función de eventuales aspectos negativos que puedan incidir sobre la imagen o reputación del Banco. Sin embargo, la reciente experiencia de financiamientos de grandes obras con impactos elevados y acumulativos, muchos de estos frágilmente evaluados y mitigados por los procesos de licenciamiento y pasibles de innumerables disputas judiciales, muestra que la decisión de financiar se toma en otras esferas del poder gubernamental, que están por encima del BNDES. En otras palabras, en la línea ya defendida en la primera parte del presente artículo, el BNDES opera como un brazo financiero a servicio de las estrategias y prioridades definidas por el gobierno y forma parte de arreglos y planes en gran parte anteriores a la estructuración de los financiamientos a cargo del BNDES. Esto significa, en la práctica, que el papel de filtrador de proyectos con base en criterios más elevados de responsabilidad socioambiental y de riesgo reputacional no está dentro de los márgenes de maniobra y elección del Banco.

Como ya se ha dicho, están en curso, en el actual contexto, modificaciones significativas en el BNDES con la retirada de su capacidad de financiamiento en función tanto de la eliminación progresiva del diferencial de intereses, que estaba garantizado por la existencia de la Tasa de Intereses a Largo Plazo (TJLP), como por el fin de las capitalizaciones del Tesoro y las sucesivas devoluciones de recursos al Tesoro. No obstante, incluso con la aparentemente baja capacidad de financiamiento de nuevos proyectos, el hecho es que el banco continúa, hasta donde podemos ver, asumiendo un papel estratégico en la estructura de viabilidad de grandes proyectos con alto potencial de impacto como infraestructura, energía y minería en áreas ambiental y socialmente muy sensibles. Como ya se discutió en la primera parte de este artículo, se insinúa en el presente contexto un papel del BNDES de estructurador de proyectos, sea de privatización, sea de nuevos proyectos denominados corrientemente *greenfield*. Por tanto, en cualquier contexto, una política socioambiental firme debería significar una capacidad estructural e institucional, de difícil operacionalización en función del carácter del Banco y de su papel y lugar en las estrategias de inversión priorizadas por los gobiernos, de impedir proyectos en función de sus impactos socioambientales y de riesgo reputacional.

Un *segundo* se refiere a las innumerables fragilidades de estas políticas desde la perspectiva de su operacionalización. Sobre esta óptica son muchos los aspectos que deben ser resaltados. Apuntamos aquí algunos de los que consideramos si no principales o prioritarios, sí esclarecedores de la dimensión del desafío rumbo a las Políticas más fuertes y efectivas, incluso a pesar de sus límites más estructurales.

En la *fase de encuadramiento* son evidentes las fragilidades ya identificadas hace algunos años y que permanecen en el cuadro de revisión de la PRSA. La fase de levantamiento de informaciones por el BNDES, a pesar de los cambios puntuales en los cuestionarios socioambientales, presenta fragilidades importantes. Una de estas es su carácter declaratorio, lo que significa que el cliente interesado en la concesión del préstamo es la principal fuente de las informaciones recopiladas que son fundamentales para evaluar las condiciones socioambientales de clientes y emprendimientos. Esta situación impone, con respecto al deber de diligencia que posee al estar en la condición de ente financiador de proyectos potencialmente impactantes, que el banco procure otras fuentes de información relativas a los mismos hechos, para poder realizar un análisis de riesgo socioambiental de

forma consistente. Además, parte de las informaciones solicitadas son insuficientes para una evaluación real de potenciales conflictos agrarios y sociales en las áreas donde se localizan los emprendimientos. Por ejemplo, en el cuestionario, meramente declaratorio, la pregunta relativa a la localización en el entorno de Tierras Indígenas, no considera la complejidad de los procesos de demarcación y titulación y los innumerables conflictos originados de la incapacidad del Estado brasileño de asegurar los derechos garantizados por la Constitución Brasileña de 1988 a los pueblo indígenas y, de esta forma, no realiza revisiones para averiguar los innumerables casos de sobreposiciones y conflictos envolviendo tierras indígenas todavía no tituladas.

La fragilidad de los procedimientos utilizados por el Banco ha facilitado la aprobación de financiamientos para emprendimientos localizados en el interior de tierras indígenas, o en sus proximidades, sin considerar sus impactos socioambientales generando, además de la violación de derechos, una fuerte inseguridad jurídica y un riesgo reputacional:

> Es el caso de las plantas sucroalcoholeras implicadas en la explotación irregular de tierras indígenas de la etnia Guaraní en el estado de Mato Grosso del Sur, cuya regularización se reivindica desde hace mucho tiempo. Una parte de las tierras del pueblo Guaraní fue ocupada irregularmente por plantaciones de caña. La mayor y más conocida de estas es la tierra denominada Guyraroká, en el municipio de Caarapó (MS), donde los hacendados ocupantes arriendan tierras para la Raizen/Nova América, factoría perteneciente al grupo Cosan/Shell. El otro caso es el de la tierra indígena Jatayvary, en el municipio de Ponta Porã (MS), ocupada por cinco haciendas que arriendan un total de 712,2 hectáreas a la planta Monteverde. Hasta mediados del 2011, las compañías financiadas por el BNDES utilizaban la caña producida ilegalmente en estas tierras indígenas. Esta situación de ilegalidad apenas fue revertida a partir de la actuación del Ministerio Público Federal. Evidentemente, este tipo de emprendimiento, marcado por ilegalidades, debe ser descartado por el BNDES inmediatamente en la fase inicial de selección de propuestas de proyectos. Bastaría una mejor calificación de la carta de consulta, con la verificación de informaciones declaradas por el interesado sobre la situación agrícola y de la existencia de conflictos sobre derechos de acceso a los recursos naturales, inclusive en consulta con la FUNAI (Garzon et al: 2015;128).

En la *fase de contratación*, las fragilidades se expresan claramente en las cláusulas sociales y ambientales que son, en general, estandarizadas. Tales fragilidades están explícitas incluso en los

contratos de emprendimientos doblemente investigados con base en la Política Socioambiental y en guías sectoriales como es el caso de la ganadería bovina y de corte. En este caso, la guía sectorial establece la necesidad de revisión de informaciones adicionales en la fase de encuadramiento y el análisis de los proyectos, muchos de las cuales tratan de establecer procedimientos y la comprobación de informaciones de los proveedores directos del emprendimiento con vistas a excluir a los proveedores que estén involucrados en prácticas de trabajo análogo a la esclavitud, discriminación por raza o género, trabajo infantil, invasión de Tierras Indígenas, deforestación ilegal, conflictos agrarios y *grilagem* (apropiación de tierras mediante títulos de propiedad falsos).

No obstante, en todos los casos, el Banco solamente exige que el emprendimiento *declare* que mantiene el registro sobre sus proveedores y, además, es explícito en la orientación de que el monitoreo de proveedores directos debe considerar tales prácticas para fines de suspensión de los proveedores apenas si hubiese *sentencia de la cosa juzgada*. Esta norma de exigencia, a su vez, se repite en los contratos de financiamiento.

Solicitaciones Sectoriales: Ganadería Bovina (versión 15/09/2016)

Para proyectos relativos a la Ganadería bovina, se solicitará la Declaración de la Proponente en la Etapa de Análisis, firmada por sus representantes legales, en la cual debe *declarar* que:

1. [...]
2. todas las unidades industriales poseen, en funcionamiento, un sistema implementado con procedimientos para la compra de ganado, en el cual están incluidos como proveedores directos apenas aquellos que, tras su evaluación, comprobaron el cumplimiento de las siguientes condiciones:

   2.1 no estar inscritos en el Registro de Empleadores que hayan mantenido a trabajadores bajo condiciones análogas a la esclavitud instituido por la Normativa Interministerial nº 2, del 12.5.2011, del Ministerio de Trabajo y Empleo (MTE) y de la Secretaría de Derechos Humanos de la Presidencia de la República;

   2.2 no haber sido, los proveedores directos o sus dirigentes, condenados por *sentencia de la cosa juzgada* o acto administrativo, labrado por una entidad oficial, como consecuencia de sus atribuciones legales, por la práctica de actos que infrinjan la legislación de combate a la discriminación por raza o género, al trabajo infantil y al trabajo esclavo;

   2.3 no estar incluidos en la lista de áreas embargadas mantenida por el Instituto Brasileño del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables (Ibama), en los términos del Decreto 6.321, del 21.12.2007 y del Decreto 6.514, del 22.7.2008;

   2.4 no haber sido, los proveedores directos o sus dirigentes, condenados por *sentencia de la cosa juzgada* por invasión en tierras indígenas de dominio de la Unión, en los términos del art. 20 de la Ley 4.947, del 6.4.1966, conforme informaciones divulgadas por los órganos oficiales competentes;

   2.5 no haber sido, los proveedores directos o sus dirigentes, condenados por *sentencia de la cosa juzgada* envolviendo conflictos agrarios, conforme informaciones divulgadas por los órganos oficiales competentes;

   2.6 no haber sido, los proveedores directos o sus dirigentes, condenados por *sentencia de la cosa juzgada* por cualquier acto que caracterice la falsedad o violencia en la obtención de un título de pose o propiedad de tierras (*grilagem*), sean estas públicas o privadas, conforme informaciones divulgadas por los órganos oficiales competentes;

   2.7 no haber sido, los proveedores directos o sus dirigentes, condenados por *sentencia de la cosa juzgada* por las infracciones penales relativas a la desforestación previstas en la Ley 9.605, del 12.2.1998, conforme informaciones divulgadas por los órganos oficiales competentes;

   [...]

Jurídicamente, al mismo tiempo en el que el BNDES registra obligaciones socioambientales del emprendedor, solo toma providencias objetivas de interrupción de financiamientos en los casos de sentencias judiciales en última instancia. Este tipo de relación del Banco con las empresas que financia muestra una postura defensiva (evasiva y tangencial) y no, como considera su discurso, una práctica proactiva de responsabilidad social y ambiental.

Frente a este cuadro y con un elevado riesgo reputacional, el BNDES puede ser fácilmente identificado como un banco que financia emprendimientos involucrados en la práctica de trabajo análogo a la esclavitud. Un levantamiento realizado por el sitio Inversiones y Derechos en la Amazonia, del Instituto de Estudios Socioeconómicos (Inesc) comparó los CNPJ presentes en la lista sucia de trabajo esclavo con los registrados en el sitio del BNDES como beneficiarios de préstamos. Los datos mostraron que entre el año 2000 y el 2016 casi R$ 90 millones fueron para empresas y personas físicas que integran la Lista Sucia del Trabajo Esclavo en los estados de la Amazonia Legal[14].

En la *fase de monitoreo*, un tema recurrentemente evaluado de forma crítica por organizaciones sociales ha sido el crónico déficit de informaciones sobre el curso de los proyectos financiados y los impactos por estos causados, lo que, por otro lado, acaba por generar riesgos financieros y legales al propio banco. La dependencia prácticamente exclusiva del banco en relación con el emprendedor como fuente de informaciones de monitoreo de impactos deja al BNDES extremamente vulnerable en términos de su corresponsabilidad por los daños ambientales provocados por emprendimientos financiados, conforme lo establecido por la Ley Nº 6.938/81. Así, aunque no existan declaraciones oficiales por parte del Banco reconociendo las dificultades generadas por la fragilidad del seguimiento de los proyectos, el BNDES, a pesar de las muchas dificultades, para superar los mencionados problemas viene adoptando iniciativas que manifiestan alguna disposición, como la implementación de auditorías socioambientales independientes, siendo el caso más conocido el financiamiento a la hidroeléctrica de

[14] Según el levantamiento, el estado de Pará apareció en el pico más alto del período analizado, con 27 préstamos concedidos por el BNDES a integrantes de la lista sucia, totalizando R$ 45,8 millones; seguido por Tocantins con 10 casos y R$ 32,4 millones; Acre R$ 2,2 millones; Mato grosso R$ 7 millones; Maranhão R$ 921.000; y Rondônia R$ 638.000 completando el cuadro. disponible en: http://amazonia.inesc.org.br/bndes-emprestou-milhoes-para-empresas-que-exploram-trabalho-escravo-na-amazonia-legal/

Belo Monte cuyo contrato de financiación ya preveía la realización de una auditoría socioambiental independiente.

No obstante, tal iniciativa estuvo bajo tensión tanto por la falta de claridad y transparencia sobre los parámetros que definirían la auditoría como por la falta de transparencia de sus resultados. Cabe resaltar que el acceso por parte de la sociedad a los informes de la auditoría de Belo Monte fue objeto de una larga disputa judicial protagonizada por el Instituto Socioambiental (ISA) que se inició en 2014. Solo después de tres años, en septiembre de 2016, se firmó un acuerdo extrajudicial entre BNDES, Ministerio Público Federal y Norte Energia, empresa responsable de la construcción de la hidroeléctrica de Belo Monte. El acuerdo obligaba a la empresa a divulgar en su sitio los informes producidos por la auditoría independiente.

Un *tercer* y último punto que destacar, entre otros que no cabe explorar dado el foco de este artículo, trata sobre la fragilidad de la solución construida por el BNDES para una acción más activa de responsabilidad social y ambiental que vaya más allá de las exigencias legales sociales y ambientales.

Como ya se ha dicho, el principal instrumento utilizado hoy por el Banco como acción activa de responsabilidad social y ambiental es la llamada línea ISE, que ya existía desde el 2006 pero que ha estado siendo progresivamente recalificada y discursivamente elaborada como la contribución específica y diferenciada del Banco para la mitigación de impactos en el territorio objeto de proyectos financiados. Así, a partir de 2009 y 2010 la línea ISE se vinculó a la llamada «Política de actuación en el entorno de los proyectos» la cual pasó a ser defendida como su contribución específica para *mitigar los efectos negativos que proyectos de gran dimensión tienden a llevar a los territorios.*

Partiendo de la idea de la existencia de un «territorio del entorno», definido como el área de influencia, directa e indirecta, de los estudios de impacto ambiental del proyecto, el BNDES proyecta como estrategia central de esta Política la formulación de una «planificación territorial», capitaneada por los actores considerados relevantes.

En este arreglo ideal, la empresa responsable de la construcción de la gran obra ya licenciada por el órgano ambiental y financiada por el BNDES, sería la «interlocutora estratégica» o «empresa ancla». Sería la responsable de viabilizar los diálogos con los demás actores considerados relevantes por el BNDES en la construcción de una «Agenda de Desarrollo para el Territorio». Estos actores serían el poder

público y los actores no estatales, como las instituciones investigación, el Sistema S y las organizaciones de la sociedad civil.

De esta forma, el banco defiende que, además de financiar el proyecto y sus condicionantes ambientales, está promoviendo «algo más» que sería, en síntesis, un financiamiento extra al emprendedor (interlocutor estratégico) a partir de una relectura de la responsabilidad socioambiental del emprendedor (empresa ancla). Y, secundariamente, el apoyo financiero a los actores gubernamentales[15].

Para atender a esta política, la línea ISE pasó a vincularse a una negociación banco/empresa, que asume la forma de subcrédito social como parte del financiamiento global a los emprendimientos clasificados en la categoría de riesgo A. Las condiciones financieras son diferenciadas y más subsidiadas (básicamente la TJLP, sin tasas adicionales) y la ejecución del subcrédito depende de la presentación de la empresa ancla de acciones y proyectos volcados con la comunidad. Como práctica ya corriente del Banco, esta línea tiene un tipo de valor preestablecido, correspondiente al 0,5% del valor de la inversión.

Muy poco se sabe hoy sobre la efectividad de esa política. Lo cotidiano del entorno de los proyectos sigue marcado por relatos sistemáticos de ausencia de políticas públicas y de elevados impactos sociales ocasionados por las obras.

Un estudio, todavía en fase de elaboración por el INESC, ha seguido los proyectos financiados por medio de subcréditos sociales en varias obras e identificado varios problemas: 1) la ausencia de comprobación por parte del Banco y con validación del órgano licenciador, sobre la efectiva adicionalidad de las obras y proyectos con relación a aquellas amparadas por los condicionantes y componentes de la licencia ambiental; 2) la falta de informaciones a la población local sobre el objetivo y el papel de las obras y proyectos adicionales, en su gran mayoría las personas identifican los proyectos como una iniciativa exclusiva del alcalde o alcaldesa o como una acción orientada

[15] Esta formulación está clara en el libro *Um Olhar Territorial para o Desenvolvimento: Amazônia*, lanzado recientemente. Donde el *banco* defiende que su contribución para reducir los impactos de los proyectos financiados por *él* en la Amazonia son las inversiones en el entorno de los proyectos. Los ejemplos vinculados a los financiamientos para las hidroeléctricas de la Amazonia son los más exaltados: *Además de la generación de empleos y de la dinamización de la economía regional, las inversiones socioambientales en el entorno de los proyectos de las hidroeléctricas están contribuyendo a la mejora significativa de la calidad de vida de la población de la región y a la preservación del medio ambiente, a través de acciones de mejora en los servicios de educación, salud y saneamiento básico, regularización agrícola y protección de las Unidades de Conservación y de las tierras indígenas* (pg. 120).

a la construcción de una «legitimidad social» para la presencia y actuación de la empresa en el territorio, en este sentido confundiéndose con acciones de «marketing institucional» lo que sería vetado por la línea ISE[16]; 3) la baja efectividad de la línea frente a los objetivos que se propone.

Así, la línea ISE parece funcionar, en la práctica, para viabilizar la contratación y subcontratación de otro conjunto de empresas para «conseguir» una lista de acciones y proyectos confundiéndose con aquellos exigidos por el licenciamiento y ejecutados, muchas veces, con fragilidad y atrasos. Además de esto, también se confunden con acciones típicas y de competencia del poder público, siendo por esto implementadas muchas veces a través de la negociación y transferencias de recursos al poder público vía protocolos y convenios, y sin transparencia.

Recientemente, el BNDES ha querido responder a parte de las críticas sobre su línea ISE, que continúa siendo parte importante de su PRSA. El frente 3 del Plan de implementación de la PRSA —2015-2017— estableció como una de las entregas el «perfeccionamiento del proceso de inducción a la responsabilidad social de empresas, mediante mejoras en la gestión de la Línea ISE y en las iniciativas relacionadas». Como parte de ese esfuerzo el Banco evalúa como avances en su balance de implementación del Plan: 1) la publicación de un guion que ayuda a las empresas interesadas en la Línea ISE a presentar proyectos sociales; 2) mejoras en la gestión y operacionalización de la Línea ISE con la creación del Subcomité de la Línea de Inversiones Sociales de Empresas (SISE) subordinado al CSS.

Aún es pronto para evaluar los efectos de estas medidas de perfeccionamiento. No obstante, parece evidente que estas no cambian lo que nos parece esencial: la Política del Entorno del BNDES y la línea ISE están ancladas en una postura de responsabilidad socioambiental defensiva y frágil, que apuesta algunos millones de reales subsidiados en la construcción de una legitimidad para la presencia del emprendedor y del Banco en la región.

[16] De acuerdo con las Políticas Operacionales del BNDES, las siguientes acciones no son pasibles de financiamiento en el ámbito de la Línea ISE: acciones impuestas por ley, acto administrativo o decisión judicial, incluyendo obligaciones derivadas de la licencia ambiental y los Términos de Ajuste de Conducta (TAC); acciones exclusivamente volcadas en la actuación comercial y competitiva o el desarrollo directo del mercado consumidor; acciones que hayan sido objeto de beneficio fiscal en cualquier esfera gubernamental; y acciones relacionadas con marketing institucional.

En síntesis y desde nuestra visión, no son estos subcréditos sociales la solución para mitigar los impactos generados por las obras —no mitigados o compensados por el licenciamiento y expuestos por la ausencia de políticas públicas—.

4 De las salidas por la tangente a la búsqueda de soluciones efectivas

La política socioambiental del BNDES debería responder al complejo reto de contribuir a la reducción de las fragilidades de la licencia ambiental (permanentemente bajo ataque y riesgo de disminución), así como de las fragilidades del propio monitoreo del cumplimiento de las legislaciones ambientales, laborales y de derechos humanos.

Esto no implica, como muchas veces alegan los dirigentes del Banco, hacer el papel del órgano licenciador o de otros órganos del Estado. Como ya ha sido apuntado por innumerables organizaciones sociales tanto en procesos de diálogo como de crítica y de evaluación de las Políticas y prácticas del Banco, mucho ha de avanzarse para que un Banco Público de Desarrollo actúe proactivamente en un contexto brasileño lleno de enormes fragilidades y vulnerabilidades sociales y ambientales.

Es importante decir que, igual que el Banco responde a las críticas esquivando asumir un papel más relevante en la evaluación del riesgo ambiental y en el monitoreo de impactos, Ibama también esquiva muchas críticas y responsabilidades, alegando que cabe al órgano coordinar únicamente el proceso de licenciamiento —esencialmente ambiental—. Ha sido recurrente el discurso defensivo de sus técnicos alegando que la legislación ambiental, incluyendo normas administrativas, tiene límites en la evaluación, mitigación y compensación de los impactos de cuño social o socioambiental, y que el órgano licenciador no puede ser responsabilizado por tales vacíos.

Sin validar el carácter defensivo de esos discursos, es importante reconocer que el licenciamiento, tal como existe hoy —a pesar de sus avances y encontrándose en un contexto reciente de severos riesgos de retroceso— presenta límites formales e institucionales. Es fundamental avanzar y, por encima de todo, no retroceder. Todos los actores estatales —BNDES, órgano licenciador y demás órganos involucrados en procesos de evaluación y mitigación de impactos de grandes

obras —como Funai, INCRA, ICMBio, Fundación Cultural Palmares, Ministerio de Trabajo— deberían actuar conjuntamente para superar los vacíos que, al fin y al cabo, recaen sobre los hombros y las vidas de los trabajadores, de las poblaciones y de sus territorios impactados por las obras. Además de incorporar de forma más rigurosa los aspectos socioambientales, el proceso de evaluación, monitoreo y mitigación de impactos debería entenderse como una responsabilidad de gobierno, involucrando a distintas instituciones, incluso al órgano financiador. Lo que vemos hoy, sin embrago, es el camino inverso, un camino de franco retroceso. Es visible el proceso acelerado de deconstrucción de los derechos socioambientales erigidos en gran parte en la Constitución Federal del 88 y también en legislaciones infraconstitucionales, en actos administrativos y en la estructuración de instituciones con la misión de hacerlos cumplir.

Referencias

BORGES, Caio. *A proteção dos direitos humanos e do meio ambiente no financiamento do desenvolvimento: tendências globais, visões emergentes e os desafios para o fortalecimento da Política Socioambiental do BNDES*. In: Política Socioambiental do BNDE: presente e futuro. Inesc. Brasília, 2016.

CARDOSO, Alessandra; PIETRICOVSKY, Iara; BEGHIN, Nathalie. *Política socioambiental do BNDES: da saída pela tangente à busca de soluções compartilhadas.* In: Política Socioambiental do BNDE: presente e futuro. Inesc. Brasília, 2016.

CARDOSO, Alessandra. *Política de Atuação no Entorno de Projetos do BNDES: no entorno dos problemas e das soluções*. In: Política Socioambiental do BNDE: presente e futuro. Inesc. Brasília, 2016.

CARDOSO, Alessandra. *BNDES: as falsas soluções de sua política do entorno na Amazônia*. Junho de 2015. Disponible en: http://amazonia.inesc.org.br/bndes-as-falsas-solucoes-de-sua-politica-do-entorno-na-amazonia/

GARZON, Biviany Rojas; MILLIKAN, Brent; AMORIM, Leonardo; ZANATTA, Silvia Santana. *A Política de Responsabilidade Socioambiental do BNDES: situação atual e necessidade de revisão*. In: Política Socioambiental do BNDE: presente e futuro. Inesc. Brasília, 2016.

TEIXEIRA, Guilherme; PIMENTEL, Gustavo. *Caminhos da Responsabilidade Socioambiental: análise e propostas para a evolução do desempenho socioambiental do Banco*. Sitawi, Agosto de 2016.

TEIXEIRA, Guilherme; PIMENTEL, Gustavo. *Caminhos da Responsabilidade Socioambiental do BNDES: uma avaliação da evolução no período de junho/2016 a junho/2017*. Sitawi, Agosto de 2017.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CARDOSO, Alessandra. Responsabilidad social y ambiental del BNDES. In: GOMES, Rafael de Araújo et al. (Coord.). *La responsabilidad social de las instituciones financieras y la garantía de los derechos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 231-256. ISBN 978-85-450-0611-4.

Afonso de Paula Pinheiro Rocha
Procurador del Trabajo. Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Fortaleza (UNIFOR). Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Federal de Ceará. MBA en Derecho Empresarial por la FGV/Rio. Profesor Universitario.

Alessandra Cardoso
Asesora de planificación, Monitoreo y Evaluación del Inesc. Magíster en desarrollo económico por la Universidad Federal de Uberlândia y doctoranda en economía aplicada —desarrollo y medio ambiente por la Unicamp—.

Alexandre Lima Raslan
Magíster en Derecho de Relaciones Sociales (Derechos Difusos) en la Pontificia Universidad Católica de São Paulo —PUC-SP (2009)—. Doctorando en Derecho Constitucional en la Facultad Autónoma de Derecho de São Paulo (2015) Graduado en Derecho en Facultades Unidas Católicas de Mato Grosso —FUCMT (1992)—. Posgraduado (lato sensu) en Derecho Procesal Penal en la Universidad Católica Don Bosco —UCDB (2000)—. Posgraduado (lato sensu) en Derecho Civil: Derechos Difusos en la Universidad Federal de Mato Grosso do Sul (2001). Director Administrativo de la Fundación Escuela Superior del Ministerio Público de Mato Grosso do Sul (2011). Miembro Auxiliar del Consejo Nacional del Ministerio Público —CNMP (2016)—. Procurador de Justicia del Ministerio Público de Mato Grosso do Sul, titular de la 22ª Procuraduría de Justicia Criminal.

Caio Borges
Abogado y coordinador del Programa de Empresas y Derechos Humanos de Conectas Derechos Humanos. Magíster en Derecho y Desarrollo por la FGV Derecho SP. Es doctorando del programa de posgraduación del departamento de Filosofía y Teoría General del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo.

Jean Rodrigues Benevides
Oidor de la Caixa Econômica Federal, de la cual también fue gestor del área de sostenibilidad responsabilidad socioambiental durante más de 10 años.

Joana Nabuco
Abogada asociada del Programa de Empresas y Derechos Humanos de Conectas Derechos Humanos. Es graduada por la PUC-Rio y Magíster en Derecho (LL.M.) por la New York University School of Law (NYU), donde recibió la NYU Helton Global Human Rights Fellowship.

José Claudio Monteiro de Brito Filho
Doctor en Derecho de Relaciones Sociales por la Pontificia Universidad Católica de São Paulo. Vicecoordinador del Programa de Posgraduación en Derecho del Centro Universitario del Estado de Pará. Profesor del Programa de Posgraduación en Derecho de la Universidad Federal de Pará. Titular de la silla nº 26 de la Academia Brasileña de Derecho Laboral.

José Maximiano de Mello Jacinto
Consultor de riesgo socioambiental. Ingeniero Forestal. Magíster en Ciencias Ambientales y Forestales por la UnB. Fue gerente ejecutivo de la CAIXA donde actuó con riesgos socioambientales.

Lorena Vasconcelos Porto
Fiscalía del Ministerio Público del Trabajo. Doctora en Autonomía Individual y Autonomía Colectiva por la Universidad de Roma II. Maestría en Derecho del Trabajo por la PUC Minas. Especialista en Derecho del Trabajo y Previsión Social por la Universidad de Roma II. Licenciatura en Derecho por la UFMG. Profesora Titular del Centro Universitario UDF. Profesora Invitada del Máster en Derecho del Trabajo de la Universidad Externado de Colombia, en Bogotá. Investigador. Autora de libros y artículos publicados en Brasil y en el Exterior.

Ludiana Carla Braga Façanha Rocha
Procuradora del Estado de Ceará. Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Federal de Ceará. Profesora Universitaria.

Rachel Davis
Directora-Gerente y Cofundadora de Shift (www.shiftproject.org), organización sin fines de lucro que desarrolla proyectos, en asociación con entidades públicas y privadas, basados en los Principios rectores sobre empresas y derechos humanos de las Naciones Unidas.

Rafael de Araújo Gomes
Procurador del Trabajo. Coordinador del Grupo de Trabajo Instrumentos Económicos y de Gobernanza del Ministerio Público del Trabajo.

Raimundo Simão de Melo
Consultor Jurídico y Abogado. Procurador Regional de Trabajo jubilado. Doctor y Magíster en Derecho de Relaciones Sociales por la PUC/SP. Especialista en Derecho Laboral por la USP. Profesor Titular del Centro Universitario UDF. Maestría en Derecho y Relaciones Sociales y Laborales.

Profesor en el Curso de Especialización en Derecho y Relaciones Laborales en la Facultad de Derecho de São Bernardo do Campo/SP. Miembro de la Academia Brasileña de Derecho Laboral. Autor de libros jurídicos, como Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador y Ações acidentárias na Justiça do Trabalho.

Rodrigo Pereira Porto
Jefe de División del Departamento de Regulación del Sistema Financiero del Banco Central de Brasil.

Thaís Dumêt Faria
Abogada, magíster y doctora en Derecho por la Universidad de Brasilia. Oficial Técnica en Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de la OIT.

ISBN: 978-85-450-0611-4

CÓDIGO: 10001535