

FEMINISTAS POR UN TRATADO VINCULANTE

RECOMENDACIONES CLAVE SOBRE EL TERCER BORRADOR REVISADO PUBLICADO EL 17 DE AGOSTO DE 2021 DEL INSTRUMENTO JURÍDICAMENTE VINCULANTE PARA REGULAR, EN LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS, LAS ACTIVIDADES DE LAS CORPORACIONES TRANSNACIONALES Y OTRAS EMPRESAS COMERCIALES

5 de Octubre de 2021

Feministas por un Tratado Vinculante (F4BT por su sigla en inglés) es una coalición de más de treinta organizaciones de derechos humanos que representan una red mundial amplia y diversa de experiencias de vida de mujeres, análisis compartidos y experticia. Hemos trabajado colectivamente desde 2016 para promover un tratado con perspectiva de género que ataque las barreras estructurales que obstaculizan la responsabilidad corporativa y proponga medidas para realizar cambios constructivos. Este documento:

- Recupera los principios fundamentales de nuestro análisis feminista sobre la cuestión de las empresas y los derechos humanos, como marco de orientación para apoyar el continuado análisis de género de los Estados a lo largo de la negociación y subsiguiente implementación del borrador del Instrumento Jurídicamente Vinculante (en adelante «el Instrumento»), así como en la elaboración por parte de los Estados de la legislación regional y nacional; y
- Resume nuestras recomendaciones fundamentales para el texto. Las sugerencias fundamentales específicas se encuentran en el Anexo.

F4BT expresa su solidaridad con el Grupo de Trabajo de Rendición de Cuentas Corporativa de la Red-DESC, la Alianza por el Tratado, la Campaña Global para Reivindicar la Soberanía de los Pueblos, Desmantelar el Poder de las Transnacionales y poner Fin a la Impunidad, y con otros grupos y organizaciones similares que demandan el fin de la impunidad corporativa. En las actuales épocas de crisis, cuando el poder corporativo, el patriarcado y la división de trabajo sin equidad de género se combinan con los impactos del COVID-19, el cambio climático, la inestabilidad política y una reducción del espacio para la sociedad civil, el llamamiento a favor de un Instrumento Jurídicamente Vinculante es hoy más urgente que nunca.

A. ANÁLISIS FEMINISTA SOBRE LA CUESTIÓN DE LAS EMPRESAS Y LOS DERECHOS HUMANOS - PRINCIPIO FUNDAMENTALES

- 1. No discriminación:** Todos los derechos de las mujeres, en toda su diversidad, deben ser respetados en el contexto de las actividades comerciales, sin discriminación directa ni discriminación indirecta (por ejemplo, cuando una ley, una política o una práctica aparentemente neutral afecta negativamente a las mujeres de manera desproporcionada, debido a las diferencias biológicas y/o las formas en que las mujeres están ubicadas o son percibidas en el mundo a través de diferencias de género construidas social y culturalmente), por cualquier motivo prohibido por la legislación internacional de derechos humanos. En el contexto de este Tratado sobre empresas comerciales, es importante reconocer que las mujeres indígenas, de otras minorías, campesinas y rurales, cuyos derechos a la tierra pueden ser menos formales o no reconocidos debido a la discriminación por género, se ven especialmente afectadas por el desplazamiento relacionado con proyectos de desarrollo a gran escala. Además, las mujeres están sobrerrepresentadas en el sector informal y en los trabajos de riesgo, en condiciones laborales precarias por las que pueden ser objeto de explotación y abuso. Esto incluye el abuso sexual, en particular en operaciones industriales extractivas.¹
- 2. Igualdad sustantiva:** El contexto de las actividades empresariales debe garantizar la igualdad sustantiva para todas las mujeres. Esto requiere un enfoque multifacético que repare las desventajas (basadas en estructuras sociales y relaciones de poder históricas y actuales que influyen sobre la realización de los derechos humanos de las mujeres); atienda los estereotipos, el estigma, los prejuicios y la violencia (dentro de las empresas y en conexión con las actividades empresariales); transforme las estructuras y prácticas institucionales (que a menudo están orientadas a los hombres e ignoran o desestiman las experiencias de las mujeres); y facilite la inclusión y participación en todos los procesos formales e informales de toma de decisiones dentro de las empresas y respecto de la regulación de la actividad empresarial.
- 3. Análisis de género:** Es fundamental para ayudar a reconocer, comprender y visibilizar el carácter de género de los abusos cometidos por las empresas, incluyendo su impacto específico

¹ Ver Consejo de Derechos Humanos, *Dimensiones de género de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos*, Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresa, 41er período de sesiones, 24 de junio a 12 de julio de 2019.

y diferencial sobre las mujeres, los hombres y las personas de todo el espectro de género, así como los abusos a los derechos humanos basados en el género que tienen por objetivo específico a las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero, intersex y queer (LGBTIQ+). Puede ayudar a identificar las diferencias en el goce de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales en todos los ámbitos de la vida. También busca analizar las relaciones de poder dentro de los contextos socioculturales, económicos, políticos y ambientales más amplios, para comprender las causas principales de la discriminación y la desigualdad.²[2] En el contexto de las actividades empresariales, el análisis de género debería ser realizado a través de procesos de debida diligencia sobre derechos humanos con perspectiva de género y evaluaciones de impacto de derechos humanos de género, consultas efectivas con mujeres afectadas y personas expertas en género independientes, y por la recolección de datos desagregados por género. Toda reglamentación de actividades corporativas relacionadas con los derechos humanos, incluyendo el Tratado, debe abordar también la protección de las defensoras de derechos humanos, y las barreras específicas que enfrentan las mujeres para el acceso a recursos y medidas de reparación con perspectiva de género.

4. **Liderazgo y participación efectiva en todas las etapas:** Con el reconocimiento de sus experiencias diversas y sus identidades interseccionales, las mujeres y otras personas o grupos afectados por abusos a los derechos humanos deben ocupar un lugar central en todas las etapas del desarrollo, la implementación y el monitoreo de la regulación efectiva de las actividades empresariales, y no ser posicionadas en forma retrospectiva como víctimas pasivas de los impactos negativos sobre los derechos humanos derivados de las empresas.
5. **Interseccionalidad:** Las mujeres no constituyen un grupo homogéneo, y pueden experimentar múltiples formas de discriminación (incluyendo aquellas basadas en su raza, casta, clase, edad, estado de salud, estatus social, orientación sexual e identidad de género, etc.) que se combinan, superponen o intersectan especialmente en las experiencias de personas o grupos en situaciones de marginalización.
6. **Diversidad de perspectivas:** Más allá del énfasis en las experiencias específicas de las mujeres, el análisis feminista del abuso corporativo busca poner de manifiesto y promover la multiplicidad de experiencias de vida, en particular las perspectivas de aquellas personas y comunidades que enfrentan las más significativas y extendidas violaciones de los derechos humanos derivadas de las empresas. Adoptar un análisis feminista implica ubicar la experiencia y experticia de las personas y los grupos afectados en el centro de la reglamentación efectiva de las actividades empresariales. También incluye analizar y atacar las

² Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Integración de la perspectiva de género en las investigaciones en derechos humanos. Guía y práctica* (2018).
https://www.ohchr.org/Documents/Publications/IntegratingGenderPerspective_SP.pdf

barreras estructurales que obstaculizan la responsabilidad corporativa.

- 7. Actividades humanas alineadas con los derechos humanos y los límites ecológicos:** Las situaciones de discriminación o marginalización experimentadas por personas y comunidades de todo el mundo no son inevitables ni debidas a características inherentes, sino más bien a circunstancias sociales, económicas, políticas, geográficas y otras. Las leyes, políticas y prácticas establecidas por los Estados, y las acciones específicas y acumulativas realizadas por actores no estatales (incluidas las empresas comerciales) pueden causar o agravar esta discriminación y marginalización. Los impactos negativos de los sistemas actuales, incluyendo el contexto de las actividades empresariales, se han visto exacerbados por la pandemia del COVID-19, intensificando las crisis climáticas y ecológicas y los efectos de las décadas de desregulación y políticas económicas neoliberales que han socavado los derechos laborales y las redes de protección social. Nuestro análisis feminista apoya una visión de justicia económica para todas las personas, y medidas concretas hacia la largamente postergada regulación de las actividades empresariales en línea con los derechos humanos y la protección del medio ambiente.

B. RESUMEN DE LAS RECOMENDACIONES CLAVE

Solicitamos que los Estados evalúen e incorporen cada una de las enmiendas específicas al texto establecidas en el Anexo, y resaltamos las siguientes recomendaciones fundamentales para respaldar este proceso:

1. Mantener los avances ya realizados y construir a partir de ellos

Recibimos con satisfacción los numerosos comentarios realizados por los Estados, las organizaciones de la sociedad civil y las instituciones nacionales de derechos humanos sobre la importancia de garantizar una perspectiva de género en el Instrumento, y apreciamos las provisiones a tal efecto, incluyendo aquellas relacionadas con el acceso a la justicia y la obligación de procesos de diligencia debida en materia de derechos humanos, y la mención explícita de las Directrices de género para los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos [PP14].

También apreciamos la referencia al derecho a un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sustentable en la definición de abuso de los derechos humanos [Art. 1.2].

También apoyamos la definición amplia de actividades y relaciones empresariales, que existen a lo largo de toda la cadena de suministro y ahora incluye a las instituciones financieras y los fondos de inversión [Art. 1.3]. También recibimos con satisfacción la clarificación en la definición de

relaciones empresariales, en cuanto a que estas incluyen a entidades estatales y no estatales [Art. 1.3 y Art. 1.5].

Respaldamos firmemente la referencia a las obligaciones corporativas, en lugar de las responsabilidades, y alentamos a las Partes a profundizar su definición y reforzar estas obligaciones en todo el Instrumento [PP11, Art. 2.1(b)]. También apreciamos la referencia a los mecanismos de monitoreo y exigibilidad, que son esenciales para la implementación estatal de las obligaciones derivadas del Tratado [Art. 2.1(c)].

Recibimos muy positivamente la referencia al «acceso a la justicia con perspectiva de género» y al concepto de reparación y remediación individual o colectiva [Art. 4.2(c)]. También apreciamos las referencias a servicios de apoyo a las víctimas que tengan en cuenta la edad [Art. 4.2(e)] y a las reparaciones [Art. 8.4].

Apreciamos la provisión que identifica la doctrina del *forum non conveniens* como un obstáculo legal que debe ser eliminado [Art. 7.3(d)].

Apreciamos además la clarificación de que la jurisdicción puede corresponder a los tribunales del Estado donde resida la víctima [Art. 9.1].

2. Clarificar el contexto, la aplicación y el alcance del Instrumento

- **Contexto:** Apreciamos el explícito reconocimiento en el Preámbulo del impacto distintivo y desproporcionado de las violaciones de los derechos humanos relacionados con las empresas sobre las mujeres y las niñas, y la referencia a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Defensores de los Derechos Humanos y al legítimo papel de las personas defensoras de los derechos humanos en la promoción del respeto de los derechos humanos por parte de las empresas comerciales. Recomendamos que los Estados consideren enmiendas al Preámbulo que:

(1) Eliminen la conexión entre la capacidad de fomentar el desarrollo sostenible y el crecimiento económico (en línea con la reconocida neutralidad de las Naciones Unidas respecto de los medios estatales para la realización de los derechos humanos y el creciente reconocimiento de las implicancias de enfatizar el crecimiento económico en un planeta finito) [PP 10].

(2) Reconozcan explícitamente el contexto, la preocupación y la urgencia actuales respecto de las continuas violaciones de los derechos humanos relacionados con las empresas en todo el mundo (en línea con otros tratados internacionales básicos de derechos humanos que registran una preocupación explícita sobre problemas

prevalentes y la base contextual para el Tratado relevante [**nuevo PP12 BIS y PP13**].

(3) Enfatizan la necesidad de un enfoque con perspectiva de género [**PP 14**].

- **Obligaciones de los Estados y de las actividades comerciales relacionadas con los Estados:** Si bien reconocemos que la definición de violación de los derechos humanos es ahora más amplia y no se limita solo a la conducta de las empresas, sugerimos volver a introducir el concepto de violación de los derechos humanos en el texto, para aportar claridad respecto de la responsabilidad de los Estados en la implementación de sus obligaciones según el Tratado. Este concepto también dejaría en claro que el Instrumento se aplica a las violaciones cometidas por el Estado o sus agentes en el contexto de las actividades comerciales [ver **nuevo PP12 BIS, PP13, PP18, Art. 1.1, Art. 2.1, Art. 4.1, Art. 4.2(g), Art. 5.3, Art. 6.2, Art. 6.4(g), Art. 7.3(d) y (e); Art. 7.6, Art. 8.1, Art. 8.4, Art. 8.6, Art. 13.2(c) y (d), Art. 14.3, Art. 16.4**]. También recomendamos una clarificación adicional respecto de las medidas preventivas en este contexto [**Art. 6.5 bis**].
- **Ámbito de aplicación:** Recomendamos una definición no exhaustiva de «derechos humanos reconocidos internacionalmente» que reconozca todas las fuentes relevantes de estas obligaciones y no esté condicionada a la ratificación por parte de los Estados. También creemos que es preferible utilizar la expresión «derechos humanos universales» en lugar de «derechos humanos reconocidos internacionalmente», formulación que podría plantear problemas de seguridad jurídica sobre el significado «todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente» en casos específicos [**Art. 3.3**]. En particular, esto estaría en línea con los Principios Rectores de las Naciones Unidas, que dejaron en claro que la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos existe independientemente de la capacidad y/o voluntad de los Estados de cumplir con sus propias obligaciones respecto de los derechos humanos. Además de referirse al derecho internacional consuetudinario, el Art. 3.3 debería subrayar también las obligaciones de los Estados de acuerdo con el derecho internacional humanitario en situaciones de conflicto armado y según el derecho penal internacional.

3. Garantizar aún más la efectividad del Instrumento para las mujeres, y para las comunidades afectadas de todo el mundo

- **Preámbulo:** Recomendamos clarificar la prohibición de discriminación «por motivos prohibidos por el derecho internacional de los derechos humanos» en lugar de

solamente por «raza, sexo, idioma o religión», e incluir orientación hacia la igualdad sustantiva en la práctica [PP8]. También recomendamos hacer referencia explícita al derecho a la autodeterminación [PP19].

- **Definiciones:** Las defensoras de derechos humanos enfrentan riesgos específicos en función de su género, que explotan las desigualdades existentes y las percepciones sobre el papel de las mujeres en la sociedad. Adicionalmente, las víctimas estarían más protegidas mediante la inclusión, en la definición de víctimas, de aquellas personas en riesgo inminente de daño irreparable [Art. 1.1].
- **Protección de las víctimas (Artículo 5):** Recomendamos que las medidas para garantizar un ambiente seguro y propicio para personas defensoras de derechos humanos tengan «perspectiva de género». También recomendamos incluir ejemplos específicos de medidas adecuadas y efectivas [Art. 5.2].
- **Prevención (Artículo 6):** Recomendamos agregar referencias al «liderazgo», así como al compromiso significativo de las mujeres y a la recolección de datos desagregados respecto de la obligación de integrar una perspectiva de género en los procesos de diligencia debida en materia de derechos humanos [Art. 6.4(b)]; y reforzar la redacción sobre la participación en el desarrollo de medidas nacionales y respecto de las medidas de los Estados necesarias para apoyar un ambiente propicio para el desarrollo de medidas nacionales, incluidas aquellas destinadas a facilitar la participación directa de las comunidades afectadas en los procesos de diligencia debida en materia de derechos humanos [Art. 6.5].
- **Acceso a la reparación (Artículo 4 y Artículo 7):** Apreciamos el agregado del acceso con perspectiva de género a la reparación en el Art. 4.2. Si bien nos complace que el Art. 7.1 reconozca los obstáculos específicos a los que se enfrentan las mujeres y otras personas para acceder a la reparación, sugerimos utilizar un lenguaje menos victimizante para aclarar que las personas no son inherentemente vulnerables o marginalizadas, sino más bien están en situaciones de discriminación y desigualdad que provocan su marginalización. También recomendamos hacer referencia a la asistencia legal con perspectiva de género para las víctimas durante todo el proceso judicial [Art. 7.3], y poner énfasis en aquellas que enfrentan mayores obstáculos para acceder a la reparación [Art. 7.4].
- **Prescripción (Artículo 10):** Recomendamos agregar que las limitaciones estatutarias nacionales aplicables a demandas civiles o violaciones que no constituyan los crímenes más graves que preocupan a la comunidad internacional en su conjunto posibiliten un período de tiempo razonable y con perspectiva de género para la investigación y el inicio del enjuiciamiento u otros procedimientos judiciales. Esto debería aplicar también cuando la víctima debe retrasar el inicio de un procedimiento respecto de su demanda debido a su edad o a su estado físico, mental o psicológico (para garantizar, en especial, la justicia para víctimas de violencia sexual y de género, así como para niñas, niños y personas con discapacidades) [Art. 10.2].

- **Disposiciones institucionales (Artículo 15):** Recomendamos que la experticia en género sea un requisito para quienes integren el Comité [Art. 15.1(a)].
- **Implementación (Artículo 16):** Recomendamos reforzar la redacción para enfatizar la participación, las intervenciones transformadoras del género y las diferentes formas de impacto o discriminación [Art. 16.4].

4. Establecer expectativas sumamente claras respecto de las actividades empresariales en contextos de riesgo elevado, incluyendo conflicto

- **Terminología:** Estar en un área afectada por conflicto impactará sobre el acceso a la reparación de las personas titulares de derechos, y sobre el tipo de reparaciones disponibles en la práctica. Por ejemplo, los mecanismos jurídicos para presentar un recurso pueden haber dejado de funcionar debido a la inestabilidad del sistema político. Las víctimas pueden verse forzadas a una relocalización en otra jurisdicción para garantizar su seguridad, con lo que se les impide participar en el sistema jurídico de su país de origen. Para las mujeres y niñas, las dificultades se agravan, ya que la violencia sexual puede ser utilizada como arma de guerra, y las estructuras patriarcales de por sí obstaculizan su capacidad de recurrir a la justicia. Recomendamos agregar a las situaciones de conflicto y ocupación una referencia a los «contextos operativos que presentan riesgos de severo impacto sobre los derechos humanos», que es el lenguaje usado en los Principios Rectores de las Naciones Unidas. Esto se debe a que, si bien el conflicto es el desencadenante más obvio de las medidas reforzadas de diligencia debida, otros contextos pueden someter a un Estado a una presión tal que lo haga más propenso a serias violaciones de los derechos humanos [nuevo PP12 BIS, Art. 6.4(g), Art. 16.3].
- **Expectativas sobre la conducta empresarial en contextos de alto riesgo:** Existe la necesidad de evitar operar en áreas de alto riesgo donde el consentimiento local no puede ser obtenido, y donde los potenciales abusos de los derechos humanos o las violaciones del derecho internacional humanitario no pueden ser mitigados. Recomendamos la aplicación de medidas reforzadas y continuas de diligencia debida en las áreas afectadas por conflicto, incluidas las situaciones de ocupación, así como en otros contextos operativos que presentan riesgos de impacto severo sobre los derechos humanos. Dicha diligencia debida debe incluir el análisis sensible al conflicto, el monitoreo continuo incluso respecto del sistema político y judicial más amplio, y la suspensión o el cese de las operaciones si fuera necesario, para evitar serios abusos de los derechos humanos y violaciones del derecho internacional humanitario [nuevo PP12 BIS y Art. 6.4(g)].
- **Referencia al derecho internacional humanitario:** El texto debe aclarar en el

Preámbulo, y en todo el texto cuando sea relevante, que el derecho internacional humanitario está integrado en el ámbito de aplicación del Instrumento Jurídicamente Vinculante, y debe recordar las obligaciones existentes de los Estados y las empresas según el derecho internacional humanitario [Art. 3.3, Art. 6.4(g) y Art. 16.3].

5. Reforzar otras disposiciones específicas

- **Prevención (Artículo 6):** Recomendamos utilizar el término «impactos» en lugar de «abusos» respecto de las etapas de identificación y comunicación en los procesos de diligencia debida de derechos humanos, en línea con la práctica actual y los Principios Rectores de las Naciones Unidas [PP11, nuevo PP12 BIS, Art. 6.4(g), Art. 6.8, Art. 16.3]; y estipular una protección más robusta contra la influencia corporativa indebida en los procesos de toma de decisión gubernamentales en el contexto general de las actividades empresariales [Art. 6.7]. El Art. 6.7 debería también aclarar que romper los vínculos empresariales es una solución apropiada.
- **Medidas cautelares (Artículo 6):** El actual Artículo 6 sobre prevención no estipula la aplicación de medidas cautelares, que son una herramienta jurídica esencial para evitar las violaciones de derechos humanos antes de que se produzcan.

Recomendamos añadir un texto que estipule claramente las medidas cautelares [Art. 6.7, Art. 7.3(b)].

- **Acceso a la información (Artículo 7):** Recomendamos clarificar el derecho al acceso a la información, para garantizar que los tribunales faciliten los procesos de «descubrimiento» en los que las víctimas obtienen pruebas, en particular mujeres y niñas que pueden tener dificultades para acceder a los elementos probatorios necesarios para sus casos [Art. 7.2].
- **Carga de la prueba (Artículo 7):** Aplaudimos el esfuerzo del Tercer Borrador para asignar la carga de la prueba a aquellos acusados de haber violado derechos humanos, ya que muchas víctimas, en especial mujeres y niñas desempoderadas, no están en posición de acumular el nivel de pruebas que muchos tribunales requerirían para cumplir con una carga de la prueba contra los infractores. Recomendamos agregar texto adicional que estipule más claramente que la carga de la prueba debe ser asignada a quien esté en mejor posición para aportar elementos probatorios [Art. 7.5].
- **Responsabilidad jurídica (Artículo 8):** Recomendamos firmemente eliminar la referencia a la decisión de los tribunales sobre la responsabilidad de las empresas tras un examen del cumplimiento de las normas de diligencia debida aplicables en materia de

derechos humanos, o al menos que se aclare que este es solo un factor entre otros a ser considerados para determinar la responsabilidad por violaciones de los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales [Art. 8.7]. También recomendamos que las empresas sean consideradas responsables de no haber realizado procesos de diligencia debida y de ejercer influencia indebida (captura corporativa) sobre los gobiernos. Además, es necesario clarificar las reparaciones administrativas disponibles [Art. 8.3].

- **Responsabilidad penal (Artículo 8):** Recomendamos reintroducir la lista de violaciones reconocidas como crímenes según el derecho internacional y para las cuales el derecho internacional exige la imposición de sanciones penales, y sugerimos que estas den lugar a la responsabilidad penal corporativa. Recomendamos agregar a esta lista los ataques contra personas defensoras de los derechos ambientales y de derechos humanos, y el daño ambiental de largo plazo que pone en peligro la paz o impide a la población gozar de un medio ambiente saludable [Art. 8.8].
- **Derecho aplicable (Artículo 11):** Recomendamos aclarar que el derecho aplicable puede ser también la ley del Estado donde reside la víctima [Art. 11.2(c)].
- **Asistencia jurídica recíproca y cooperación judicial internacional (Artículo 4 y Artículo 12):** Recomendamos aclarar que la denegación de asistencia y cooperación sobre la base del orden público de un Estado solo puede ocurrir si esta denegación es interpretada de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional consuetudinario [Art. 12.11(c)]. También solicitamos incluir una referencia a la asistencia diplomática y consular [Art. 4.2(g)].
- **Costos:** Los elevados costos que implica solicitar una indemnización siguen siendo un importante obstáculo al logro de justicia. Apoyamos el uso de la reparación colectiva para economizar el acceso a la justicia de aquellos grupos cuyos derechos han sido vulnerados [Art. 4.2(c)], junto con disposiciones adicionales para reducir las barreras económicas a la justicia [Art. 7.4].