

Constitucionalizar las relaciones jurídicas de actores transnacionales: un modelo teórico jurídico para contrarrestar los poderes salvajes de la globalización desregulada**.*

Constitutionalizing Legal Transnational Actors: A Theoretical Legal Model to Counter the Wild Powers of Deregulated Globalization

RESUMEN

El texto pretende presentar un modelo teórico del derecho capaz de interpretar las necesidades apremiantes de responsabilidad endilgadas a los actores transnacionales frente a obligaciones de respeto de los derechos humanos y el papel del Estado en su garantía. El documento interpreta el fenómeno de la constitucionalización del derecho en clave transnacional y, con él, partiendo de una condición antitética entre constitucionalización y anarcocapitalismo, se plantea, desde lo óptico, una crítica fuerte a la tendencia mundial a la desregulación haciendo hincapié en la paradoja deontológica de un derecho

* Profesor asistente de la Pontificia Universidad Javeriana de Cali, Colombia. *Ph. D.* en Derecho Público (Tor Vergata University of Rome), magíster en Protección Internacional de Derechos Humanos (Sapienza University of Rome) y magíster en Gestión de la Construcción de Paz (Instituto especializado Europa, 2010). Investigador del grupo Instituciones Jurídicas y Desarrollo IJUD. Contacto: ivan.martinez@javerianacali.edu.co. ORCID: 0000-0003-1926-798X.

** Este artículo ha sido elaborado gracias a la financiación de la Pontificia Universidad Javeriana de Cali, Colombia, mediante el proyecto de “Nuevos Doctores” denominado “Aproximación teórico-jurídica al concepto de responsabilidad social empresarial en perspectiva de derechos humanos. Un aporte en la resolución del conflicto ‘sociedad civil-empresas’ desde el movimiento mundial que endilga responsabilidad a las empresas en la protección, promoción y remedio de derechos humanos”. (Código 020100691) y es producto de investigación en el seno del grupo de investigación Instituciones Jurídicas y Desarrollo IJUD de la misma universidad.

*** Recibido el 27 de enero de 2023, aprobado el 18 de enero de 2024.

Para citar el artículo: Martínez, I. “Constitucionalizar las relaciones jurídicas de actores transnacionales: un modelo teórico jurídico para contrarrestar los poderes salvajes de la globalización desregulada”, en *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 59, mayo-agosto de 2024, 325-364.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n59.11>

internacional comercial desregulado y un derecho internacional y constitucional regulado mediante derechos fundamentales. Una vez efectuada esta crítica (anarcocapitalismo vs. constitucionalización), el autor encuentra en el constitucionalismo pospositivista un paradigma capaz de abrir un programa de investigación ordenado (un método de análisis) que permita plantear seriamente las cuestiones de una constitucionalización del derecho internacional. A partir de los postulados básicos del paradigma teórico escogido, el autor propone varios problemas o “nichos” de investigación que pretenden servir de “punto de partida” o complemento para investigaciones futuras en torno al fenómeno de la constitucionalización de las relaciones de actores transnacionales.

PALABRAS CLAVE

Constitucionalismo, pospositivismo, constitucionalización, empresas transnacionales, actores transnacionales, globalización, derechos humanos y empresas, responsabilidad empresarial, teoría jurídica

ABSTRACT

The paper presents a theoretical model of law capable of interpreting the pressing needs for responsibility imposed on transnational actors in the face of obligations to respect human rights and the role of the State in guaranteeing them. The document interprets the phenomenon of the constitutionalization of law in a transnational key starting from an antithetical condition between constitutionalization and anarcho-capitalism. This study proposes a strong criticism of the global trend for deregulation, emphasizing in the deontic paradox of a deregulated international commercial law and an international and constitutional law regulated by fundamental rights. Once this criticism has been made (anarcho-capitalism vs. constitutionalization), the author finds in post-positivist constitutionalism a paradigm capable of opening an orderly research program (a method of analysis) that allows raising the questions of a constitutionalization of International law. Finally, based on the basic postulates of the chosen theoretical paradigm the author proposes several research problems or “niches” that aim to serve as a “starting point” or complement for future research around the phenomenon of the constitutionalization of transnational actors.

KEYWORDS

Post-positivism, constitutionalism, constitutionalization, transnational companies, transnational actors, globalization, human rights and business, corporate responsibility, legal theory

SUMARIO

1. Una aproximación al fenómeno desde la discusión anarcocapitalismo vs. Constitucionalización. 1.1. Aproximación teórica del problema: el modelo de globalización en acto. 1.2. El anarcocapitalismo globalizado como fundamento ideológico de la globalización. 1.3. La “dogmática jurídica actual” como obstáculo. 1.4. Sustitución del binomio democracia-desarrollo por el de elecciones formales-mercado. 2. El comportamiento del derecho constitucionalizado en la gestión de la actividad de los actores transnacionales frente a violaciones de derechos humanos. Una tenue presencia. 2.1. Un tratado internacional: el desgaste utópico de las organizaciones sociales. 2.2. La actividad judicial: un intento descoordinado y poco eficaz. 2.3. Un cambio de lenguaje que paulatinamente y, en la medida de lo posible, constitucionaliza. 3. Planteamiento del problema central. 3.1. Una aproximación metateórica: la inconmensurabilidad del derecho de los derechos humanos como horizonte hermenéutico-interpretativo. 3.2. Elegir un modelo de paradigma como elemento epistémico central: diálogo entre lo ético, lo político y lo jurídico para reinterpretar un modelo de globalización más coherente. 3.3. El problema ser-deber ser (lo óntico y lo deóntico) ante la constitucionalización de actores transnacionales. 4. El constitucionalismo pospositivista como paradigma de interpretación para la constitucionalización de actores transnacionales. 4.1. No hay constitucionalización sin método analítico. 4.1.1. El método analítico del constitucionalismo pospositivista, la constitucionalización de los actores transnacionales y su praxis en el anarcocapitalismo globalizado. 4.1.2. El tenue avance hacia la constitucionalización de las relaciones jurídicas de actores transnacionales. 4.1.3. ¿Un arbitraje de inversiones constitucionalizado? 4.2. El constitucionalismo pospositivista y el derecho como práctica social: ¿sociedad-civil versus empresa transnacional? 4.2.1. El derecho internacional como praxis social conflictualista no como praxis exclusivamente estatal funcionalista: ¿cómo se develaría ante nosotros el fenómeno social? 4.2.1.1. El conflicto social subyacente sociedad civil-empresa transnacional. 4.2.2. La demanda social por obligatoriedad sugiere la constitucionalización de las relaciones jurídicas de actores transnacionales. 4.3. El objetivismo moral mínimo de la constitucionalismo pospositivista y el fenómeno de la constitucionalización de las relaciones transnacionales: interacción entre lo moral y lo jurídico. 4.3.1. Aproximación al objetivismo moral mínimo del constitucionalismo pospositivista en la constitucionalización de relaciones jurídicas de actores transnacionales: la responsabilidad social de las organizaciones, un debate ético con perspectivas jurídicas. 4.4. El constitucionalismo pospositivista no intenta la búsqueda de una teoría general del derecho: la necesidad de elaborar teorías “particulares” del derecho frente al fenómeno de la constitucionalización. 4.4.1. Iniciativas internacionales: la globalización de un localismo para la constitucionalización. Conclusiones. Referencias

1. UNA APROXIMACIÓN AL FENÓMENO DESDE LA DISCUSIÓN ANARCOCAPITALISMO VS. CONSTITUCIONALIZACIÓN

La Resolución 17/4 de 2011 emitida por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, conocida como los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos (en adelante Principios Rectores), es, en términos legales, una declaración de principios sin fuerza vinculante, norma de *soft law* o derivada de tratado. Esta norma ha logrado llamar la atención internacional debido a su capacidad de hacer confluír dos áreas fundamentales del derecho internacional que se consideraban ajenas entre sí; de un lado los derechos humanos como expresión de la lucha civil por la igualdad en derechos y oportunidades y del otro la actividad empresarial como motor de desarrollo y de fuerza de cambio de social¹. Así, la reflexión en torno a la actividad de las empresas y su impacto en la violación, reparación y garantía de los derechos humanos pretende tener avances políticos e institucionales tendientes a controlar la actividad empresarial. Sin embargo, el avance de los Principios Rectores ha sido tímido, y sus logros, relativos.

1.1. Aproximación teórica del problema: el modelo de globalización en acto

Las críticas más contundentes sobre el avance en la garantía de los derechos humanos frente a la acción empresarial transnacional se concentran en la interpretación que varios autores han hecho sobre el modelo de globalización en acto. Estas perspectivas sostienen esencialmente que no es posible garantizar derechos humanos en un contexto de globalización antidemocrático y radicalmente opuesto a las necesidades del Estado constitucional de derecho. Una aproximación adecuada de las perspectivas críticas sobre la materia se puede encontrar en las tres hipótesis planteadas por Zubizarreta², quien confirma de forma convincente que (1) es necesario “abandonar la idea de inevitabilidad de la globalización, tal y como se está desarrollando, o sus consecuencias ‘naturales’ fruto de un determinismo mecanicista” posiblemente construido mediante formas de pensamiento ahistóricas y no genealógicas; (2) el derecho enfrenta un desafío “a la hora de abordar la regulación de los múltiples factores que subyacen a los cambios provocados por el proceso globalizador”; y (3) el binomio democracia-desarrollo humano está siendo sustituido por el de elecciones formales-mercado desarraigando necesidades sociales de las mayorías por sobre las necesidades económicas de ciertos grupos de poder privilegiados.

1 Obligaciones identificadas mediante los Principios Rectores.

2 Zubizarreta, J. H. *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa. (De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas)*, Bilbao, Instituto de Estudios sobre Desarrollo y Cooperación Internacional, 2009, 45-47.

1.2. El anarcocapitalismo globalizado como fundamento ideológico de la globalización³

Las consecuencias del fenómeno globalizador, que observa al anarcocapitalismo global como modelo, han impedido una cierta “democratización de las relaciones jurídicas de actores transnacionales”⁴. En el modelo de globalización en acto, al vértice de la pirámide normativa se encuentra la tutela de los derechos del mercado –objeto de regulación mercantil– y no los derechos humanos. Esta jerarquización antidemocrática “no depende de ningún proceso inevitable, es fruto de la sacralización del mercado”⁵; sacralización que observa a las lógicas de mercado como futuro inevitable y mesiánico que permitirá al hombre redimirse de la acción coordinadora del Estado mediante la coordinación del mercado. Aquí, el mercado, entendido desde una perspectiva científicista desarraigada del devenir histórico y más bien fundada en el positivismo lógico, se pone como mesías redentor de la “opresión diabólica” del Estado. Desde el anarcocapitalismo, esta posición queda clara mediante las palabras de Huerta de Soto, exponente actual del modelo:

La concepción dinámica del orden espontáneo impulsado por la función empresarial que ha desarrollado la Escuela Austriaca de Economía ha echado por tierra toda esta teoría justificativa del estado: siempre que surge una situación (aparente o real) de “bien público”, *i. e.* de oferta conjunta y no rivalidad en el consumo, surgen los incentivos necesarios para que el ímpetu de la creatividad empresarial la supere mediante las innovaciones tecnológicas, jurídicas y los descubrimientos empresariales que hacen posible la solución de cualesquiera problemas que pudieran plantearse (siempre y cuando el recurso no sea declarado “público” y

3 El concepto de *anarcocapitalismo* fue acuñado por Murray Rothbard (1926-1995), quien, a su vez, fue parte de la escuela austriaca de economía, el concepto pretende transformar la teoría económica liberal de Adam Smith en una teoría libertaria, esta postura es compartida por, entre otros, Ludwig Von Mises y Jesús Huerta de Soto, quien rechaza cualquier tipo de intrusión o de coacción que otros quisiesen realizar, con independencia de si dicha coacción la realiza el Estado (sea o no totalitario), la religión u otra forma institucional. Al respecto se recomienda la lectura de H. Soto. “Liberalismo versus anarcocapitalismo. Procesos de mercado”, *Revista Europea de Economía Política*, vol. IV, n.º 2, 2007, 13 a 32. Las críticas a esta postura, además de la apenas esbozada, pueden ser ampliadas leyendo las posturas de Daniel Bell, George Friedman, Peter Gowan, Giovanni Arrighi, entre otros.

4 Como afirma Zubizarreta, citando a Ramonet: “A escala planetaria, los tres protagonistas son: las asociaciones de Estados, las empresas globales, grupos mediáticos o financieros, y las organizaciones no gubernamentales de dimensión mundial. Estos tres nuevos actores operan en un marco planetario fijado, no tanto por la Organización de Naciones Unidas, como por la Organización Mundial del Comercio. El voto democrático del conjunto de los ciudadanos tiene muy poco peso en el funcionamiento interno de estos tres nuevos actores”. Véase Zubizarreta Zubizarreta, J. H. *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa*, cit., 50, nota 3.

5 Zubizarreta, J. H. *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa*, cit., 46.

se permita el libre ejercicio de la función empresarial y la concomitante apropiación privada de los resultados de cada acto de creatividad empresarial)⁶.

Resulta evidente que el modelo anarcocapitalista aquí expuesto observa al Estado como “enemigo” sustentado en la idea según la cual el mercado es un proceso inevitable y la globalización una consecuencia directa de este. Para Zubizarreta, en cambio, se hace indispensable abandonar la idea de inevitabilidad de la globalización tal y como se está desarrollando. Esta creencia de superioridad jerárquica del mercado y con ella, la imposición de las normas del mercado como normas fundantes de todo derecho, en el contexto global, obliga sin duda una profunda reflexión sobre el papel del derecho, y con él, por supuesto, el de los derechos humanos.

En efecto, las teorías de la constitucionalización imperantes en el derecho del Estado democrático contemporáneo pugnan con la idea de la desregulación radical. Basta con recordar la definición ferrajoliana de derecho fundamental, expuesta magistralmente por el tratadista italiano en su monumental *Principia Iuris*⁷, de que los derechos fundamentales son “derechos subjetivos de carácter público”. A partir de esta definición la teoría constitucional contemporánea finca la garantía de todo derecho fundamental en la acción del Estado –*garantías téticas*–, garantías no impuestas por el ordenamiento jurídico sino impuestas mediante acciones concretas del Estado, intervenciones. En ese sentido la globalización del anarcocapitalismo no supone una simple adecuación del concepto de derecho fundamental o derecho humano a las lógicas de una mundialización o una universalización simplemente “desordenada” o “distinta”, al prescindir del actor coordinador de las garantías de protección, es decir, al prescindir del Estado, el modelo anarcocapitalista supone en esencia una pugna por la erradicación del sistema de garantías, su exterminio, su negación total.

Frente a la inacción del derecho constitucionalizado en ámbito transnacional Zubizarreta hace una magnífica aproximación al problema, inicialmente desde una perspectiva sociojurídica, el autor nos hace ver que “las instituciones

6 Huerta de Soto, J. “Liberalismo versus anarcocapitalismo. Procesos de mercado”, *Revista Europea de Economía Política*, vol. iv, n.º 2, Otoño 2007, 13-32, 15.

7 El autor acuña esta definición después de indagar las diferencias teóricas entre los derechos patrimoniales y los derechos fundamentales. Entre otras, una de las diferencias más marcadas de este modelo es la de los sistemas de garantía. Mientras los derechos patrimoniales poseen sistemas de garantía hipotéticos –estipulados en el ordenamiento y de obligatoria ejecución mediante la validación judicial–. Piénsese, por ejemplo, en los títulos valores y su consecuente ejecución inmediata ante incumplimiento. Los derechos fundamentales poseen garantías que el autor llama “téticas”, es decir, no garantizables mediante una acción de ejecución del crédito o de la mora, sino garantizables mediante actos concretos de la sociedad en cabeza del Estado. El incumplimiento del derecho fundamental al servicio de saneamiento básico no puede ser resarcido mediante un pago previamente estipulado por el ordenamiento. Debe entonces garantizarse mediante una acción concreta de protección estatal. Ferrajoli, L. *Principia Iuris. Teoría del Derecho de la democrazia*, Milán, Laterza, 2012, 725-845.

multilaterales, las corporaciones transnacionales y los Estados imperiales forman una nueva dimensión política, económica y jurídica que sustenta el proyecto neoliberal⁸ y que ha presentado una fuerte oposición a los axiomas básicos del antiguo Estado liberal, a saber:

1. Al monopolio normativo del Estado (monismo jurídico, principio de estricta legalidad y jerarquía normativa) la propuesta anarcocapitalista presenta un pluralismo jurídico corporativista en donde las normas válidas son únicamente las concedidas mediante acuerdos de grupos económicos.

2. Como consecuencia de lo anterior, los derechos subjetivos son negados en tanto toda forma jurídica debe estar ligada a la posesión de “propiedad privada” (propiedad personal), lo cual hace colapsar la categoría jurídica de “ciudadano” convirtiéndola en consumidor de bienes y servicios, en otras palabras, para el anarcocapitalismo se ostenta el derecho de ciudadano derechohabiente en tanto propietario.

3. Ante la separación de poderes del Estado liberal, el anarcocapitalismo propone algo así como la configuración de acuerdos corporativos y la coordinación mediante el análisis de los precios del mercado; como consecuencia todo argumento jurídico debe partir del análisis de eficiencia económica, lo cual supone que todo discurso jurídico que no adopte el lenguaje económico como punto de partida sea visto como “contaminación moralista o ideológica”; toda esta irrupción sitúa a los ordenamientos jurídicos en una fase de adaptación muy difícil de predecir.

El derecho en ámbito transnacional se torna entonces en una herramienta técnica de coordinación entre actores de poder sin limitaciones autoimpuestas, y es que el proceso histórico de constitucionalización del derecho estatal ha permitido hacer del derecho una herramienta de autolimitación de los actores que lo ponen en práctica, los derechos humanos son la base de esa capacidad auto limitativa. Por el contrario, el derecho del contexto globalizador se encuentra vacío de todo contenido autolimitativo. Zubizarreta, citando a Pietro Barcellona lo expone en modo más claro.

Pietro Barcellona considera que al derecho moderno se le encarga crear nuevas condiciones para la convivencia plural “por lo que pierde todo fundamento de justicia y se convierte en artificio, regla de juego, en espacio para la negociación de los intereses económicos en conflicto. El derecho ha de vaciarse de todo contenido para convertirse en pura técnica formal...”.⁹ Un desarrollo exclusivamente técnico-formal puede conducir a situaciones en las que los mecanismos jurídicos se perfeccionan a la vez que la situación social se deteriora.

8 Zubizarreta, J. H. *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa*, cit., 45-47.

9 Barcellona, P. (1992, 46), Zubizarreta, J. H. *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa*, cit., 45-47.

1.3. La “dogmática jurídica actual” como obstáculo

La segunda hipótesis de Zubizarreta gira en torno a la poca idoneidad del derecho actual en la gestión de los conflictos sociales derivados del fenómeno globalizador, su crítica se centra en el modelo positivista clásico de la categoría de *dogmática jurídica*¹⁰, para hacerlo se apoya en Faria, quien sostiene:

[L]a dogmática jurídica aspira a hacer posible la reducción de la experiencia a la estricta dimensión de la norma, configura lo jurídico como capaz de no verse condicionado ni por poderes absolutos ni por ideologías, un derecho únicamente observado como estructura carente de contenido o estructura a la espera del contenido derivado de la actividad negocial de los agentes, esta perspectiva bien puede ser llamada dogmática jurídica clásica positivista (paleo positivista); por ejemplo, L. Ferrajoli, se ha considerado siempre un positivista y su modelo pretende dejar atrás lo que él llama *Paleo positivismo*, este modelo del Estado Liberal clásico tiende a olvidar los fines sociales de la acción jurídica y con ello sus consecuencias políticas y éticas. “Al ver así al derecho no como un hecho social ni como un valor trascendental sino simplemente como un conjunto de reglas positivas bajo la forma de un orden coactivo, la dogmática permite la conversión del pensamiento jurídico en un aparato conceptual depurado de contaminaciones valorativas”¹¹.

Parece que Zubizarreta, Faria, Barcellona y Ferrajoli concuerdan en que los derechos humanos serían entonces una respuesta para erradicar la “apatía” del derecho dogmático por los fines sociales y no niegan, a pesar de sus diferencias, la búsqueda de conceptos morales en el derecho. De nuevo Zubizarreta propone un programa concreto de investigación:

Ahora, más que nunca, abordar los nuevos desafíos normativos requiere revisar viejas controversias zanjadas desde el dogmatismo jurídico. Así, la legalidad

10 La categoría de *dogmática jurídica* que usa Zubizarreta aquí se fundamenta en la definición que Faria hace de ella. Se puede resumir de la siguiente manera: es una convergencia entre (a) la consolidación de un concepto moderno de ciencia, ocupado no tanto del problema de la verdad o falsedad de las conclusiones del raciocinio científico, como de su carácter sistemático y lógico-formal; (b) la identificación entre los conceptos de derecho y ley positiva, en un primer momento, y de derecho y sistema conceptual de la ciencia, en un segundo momento; (c) la separación entre teoría y praxis y la consiguiente afirmación de un modelo de saber jurídico como actividad prioritariamente teórica, avalorativa y descriptiva; (d) el énfasis en la seguridad jurídica como sinónimo de certeza de una razón abstracta y general, resultante de un Estado soberano, con la consiguiente transposición de la problemática científica a las cuestiones de coherencia de la ley en sí misma. Faria, en Zubizarreta, cit., 2009, 47, nota 1.

11 Faria, en Zubizarreta, J. H. *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa*, cit., 37.

y la legitimidad, la confrontación entre derecho y justicia o la subordinación normativa a las relaciones de poder. Por otra parte, la especificidad científica del derecho deberá incorporar los conocimientos de la Sociología, la Economía, la Política. La interdisciplinariedad se impone ante el carácter multifacético que incorpora la globalización¹².

1.4. Sustitución del binomio democracia-desarrollo por el de elecciones formales-mercado

La tercera y última consideración de Zubizarreta frente a los efectos que el modelo de globalización anarcocapitalista aquí expuesto ha causado a la democracia del Estado liberal clásico se centra en observar la transformación de los objetivos impuestos por el modelo de constitucionalización del derecho; es decir, las relaciones de derecho comercial transnacional parecieran no perseguir el mismo canon democrático que persiguen las normas de un Estado constitucional de derecho. Después de todo, el derecho comercial internacional pretende ser un sistema normativo en función de las necesidades de los contratantes, usualmente traducida en eficiencia económica de todo acto jurídico, mientras que el derecho constitucionalizado pretende la garantía de derechos y libertades mediante la intervención pública de las relaciones privadas sin que ello suponga una ruptura absoluta de la voluntad privada. La globalización anarcocapitalista generaría entonces una ruptura en la concepción monista del derecho en donde el Estado es desplazado en la producción legislativa y el pluralismo jurídico corporativista y global se consolida como poder performativo de una legalidad supraestatal, formal e informal dispuesta por las instituciones y los agentes económicos dominantes, una suerte de feudalismo global multijurisdiccional coordinado mediante la sacralización del mercado e interpretado desde la “iglesia” de las agencias de *rating*. “El derecho comercial global, es decir la *lex mercatoria*, se encuentra condicionada [*sic*] por las relaciones de poder entre Estados y sectores dominantes, que desplazan al derecho estatal construido en torno a la nación”¹³.

En suma, el binomio democracia-desarrollo humano está siendo sustituido por el de elecciones formales-mercado. La incapacidad del derecho constitucionalizado de responder de forma coherente a los efectos del modelo globalizador en acto se ha hecho cada vez más evidente. Veamos.

12 Ídem.

13 Zubizarreta, J. H. *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa. (De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas)*, Bilbao, Instituto de Estudios sobre Desarrollo y Cooperación Internacional, 2009, 48.

2. EL COMPORTAMIENTO DEL DERECHO CONSTITUCIONALIZADO EN LA GESTIÓN DE LA ACTIVIDAD DE LOS ACTORES TRANSNACIONALES FRENTE A VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS. UNA TENUE PRESENCIA

2.1. Un tratado internacional: el desgaste utópico de las organizaciones sociales

Se han puesto en marcha varios esfuerzos que pretenden “mejorar” la actividad responsable de los actores transnacionales frente a violaciones graves a los derechos humanos. Ninguna de estas iniciativas es orgánica ni posee la capacidad de lograr responsabilidad en tanto el modelo de globalización en acto se lo impide.

Inicialmente, la iniciativa para consolidar un tratado internacional en materia de empresas y derechos humanos ha logrado avanzar hasta el tercer borrador (en adelante, el borrador) elaborado por el Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta, por sus siglas en inglés, la intención de constitucionalizar las relaciones de los actores transnacionales mediante un tratado internacional se concentra precisamente en la actividad judicial como eje de funcionamiento. Pese al loable esfuerzo y ante el apabullante cabildeo puesto en práctica para detener la iniciativa, el ejercicio no tiene hoy puerto seguro. Una de las críticas más recurrentes frente al tratado es que el debate ha aumentado la conflictividad y radicalizado las posturas derivando en posiciones poco realistas y altamente parcializadas. A mi juicio, es verdad que la existencia de un tratado tiene la capacidad de estipular obligaciones claras y distinguibles para los Estados; sin embargo, en el contexto actual, si las eventuales ratificaciones provienen de los Estados cuyo ordenamiento jurídico es constitucionalizado, el impacto sobre aquellos ordenamientos no constitucionalizados será inocuo, lo más probable es que el modelo de globalización en acto “desincentivará” la firma y ratificación del instrumento en los Estados constitucionalizados y en aquellos Estados no constitucionalizados prohibirá, en cuanto le sea posible, la firma y ratificación poniendo todo su empeño en evitar mecanismos judiciales o, en todo caso, mecanismos independientes e imparciales. Si se observa con detenimiento el tercer borrador la intención de constitucionalizar las relaciones de los actores transnacionales se concentra precisamente en la actividad judicial como eje fundamental de funcionamiento. Pese al loable esfuerzo, es posible presentar algunos reparos sobre el instrumento, al respecto me he ocupado en el pasado sosteniendo que algunas de sus prescripciones son redundantes y por tanto solo capaces de buscar responsabilidad en los ordenamientos jurídicos ya constitucionalizados, esto hace que el capital anárquico (eje del modelo globalizador en acto) aumente las inversiones en Estados no constitucionalizados y totalitarios¹⁴.

14 Martínez Pinilla, I.L. “Cuatro debates sobre la constitucionalización de las relaciones jurídicas de actores transnacionales en el 10º aniversario de los Principios Rectores de las Na-

2.2. La actividad judicial: un intento descoordinado y poco eficaz

La praxis judicial como mecanismo de resolución de los conflictos sociales derivados del modelo globalizador ha sido excepcional e insuficiente; de hecho, la puesta en marcha de acciones coercitivas respecto de casas matrices ubicadas fuera de las jurisdicciones nacionales –acción extraterritorial de los jueces– es una praxis incipiente¹⁵; esta incapacidad puede tener varias causas, entre ellas, (1) la falta de certeza conceptual en materia y (2) la inexistencia de herramientas institucionales más coherentes de coordinación y cooperación judicial.

En algunos casos, sin embargo, la presión de la sociedad civil, la fuerte exposición mediática negativa y la acción de mediación de los gobiernos han logrado acuerdos indemnizatorios más o menos justos. Al respecto es importante resaltar, por ejemplo, el caso Rana Plaza en Bangladesh¹⁶, donde una coalición internacional de organizaciones puso en marcha una acción legal que llevó de un lado a las empresas involucradas a cambiar sus sistemas de seguimiento a las cadenas de suministros (regulación parcial) y del otro a una solicitud de justicia fundamentada en la obligación de proteger (principio rector) en cabeza de las empresas estadounidenses Penney Co y Walmart Stores Inc, quienes tercerizaban su producción mediante trabajo en condiciones indignas, trabajo infantil y explotación (caso *Abdur Rahaman et al. v. J.C. Penney Co. Inc., The Children's Place and Walmart Stores Inc.*). El caso fue desestimado por falta de jurisdicción por el juez Mary M. Johnston de la Corte Superior de Delaware. En modo similar y, tal vez, con consecuencias mucho peores, cabe recordar también el caso Pfizer Nigeria¹⁷, una batalla legal sin precedentes en la historia de ese estado africano que obligó a Pfizer a buscar

ciones Unidas sobre empresas y derechos humanos: hacia la búsqueda de responsabilidad para las empresas transnacionales por violación de derechos humanos”, en *El 10º aniversario de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos: retos de la debida diligencia en materia de derechos humanos y medio ambiente y los derechos de los pueblos indígenas*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, 119-140.

15 Friedman, M. *A Friedman doctrine: the Social Responsibility of Business is to Increase Its Profits, Corporate Social Responsibility: Readings and Cases in a Global Context*, Springer, 2008.

16 Incidente en el que murieron 1134 personas y quedaron heridas cerca de 2500 por el colapso del edificio Rana Plaza en Bangladesh, descrita por algunos como la mayor tragedia de la industria textil de la historia, arrojó luz sobre las condiciones de trabajo de los talleres y fábricas textiles de países en vías de desarrollo que proveen a grandes marcas de moda (Inditex, Benetton, C&A, Mango, El Corte Inglés, GAP, Wallmart, Bonmarché y H&M).

17 Experimentación ilegal y ensayos no autorizados en niños y niñas en la región de Kano (Nigeria) de un fármaco contra la meningitis llamado Trovan (trovafloxacin) durante 1996. La multinacional ejecutó los experimentos durante una epidemia de otra enfermedad, por lo que los efectos secundarios de la experimentación (sordera y ceguera entre otros) no fueron directamente atribuibles al fármaco. Solo después de once años y de una serie de demandas interpuestas por los padres de las víctimas el Gobierno nigeriano decidió actuar demandando a su vez a la multinacional.

un acuerdo económico de compensación para las víctimas (*Abdullahi v. Pfizer, Inc. I, II, III* y *Estado de Kano v. Pfizer*), donde la presión mediática y de las organizaciones sociales llevó a la luz una práctica ilegal generalizada en varios países africanos. Importante también, en el contexto jurídico colombiano, la intención de acción extraterritorial de la justicia estadounidense mediante el caso de *La Chiquita Brands Inc*¹⁸ expuesto ante la Corte Distrital de la Florida (*Doe v. Chiquita Brands International*) por violaciones graves cometidas en territorio colombiano, mediante el cual se solicita la aplicación del Alien Tort Claims Act¹⁹ (en adelante, ATS). Respecto de la aplicación del ATS son también interesantes: *Filartiga v. Peña-Irala*, *Doe v. Unocal*, *Wiwa v. Shel* y *Sosa v. Álvarez-Machain*. Es importante resaltar también la reflexión sobre el papel de las empresas en situación de posconflicto. Al respecto la experiencia de los tribunales colombianos ha sido importante, sobre todo en cuanto a la actividad de empresas vinculadas a violaciones graves y crímenes de guerra.

[El] Tribunal Superior de Justicia y Paz de Medellín (Colombia) solicitó investigar a más de 12.000 empresarios vinculados con actividades de grupos paramilitares de Córdoba, la sentencia adicionalmente manifiesta que es necesario investigar a aquellos empresarios bananeros, ganaderos y/o industriales que en la denominada zona del Urabá antioqueño, por convicción y/o convivencia, contribuyeron y financiaron voluntariamente a grupos armados al margen de la ley, entendiéndose FARC, EPL, ELN y la Corriente de Renovación Socialista; organizaciones armadas que hicieron presencia en esa zona desde la década de los años 70 y fueron presumiblemente autoras de un sinnúmero de hechos delictivos como homicidios selectivos, masacres colectivas, desplazamientos y desapariciones forzadas entre otras.²⁰

Recientemente, el Tribunal Supremo del Reino Unido, en el caso *Vedanta v. Lungowe*²¹, al resolver sobre la decisión de primera instancia respecto de la validez de conocer ante su propia jurisdicción un caso cuyo daño se produjo en Zambia, sostuvo que “los tribunales del Reino Unido pueden conocer de las demandas contra las casas matrices del Reino Unido y sus subsidiarias

18 Patrocinio económico y logístico de la multinacional Chiquita Brands para las operaciones militares y de exterminio de fuerzas paramilitares en territorio colombiano.

19 Norma que posibilita de forma excepcional el juzgamiento de responsabilidad civil por actos cometidos extraterritorialmente por ciudadanos estadounidenses.

20 Sanchez León *et al.*, *Cuentas Claras*, El papel de la Comisión de la Verdad en la develación de la responsabilidad de empresas en el conflicto armado colombiano, Bogotá, Dejusticia, 2018.

21 UK Supreme Court, *Judgement of the Supreme Court, appeal, EWCA Civ. 1528*, Hilary Term, [2019] UKSC 20 (2017). Los demandantes son un grupo formado por 1826 ciudadanos de Zambia que viven en cuatro comunidades dentro del distrito de Chingola, pertenecientes a comunidades agrícolas rurales muy pobres servidas por cursos de agua que proporcionan su única fuente de agua potable. Tanto su salud como su actividad agrícola se han visto gravemente afectadas por descargas repetidas de material tóxico proveniente de la mina de cobre Nchanga en los cursos de agua.

extranjeras por presuntos daños ambientales causados en el extranjero”. Puntualmente, sostuvo que la jurisdicción del Reino Unido se podría activar siempre y cuando se demuestre suficientemente que existe un “real issue”, es decir, que se demuestre que el litigio en cuestión existe, esto es, que sea factible trabar adecuadamente la *litis* entre las partes, derivando de los hechos un posible nexo causal con los daños. Además, sostuvo que debe probarse suficientemente el “proper place”, es decir, que el lugar del litigio adecuado para obtener justicia concreta es el Reino Unido.

2.3. Un cambio de lenguaje que paulatinamente y, en la medida de lo posible, constitucionaliza

Me limito aquí a resumir lo ya expuesto en mi aporte de 2021 (*Cuatro debates sobre la constitucionalización de las relaciones jurídicas de actores transnacionales...*), la existencia de estándares internacionales, es decir de normas de *soft law* o normas derivadas de tratado –que ha sido la vía escogida desde los principios Ruggie–, ha permitido dos cosas (1) una amplia difusión de la discusión y (2) ha servido como mecanismos de demostración de buena voluntad tanto para organizaciones transnacionales –empresas– como para Estados. Al poseer un carácter coercitivo indirecto, esto es, que depende de una acción adicional y posterior que perfeccione su obligatoriedad, los sujetos han encontrado en estos estándares un punto de partida adecuado para facilitar sus relaciones con el capital internacional sin deslegitimar del todo su operación ante los sistemas constitucionalizados. Los ordenamientos jurídicos constitucionalizados exigen de las empresas que actúan dentro de sus jurisdicciones una determinada responsabilidad empresarial que, de algún modo, intenta contener los efectos más nocivos de la eficiencia y la técnica. Piénsese, por ejemplo, en la Resolución 17/4 de 2011 emitida por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, conocida como los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos o los estándares de la OEA que han instado a los Estados miembros a que apoyen los programas e iniciativas de promoción de la responsabilidad social de las empresas a través de principios y lineamientos reconocidos internacionalmente; más recientemente, el conocido informe denominado “Empresas y derechos humanos: Estándares interamericanos” de la CIDH y su Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA). La sobreabundancia de estándares voluntarios genera sin duda un impacto en tanto abre la posibilidad al diálogo mediante el “rumeo” constante de conceptos que a través de interpretaciones judiciales comenzará a ingresar al ordenamiento, primero como mero criterio interpretativo de las sentencias, luego mediante la consolidación de reglas y subreglas jurisprudencialmente adjudicadas. Estas normas, pese a su valor de norma internacional derivada –de *soft law*–, experimentan un fenómeno de validación judicial por medio del cual se convierten en reglas de aplicación

inter partes que, de ser utilizadas por varios jueces en la adjudicación de casos análogos, a la postre se consolidan como reglas y subreglas con valor de precedente para todo el ordenamiento nacional²².

3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA CENTRAL

Los efectos devastadores del modelo globalizador en acto no pueden contrarrestarse sin un modelo teórico del derecho capaz de reinterpretar el derecho del Estado y el derecho del mercado de forma coherente, un modelo de derecho que permita una superación del estado de cosas actual en varios sentidos:

1. Un modelo teórico del derecho capaz de hacer confluir el mundo óntico (praxis) y el deóntico (normas) de manera coherente. Esto es, capaz de hacer confluir los aportes más significativos del realismo jurídico y la sociología del derecho sin dejar de lado la enorme capacidad teórica del análisis de estructuras jurídicas propio del positivismo jurídico, al tiempo que guía la dirección general sistema mediante normas-principios de raigambre valorativo y ética (un modelo que es capaz de teorizar condiciones morales mínimas como base de la vida global). Solo a partir de un paradigma del derecho coherente y actual entonces será posible proceder con una integración también coherente de varios sistemas de derecho que hoy se encuentran completamente fragmentados.

2. Este modelo teórico debe ser capaz de permitir la integración coherente y razonable entre el derecho mercantil transnacional y el derecho constitucional (entendido como sistema de límites y vínculos expresado en garantías democráticas mediante derechos fundamentales) que permita la resignificación coherente entre los usos de la *lex mercatoria* y las normas básicas del *ius cogens* internacional en materia de derechos humanos.

3. El modelo teórico debe por tanto proponer los supuestos epistemológicos, metodológicos y ontológicos que permitan avanzar en un programa de investigación definido que sea capaz de ofrecer al intérprete un distanciamiento de la praxis.

Existe, pues, una legítima necesidad de repensar el derecho contemporáneo en clave “cosmopolita”; coincido plenamente con Zubizarreta, quien, citando a Tiwning, afirma:

Desde la teoría del derecho resulta imprescindible reconstruir una nueva dogmática jurídica global o universal. un renacimiento de la jurisprudencia general y

22 Martínez Pinilla, I.L. “Cuatro debates sobre la constitucionalización de las relaciones jurídicas de actores transnacionales en el 10.º aniversario de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos: hacia la búsqueda de responsabilidad para las empresas transnacionales por violación de derechos humanos”, en *El 10º aniversario de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos: retos de la debida diligencia en materia de derechos humanos y medio ambiente y los derechos de los pueblos indígenas*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, 119-140.

una reconsideración del derecho comparativo desde una perspectiva global como elementos claves de una perspectiva jurídica cosmopolita²³.

Se hace necesario, pues, indagar modelos teóricos nuevos o reinterpretar los existentes buscando soluciones capaces de dar coherencia a la acción práctica de la protección de los derechos humanos en el ámbito transnacional o global.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, la presente comunicación pretende proponer, a partir del paradigma del derecho conocido como constitucionalismo pospositivista, un programa de investigación que, desde el derecho, permita una apertura interdisciplinaria capaz de dar cuenta del fenómeno arriba descrito. A partir de los postulados básicos del paradigma teórico escogido se intentará entonces esbozar varios problemas de investigación derivados que puedan servir de base a futuras interpretaciones y reinterpretaciones del fenómeno de la constitucionalización de los actores transnacionales.

El documento pretende también dejar abierto el debate alrededor de la reflexión teórica sobre modelos teóricos del derecho capaces de ayudarnos a comprender y, por qué no, a transformar el modelo globalizador en acto.

3.1. Una aproximación metateórica: la inconmensurabilidad del derecho de los derechos humanos como horizonte hermenéutico-interpretativo

Pensar un modelo teórico del derecho en el cual los derechos humanos sirvan como estructura basilar de la vida social global supone plantear debates desde al menos tres²⁴ perspectivas: la política (derechos humanos como criterios insoslayables del diálogo político), la jurídica (derechos humanos como estructuras reguladoras del sistema jurídico) y la ética (los derechos humanos como interpretación de valores compartidos en todo el globo); cada una de ellas permite observar los derechos humanos desde aristas distintas, que, sin embargo, confluyen en un elemento básico: todas pretenden estipular condiciones normativas insoslayables, incontrovertibles, irreductibles, cuestiones *sine qua non*, pretenden, en últimas estipular elementos reinantes en cualquier sistema normativo-social. No obstante, cada perspectiva impone a los derechos humanos funciones divergentes; mientras que la perspectiva ética pretende estipular parámetros de conducta moral, la perspectiva política

23 Tiwning, en Zubizarreta, J.H. *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa. (De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas)*, Bilbao, Instituto de Estudios sobre Desarrollo y Cooperación Internacional, 2009, 48.

24 Actualmente un cuarto espacio intenta, sin mucha fortuna, abrirse camino en el discurso de los derechos humanos, y es el ámbito económico, al respecto se sugiere la lectura de Alejandro Celi de la Mota, "Los derechos humanos desde la perspectiva del análisis económico del derecho", *Revista Internacional de Derechos Humanos*, n.º 5 (2015): 51-67.

pretende lograr consensos y transformaciones sociales, mientras que la jurídica pretende hacer posible que tanto el parámetro moral como los consensos se consoliden mediante garantías legales capaces de hacerlos prevalecer a pesar de sus constantes aparentes contradicciones.

Bien lo anotaba Bobbio:

[E]l lenguaje de los derechos tiene sin duda una gran función práctica, que es la de dar particular fuerza a las reivindicaciones de los movimientos que exigen para sí y para los demás la satisfacción de nuevas necesidades materiales y morales, pero se convierte en engañosa si oscurece u oculta la diferencia entre el derecho reivindicado, el reconocido y el protegido²⁵.

En ese sentido, podríamos afirmar que los derechos humanos son al mismo tiempo, un imperativo ético, una obligación jurídica y una necesidad política inherente a todo Estado que se pretende democrático o constitucionalizado. Si se acepta como verdadera esta visión de los derechos humanos, entonces cualquier programa que pretenda la constitucionalización de actores transnacionales (hoy conocido como fenómenos de empresas y derechos humanos) debería dar cuenta de estas tres perspectivas, ubicando cada una en el discurso, pero reconociendo la imposibilidad de fijar límites tajantes entre estos ámbitos de conocimiento.

El derecho en general, en razón de su antiquísima existencia, no solo como fenómeno histórico sino como objeto de conocimiento (a veces tildado de científico, a veces no), posee una cierta cantidad de “paradigmas”, modelos teóricos, a partir de los cuales se “fijan” modelos múltiples, disímiles y muchas veces antitéticos de lo que sus autores definen como “Derecho”. No posee, pues, una identidad “óntico-ontológica” definida o más o menos definida, se presenta ante sus intérpretes como una realidad extensa e inabordable. Debido a esta condición inconmensurable, su construcción depende de diversas perspectivas o fragmentos de realidad que a veces son compartidos por sus observadores y a veces son antagónicos o rivales –en devenir–²⁶. Una realidad científica que supone siempre un *horizonte hermenéutico-interpretativo* infinito pero acotable. En medio de este “pluriverso” conceptual, fijar un horizonte concreto y abordable respecto de la categoría “derechos humanos” o “constitucionalización de actores transnacionales” o de “derechos humanos y empresas” supone tomar posturas, esto es, adoptar “tipos” estipulados previamente que permitan crear a su vez nuevos “tipos” (conceptos o categorías) que permitan el avance del discurso.

25 Bobbio, N. *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael de Asís Roig, Madrid, Fundación Sistema, 1999, 22.

26 Robles, G. “Perspectivismo textual y principio de relatividad sistémica en la teoría comunicacional del derecho”, *Nuevo Derecho*, vol. 6, n.º 8, 2011, 117-133.

Hablar de constitucionalización de actores transnacionales y de empresas y derechos humanos es hablar siempre y al mismo tiempo de, por ejemplo, responsabilidad corporativa u organizacional, de reivindicaciones sociales de todo nivel y/o de mecanismos jurídicos y judiciales de garantía. Supone por tanto aceptar la inconmesurabilidad como punto de partida en vez de denostarla pretendiendo una supuesta compartimentación perfectamente delimitada. Tal vez, partir desde aquí nos obligue a afrontar de mejor manera el fenómeno de la *fragmentación* del derecho.

Siguiendo a Koskenniemi²⁷ (él habla para el derecho internacional pero el fenómeno es el mismo en toda “rama” del derecho), renunciar a la objetividad del derecho internacional supone aceptar una visión perspectivista de su relación con la política y con la moral; no se trata por tanto de intentar desmarginalizar arbitrariamente los límites entre estos tres lenguajes, se trata más bien de aceptar que todo problema en este ámbito puede ser abordado desde uno de ellos o desde todos ellos sin que por eso la acción analítica suponga una “invasión” en el campo de análisis del otro. Se trata de evitar a toda costa una actitud autofrustrante del intérprete que lo ponga en condición de renuncia del abordaje de un campo de análisis, por ejemplo, del de la cuestión moral, respecto de otro, el de la cuestión jurídica. Debe si, ser consciente en todo momento que se verá enfrentado a una superposición de lenguajes y de conceptos de los cuales debe dar cuenta durante su análisis.

Visto de esta forma, podríamos estar frente a un paradigma de investigación específico en donde toda acción analítica suponga siempre la superposición de estos tres espacios de observación (lo ético, lo jurídico y lo político) ¿Cómo estudiarlos, entonces?

3.2. Elegir un modelo de paradigma como elemento epistémico central: diálogo entre lo ético, lo político y lo jurídico para reinterpretar un modelo de globalización más coherente

Para fijar el concepto de *paradigma* propongo la definición de Khum interpretada desde Sankey: los paradigmas de investigación son “realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos

27 Koskenniemi explica el fenómeno de fragmentación del derecho internacional mediante una acción deconstruccionista que pone pares conceptuales en relación. Expone, mediante la crítica de Kant a Pufendorf (racionalismo-pragmatismo), que el derecho internacional ha transitado de las Instituciones a los Regímenes, de las reglas a la regulación, del gobierno a la gobernanza, de la responsabilidad a la conformidad, de la ley a la legitimidad y de juristas a expertos en relaciones internacionales. Defiende que todo analista del derecho internacional o todo analista de las relaciones internacionales debe tener presente diferentes lenguajes sobre puestos sin renunciar sin embargo a la formalidad del derecho y a la libertad de la gestión política del conflicto social. Koskenniemi, M. “Formalismo, fragmentación y libertad. Temas kantianos en el derecho internacional actual”, *Revista Internacional de Pensamiento Político*, 1 época, vol. 2, 2006, 203-230.

de problemas y soluciones a una comunidad científica”²⁸. Usualmente, según Kuhn, un determinado paradigma (1) fija una imagen básica de un objeto científico determinado, es decir, lo ontologiza, (2) define lo que debe estudiarse, (3) define los problemas que deben estudiarse y (4) define qué reglas han de seguirse para interpretar las respuestas que se obtienen²⁹.

Ahora bien, según esta caracterización de la categoría “paradigma” definida por Kuhn, los criterios de racionalidad son constructos históricos asociados a paradigmas específicos. Es decir, estipular un paradigma supondría “fijar” o “congelar” un modelo concreto que, a la postre, “petrifica” el diálogo epistémico e imposibilita su avance. De esta forma, sus críticos manifiestan que la propuesta precipita la supresión de la racionalidad científica y crea una imposibilidad de acceder a elecciones racionalmente justificadas entre teorías rivales o contrapuestas, lo cual habilita variedades de irracionalismo y relativismo epistémico; tal como expresa Melogno, conducía a que el enfrentamiento entre teorías rivales esté atravesado por severos procesos de ininteligibilidad mutua, reorganización de la experiencia y variaciones de significado, que se comprimían en la célebre formulación kuhniana según la cual “científicos que trabajan en paradigmas diferentes viven en mundos diferentes”³⁰. En el plano del derecho, el problema del paradigma se torna claro. Basta con recordar los “dardos” de iuspositivistas contra iusnaturalistas y de estos últimos contra los ius realistas para ver la magnitud del problema. Parfraseando a Melogno: juristas que precomprenden el derecho como iuspositivistas viven en sistemas jurídicos diametralmente opuestos a sus pares iusnaturalistas y, sin embargo, su práctica es guiada por las mismas leyes.

En efecto, pensar un paradigma capaz de reinterpretar un derecho “cosmopolita” supone aceptar que todo límite entre ámbitos de conocimiento es permeable (inconmensurable) y, por tanto, acoger la categoría de “paradigma” en términos kuhnianos, es decir en términos tajantes de límite entre un saber y otro, resultaría reductivo e insuficiente.

No obstante, la postura de Kuhn resulta útil en cuanto nos ayuda a fijar criterios (así sean fácilmente “deconstruibles” o “vencibles” entre sí que permiten el diálogo racional pero que, frente al fenómeno de la “inconmensurabilidad” entre lenguajes aparentemente antagónicos permita una flexibilidad. Para esto, Sankey nos propone una visión epistemológica mediante la cual se hace necesario resignificar al paradigma kuhniano en términos histórico-culturales; para ello sería posible construir una imagen más ajustada de la

28 Kuhn, T. *La estructura de las revoluciones científicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986.

29 González Morales, A. “Los paradigmas de investigación en las ciencias sociales”, *Islas*, 45, (138), 2003, 125-135.

30 Melogno, P. “Racionalidad y elección de teorías: una aproximación a Howard Sankey”, *Revista Colombiana de Filosofía de la Ciencia*, 14 (29), 2014, 113-138.

racionalidad en términos historicistas, aceptando que es posible defender una noción relevante de la racionalidad científica, aunque ello suponga admitir la variación histórica de los criterios de evaluación entre teorías³¹. En efecto, una elección entre teorías puede ser racional, si se asume una noción de aceptabilidad racional no inmune al cambio conceptual y a las variaciones del contexto histórico y a la construcción de conceptos genealógicos³² que observen siempre un ámbito *hermenéutico-interpretativo* cambiante que, sin embargo, podemos fijar en un periodo de tiempo y en un lugar determinados; significaciones relativas que, al mismo tiempo, resultan útiles en el presente, dan cuenta del pasado y promueven el futuro pero al hacerlo mutan.

Entiéndase entonces como “paradigma” una categoría epistémica que, si bien es capaz de fijar teorías, o lenguajes confluyentes –como Kuhn sostiene–, también es mutable y en devenir –como Sankey afirma–, solo así podría ser viable la renuncia a la compartimentación entre lenguaje jurídico y lenguaje político, entre derecho de las inversiones y derecho de los derechos humanos, entre derecho constitucional y derecho internacional, todo aquello es posible si a cada paso del análisis se es consciente de la “proveniencia” (ámbito epistémico) de cada concepto que al interpretarlo genera nuevas formas lingüísticas, innovaciones de ideas. Solo así será entendida la categoría de “paradigma” en las páginas por venir.

3.3. *El problema ser-deber ser (lo óntico y lo deóntico) ante la constitucionalización de actores transnacionales*

Si a la estructura previamente estipulada –*el carácter inconmensurable de los derechos humanos y la naturaleza perspectivista de los paradigmas del derecho*– se le contrasta, ya no con otras teorías, sino que se le utiliza como criterio de observación de un fenómeno social determinado, de una realidad concreta, la situación se hace aún más compleja.

31 Melogno, P. “Racionalidad y elección de teorías: una aproximación a Howard Sankey”, *Revista Colombiana de Filosofía de la Ciencia*, 14 (29), 2014, 113-138.

32 Entiéndase “genealógico” en el sentido nietzschiano adoptado luego por Foucault: “La genealogía es gris; es meticulosa y pacientemente documentalista. Trabaja sobre sendas embrolladas, garabateadas, muchas veces reescritas. Paul Ree se equivoca, como los ingleses, al describir las génesis lineales, al ordenar, por ejemplo, con la única preocupación de la utilidad, toda la historia de la moral: como si las palabras hubiesen guardado su sentido, los deseos su dirección, las ideas su lógica; como si este mundo de cosas dichas y queridas no hubiese conocido invasiones, luchas, rapiñas, disfraces, trampas. De aquí se deriva para la genealogía una tarea indispensable: percibir la singularidad de los sucesos, fuera de toda finalidad monótona; encontrarlos allí donde menos se espera y en aquello que pasa desapercibido por no tener nada de historia –los sentimientos, el amor, la conciencia, los instintos–, captar su retorno, pero en absoluto para trazar la curva lenta de una evolución, sino para reencontrar las diferentes escenas en las que han jugado diferentes papeles; definir incluso el punto de su ausencia, el momento en el que no han tenido lugar” (Foucault, M. *Nietzsche, la genealogía, la historia*, trad. de Varela & Alvear. Madrid, Uria, Piqueta, 1979).

La constitucionalización del derecho internacional (forma base de la responsabilidad transnacional) abre ante nosotros un horizonte complejo, en tanto las estructuras del deber ser, es decir, *normas de derechos humanos, normas constitucionales básicas*, pensadas desde lo político, lo ético y lo jurídico, deben ser contrastadas con condiciones fácticas más o menos concretas. En efecto, siendo el fenómeno de la irresponsabilidad transnacional un problema del ser (un problema interpretable en la realidad social práctica) y los derechos humanos estructuras normativas o de deber ser, resulta pertinente intentar una aproximación epistemológica coherente para concretar el análisis.

Se necesita, pues, un paradigma de investigación capaz de interpretar la condición del ser y del deber ser de la realidad interpretada. Esta relación, en el plano teórico jurídico, puede ser definida como normativismo vs. realismo, concretamente, derechos humanos –normas– vs. acción empresarial transnacional –fenómeno social en acto–, Frente a este problema considero importante acudir al modelo de derecho estipulado por L Ferrajoli –por él denominado *superación del paleopositivismo por el positivismo moderno*–, a mi modo de ver, un modelo que supera el positivismo jurídico y lo inserta en otra perspectiva teórica ya no positivista. Pospositivista quizá.

Para Ferrajoli, las condiciones de deber ser o condiciones normativas provienen de la denominada *dogmática jurídica (law in books)*, mientras que aquella condición factual, mediante la cual el derecho no es norma, sino hecho, pertenece al ámbito de la *sociología jurídica (law in action)*³³.

Esta duplicidad de puntos de vista y sus interpretaciones empíricas derivadas forman el carácter específico de la semántica de la teoría del derecho respecto de cualquier otra teoría de observación, depende de la particular naturaleza y complejidad del universo de la ciencia jurídica, la cual puede ser observada, bien desde el interior del derecho, como universo puramente normativo, bien desde el exterior, como universo puramente factual³⁴.

Al respecto Kelsen, fiel a Hume, sostenía la imposibilidad semántica de interpretar ambos aspectos en un mismo plano. Es decir, la imposibilidad de hacer confluir en un mismo escenario interpretativo las condiciones de ser y de deber ser. Para Ferrajoli, en cambio, esta separación genera aporías y evita a la ciencia jurídica acceder a ciertos contenidos informativos, para el autor, si se logra interpretar ambos campos semánticos en ordenamientos complejos articulados en varios niveles de legalidad (como en el Estado constitucional de derecho) entonces todos los fenómenos normativos pueden ser observados, simultáneamente como hechos (o actos) y como normas³⁵. Por consecuencia,

33 Pound, R. “Law in Books - Law in Action”, *American Law Review*, 1910, 12.

34 Ferrajoli, L. *Principia Iuris. Teoría del Diritto e della democrazia*, Milan, 2012, 14.

35 *Ibid.*, 12.

las normas estipuladas en niveles inferiores de un determinado ordenamiento constitucionalizado son también actos o hechos –*relaciones jurídicas*– que virtualmente pueden presentar contradicciones o vacíos respecto de normas superiores (constitucionales) que regulan su producción.

Desde este punto de vista, el análisis del jurista ha de tender, primero, a estipular mediante una conjugación entre la acción política y la reflexión ética, aquellas normas consideradas constitucionales, constitutivas, rectoras o en todo caso normas jerárquicamente superiores; después de todo, estamos frente a normas de derechos humanos de un lado y frente a *relaciones jurídicas* o *actos* llevados a cabo por *actores trasnacionales* del otro. Ambos elementos, derechos humanos –normas– y acciones trasnacionales deberían poder ser interpretados mediante el criterio jerárquico como “meta-norma deóntica o regulativa” (L. Ferrajoli).

Por consecuencia, investigar la constitucionalización de actores trasnacionales supone establecer, *prima facie*, al menos las siguientes condiciones:

1. Si existe o no un sistema de normas-actos complejos en el ámbito estudiado que permita describir un fenómeno de constitucionalización.
2. Identificar (estipular) las normas-actos a las que se debe otorgar el carácter regulativo (deóntico) del sistema.
3. Identificar las normas-actos que deban ser considerados constitutivos del sistema.
4. Identificar las normas-actos que deban ser considerados prohibidos en el sistema.
5. Elaborar categorías de análisis que permitan observar sus particularidades mediante paradigmas de investigación conjuntos o interdisciplinarios (filosofía moral, teoría política, teoría jurídica, sociología jurídica, entre muchos otros).

Evidentemente, intentar resolver estos cuestionamientos en las siguientes páginas resultaría una empresa imposible, su magnitud y complejidad requieren de un análisis juicioso y prolongado que puede constituir toda una vida dedicada a su estudio. Pese a ello, a continuación expondré algunos avances en esa dirección.

La propuesta ferrajoliana según la cual toda norma es también un acto y viceversa propone una salida más o menos coherente al análisis de la realidad descrita. Después de todo, es a partir de aquí como el autor italiano ha dado vida al fenómeno de la constitucionalización del derecho, ha interpretado un sistema de garantías de derechos fundamentales y ha definido brillantemente la categoría de derechos fundamentales (todas son herramientas conceptuales sin las cuales no es posible concebir la praxis de la administración de justicia actual).

Acudo ahora a un paradigma concreto del derecho que, tomando como punto de partida la apertura expuesta por Ferrajoli, intenta superar el positivismo de Ferrajoli sin renunciar a sus mejores bondades. Este modelo ha sido propuesto por Manuel Atienza, por él denominado *constitucionalismo pospositivista*. En honor a la verdad, frente a la constitucionalización de actores jurídicos transnacionales, el constitucionalismo pospositivista nos muestra más problemas que respuestas concretas. Aun así, este paradigma se adecua más o menos a las necesidades meta teóricas arriba descritas: (1) inconmensurabilidad, (2) diálogo teórico entre disciplinas disímiles y (3) tránsito óntico-deóntico.

Como se verá, el constitucionalismo pospositivista permite una interpretación en clave normativa o deóntica y en clave realista (óntica) de la realidad social analizada. Nos demuestra, pues, una perspectiva jurídico-analítica que, sin embargo, no renuncia al análisis de los fines últimos del derecho y permitiendo una inclusión concreta del discurso moral y el discurso político dentro y por debajo del discurso jurídico.

4. EL CONSTITUCIONALISMO POSPOSITIVISTA COMO PARADIGMA DE INTERPRETACIÓN PARA LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE ACTORES TRANSNACIONALES

Atienza, en el artículo titulado “Ni positivismo jurídico, ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista” (2017), partiendo de la estructura ser-deber ser estipulada por Ferrajoli, concreta el constitucionalismo pospositivista mediante tres rasgos característicos: (1) el análisis estructural de derecho o método analítico, (2) el objetivismo moral y (3) la implantación social. Además, considera el fenómeno de la constitucionalización del derecho –aquí se aparta de Ferrajoli– a través de la normativización de objetos morales racionalmente contruidos, entre otros, pero, sobre todo, los *derechos humanos*; a partir de este eje (*estructura y objetos morales mínimos*) el constitucionalismo pospositivista explica la función del derecho mediante su implantación social (*función social de control y garantía*).

4.1. No hay constitucionalización sin método analítico

Acogiendo los postulados de la escuela positivista del derecho³⁶, el constitucionalismo pospositivista otorga elementos importantes para cualquier ejercicio de análisis jurídico. El Positivismo jurídico y la filosofía analítica poseen una estrecha vinculación y el método desarrollado por esta corriente de pensamiento –llamado *método analítico*– es uno de los aspectos más relevantes que el positivismo jurídico aportó a la cultura del derecho. Ese método

36 Piénsese, por ejemplo, en Kelsen, Hart, Ferrajoli, Bobbio, entre otros.

suele cifrarse en el uso y aceptación de ciertas distinciones, por ejemplo, entre enunciados descriptivos y prescriptivos o reflexiona sobre las condiciones de unidad, coherencia y plenitud de los ordenamientos. Pese a su gran aporte teórico, esta escuela tiende a reducir el derecho a un fenómeno de autoridad que se niega a entender la existencia de relaciones sociales intrínsecas en la existencia de los sistemas jurídicos sin reparar en las relaciones sociales subyacentes a la formalidad del derecho. Resulta tremendamente útil a la hora de teorizar los sistemas jurídicos y sus particularidades, no lo es tanto a la hora de enfrentar sus conclusiones lógicas con las decisiones humanas. Esta condición epistemológica del método analítico, como se explicó antes, concuerda con la crítica presentada por Zubizarreta³⁷.

4.1.1. El método analítico del constitucionalismo pospositivista, la constitucionalización de los actores transnacionales y su praxis en el anarcocapitalismo globalizado

Cuando las sociedades occidentales decidieron introducir en sus normas constitucionales normas que se erigen como límites al ejercicio de los gobiernos, de los grupos de poder y como vínculos jurídicos que garantizan tales límites, el Estado experimentó la concreción de estructuras jurídicas que crearon la esfera de lo indecible –derechos civiles y políticos– y de lo que debe ser decidido –derechos económicos, sociales y culturales–; condiciones que no permiten, ni a las mayorías, ni a los constituyentes primarios decidir; cláusulas intangibles que limitan de un lado la soberanía estatal y del otro la actividad de los asociados –límites y vínculos– públicos (L. Ferrajoli). Los derechos fundamentales se erigen entonces (1) como estructura constitucional, (2) como condición contra mayoritaria y (3) como garantía de libertad. En el mismo sentido, pero de forma más tenue, casi embrionaria y limitada, posiblemente debido a la irrupción del anarcocapitalismo global, el paradigma de la constitucionalización intenta incursionar, como se vio, sin mucho éxito, en el ámbito del derecho internacional. El fenómeno de la constitucionalización intenta abrirse espacio en el contexto internacional que tiende hacia la adopción del sistema anarcocapitalista y que deja sin condición de posibilidad a los derechos humanos.

Uno de los mayores desafíos que, a mi juicio, enfrenta la constitucionalización de los actores transnacionales radica en la necesidad de proponer un modelo teórico viable, plausible, razonable para los derechos humanos prescindiendo en todo o en parte de la existencia del Estado. Se hace necesario avanzar en un modelo que evite a toda costa que los derechos subjetivos de carácter público (derechos fundamentales) se conviertan en objetos del mercado (derechos objetivos del individuo), un modelo que plantee sistemas de garantía eficaces

37 Zubizarreta, J. H. *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa*, cit. Véase *supra*: 1.3. La dogmática jurídica actual como obstáculo.

con alcance transnacional; uno de los retos más importantes giran en torno a la idea según la cual la constitucionalización ha sido pensada a partir de la estructura estatal quien mediante los judiciales garantiza el cumplimiento de tales vínculos y límites; en el ámbito internacional, en cambio, las condiciones para la garantía y proliferación de los derechos fundamentales no están dadas.

En efecto, las relaciones internacionales, la institucionalización de la ONU, el nacimiento de los tratados internacionales de derechos humanos, los mecanismos de monitoreo y las cortes regionales de derechos humanos son expresiones de este fenómeno. A pesar de ello, las relaciones jurídicas internacionales de actores transnacionales –*empresas y organizaciones transnacionales de toda índole*– no han adoptado estos contornos. La llamada *lex mercatoria* y las *regulaciones voluntarias de protección*, a pesar de los límites que encuentran en las diferentes jurisdicciones internas, persiguen la necesidad de proveer de condiciones comerciales favorables que, al identificar ventajas comparativas de tipo eminentemente monetario tales como: costo favorable de mano de obra precaria o esclava, reducción de impuestos, garantías laborales inexistentes, límites de protección medioambiental escasos, conflictos armados, entre muchos otros factores, aprovecha de los ordenamientos jurídicos totalitarios y no constitucionalizados, no solo para modelar sus propias relaciones jurídicas, sino también para producir mejores rendimientos económicos y acumular poder político. Al respecto, una propuesta plausible, pero que por cuestiones de espacio no puede ser abordada en esta comunicación, puede encontrarse en Ferrajoli, quien propone una Constitución para la Tierra que, sin embargo, prescindiera de la existencia de un “mega Estado”, la propuesta esencialmente busca la estipulación de ciertos bienes jurídicos globales que mediante mecanismos de actuación estatales propongan una política pública transnacional y un sistema de coordinación judicial³⁸.

4.1.2. El tenue avance hacia la constitucionalización de las relaciones jurídicas de actores transnacionales

Actualmente, la teoría jurídica internacionalista, puntualmente la del llamado derecho internacional público, fundamentada también en el iuspositivismo moderno³⁹, ha incursionado en la discusión sobre la existencia de un orden constitucional global fincado en la positivización universal de los derechos humanos, perfilándolos como estructuras fundantes del fenómeno de consti-

38 Aconsejo la lectura de L. Ferrajoli, *Constitucionalismo más allá del estado*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, ed. Trotta, Madrid, 2018; L. Ferrajoli. *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, ed. Trotta, Madrid, 2022.

39 Al respecto se recuerda la descripción de un nuevo modo de positivismo descrito por Ferrajoli como positivismo moderno, en contraposición al paleopositivismo de la teoría clásica kelseniana.

tucionalización del derecho –*bienes públicos globales*–⁴⁰. Pese a las críticas que se le puedan formular al planteamiento positivista⁴¹, el modelo propuesto resulta útil en tanto se ocupa de la descripción del fenómeno jurídico de la constitucionalización del derecho internacional. Esta acción de pretendida descripción de un modelo jurídico funcional a un orden constitucional global ha permitido dos operaciones puntuales: (1) dotar a la disciplina internacionalista de un lenguaje nuevo y estable cuya función principal es la de permitir la expansión de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones internacionales. Y (2) tal vez su razón más profunda tenga que ver con un programa político de corte social que pretende ejercer una acción de balance y contención ante el fenómeno del capitalismo anárquico globalizado.

La impregnación que el lenguaje de los derechos fundamentales ha hecho en el ámbito del derecho internacional público ha marcado un fuerte fenómeno de fragmentación en donde juristas internacionalistas hablan del mismo fenómeno fáctico a través de lenguajes completamente disímiles, piénsese, por ejemplo, en el lenguaje de las cortes regionales de derechos humanos frente al de los tribunales de arbitraje de inversión; mientras que para las primeras la protección de los derechos fundamentales obliga a los Estados a servir como garantía de los derechos de sus ciudadanos, para el arbitraje de inversiones (sobre todo en los casos en donde los Estados se ven involucrados) el Estado debe privilegiar siempre el respeto por las reglas del juego y la estabilidad jurídica sin importar las consecuencias sociales y/o medioambientales que la inversión pueda estar acarreado. Al respecto me he ocupado en detalle al analizar las llamadas “consultas populares mineras” frente a la protección medioambiental de las zonas de páramo en Colombia en el caso del páramo de Santurbán⁴².

4.1.3. ¿Un arbitraje de inversiones constitucionalizado?

La constitucionalización de las relaciones jurídicas de actores transnacionales se configura así en un enorme campo de análisis por desarrollar. En el mismo sentido, resulta también crucial observar la evolución de los mecanismos de arbitraje de inversiones⁴³.

40 Al respecto resultan interesantes las propuestas de Peter (2012), quien sostiene la existencia de un derecho global que comienza a perfilar tres grandes campos de sistematización: el derecho global cuasiprivado, el derecho público global y el derecho global penal. En el mismo sentido, Cassese, Nollkaemper, Tietje, Krisch & Stewart y Schmidt, entre otros, han descrito el emerger de un derecho administrativo global basado en una estructura normativa esencialmente positivista que encuentra en la costumbre internacional su norma fundante.

41 Al respecto se recomienda la lectura de Koskeniemi, M. “La política del derecho internacional”, *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional*, 2014.

42 Remito a: Castaño, J.S.; Martínez, I.L. y Oviedo, M.A. *La respuesta del derecho en Santurbán: páramos, extractivismo y conflicto social, aspectos destacados en la lucha frente al cambio climático*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

43 Al respecto se sugiere la lectura de Peterson (2016) *Derechos humanos y tratados bilaterales de inversión, Panorama del papel de la legislación de derechos humanos en el arbitraje*

En un interesante artículo de la Universidad de los Andes, Pablo Rey Vallejo explica el estado del arte al respecto y sostiene que es necesario incluir dentro de los tratados de protección a la inversión disposiciones que obliguen a los inversionistas a cumplir unos estándares mínimos de respeto a los derechos humanos en el desarrollo de su actividad utilizando esta normativa como criterio complementario para determinar los niveles de compensación que habrán de reconocer a un inversionista en particular⁴⁴.

Evidentemente la praxis intenta constitucionalizar las que aquí he llamado *relaciones jurídicas de actores transnacionales* mediante una suerte de constitucionalización internacional descentrada.

En materia medioambiental la situación parece más o menos la misma; sobre el particular, Gómez-Moreno plantea una pregunta, a mi juicio, imposible de resolver en el estado actual del modelo globalizador: “¿Cómo pueden entonces los Estados cumplir sus obligaciones medioambientales sin descuidar sus compromisos con los inversionistas?”. La desilusionante respuesta da cuenta de la dificultad que supone tratar de interpretar un problema sin evaluar el contexto histórico, teórico y geopolítico que le precede; el autor responde:

salvo que se renegociaran los términos de los acuerdos con los integrantes del sector privado, los Estados estarían frente al deber de elegir entre el ‘menor’ de dos males: defraudar a la comunidad internacional (e incluso a la sociedad civil) o desconocer ciertas protecciones del inversionista⁴⁵.

Un análisis estructural del problema nos arrojaría una traducción de la cuestión de la siguiente forma: ¿Cuál es la norma fundante (*groundnorm*) que debe ser respetada por los Estados, la de protección de la inversión o la de protección medioambiental y social de sus territorios? Parece ser que la respuesta a esta pregunta no puede ser ponderativa sino subsuntiva (disyuntiva): o se acepta una o se acepta la otra.

De nuevo, otro panorama de posibilidades por investigar.

Esta es, pues, una cuestión que, como se ha venido sosteniendo, desborda los límites del derecho y corresponde a la política (ambos guiados por la ética y no por la economía), es necesario voltear a ver el conflicto social y la discusión política. De nuevo el constitucionalismo pospositivista permite abrir

entre inversores y Estados, Canadá, Centro Internacional de Derechos Humanos, y Desarrollo Democrático; Echaide, J. “Demandas en el CIADI y el derecho humano al agua: ¿tratados de inversión vs. derechos humanos?”, *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, vol. 29, 2016, 181-114; Solórzano. “Los tratados bilaterales de protección de inversiones y su sometimiento a los derechos humanos y un breve excursus para el caso colombiano”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 19, n.º 2, 2017.

44 Vallejo, R. “El arbitraje de inversiones y los retos de la globalización”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad de los Andes, n.º 38, 2007, 3-23.

45 Gómez, M. J. P. “El rol del arbitraje de inversión en la implementación de las políticas de cambio climático”, *Themis-Revista de Derecho* 82, julio-diciembre 2022, 123-144.

un espacio de discusión al respecto sin “salir del discurso jurídico”, el derecho y con él los juristas debemos poder dar cuenta de los conflictos sociales subyacentes a todo fenómeno normativo sino queremos caer en alienaciones normativas autorreferentes.

4.2. *El constitucionalismo pospositivista y el derecho como práctica social: ¿sociedad-civil versus empresa transnacional?*

La teoría del derecho (el lenguaje normativo) está compelida a formar parte de la práctica social teniendo en cuenta su carácter de sistema de control social; por consecuencia, cualquier sistema teórico-jurídico actual, incluido el sistema del derecho internacional, no puede ser ajeno a los valores de esa práctica, ni puede tampoco concebir su participación (*la del derecho*) en términos puramente individuales, por tanto, lo que guía la labor del teórico del derecho es la participación cooperativa, quizá interdisciplinar en la construcción de conceptos jurídicos que colaboren en la mejora de esa práctica (sigo en esto a M. Atienza).

La descripción del derecho como práctica social se refiere al derecho como fin que colabora en mantener el equilibrio social, mejora la capacidad de integración social, regula el comportamiento de los agentes, identifica las necesidades de corrección social, también lo teoriza como medio de la organización social para la construcción de los fines sociales y promueve además relaciones que eviten la explotación del hombre por el hombre. En suma, el constitucionalismo pospositivista nos permite dar sentido a la dogmática jurídica internacionalista (segunda hipótesis de Zubizarreta) encardinándola en análisis sociales sin perder nunca de vista el sistema normativo; “una teoría del derecho que incorpora ciertas categorías que el clásico positivismo jurídico dejó fuera del análisis (conflicto, trabajo, poder, necesidad social) y que le permiten al derecho asumir un carácter histórico –genealógico– que preste atención a los elementos desiguales e ideológicos del derecho”⁴⁶.

4.2.1. El derecho internacional como praxis social conflictualista no como praxis exclusivamente estatal funcionalista: ¿cómo se develaría ante nosotros el fenómeno social?

De nuevo, es menester llevar a cabo una elección, pues la que hemos llamado aquí *praxis social* también está sometida a la pluriversidad de perspectivas. En consecuencia, el derecho tampoco puede ser ajeno a la estructura conceptual con la cual se aborda el análisis social. Siguiendo el constitucionalismo pospositivista, el análisis de la praxis social, en tanto acción social, se podría concebir a partir de una concepción conflictualista de la sociedad –el origen

46 Atienza, M. *Ni positivismo jurídico, ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo post positivista*, Colegio de Abogados de Pichincha, CAP Jurídica n.º 3, 2017.

de la organización social es el conflicto⁴⁷. Sin embargo, su dinámica interna no es inherente a los grupos sociales entendidos como un todo, sino, más bien, a los individuos que los componen, quienes actúan pretendiendo intereses antagónicos; el conflicto funge como elemento natural y dominante de la relación social, su función principal es ser agente de cambio social. Desde tal perspectiva el derecho actúa como un sistema de control social que trabaja en función de aumento o disminución del conflicto⁴⁸.

4.2.1.1. El conflicto social subyacente sociedad civil-empresa transnacional

En el contexto de violaciones de derechos humanos por parte de empresas transnacionales, pareciera que estamos frente a una disociación del concepto “sociedad civil” en tanto éste usualmente incluye al mundo empresarial y además está ligado directamente a la existencia del Estado⁴⁹. Al respecto Del Arenal, en su juicioso análisis del contexto global, sostiene que nos encontramos en un contexto global que ya no es un sistema exclusivamente interestatal y estatocéntrico (en mi criterio, esta situación se debe posiblemente a los más de 40 años de neoliberalismo anarcocapitalista) sino que parece más una sociedad multicéntrica o de múltiples actores ya no exclusivamente estatales; consecuentemente, estamos frente a un panorama global más imprevisible e inestable a nivel de estructuras y dinámicas⁵⁰.

En este contexto “multicéntrico”, la realidad social internacional que se nos presenta pareciera mostrarnos una sociedad civil activa. La “sociedad civil” aquí se presenta como un sujeto político ajeno de la empresa transnacional; al no existir un Estado mundial, ni una gobernanza global, la sociedad civil a la que hago referencia incluye pueblos, grupos, organizaciones, movimientos sociales, partidos políticos, grupos religiosos, ONG y empresa privada nacional que interactúan o mejor, conflictúan, constantemente con la empresa transnacional en aquellos territorios donde la transnacional ejecuta su actividad comercial. Como consecuencia de ello el Estado (y con él, la constitucionalización del derecho) se presentan aquí como un actor más, ya no como antitético a la sociedad civil sino, más bien, a veces como coadyuvante de las demandas sociales, a veces (la mayoría de ellas) como patrocinador de la empresa transnacional.

47 Marx, K. *La miseria de la Filosofía*, Madrid, Júcar, 1974.

48 Atienza, M. *Introducción al Derecho*, México, segunda edición, ed. Doctrina Jurídica Contemporánea, 2000, 72.

49 Zerbini, R. “El rol de la sociedad civil organizada para el fortalecimiento de la protección de los derechos humanos en el siglo XXI: un enfoque especial sobre los DESC”, *Revista IDH*, vol. 51, 2010, 250-271.

50 Del Arenal, C. “La nueva sociedad mundial y las nuevas realidades internacionales: un reto para la teoría y para la política”, en Vitoria, G. *Curso de derecho internacional y relaciones internacionales*, Universidad del País Vasco, 2001, 27.

El derecho no ha podido dar cuenta del conflicto entre la sociedad civil organizada y las empresas transnacionales y la incerteza conceptual respecto del tratamiento que se hace desde el derecho y la política acarrea un aumento de la conflictividad social. Como se explicó, el conflicto entre la sociedad civil y las empresas ha abierto espacios para el análisis jurídico; sin embargo, la discusión hasta ahora ha sido circunscrita al ámbito de la cooperación judicial, aplicación extraterritorial de la ley y creación de normas especiales que regulan un determinado ámbito de la actividad empresarial (Costa A. 2014, López y Busturia, 2016). En tal sentido, cada ordenamiento estatal debe lidiar de manera autónoma con sus propias prohibiciones y permisos respecto de la responsabilidad empresarial por violación de derechos humanos, hasta ahora la dinámica normativa ha sido contingente y no atiende a ninguna lógica sistémica.

Algunos Estados industrializados (usualmente con domicilio principal de casas matrices) han creado regulaciones internas que de forma directa impactan las cadenas de suministros más allá de sus fronteras nacionales; tal vez un ejemplo significativo del conflicto sociedad civil-empresas y sus consecuencias puede ser la campaña conocida como “Blood in the Mobile”⁵¹ (“Sangre en el teléfono”) llevada a cabo por una coalición de organizaciones no gubernamentales para visibilizar los efectos devastadores de las minas de explotación del *colombotantalita* en el Congo. La campaña logró la creación de un sistema de debida diligencia y la modificación de los sistemas internos de responsabilidad social empresarial en la multinacional Nokia y contribuyó significativamente a la creación de la Sección 1502 del Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act⁵².

Las iniciativas políticas surgidas desde varios lugares del globo han abierto espacios importantes de discusión por medio de los cuales se han cristalizado conceptos, aproximaciones teóricas y discursos que de un lado enriquecen su desarrollo y del otro hacen más compleja su concepción. El ejemplo más claro de esto se encuentra en Principios de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos (en adelante, Principios Rectores), que son, en la actualidad, la referencia mundial para todos los actores (Estados, empresas y sociedad civil) que de forma directa o indirecta tienen obligaciones, responsabilidades y/o intereses legítimos en relación con la actividad comercial y empresarial. Este movimiento, impulsado esencialmente por organizaciones de la sociedad civil coordinada en varios lugares del globo, ha posibilitado procesos de cambio a nivel internacional e interno; al respecto es importante recordar, por ejemplo,

51 Niños y niñas del Congo Occidental son explotados en yacimientos de coltán (*colombotantalita*) para la producción de equipos electrónicos y teléfonos inteligentes. La multinacional Nokia, entre otras, se vio forzada a cambiar su sistema de suministro mundial del mineral.

52 Legislación estadounidense que regula la relación consumidor-empresa y obligó a todas las empresas estadounidenses u operantes en territorio norteamericano a la certificación de proveniencia del coltán comprado a proveedores africanos.

iniciativas internacionales de amplio espectro como el Global Compact⁵³, los Puntos de Contacto Nacionales de la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OECD, por sus siglas en inglés), la ampliación y modernización de las Políticas Operativas del Banco Mundial con un enfoque de protección de derechos, entre muchos otros.

Este movimiento, cristalizado a partir de la promulgación de los Principios Rectores, ha generado esfuerzos en la creación de política pública en todo el globo; estas iniciativas han impactado la institucionalidad de los Estados donde operan y han servido como catalizador de procesos sociales, políticos en las diferentes jurisdicciones; sin embargo, todas las iniciativas puestas en marcha se sustentan en la “buena voluntad” derivada de hipotéticos y eventuales intereses en común que puedan tener las empresas de un lado y los grupos de interés del otro. Al respecto ya me he referido más arriba, remito también a mi artículo “Cuatro debates sobre la constitucionalización de las relaciones jurídicas de actores transnacionales en el 10º aniversario de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos”⁵⁴.

4.2.2. La demanda social por obligatoriedad sugiere la constitucionalización de las relaciones jurídicas de actores transnacionales

Las reflexiones en torno al fenómeno sugieren sin embargo varias disfuncionalidades. Tal vez, la discusión más acalorada se centra en el carácter obligatorio de estas determinaciones normativas; observado desde el normativismo, se podría afirmar que esta demanda por obligatoriedad apunta a la constitucionalización de las relaciones jurídicas de actores transnacionales; lejos de ser una discusión “estéril” o demasiado teórico-jurídica, reviste una importancia estructural. Después de todo, lo que pretenden los diferentes grupos sociales es abordar el discurso normativo de la responsabilidad que, observado desde aquí, parece un reclamo regulatorio, un reclamo que, sin embargo, no posee una autoridad central para imponerlo.

La observación del conflicto-sociedad civil empresas transnacionales parece solicitar la intervención de una autoridad superior, capaz de regular la activi-

53 Iniciativa de las Naciones Unidas para para alinear las estrategias y operaciones de las empresas con los principios universales de derechos humanos, trabajo, medio ambiente y lucha contra la corrupción.

54 Martínez Pinilla, I.L. “Cuatro debates sobre la constitucionalización de las relaciones jurídicas de actores transnacionales en el 10º aniversario de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos: hacia la búsqueda de responsabilidad para las empresas transnacionales por violación de derechos humanos”, en *El 10º aniversario de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos: retos de la debida diligencia en materia de derechos humanos y medio ambiente y los derechos de los pueblos indígenas*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, 119-140.

dad empresarial transnacional, sin duda, un discurso necesario, pero privado de interlocutor. Sin Estado, ¿quién lidia con el conflicto social? Resulta entonces nuclear abordar el discurso de la obligatoriedad. Si la responsabilidad se predica únicamente desde la esfera de lo permitido, como pregonan los Principios Rectores, entonces el análisis deóntico resulta incompleto; si la responsabilidad no se observa desde lo prohibido y lo obligatorio, entonces pierde su carácter regulador, no puede ser llamada responsabilidad⁵⁵.

Me pregunto entonces ¿Qué pasa cuando no hay intereses en común entre empresas y sociedad civil? ¿Qué sucede cuando la buena voluntad de las partes no alcanza para dar trámite al conflicto subyacente? Evidentemente las iniciativas descritas no poseen la capacidad de lidiar con el conflicto de intereses cuando estos son contrapuestos e irreconciliables, máxime cuando este conflicto se pone de manifiesto en un contexto de contiendas culturales, intereses económicos y proliferación de ideologías de toda índole. En resumen, no existe quien diga la última palabra, no hay quien pueda lidiar con el conflicto. ¿Un hipotético y paquidérmico mega Estado internacional?

Analizar el fenómeno de la constitucionalización del derecho internacional sin Estado se configura entonces como programa nuclear de la discusión; parece claro que si no se proponen vías intermedias entre un mega Estado global y la completa desregulación, el conflicto sociedad civil-empresas seguirá en aumento. De nuevo, todo por investigar.

4.3. El objetivismo moral mínimo de la constitucionalismo positivista y el fenómeno de la constitucionalización de las relaciones transnacionales: interacción entre lo moral y lo jurídico

El constitucionalismo positivista se aparta del escepticismo axiológico, no-cognoscitivismo o relativismo moral pregonado por el paradigma positivista, mientras que el positivismo niega que los juicios de naturaleza ética

55 Resulta importante reflexionar sobre este punto a través de la lógica deóntica, la cual define la norma y los enunciados normativos, diferenciándolos a su vez de las prescripciones y de los simples imperativos, y tratando sobre las consecuencias entre normas surgidas de la analogía que guardan los conceptos modales aléticos: *posible*, *imposible* y *necesario*; y los conceptos deónticos o normativos: *permitido*, *prohibido* y *obligatorio*. Hugo José Francisco Velásquez expone magistralmente un estado del arte sobre la cuestión en su texto “Lógica deóntica: breve panorama de la cuestión”, *Cuadrante PHI*, n.º 28, Bogotá, 2015: “La lógica deóntica como rama específica y autónoma nace en el año 1951 a partir del artículo de Georg Henrik von Wright, el cual se titula: ‘Deontic Logic’. En la misma época aparecieron dos trabajos relacionados con el tema: el de Becker en el año 1952 y el de Kalinowski en 1953, los cuales desarrollaron y profundizaron sobre algunas de las cuestiones que había examinado Von Wright. También hay que tener en cuenta los aportes y contribuciones de Miro Quesada y del profesor Klug, en el campo de la lógica jurídica”. Serían Alchourrón y Bulygin, con sus obras *Análisis lógico y derecho* de 1991 e *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* de 1974, quienes destacaran la importancia de la distinción entre normas y proposiciones normativas.

sean susceptibles de justificación racional⁵⁶; de forma casi antitética, el constitucionalismo pospositivista plantea un objetivismo moral mínimo, limitado, limitable y excepcional que, frente al relativismo, defiende la tesis de que los juicios morales incorporan una pretensión de corrección. En ese sentido, desde el constitucionalismo pospositivista resulta imperativo abordar la discusión ética en torno a la actividad empresarial transnacional y con ella la del modelo de globalización en acto, a mi juicio concentrada en la reflexión teórico-filosófica de la llamada responsabilidad social de las organizaciones, otrora responsabilidad social empresarial.

4.3.1. Aproximación al objetivismo moral mínimo del constitucionalismo pospositivista en la constitucionalización de relaciones jurídicas de actores transnacionales: la responsabilidad social de las organizaciones, un debate ético con perspectivas jurídicas

El concepto de responsabilidad social de las organizaciones ha sufrido variaciones conceptuales: inicialmente entendido como responsabilidad social empresarial: perspectiva en la que se plantearía que la empresa debe responder a demandas sociales concretas anticipándose y previniendo presiones sociales⁵⁷. Pueden ser autores paradigmáticos de esta perspectiva Sethi, Ackerman y Bauer. Posteriormente, reinterpretada bajo la voz de “responsabilidad social corporativa”, el concepto plantea la necesidad de consolidar un conjunto de principios que, más allá de la aceptación de la responsabilidad de la empresa, promueva su actuación permanente y proactiva en sintonía con los intereses y las exigencias de la sociedad (inicio de la teoría de los *stakeholders*)⁵⁸, finalmente, sufre una nueva variación conceptual bajo la voz responsabilidad social de las organizaciones: mediante este concepto se pretende actualizar el ámbito de imputación de responsabilidad frente al actual contexto de globalización en el cual la RSO debe dar paso a un concepto más amplio que no concierna estrictamente a las corporaciones. Esto es corroborado por Taneja y otros⁵⁹, para quienes este concepto abarca o debe abarcar a cualquier organización.

Al parecer el objeto de estas variaciones conceptuales pretende ampliar el margen de imputación de la responsabilidad, se nota aquí una intención de ampliación concreta del marco de responsabilidad. Sin embargo, es claro que no existe consenso sobre el concepto responsabilidad social de las organizaciones,

56 Nino, C.S. *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel, novena edición, 1999.

57 Garriga, E. y Melé, D. “Corporate social responsibility theories: mapping the territory”, *Journal of Business Ethics*, Kluwer Academic, 2004.

58 Friedman, M. *A Friedman doctrine: the Social Responsibility of Business is to Increase Its Profits, Corporate Social Responsibility: Readings and Cases in a Global Context*, 2008, 26 a 322.

59 Tello, C. & Rodríguez, C. “Categorías conceptuales para el estudio de la responsabilidad social organizacional”, *Hallazgos*, vol. 11, n.º 22, 2014.

como lo afirman Frynas & Blowfield, puesto que existen elementos comunes identificables en el concepto y estos elementos influyen significativamente en el modo en que las empresas entienden sus propias responsabilidades.

En virtud del evidente relativismo moral en el que el anarcocapitalismo ha sumido a las relaciones transnacionales, y ante la falta de regulación en torno a esta práctica, el concepto no es estable y por tanto suele ser interpretado (llevado a la práctica) de formas disímiles y “convenientes” según los sujetos que lo instrumentalizan. En palabras sencillas, una cosa es la responsabilidad social de las organizaciones para el gerente o las juntas directivas y otra bien diferente, es la que promueven los llamados *whatch dogs* –organizaciones no gubernamentales de denuncia–; ni qué decir sobre su tratamiento por parte de las organizaciones internacionales. Usualmente, el concepto es utilizado (instrumentalizado según los fines perseguidos) de un modo por los operadores que intentan implementar un determinado modelo de responsabilidad social de las organizaciones y otro muy diferente es el que entienden los investigadores que intentan establecer el concepto dentro de la disciplina científica. También puede llegar a tener un significado completamente diferente, a veces, antitético para las organizaciones no gubernamentales respecto de las empresas. Estas diferencias, observadas en una realidad relativista y altamente desregulada, son inevitables; en la práctica, se convierten en el vehículo de discusión ideológica mediante el cual se instrumentalizan las actividades de las empresas. El lenguaje empresarial tiende a marginalizarlo adoptando otras formas más concretas de acción empresarial como los sistemas de *control de calidad*, *control financiero* o *control del riesgo*, al tiempo que los diferentes grupos de presión y organizaciones, ante la ambigüedad y la vaguedad del concepto, crean expectativas disímiles respecto de lo que una determinada responsabilidad social de las organizaciones puede ofrecer.

Vista de esta manera, la responsabilidad social de las organizaciones se reduce a una expresión lingüística derivada de un conflicto social subyacente sin formas jurídicas claras de resolución. Resulta imprescindible analizar el concepto de responsabilidad social de las organizaciones, los sistemas creados para su vigencia y las potencialidades (de haberlas) para lidiar con el conflicto social descrito.

Tal vez reflexionar sobre los objetos morales en torno a la actividad empresarial contribuya a entender las vías de la constitucionalización de las relaciones jurídicas de actores transnacionales. Un buen punto de partida consistiría en investigar los límites de la actividad empresarial frente a violaciones graves de derechos humanos; la ampliación del catálogo internacional de crímenes nucleares o *core crimes* (en tanto objetos morales mínimos infranqueables en el estado constitucional) podría permitir avances significativos en la búsqueda de responsabilidad empresarial. Se recuerda por ejemplo la exploración hecha por Arenal en su tesis doctoral sobre *Crímenes económicos de derecho interna-*

*cional*⁶⁰. En suma, la interpretación de ciertos objetos morales mínimos podría replantear las formas de responsabilidad organizacional buscando la estipulación de sistemas de responsabilidad social de las organizaciones congruentes con la vida democrática. De nuevo, un horizonte de investigación abierto.

4.4. El constitucionalismo pospositivista no intenta la búsqueda de una teoría general del derecho: la necesidad de elaborar teorías “particulares” del derecho frente al fenómeno de la constitucionalización

“La elaboración de una teoría del derecho completamente general, válida para cualquier sistema jurídico, es una empresa de valor limitado”⁶¹; aun así, plantear una acción de constitucionalización global implica la creación de metateorías capaces de ayudarnos a conjugar las diversas formas (particulares) de entender el derecho. Para el constitucionalismo pospositivista es necesario evitar la recepción de paradigmas que tengan la pretensión de generalidad teniendo en cuenta que la construcción del derecho es una praxis social (un fenómeno en devenir) la elaboración de teorías jurídicas creadas en un determinado contexto social no podría ser utilizada, al menos no en su totalidad y de manera análoga, en un contexto social diferente. Por tanto, la perspectiva pluralista de la elaboración de una teoría jurídica debe responder a la práctica social en la cual actúa sin dejar de lado el análisis de todas las propuestas teóricas a disposición que puedan servir de base epistémica para la perfección del derecho local. Para Atienza

pretender una teoría general del derecho sin más, es la expresión un fenómeno globalizador [sic] equivocado. Por eso, ante el riesgo cierto de que la globalización en la teoría del derecho responda más bien a la “globalización de un localismo”, es importante desarrollar teorías del derecho “regionales”, “particulares” “contextualizadas” o si se quiere “específicas”, que respondan a los diversos círculos de cultura hoy existentes. “El multilateralismo parece una estrategia deseable, y no sólo en el ámbito de la política internacional”. Conviene entonces adoptar cierta actitud de “cautela” o de “sospecha” en relación con las modas ius filosóficas que poseen la pretensión de generalización⁶².

En este contexto de renuncia a teorías generales aplicables a todos en todo lugar, el constitucionalismo pospositivista identifica un círculo de cultura

60 Arenal, L. *Crímenes económicos en derecho internacional. Propuesta de una nueva categoría de crímenes contra la humanidad*, tesis doctoral, Universidad de Sevilla, 2018.

61 Atienza, M. Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 37, 2014, p. 301.

62 Atienza, M. *Ni positivismo jurídico, ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo post positivista*, Colegio de Abogados de Pichincha, CAP Jurídica n.º 3, 2017.

concreto al que denomina *el contexto del mundo Latino y el Estado constitucional de derecho*. A pesar de sus disparidades económicas, el derecho en los llamados países latinos⁶³ guarda similitudes y presenta fenómenos jurídicos más o menos parecidos entre sí en razón de la cercanía cultural que todos estos pueblos poseen, bien desde el punto de vista lingüístico, bien desde el punto de vista institucional.

Debido a aquella cercanía cultural estas naciones han desarrollado sistemas jurídicos (en el sentido más amplio de la palabra) más o menos similares, y todos ellos expresan su sentido mediante la construcción del Estado constitucional, el cual opera como un ideal regulativo para el desarrollo del derecho y de la cultura jurídica. El constitucionalismo pospositivista concibe este ejercicio de localización o de pensamiento situado como una “necesidad epistemológica de distinguir entre lo puramente local y lo que tiene –o puede tener– un valor universal en relación con el universo del Estado constitucional. De este modo la producción teórico-jurídica local juega [*sic*] un papel de mediación entre lo local y lo universal y contribuye así a una globalización más equilibrada en la teoría del derecho”⁶⁴.

4.4.1. Iniciativas internacionales: la globalización de un localismo para la constitucionalización

La necesidad de pensar modelos situados del derecho, propuesta por el constitucionalismo pospositivista, nos sugiere observar con cuidado, casi con desconfianza, las iniciativas internacionales que pretendan globalizar el discurso sobre el papel de las empresas y los derechos humanos. En muchos casos el discurso global deja inobservadas las necesidades concretas de los sistemas jurídicos plurales de cada territorio. Me refiero, por ejemplo, a las declaraciones de principio –como los principios Ruggie–, a las directrices de la OECDE y sus Puntos Nacionales de Contacto o a las Políticas Operativas del Banco Mundial. Loables, pero construidas desde estructuras de pensamiento eurocéntricas u occidentalizadas, a veces más funcionales al anarcocapitalismo globalizado que a las necesidades concretas de los ordenamientos jurídicos plurales y diversos (constitucionalizados).

Un ejemplo de ello se puede observar en las llamadas Políticas Operacionales⁶⁵ del Grupo del Banco Mundial, que, pese a su carácter teórico-normativo

63 Aquí Atienza se refiere a los países de América Latina, España, Portugal e Italia.

64 Atienza, M. *Ni positivismo jurídico, ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo post positivista*, Colegio de Abogados de Pichincha, CAP Jurídica n.º 3, 2017.

65 En 1997 el Banco Mundial identificó diez líneas guía específicas de sus políticas de salvaguardia, refiriéndose a estas como políticas con obligaciones de “no hacer”. Las políticas involucradas dentro de esta categoría son: OP 4.01 Evaluación Ambiental, OP 4.04 Hábitats naturales, OP 4.36 Explotación forestal, OP 4.09 Manejo de plagas, OP 4.12. Reasentamientos

(de *soft law*), se introducen de modo automático en el sistema legal de cada Estado nacional adquiriendo un carácter coercitivo directo sin el menor control de los poderes públicos. Al respecto reflexioné en el pasado⁶⁶ encontrando que estas normas, pese a su valor de normas internacionales derivadas, han experimentado un fenómeno de validación jurídica por medio del cual se han convertido en un instrumento normativo de aplicación inmediata de las normas del Banco Mundial dentro de los sistemas legales nacionales. Su obligatoriedad deriva, al parecer, de la firma del contrato de préstamo que el Estado cliente celebra con la institución; las Políticas Operacionales son hoy no solo un referente normativo para aquellos Estados/clientes que han decidido iniciar relaciones comerciales con el Banco Mundial, sino que también se han convertido en “normas tipo”. Esto es, en modelo normativo replicado por otras entidades financieras internacionales que deciden adoptar los esquemas del Banco Mundial dentro de su portafolio de servicios, por ejemplo el Banco Interamericano de Desarrollo.

Desde esta perspectiva, entender la cultura jurídica de los denominados “Estados constitucionalizados” permitirá observar la respuesta judicial local, las iniciativas de la sociedad civil y el mundo empresarial y financiero para construir-deconstruir elementos conceptuales que permitan avanzar en el propósito de lograr una responsabilidad empresarial concreta. Las iniciativas locales, sobre todo aquellas iniciativas que pretenden generar sistemas de monitoreo y control del riesgo por violación de derechos humanos o aquellas que desde los escenarios judiciales –específicamente las cortes constitucionales– impulsan normas y mecanismos de interacción como la consulta previa o los comités de concertación para proyectos extractivos son algunos ejemplos de sistemas que pueden llegar a ser útiles en el propósito aquí descrito. De igual forma, esta perspectiva local permite observar las acciones de la sociedad civil organizada como las *consultas populares mineras*⁶⁷, los mecanismos de presión mediante campañas mediáticas, las acciones de litigio estratégico, entre otras.

involuntarios, OP 4.20 Pueblos indígenas, OP 11.03 Propiedad cultural, OP/BP 4.37 Seguridad de las represas, OP 7.50 Proyectos sobre Vías Fluviales Internacionales y OP 7.60 Proyectos en zonas disputadas. Pese a los esfuerzos del Banco para mejorar los procesos de consulta, analistas y OSC han criticado abiertamente dichos procedimientos. Desde entonces la institución ha expandido y modificado dichas salvaguardias.

66 Martínez, I. L. “Políticas operativas del Banco Mundial: mucho más que políticas”, en *El Estado en la encrucijada: retos y desafíos en la sociedad internacional del siglo XXI*, España, Cuadernos Institut Carlemany D’Estudis Europeus, ed. Espaliu Berdud C., Aranzadi, Universidad Internacional de Cataluña, 2016.

67 He reflexionado al respecto en Martínez, I.; Castaño, J. y Oviedo, M. “La respuesta del derecho en Santurbán: páramos, extractivismo y conflicto social”, en *Aspectos destacados en la lucha frente al cambio climático*. España, Aranzadi, Thomson Reuters, directores: Zamora, F.; Sales, L. 2021.

CONCLUSIONES

- El constitucionalismo pospositivista demuestra ser una teoría capaz de permitir acciones de investigación integradoras que permitirán el debate desde un modelo de del derecho amplio, omnicompreensivo y capaz de hacer confluír el lenguaje ético-político-jurídico.
- La constitucionalización del derecho internacional se nos presenta entonces como programa político y como método de análisis, nos ayuda a plantear límites jurídicos e institucionales, indagando sobre mínimos de responsabilidad transnacional –como los crímenes económicos de lesa humanidad– que puedan servir de remedio al actual modelo globalizador aquí identificado como *anarcocapitalismo globalizado*.
- Lo que parece estar en la base de la discusión es la meta-norma reguladora de todo el sistema, mientras que para la constitucionalización del derecho la meta-norma aparece como condición de protección de la dignidad humana, para el anarcocapitalismo la meta-norma regulativa aparece como condición de eficiencia económica. La implantación de uno de estos modelos, que funcionan no solo como jerarquía normativa abstracta, sino que se presentan cada vez que los intérpretes deben afrontar un conflicto en ámbito transnacional, será el punto focal de la discusión política, jurídica, económica y moral de los años por venir. Marcará además la actividad de investigativa y de reflexión teórica en el corto plazo. Ferrajoli ha comenzado ya una iniciativa de investigación que propende a una Constitución global (una Constitución para la Tierra).
- El constitucionalismo pospositivista demuestra entonces una vigencia primordial a la hora de plantear un programa de investigación que, desde el derecho –pero no exclusivamente desde él–, dé cuenta del fenómeno de constitucionalización de actores transnacionales; propone además una construcción epistemológica que deriva a su vez en una metodología de investigación definida.
- La aquí denominada *constitucionalización de las relaciones jurídicas de actores transnacionales* no posee formas claras ni elementos definidos. Es menester avanzar desde la academia en la construcción de soluciones a estos cuestionamientos que permitan un fenómeno constitucionalizador descentralizado, multicéntrico, pluralista y culturalmente consciente, que funja como herramienta principal de gestión del conflicto entre la sociedad civil y las empresas transnacionales.
- Esta acción constitucionalizadora se presenta entonces como un programa político, ético y jurídico que seguramente provea de contenido a las agendas políticas globales, a las discusiones teórico-dogmáticas del derecho, específicamente del derecho internacional público y a la jurisprudencia.

- La búsqueda de la constitucionalización de las relaciones jurídicas de actores transnacionales podría servir de criterio organizador de la actividad judicial, arbitral y legislativa transnacional, que, prescindiendo de un mega estado internacional, si no, más bien, soportado en las jurisdicciones nacionales existentes, pueda buscar la responsabilidad de los actores y estipular un mapa de obligaciones, permisos y prohibiciones claro para todos los actores sociales involucrados.

REFERENCIAS

- Arenal, L. Crímenes económicos en derecho internacional. Propuesta de una nueva categoría de crímenes contra la humanidad, tesis doctoral, Universidad de Sevilla, 2018.
- Atienza, M. *Ni positivismo jurídico, ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo pospositivista*, Colegio de Abogados de Pichincha, CAP Jurídica n.º 3, 2017.
- Atienza, M. Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 37, 2014, pp. 299-318.
- Atienza, M. *Introducción al Derecho*, México, segunda edición, ed. Doctrina Jurídica Contemporánea, 2000, 72.
- Bobbio, N. *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael de Asís Roig, Madrid, Ed. Sistema. Fundación Sistema, 1999, 22.
- Castaño, J.S.; Martínez, I.L. y Oviedo, M.A. *La respuesta del derecho en Santurbán: páramos, extractivismo y conflicto social, aspectos destacados en la lucha frente al cambio climático*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.
- Celi de la Mota, A. “Los derechos humanos desde la perspectiva del análisis económico del derecho”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, n.º 5 (2015): 51-67.
- Del Arenal, C. “La nueva sociedad mundial y las nuevas realidades internacionales: un reto para la teoría y para la política”, en Vitoria, G. *Curso de derecho internacional y relaciones internacionales*, Universidad del País Vasco, 2001, 27.
- Echaide, J. “Demandas en el CIADI y el derecho humano al agua: ¿tratados de inversión vs. derechos humanos?”, *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, vol. 29, 2016, 181-114.
- Ferrajoli, L. *Principia Iuris. Teoría del Diritto e della democrazia*, Milán, Laterza, 2012, 14.
- Ferrajoli, L. *Constitucionalismo más allá del estado*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, ed. Trotta, Madrid, 2018.
- Ferrajoli, L. *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, ed. Trotta, Madrid, 2022.
- Foucault, M. *Nietzsche, la genealogía, la historia*, trad. de Varela & Alvear. Madrid, Uria, Piqueta, 1979.

- Friedman, M. *A Friedman doctrine: the Social Responsibility of Business is to Increase Its Profits, Corporate Social Responsibility: Readings and Cases in a Global Context*, Springer, 2008.
- Garriga, E. y Melé, D. “Corporate social responsibility theories: mapping the territory”, *Journal of Business Ethics*, Kluwer Academic, 2004.
- Gómez, M.J.P. “El rol del arbitraje de inversión en la implementación de las políticas de cambio climático”, *Themis-Revista de Derecho* 82, julio-diciembre 2022, 123-144.
- González Morales, A. “Los paradigmas de investigación en las ciencias sociales”, *Islas*, 45, (138), 2003, 125-135.
- Huerta de Soto, J. “Liberalismo versus anarcocapitalismo. Procesos de mercado”, *Revista Europea de Economía Política*, vol. iv, n.º 2, Otoño 2007,13-32.
- Koskenniemi, M. “La política del Derecho internacional”, *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional*, 2014.
- Koskenniemi, M. “Formalismo, fragmentación y libertad. Temas kantianos en el derecho internacional actual”, *Revista Internacional de Pensamiento Político* 1 época · vol. 2, 2006, 203-230.
- Kuhn, T. *La estructura de las revoluciones científicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986.
- Martínez, I. L. “Políticas operativas del Banco Mundial: mucho más que políticas”, en *El Estado en la encrucijada: retos y desafíos en la sociedad internacional del siglo XXI*, España, Cuadernos Institut Carlemany D’Estudis Europeus, ed. Espaliu Berdud C., Arazandi, Universidad Internacional de Cataluña, 2016.
- Martínez Pinilla, I.L. “Cuatro debates sobre la constitucionalización de las relaciones jurídicas de actores transnacionales en el 10º aniversario de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos: hacia la búsqueda de responsabilidad para las empresas transnacionales por violación de derechos humanos”, en *El 10º aniversario de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos: retos de la debida diligencia en materia de derechos humanos y medio ambiente y los derechos de los pueblos indígenas*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, 119-140.
- Marx, K., *La miseria de la Filosofía*, Madrid, Júcar, 1974.
- Melogno, P. “Racionalidad y elección de teorías: una aproximación a Howard Sankey”, *Revista Colombiana de Filosofía de la Ciencia*, 14 (29), 2014, 113-138.
- Nino, C.S. *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel, novena edición, 1999.
- Peterson, *Derechos humanos y tratados bilaterales de inversión. Panorama del papel de la legislación de derechos humanos en el arbitraje entre inversores y Estados*, Canadá, Centro Internacional de Derechos Humanos y Desarrollo Democrático, 2016.
- Pound, R. “Law in Books - Law in Action”, *American Law Review*, 1910, 12.

- Robles, G. “Perspectivismo textual y principio de relatividad sistémica en la teoría comunicacional del derecho”, *Nuevo Derecho*, vol. 6, n.º 8, 2011, 117-133.
- Solórzano. “Los tratados bilaterales de protección de inversiones y su sometimiento a los derechos humanos y un breve excursus para el caso colombiano”, en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 19, n.º 2, 2017.
- Soto, H. “Liberalismo versus anarcocapitalismo. Procesos de mercado”, en *Revista Europea de Economía Política*, vol. IV, n.º 2, 2007, 13 a 32.
- Tello, C. & Rodríguez, C. “Categorías conceptuales para el estudio de la responsabilidad social organizacional”, *Hallazgos*, vol. 11, n.º 22, 2014.
- UK Supreme Court, Judgement of the Supreme Court, appeal, EWCA Civ 1528, Hilary Term, [2019] UKSC 20 (2017).
- Vallejo, R. “El arbitraje de inversiones y los retos de la globalización”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad de los Andes, n.º 38, 2007, 3-23.
- Zerbini, R. “El rol de la sociedad civil organizada para el fortalecimiento de la protección de los derechos humanos en el siglo XXI: un enfoque especial sobre los DESC”, *Revista IDH*, vol. 51, 2010, 250-271.
- Zubizarreta, J.H. *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa. (De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas)*, Bilbao, Instituto de Estudios sobre Desarrollo y Cooperación Internacional, 2009.