

Empresa y derechos humanos siglo XXI

Mercedes Guadalupe Rubino¹

Motiva esta ponencia llamar la atención sobre la ampliación del concepto de derechos humanos, que en el siglo XXI reclaman medidas positivas de acción y reclaman de la empresa una función cuasi estatal, atribuyéndoles responsabilidades en la concreción de los derechos fundamentales.

En particular, se presenta dentro del marco internacional, los Principios rectores de empresa y derechos humanos, de Naciones Unidas -conocidos como principios guía-, en sus formulaciones de 2011 y 2021.

El peligro que se advierte es que esta tendencia sigue una dirección definida: dejar de lado la voluntariedad de estas herramientas de buen gobierno, mediante la introducción de normas imperativas (hard law), que buscan imponer a la empresa ese rol de garante del acceso y goce de los DDHH, lo que desdibuja, en cierto modo, tanto el rol de la empresa, como el de los estados y la comunidad internacional, y le impone cargas cada vez más gravosas.

El derecho del siglo XXI se caracteriza por su transversalidad. Así como la realidad de nuestro mundo parece haberse reducido, proceso de globalización mediante, sumado al vertiginoso avance en la tecnología de las comunicaciones; así también el derecho se ha tornado transversal, borrando los estrictos márgenes entre ramas del derecho. Un poco ello es lo que sucedió con nuestro sistema codificado de derecho privado, hace ya 10 años.

De este modo, los sistemas de derecho privado (también el soft law), aplicables a la empresa en el mundo van paulatinamente sufriendo una alta influencia publicista, sobre todo del llamado sistema de Derechos Humanos².

El propósito de esta ponencia será llamar la atención sobre la implicancia que este movimiento, con sus reglas y exigencias, con sus cambios y con la pretensión de incidir directamente en las prácticas de gobernanza de la empresa. Ello así, pasando por una visión cada vez más amplia del rol de la empresa en la sociedad, no sólo como cualquier actor social, sino reclamando un rol cuasi-estatal, de promoción de los derechos humanos.

Hay aquí implicadas dos ideas o corrientes del pensamiento interdisciplinario sobre la empresa. Por un lado, una radicalización de las ideas de responsabilidad social empresarial³, que hacen llamarla *responsabilidad social funcional*. Por otro, el reclamo de traspaso de estas ideas a las guías y códigos de buen gobierno corporativo⁴, de este modo, incidiendo directamente en el funcionamiento y dirección de la empresa, teniendo como norte principal las relaciones de la empresa con su entorno. Esto permite vislumbrar que se deja de lado el *para* qué de la empresa: el generar valor para sus inversores, mediante su actividad específica de producción de bienes y servicios, y sólo así, generando un impacto en la creación de riqueza y en las condiciones sociales de desarrollo sustentable. La finalidad empresarial no es directamente el rol social sino el correcto funcionamiento de este sistema llamado empresa y todos los subsistemas implicados, como la correcta gestión del patrimonio, la creación de valor para los socios y la regulación de las responsabilidades internas, entre otras.

El peligro mayor que se advierte es que esta tendencia sigue una dirección definida: dejar de lado la voluntariedad de estas herramientas de buen gobierno, mediante la introducción de normas imperativas (hard law), que buscan imponer a la empresa ese rol de garante del acceso y goce de los DDHH, lo que desdibuja, en cierto modo, tanto el rol de la empresa, como el de los estados y la comunidad internacional, y le impone cargas cada vez más gravosas.

¹

² En adelante, DDHH.

³ En adelante, RSE.

⁴ En adelante, GC.

El buen gobierno

A modo de introducción, resulta pertinente recordar algunas ideas fundacionales sobre el gobierno corporativo, con el fin de mostrar cómo determinadas exigencias derivadas del sistema contemporáneo de DDHH —cuando se pretenden imponer a las empresas— pueden complicar la implementación de buenas prácticas, perjudicar su funcionamiento e incluso resultar ineficaces, tanto para la propia organización como para terceros.

Ya en la década de 1970 se encuentran antecedentes de la atención al GC. El primer gran trabajo sobre la materia fue el de Monks y Minow (1995), para quienes el propósito del GC se vinculaba principalmente con las relaciones entre accionistas, acreedores y alta gerencia, entendidas como factores determinantes de la dirección y el desempeño corporativo. Posteriormente, Shleifer y Vishny (1997) destacaron la teoría de la agencia, entendiendo que un buen GC consistía en los mecanismos que permitían a los proveedores de financiamiento asegurar un retorno adecuado de sus inversiones. Las grandes crisis financieras de comienzos del siglo XXI marcaron un punto de inflexión que atrajo la atención interdisciplinaria hacia el GC.

En términos generales, el GC abarca la administración y supervisión de la empresa, poniendo énfasis en la interacción de múltiples factores para garantizar la gestión sostenible a largo plazo. Según la OCDE, el GC respalda la eficiencia económica y el crecimiento sostenible, asegurando un trato equitativo a socios y grupos de interés. En la actualidad, este concepto suele complementarse con el de sustentabilidad corporativa, que implica integrar consideraciones ambientales, sociales y de gobierno en la estrategia empresarial. Así, la empresa —junto con todos los actores relacionados— se ve cada vez más involucrada en un marco de cooperación con el Estado y otros entes públicos.

En este contexto, índices como el ESG, entre muchos otros elaborados por diversas agencias, se han convertido en referentes dentro del mundo corporativo y financiero. Dichos indicadores miden, entre otros aspectos, el compromiso de la empresa con la sostenibilidad ambiental, la independencia y composición de su directorio, la permanencia de sus órganos de gobierno, la dualidad CEOpresidente, la transparencia de procesos y la diversidad de género. Estas métricas se reflejan posteriormente en códigos y guías de GC.

Aún cuando existen estudios que muestran la importancia y potencial efectividad de estas prácticas, particularmente para Latinoamérica todavía queda un amplio camino por recorrer. Entre las principales preocupaciones se destacan la falta de transparencia en los procesos y los elevados costos de agencia, sumados —o quizás vinculados— a la debilidad de sistemas legales cambiantes, exigentes y no siempre eficaces.

Los desafíos actuales del GC incluyen también la gestión de un avance tecnológico sin contornos claros, la dificultad de acceso a inversiones que requieren mayores niveles de transparencia y la necesidad de operar en un contexto global cada vez más inestable y desigual.

Sea cual fuere la interpretación o alcance que se le otorgue al GC en el plano global, lo cierto es que su esencia —plasmada en guías y códigos de conducta— se enmarca en la gestión interna de la empresa, su misión y visión, lo que implica que su adopción sea voluntaria y dependiente del ideario organizacional. Esto se encuentra muy alejado de cualquier imposición legal directa.

Por supuesto, la empresa opera dentro de un sistema legal (nacional, regional y global) que le impone obligaciones y responsabilidades, y al cual debe ajustarse. De ahí que los mecanismos de compliance resulten imprescindibles para asegurar el cumplimiento normativo.

El riesgo que aquí se advierte es el avance de una determinada cosmovisión de DDHH que, al buscar integrar de manera obligatoria a las empresas dentro de un esquema normativo global en la materia, erosiona la voluntariedad propia del GC, restringe la autonomía empresarial e incrementa los costos operativos, sin que exista evidencia concluyente sobre su efectividad real.

DDHH y empresa

La empresa, como organización intermedia de la sociedad global cumple un papel importante, como fuente de generación de riqueza, generación de trabajo, de una cultura de inversión, etc. Esto conlleva ciertos derechos y obligaciones, que inciden más o menos directamente en la organización societaria.

En esta sociedad global, las incidencias positivas y negativas de la actuación de los agentes sociales son más que evidentes. La empresa participa de este sistema también⁴. Esta significativa influencia de las corporaciones en el acceso a los derechos esenciales resultó particularmente evidente en la pandemia COVID 19, alrededor de la distribución de vacunas⁵.

Desde la doctrina, hay diversos modos de acercamiento a esta temática, desde el requerimiento de respeto a los DDHH (no interferencia), hasta poner en cabeza de las empresas efectivos deberes y obligaciones de promoción y concreción de estos⁶.

Así, hace ya unos años, se han generado espacios de estudio en los organismos internacionales⁷ alrededor de los derechos humanos y los negocios. En el año 2005, la Comisión de DDHH de Naciones Unidas aprobó la Resolución 2005/69, en la que solicitó al Secretario General la creación de un mandato, representante especial sobre la cuestión de DDHH y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales⁸. Entre sus consideraciones afirmaba que “las empresas transnacionales y otras empresas comerciales pueden contribuir al disfrute de los derechos humanos mediante, entre otras cosas, la inversión, la creación de empleo y la estimulación del crecimiento económico”. Y hacía ya una afirmación ambigua, relacionada con el punto central de esta ponencia: “una legislación nacional efectiva puede contribuir a promover el respeto a los derechos humanos y ayudar a canalizar los beneficios de las empresas hacia ese objetivo”⁹.

Entre los objetivos del mandato se indica que debe “precisar la función que incumbe a los Estados en la regulación y arbitraje efectivos del papel de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales con respecto a los derechos humanos”, así como “recopilar un compendio de prácticas óptimas de los Estados y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales”.

El mandato de dos años, renovado en 2007 y 2008, plasmó un marco de trabajo llamado “Proteger, respetar, remediar”. Esto dio origen al documento conocido como *Principios rectores de las empresas y los derechos humanos de las Naciones Unidas*¹⁰, del año 2011. Es éste el documento primero y señero en la materia, que ha dado diversas aplicaciones en el mundo.

Inicia afirmando como principios base: la obligación de respetar, proteger y cumplir con los DDHH cabe a los Estados, que deberán establecer derechos y obligaciones apropiados y remedios efectivos frente a su violación; por su parte, las empresas, que son órganos especializados de la sociedad, deberán cumplir con las leyes aplicables y respetar los DDHH.

En sintonía con la preocupación de esta ponencia, sostendrá que estos principios guía son aplicables a todos los Estados y también “a todas las empresas comerciales, transnacionales y otras, sin perjuicio de su tamaño, sector, localización, titularidad y estructura”.

Sin duda, son los Estados -como dicen los mismos Principios-, los responsables de prevenir, investigar, promover, penar y enmendar, a través de políticas y normativas, en materia de DDHH. Ahora bien, el rol que ha de cumplir la empresa es la de un co-actor social, papel que no puede relacionarse por imposición, ni mucho menos equipararse al rol del Estado.

⁴ Una de las premisas de la sostenibilidad -plasmadas en los Objetivos ONU para el desarrollo sustentable, 2030-, es que todos los actores sociales están implicados y tienen como tal rol en el desarrollo sostenible de cara al futuro.

⁵ Macchi, CH., Birchall, D., Bernaz, N., *Rethinking corporate human rights responsibility: a functional model*, Revista de Direito Internacional, v. 22, n° 1, 2024, p. 61, Disponible en línea: doi:10.5102/rdi.v22i1.9819, acceso en 10/08/2025

⁶ Se recuerda que en Argentina ciertos instrumentos internacionales han sido incorporados al derecho interno y les ha sido otorgado rango constitucional.

⁷ También en numerosos grupos de estudios y mesas de expertos.

⁸ Este pedido tenía como antecedente en la decisión 116/2004 sobre las empresas transnacionales y DDHH

⁹ E/CN.4/RES/2005/69, Disponible en línea https://ap.ohchr.org/documents/S/CHR/resolutions/E-CN_4-RES-2005-69.doc acceso en 12/08/2025

¹⁰ UNGPs, en su sigla ampliamente conocida. Texto original Disponible en línea <https://www.business-humanrights.org/en/bigissues/governing-business-human-rights/un-guiding-principles/> acceso en 12/08/2025

Los Principios, respecto de las empresas, imponen la alta tarea de “respetar los DDHH”, entendiendo por ello “evitar infringir los DDHH”, a la par que “deben abordar el impacto en los DDHH en que estén involucrados”¹¹. Todo ello se requiere sea exteriorizado como política de la empresa, internamente, hacia sus socios, su personal, externamente a sus proveedores; ya entrando en la política, visión y misión empresarial¹².

Con el beneplácito surgido en el seno del hoy Consejo de DDHH en 2011 por los Principios guía, el mandato dejó lugar a la creación del actual “Grupo de trabajo sobre negocios y DDHH”, que lanzó, a diez años de la publicación de los Principios una actualización, llamada *UNPGs 10+, una hoja de ruta para la próxima década sobre negocios y derechos humanos*. Este grupo y el documento que propone son muestra del cambio de concepción en materia de DDHH. Entre sus objetivos se indica ya el proponer a las empresas evitar abusos a los derechos humanos de las personas LGBTI+¹³, llevar a cabo due diligence periódicos para controlar este cumplimiento, formar alianzas con los sindicatos y con otras empresas. Por otra parte, los UNPGs10+ dan cuenta de los diez años de implementación de los principios guía, pero también dan cuenta de la evolución que la concepción de DDHH ha tenido en el siglo XXI.

Se sigue sosteniendo que se requiere del mundo de los negocios el respeto a los DDHH y se espera, además, un “avance en el compromiso de respeto en la práctica”¹⁴. El objetivo 3.2. es particularmente definitorio para la ponencia que aquí se presenta. Se afirma aquí que para lograr cambios duraderos y “lograr incorporar el respeto empresarial por los DDHH como el ADN de las empresas es necesario un cambio cultural, respaldado por la integración de due diligence en materia de DDHH en los marcos de gobernanza y organizacionales, así como en el núcleo del modelo de negocio”. Por su parte, en el objetivo 6.1 se da cuenta de la importancia del sector financiero, al que considera el *combustible* de los negocios. Resalta, en consecuencia, la necesidad de que los inversores respeten y hagan respetar en sus elecciones de inversión los DDHH. Llega a afirmar que los Principios son el corazón y contenido de la S del índice ESG.

De este modo, se propone un determinado modelo de marco de gobernanza, dictado por los principios de DDHH, para todas las empresas, sin importar tamaño, estructura, localización, actividad; y con el contenido particular que ese sistema de DDHH tenga en la consideración de los organismos internacionales.

Esto es particularmente importante, porque el sistema DDHH en el concierto político y jurídico internacional ha mostrado una evolución, no siempre beneficiosa y muchas veces ideológica¹⁵. Sin posibilidad de agotar este tema, solamente a efectos de esta ponencia, hay que recordar que la misma consideración de los DDHH ha cambiado: se ha pasado de entender el respeto y cumplimiento en la garantía de no discriminación (lo que algunos llaman protección negativa), a una perspectiva en la que se requieren medidas efectivas para asegurar el cumplimiento, goce y disfrute de esos derechos fundamentales, como única vía para su concreción. Este concepto, llamado medidas positivas o medidas afirmativas¹⁶, es el contenido actual de los distintos instrumentos y visión de organismos internacionales en materia de DDHH, y en los que se basan las legislaciones nacionales al sancionar temas relacionados. De este modo, no basta con combatir la discriminación, que ataca la igualdad y la integración, sino que las normas legales (hard law), deben asegurar

¹¹ Principio 11. La traducción es propia.

¹² Principio 16. La traducción es propia.

¹³ Curiosamente, es la única área que se trae como ejemplo en la resolución de creación. En sintonía con otros documentos de otros mandatos, que ya no hablan de no discriminación o violencia contra las mujeres, sino simplemente de *diversidades*, personas LGBTI+.

¹⁴ “UNPGs 10+ - A roadmap for the next decade of business and human rights”. Disponible en línea: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/2021-12/ungps10plusroadmap.pdf> acceso en 10/08/2025

¹⁵ Que en una lectura posmoderna, muchas veces, suele implicar la puesta de las ideas por delante de la realidad, de la cultura, de la verdad.

¹⁶ Se entiende que esta visión fue introducida por la CEDAW, que en su artículo 2, entre las funciones de los Estados respecto a la eliminación de discriminación contra la mujer, impone: “tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer...”.

(penalizando también), que cada persona goce de los derechos fundamentales. Lo contrario es violencia, en un sentido amplísimo, la que debe ser erradicada¹⁷.

Volviendo al rol de la gestión empresarial, hay aquí también varias visiones. Por un lado, la generalmente sostenida desde el derecho internacional de DDHH, donde las obligaciones son asumidas por los Estados, como actores principales. Por otro, las que se entiende encarnan los Principios de 2011, el llamado tradicional enfoque de negocios y DDHH, donde la imposición a los actores no estatales (entre ellos, las empresas), es la de no infringir, respetar, y que en la formulación de 2021 hace hincapié en la cooperación entre el mundo de los negocios, y entre éste y actores estatales y no estatales. Por último, parte de la doctrina que llamamos de ampliación de DDHH, entiende que las corporaciones son “órganos cuasi-estatales”, por lo que deben también ser responsables de la promoción y cumplimiento de los derechos fundamentales¹⁸. Por tanto, también son sujetos de esas medidas afirmativas, que en muchos casos se busca convertir en normas imperativas¹⁹.

Desde allí, los Principios de 2011, como primer documento integral de la materia, han recibido críticas, especialmente, sosteniendo que se relacionan más con las aspiraciones sobre DDHH que con el sistema jurídico internacional vigente en la materia, que cada vez más está requiriendo una actuación positiva, de cumplimiento efectivo, a través de políticas que fuercen un cambio de mentalidad, social y jurídicamente impuesto y penalizado. En definitiva, se sostienen en que la visión del *do no harm*, encubre la violación de DDHH, bajo el poder de las corporaciones.

Efectivamente, para esta cosmovisión²⁰, hay un modelo funcional de responsabilidad de las corporaciones, lo que no permite dejar librada a su organización, a sus propios principios de gestión y al cumplimiento de la ley en esta materia. La responsabilidad de la empresa debe asimilarse a la del Estado, entendiendo por tal no una determinada jurisdicción (capacidad jurídica), sino la posición de poder que ocupa. Así como los Estados están obligados por una determinada función de poder que ejercen (entendiendo por tal la posibilidad de un actor de forzar en otro un determinado comportamiento), así la función de poder que ejerce la empresa marca no subjetiva sino objetivamente un plexo de responsabilidades para la misma. En esta perspectiva²¹, las responsabilidades afirmativas de la empresa respecto a los DDHH deben estar delimitadas por la ley y consideraciones fácticas.

Esta visión es preocupante por varias razones, entre ellas, las de los conceptos normativos a definir: ¿quién y cómo delimita la posición de poder de la empresa? Si las obligaciones respecto a la garantía de cumplimiento de DDHH se pretende plasmar en instrumentos legales, será la misma política legislativa del Estado la que deberá establecer esto.

La preocupación fundamental es que en los instrumentos internacionales que se han presentado²², los UNGPs, no hay diferencias entre tamaño de la empresa, posición en el mercado, localización, etc. Con ello, se podrán imaginar varios escenarios de injusticia, injerencia indebida en la organización de los negocios de cumplimiento imposible para algunas.

Del molde tradicional de igualdad como no discriminación a las acciones positivas hay un cúmulo de responsabilidades, que se pretende informen los códigos y guías de buen gobierno, con la pretensión de *crear una determinada cultura de DDHH en los negocios*. Un ejemplo de ello, en

¹⁷ Baste también como ejemplo, que la evolución en materia de género ha dado -desde la CEDAW- el instrumento de Belén do Pará, “Convención Interamericana para **prevenir, sancionar y erradicar** la violencia contra las mujeres”, aprobada en Argentina por la ley 24632, que entiende por violencia “cualquier acción o condición, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como el privado”.

¹⁸ Así la postura de Macchi-Birchall-Bernaz en su estudio.

¹⁹ Ver, Vítolo, D., *Paridad de género en la administración de las personas jurídicas privadas. De lo binario a lo diverso. De las recomendaciones y acciones positivas a la imperatividad.*, TR LALEY AR/DOC/1989/2021.

²⁰ Augenstein, D., Kinley, D., *When human rights ‘responsabilities’ become ‘duties’: the extraterritorial obligations of States that bind corporations*. Cambridge University Press, 2013, p. 271.

²¹ Macchi-Birchall-Bernaz, p. 69.

²² Tendencia sostenida en el sistema jurídico-político de DDHH global.

nuestro ámbito ha sido la resolución conjunta CNV-Ministerio de las mujeres, de 2021, por la que se propone una “Guía de recomendaciones para la igualdad de género en el mercado de capitales”.

Ahora bien, se buscar ir más allá, convirtiendo esta *cultura* en imposición legal. Baste aquí como ejemplo, la hoy derogada Resolución General 34/2020, que imponía cupo de género en los órganos de administración de diversos entes sujetos a control de la Inspección General de Justicia.

Para concluir

La empresa es, de manera innegable, un actor social más. En tal carácter, posee el derecho a organizarse, la obligación de cumplir con las normas legales vigentes y la facultad de diseñar su estructura conforme a principios y herramientas de buen gobierno, de acuerdo con su ideario, necesidades y objetivos empresariales. Incluso cuando su propósito —como sostienen algunos críticos— sea únicamente la creación de valor para una marca, ello constituye un objetivo empresarial legítimo, cuya efectividad será evaluada, en última instancia, por el propio mercado. La literatura especializada registra diversas investigaciones que avalan la adopción de buenas prácticas de gobierno corporativo; sin embargo, los resultados no son uniformes y existe una limitada cantidad de estudios de campo recientes y actualizados.

A la luz del sistema contemporáneo de derechos humanos, en el marco de lo que algunos autores denominan “derecho posmoderno”, se ha consolidado un paradigma humanista que extiende la aplicación de estos derechos al ámbito empresarial, generando un doble impacto. Por un lado, una valoración positiva del rol corporativo en la creación de riqueza, la transparencia de los procesos, la inversión responsable, el respeto a la diversidad, la protección del medioambiente, la atención a las condiciones laborales, la erradicación del trabajo esclavo e infantil, la cooperación con los Estados y organismos internacionales, la sustentabilidad de los procesos y la adaptación a los avances tecnológicos. Por otro, la creciente expectativa de que la empresa actúe como sujeto responsable —a la par de los Estados— no solo en el respeto formal a los derechos humanos, sino también en la generación de condiciones que permitan su goce y ejercicio efectivo, mediante acciones internas positivas y el cumplimiento de normas legales imperativas.

La experiencia reciente demuestra que el intento de instaurar una cultura de promoción de derechos humanos a través de normas de carácter imperativo ha tenido resultados limitados en cuanto a efectividad real, y, en algunos casos, ha provocado reacciones adversas en el plano político que amenazan incluso logros previamente alcanzados. Existe, además, el riesgo de sobrecargar a las estructuras empresariales con obligaciones, procesos y exigencias de compliance que dificulten su actividad, especialmente si tales requerimientos no consideran las particularidades de tamaño, ubicación, estructura y peso en las decisiones públicas. En este sentido, cabe recordar las conclusiones de la reciente Conferencia de las Naciones Unidas sobre Financiación para el Desarrollo, celebrada en Sevilla, cuyo documento final (“Seville Commitment”) propone un ambicioso plan de financiamiento para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2030, incluyendo el incremento de la recaudación fiscal hasta el 15 % del PIB y la creación de nuevos gravámenes.

Por muy loables que sean estos objetivos —pues los problemas que abordan son urgentes y comprometen a toda la comunidad internacional y sus estructuras intermedias—, la garantía del goce efectivo de los derechos humanos no puede imponerse de manera directa y generalizada a las empresas como obligación legal primaria. Corresponde, en cambio, a los Estados la función de prevenir y sancionar conductas lesivas, regulando comportamientos disvaliosos y promoviendo políticas públicas que cierren las brechas en la concreción de estos derechos fundamentales.