

# *Globalización jurídica y su impacto en el derecho interno\**

Eduardo Rodríguez Martínez\*\*

Recibido: agosto 1 de 2012

Aprobado: octubre 22 de 2012

## **Resumen**

Este artículo busca aproximarse a una comprensión del fenómeno de la globalización del derecho contemporáneo tratando de indagar de manera descriptiva cómo ha operado este proceso dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Para tales efectos, el artículo, en primer lugar, busca generar un entendimiento sobre la naturaleza social y política del derecho partiendo de la tesis de que el derecho moderno no puede ser comprendido sin vincularlo con la naturaleza de las relaciones sociales productivas. De la misma manera, parte del análisis de las distintas fases por las que ha transitado la organización social productiva y revisa algunas características del derecho dentro de las fases de la acumulación y valorización de la sociedad; finalmente, pretende señalar algunas características del proceso de globalización en su penetración al orden jurídico interno.

**Palabras clave:** sociología jurídica, teoría del derecho, globalización jurídica, ciencia política.

\* Este artículo constituye una síntesis de un capítulo del proyecto institucional de investigación en curso, denominado: Derecho, Política Urbana y Administración del Espacio. Proyecto aprobado en marzo de 2012, por el Comité de investigaciones del Centro de Investigaciones Socio Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Colombia. El proyecto está inscrito dentro del grupo de investigación denominado Estado, Derecho y Territorio, Categoría C de Colciencias.

\*\* Abogado, magíster en Sociología y doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas. Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre y profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Director del Grupo de Investigación Estado, Derecho y Territorio de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Colombia. [jrodriguez2@hotmail.com](mailto:jrodriguez2@hotmail.com)

## *Juridical globalization and its impact on internal law*

### ***Abstract***

This article is intended to approach to an understanding of globalization of contemporary law trying to find out how this process has operated within the Colombian legal system. For this purpose, the article is initially intended to generate an understanding about social and political nature of law based on the thesis that modern law cannot be understood without relating it to the nature of productive social relations. In the same way, the article makes an analysis of several phases productive social organization has gone through and reviews some characteristics of law within accumulation and valuation phases of society; finally, the article is intended to point out some characteristics of globalization process within the internal legal system.

***Key words:*** juridical sociology; law theory; juridical globalization; political science.

## **Introducción**

Para abordar el estudio del proceso de globalización jurídica es necesario, en primera instancia, poder estudiar las fuentes sociales y políticas del origen del derecho. Lo anterior nos permite constatar que los ordenamientos legales no son entidades propiamente autónomas sino que se encuentran relacionadas a determinaciones que se deben buscar "por fuera" de los mismos ordenamientos. Podríamos señalar que para nosotros es de suma importancia encarar una crítica a las pretensiones que durante el siglo XX fueron dominantes, como las construidas por el positivismo jurídico normativo de Kelsen en sus intentos por fundar una ciencia del derecho. En estos términos, nosotros consideramos que los aportes desde la sociología jurídica y la teoría crítica del derecho nos permiten volver nuestra mirada hacia una visión más holística del proceso de formación del derecho. En este sentido, queremos apelar más al estudio de las relaciones sociales productivas, con especial énfasis a los procesos de trabajo que han determinado y definido el tipo de relaciones que configuran el orden social productivo en sus diversas configuraciones. En este terreno podemos afirmar que el derecho no tiene vida propia y que la dinámica de sus transformaciones y crisis está más asociada a las diversas fases de organización social del capitalismo.

En la medida en que podamos cumplir con este propósito de asociación anterior se nos abre el camino para comenzar a estudiar el fenómeno de la globalización jurídica y su impacto en el orden legal colombiano. Claro está que en este estado de la investigación tan solo hemos podido describir un conjunto de normativas que a nuestro juicio han sido el resultado de estas tendencias globalizadoras. Otra tarea que debemos proseguir y que aquí hasta ahora la sugerimos es la de estudiar cómo se origina el derecho global, cuáles son sus fuentes y las instituciones que las promueven.

Si es que podemos aproximarnos a una descripción de una metodología para la elaboración de este artículo podríamos sintetizarla diciendo que se trata de un trabajo analítico deductivo, teórico crítico y basado, en algunos aspectos, en la observación propia del trabajo de campo y en la práctica teórica. En este sentido, se realizó un trabajo de análisis de textos, dentro de un ejercicio comprensivo de los posibles impactos de las tendencias contemporáneas de renovación del derecho, sobre fuentes basadas más en los aportes del conocimiento científico y técnico, que en la racionalidad inherente o propia de los sistemas legales.

## **I. Configuraciones de los órdenes sociales productivos modernos: las fases y reestructuraciones del cuerpo social**

### **a. Estado liberal y el nacimiento de la manufactura<sup>1</sup>**

El surgimiento del capitalismo comercial está íntimamente relacionado con el surgimiento del Estado moderno. Con la aparición de las monarquías constitucionales cobra lentamente cuerpo la arquitectura del Estado de derecho (Perry, 1983).

Desde una perspectiva weberiana (Weber, 2001), el Estado y el derecho son definidos desde las funciones derivadas de los procesos de racionalidad, de donde se sustenta la acción social. La acción racional de medios con respecto a fines nos sugiere un camino que va de un principio racional, que se encuentra incluso por fuera de los propios medios, y de unos fines que pueden también estar por fuera de estos, es decir, del propio derecho como medio de racionalización de la acción social. Aquí Weber muestra su neokantismo y desarrolla una perspectiva teleológica de la acción social que puede tener naturaleza ad infinitum pero también se puede advertir que alberga igualmente una perspecti-

<sup>1</sup> Para una comprensión histórica y sociológica heterodoxa de este período, Karl Polanyi (1997).

va de la acción social, como la de **entelequia**, sugerida por Aristóteles. Weber en sus estudios sobre el derecho y la reforma protestante (Weber, 2003) se puede advertir que el derecho en sí mismo es un medio de la acción racional, al igual que otras técnicas de organización social que comenzaban a desarrollarse en su época, como es el caso de la moderna ciencia de la administración empresarial y la contabilidad (Freund, 1970).

Si bien es cierto que desarrolla el concepto contemporáneo de la legitimación, esta se sustenta en las diversas formas de dominación (Trindade, 1978). En este sentido, la legitimación en Weber parte de la idea del concepto de dominación, en donde el derecho es la forma básica de hacerlo de manera racional y legal. Por lo tanto, el Estado de derecho en Weber no puede ser abordado como algo periférico a la organización social sino, por el contrario, el Estado de derecho es el medio posible y eficaz para la organización de las estructuras de dominación social, sin las cuales la economía no podría existir o desarrollarse.

Para Marx, el capitalismo comercial constituye los precedentes que permitieron la aparición del capital (Marx, 1977). Es un período necesario para la concentración de la riqueza y la desposesión de tierras y medios de trabajo, que denomina con el período de acumulación originaria de los mismos. Este período coincide con el surgimiento del Estado moderno, el mercantilismo y el colonialismo en el planeta. A pesar de ello, insiste, **el verdadero comienzo de la sociedad capitalista aparece con el desarrollo de la manufactura** y el sistema de cooperación del trabajo dentro del taller mecánico.

Algunas características podemos reseñar sobre este período, a saber:

- Durante esta fase, el Estado de derecho se fundamenta sobre el principio sagrado de

la propiedad. Independientemente de las diversas formas de gobierno que adopte el Estado y de los diversos sistemas jurídicos o “culturas jurídicas” que le otorgan a cada Estado su particularidad propia, el rasgo general a todos ellos es una tajante división entre la esfera de lo público y la esfera de lo privado.

- De lo anterior se deriva que el derecho privado tiene una gran autonomía y tanto los principios generales del derecho como las fuentes del mismo se encuentran básicamente instauradas en la “autonomía de la voluntad privada” propia de la teoría de los negocios y contratos privados.
- En este período del *laissez faire*, el Estado asume la función de vigilante, de observador del mundo privado encomendado a su tutela. Es la época del denominado Estado policía cuya herramienta básica no solo es de dirimir las querellas a través del poder jurisdiccional (poco desarrollado en nuestro medio) sino, principalmente mediante el derecho policivo de naturaleza administrativa. De suerte que muchos de los temas relativos a la ocupación del espacio, a las políticas públicas de salud, de vivienda, sobre el desempleo, el vagabundaje, etc. fueron tratados como asuntos de policía surgidos de la potestad reglamentaria nacida del derecho administrativo de la función de policía.
- El derecho administrativo, como derecho de la Administración, es muy reducido en la medida en que las funciones de la Administración se centran principalmente en el monitoreo de lo privado, que constituye el contenido de la función pública. Claro está que a pesar del reducido concepto de la Administración y de la función pública, el Estado de derecho asume en principio y de manera temporal asuntos como el control de la moneda, el comercio exterior, las aduanas, etc. Estas funciones se dan dentro de un

escenario de vigencia del patrón oro y del dinero fiduciario pero que poco a poco se van convirtiendo en actividades permanentes, por ejemplo, con la aparición de la Banca Central y de convertirse o asumir el papel de Banca de bancos y las funciones derivadas de estas nuevas funciones (emisión monetaria, encaje, control de divisas, etc.).

- El derecho internacional público, entendido como el producido por los Estados nacionales con capacidad de obligarse según su propio ordenamiento interno, se desarrolla dentro del contexto de la denominada Sociedad de Naciones. Esta parece partir de los mismos principios de racionalidad del Estado de derecho como categoría universal (independientemente de sus formas de gobierno) quien animan el libre cambio pero que reconocen, como condiciones de posibilidad de su desarrollo, la necesaria existencia de ciertos bienes “comunes” para el libre tránsito como las áreas marítimas internacionales que permiten el uso relativamente libre de uso de las rutas, el transporte y las mercancías provenientes de los distintos territorios del planeta.

**b. *El Estado de derecho positivo y la vigencia de la racionalidad taylorista-fordista-keynesiana (Coriat, 1979)***

Con el colapso de la fase del Estado liberal (Polanyi, 1997), el Estado de derecho sufre profundas reconfiguraciones, particularmente asociadas a sus formas de intervención. Son múltiples los cambios que dentro de él operan, pero a manera de ilustración quisiéramos tan solo señalar las siguientes, a saber:

- El carácter sacrosanto de la propiedad debe ser redefinido para que el nuevo Estado de bienestar pueda cambiar sus formas de intervención. De esa forma se adopta el criterio de que la propiedad debe cumplir una función social (Moncayo, 2004). En esta medida, la

propiedad privada tal como estaba concebida en la fase anterior debe parcialmente abrir espacio a la noción del “interés general”, categoría ambigua pero suficiente para que por medio de ella el Estado, por ejemplo, pueda desarrollar la figura de la expropiación por vía judicial, con el propósito de organizar y regular algunos elementos del proceso de trabajo.

- De la misma manera, podemos señalar que dentro de esta fase de reorganización del Estado nace la figura del salario indirecto, vía gasto público. En este escenario, el Estado de bienestar va a asumir un conjunto de actividades relativas con la producción de bienes y servicios asociados con la reproducción de la fuerza laboral. Podemos pensar de esta manera, que el Estado de bienestar se transforma, más que en Estado empresario, en Estado productor.
- Las actividades anteriores le imponen al Estado de bienestar organizar las finanzas públicas, particularmente con la racionalización de los tributos y la vigencia de los impuestos directos que van a afectar preferencialmente la renta y el patrimonio. De allí, podemos sugerir que es durante este período que nace el concepto más o menos autónomo de economía pública.

Esta fase de reorganización de las relaciones sociales generalmente ha sido caracterizada como la instauración de los principios de racionalidad y racionalización de la ecuación taylorismo-fordismo-keynesianismo que le sirven o, más bien le imponen al Estado de derecho una reestructuración de sus formas de intervención (Rodríguez, 2008).

Históricamente podemos señalar que el nacimiento o vigencia de esta nueva faceta del Estado de derecho coincide con la hegemonía del positivismo jurídico (Bobbio, 1998), que le sirve de soporte para ordenar jurídicamente el

conjunto de las relaciones sociales. Bástenos tan solo advertir, que el ordenamiento jurídico positivo gozó de una mezcla aportada, entre otros, por autores como Weber y Kelsen.

El Estado de derecho positivo que se consolida dentro de esta fase tiene ciertas características especiales que lo distinguen, así:

- Es un proceso de construcción de un orden jurídico basado sobre el principio de la supra ordenación del derecho y la ley. Desde esta perspectiva, el ordenamiento jurídico del Estado de derecho positivo generalmente ha sido definido como de vigencia del **monismo jurídico** (Rodríguez, 2012) que de manera breve expresa un férreo control del derecho estatal positivo sobre todos los aspectos de la vida social.
- Este control férreo, que Weber lo describe como **la jaula de hierro del derecho** (Weber, 2001), implicó un desplazamiento de las técnicas de control social del Estado de derecho, de Estado policía hacia Estado regulador, sin que la primera función haya sido suprimida sino más bien subordinada. El Estado regulador actuó desde la perspectiva del diseño, ejecución y control de las políticas públicas de múltiple naturaleza. De suerte que de manera empírica se ha advertido un crecimiento inusual del derecho público con relación al derecho privado, en su forma de derecho administrativo.
- A la par que se desarrolla un incremento de los cuadros de la Administración Pública y un aumento de la burocratización de los aparatos de Estado, que se encuentran supeditados al control y lógica prevaleciente en el derecho administrativo y en la sofisticación de las teorías del acto administrativo y del desarrollo de los contratos públicos, lentamente se comienza a introducir dentro de los cuadros de la administración, que en principio hacen parte de ella y luego tienden

a independizarse, el desarrollo del conocimiento científico y técnico necesarios para el mejor desarrollo de la función reguladora e interventora de la nueva función pública. La ciencia de la administración no solo se basa en aspectos relativos a la lógica de la eficiencia y buen manejo de los recursos públicos, sino, de la misma manera, a producir un saber científico que acompañe al Estado de bienestar, en su tarea de impulsar un tratamiento eficiente y eficaz para la producción del cuerpo social en su conjunto. Este constituyó el paradigma dentro del cual se movió la administración y regulación del Estado de bienestar y, que como muy bien lo definía Foucault (Foucault, 1986), es la época de la regulación basada sobre el poder del gobierno de las mentalidades<sup>2</sup>.

- Para el campo “específico” de la Administración de Justicia a este período le corresponde una actividad judicial basada en los principios de la seguridad jurídica y del debido proceso. Pero la seguridad jurídica que reclama el Estado de derecho positivo, con el principio de legalidad, se basa en un rígido control de los jueces, particularmente, en el papel predominante de la jurisprudencia y la doctrina, que lentamente va dejando atrás otros principios del derecho procesal, como el de la sana crítica y cierta libertad discrecional en la valoración de las pruebas.
- Ciertamente, respecto al derecho escrito, aparece un fenómeno nuevo que aquí lo denominaremos provisionalmente de **“hiperinflación normativa”** (Rodríguez, 2011), que está asociado a una doble naturaleza: de un lado, el dinamismo de los movimientos sociales y, de otro lado, el impacto negativo sobre los esfuerzos de la codificación del derecho, de la sistematización de la ley y, sin duda, en los esfuerzos por adquirir una comprensión sistemática por parte de los jueces a la hora de aplicar el derecho.

<sup>2</sup> Gouvernamentalité.

- La tendencia a la **descodificación del derecho** y a generarse igualmente derecho en las diversas instancias de la administración, apelando más a la potestad discrecional que a la reglada del derecho administrativo, vino generando un proceso que, desde la perspectiva kelseniana de la naturaleza unitaria del Estado de derecho positivo, ha fragmentado el poder de mando del Estado de derecho o, paralelamente, la disolución del principio de legalidad y la pérdida de legitimidad en los actos de la administración, el derecho y la justicia.
- El Estado de derecho positivo como forma general que adquieren los Estados de derecho de la mayoría de los países puede ser definido como Estado constitucional de derecho. Esta es la fórmula que Kelsen (Kelsen, 2005) desarrolló y aconsejó para la instauración de los tribunales constitucionales, que permitieran una concepción dinámica del Estado de derecho bajo el principio de la validez del orden jurídico. En realidad el criterio de validez es estrictamente formal y procedimental, pero para Kelsen este formalismo es lo que le otorga sentido a la idea o concepto de Estado de derecho en su forma material. El ordenamiento jurídico supra ordenado de Kelsen pretende que la "violencia" del hombre en busca de sus derechos (idea muy próxima al derecho natural) sea asumida por el Estado y no por las propias "personas jurídicas". De allí, que en este terreno Kelsen entiende al derecho como la violencia socialmente organizada, de manera casi idéntica a la de Weber, que ve al derecho como el monopolio legítimo de la violencia.

### c. *La globalización contemporánea: ¿más allá del fordismo?*

#### 1.- *Introducción*

En realidad los trabajos más comprensivos sobre la aparición del fenómeno de la globaliza-

ción contemporánea provienen del pensamiento social crítico, que ha avanzado en su comprensión sobre las relaciones entre procesos de trabajo, cambios en los sistemas de propiedad, impacto en la producción de los valores de uso, transformaciones en la producción subjetiva, es decir, la globalización contemporánea ha sido vista como un proceso de reestructuración de la organización social productiva que, aunque sin abandonar sus determinantes de fondo, representa un replanteamiento general en todos los órdenes del cuerpo social, incluidas las nuevas configuraciones que necesariamente tiene que adoptar el ordenamiento jurídico y político (Castells, 1999). Cada vez más se insiste en que las formas del ser contienen las nociones básicas del pensar. Para el caso que nos ocupa, es necesario señalar cómo hoy en día el Estado no puede ser pensado por fuera de la economía, al igual que el derecho y otras categorías. Si por economía se entiende producción de "riqueza", el Estado y el derecho siempre han estado allí participando activamente. Coincidentemente con la aparición del fenómeno de la globalización contemporánea (Teubner, 2005) se han actualizado tesis desarrolladas desde el campo neoinstitucional que le conceden al derecho un potencial para el desarrollo económico, con los llamados costos de transacción; incluso, se han tratado de sistematizar conceptualizaciones provenientes de lo que se conoce en ciertos círculos como estudios económicos del derecho (North, 1993; Coase, 1994; Williamson, 1989).

La aproximación de la ciencia social crítica a la economía desde la perspectiva de la crítica de la economía política viene ayudando a entender la naturaleza productiva del poder, del derecho y del Estado. Habrá que continuar entendiendo qué producen el Estado y el derecho, cómo lo producen y para qué lo produce. Hoy podemos, cada vez más, entender que el Estado produce el modelo económico e, incluso, examinar que existe una economía política del poder y no tan solo un poder de la economía política.

## 2. Características del post fordismo (Lipietz, 1997)

A diferencia de las concepciones que insisten en ver el fenómeno de la globalización contemporánea como una política económica relacionada con la apertura de las fronteras, el libre comercio, los procesos de descentralización del Estado y la pérdida de centralidad de la democracia representativa por formas variables de participación comunitaria, abunda la literatura académica que considera la globalización como un proceso de reestructuración de las relaciones productivas y la inauguración de una nueva fase de valorización y acumulación del capital, y se centra especialmente en las transformaciones ocurridas a propósito del impacto de los cambios científicos y tecnológicos en el conjunto de la sociedad.

De manera sintética, podemos señalar algunas características que esta literatura viene desarrollando, a saber:

- Más que acumulación flexible (Harvey, 2007) podemos señalar que las nuevas tecnologías han generado la producción flexible que significa el paulatino desmonte de las pesadas industrias fordistas, por ejemplo, las del sector automotriz. Un ejemplo de esta innovación lo constituye la reingeniería corporativa conocida como el toyotismo (Lipietz, 1997).
- La denominada ley de Say pasa a ser parcialmente sustituida por la producción justo a tiempo (Just at time) que implica que es la demanda ahora la que impone la dinámica de la producción.
- La desterritorialización de la producción que es un concepto derivado de la producción flexible y posible gracias a la revolución tecnológica, particularmente la de las telecomunicaciones y el avance en la automatización de los procesos de trabajo.
- La flexibilización del mercado laboral que ha permitido la aparición de contratos de tiempo parcial y bajo regímenes legales de tipo civil o comercial, situación que viene siendo conocida como un proceso de deslaborización de la fuerza de trabajo.
- Estos procesos se han venido imponiendo bajo la hegemonía del capital financiero que comanda el desarrollo de la financiarización de la producción. La valorización del capital financiero parece imponer los ritmos de la producción y el desarrollo tecnológico a través de una política crediticia acelerada que, si bien parece impulsar la producción, el ahorro se concentra casi que exclusivamente en el capital financiero. Una de las premisas para el funcionamiento de esta valorización acelerada es la categoría sugerida por Schumpeter de “**destrucción creativa**” (Jessop, 1999).
- Un ejemplo del impacto de esta financiarización de la economía en el campo de las transformaciones en los derechos de propiedad nos la describe muy claramente Rifkin (2000) para el caso de los Estados Unidos. En términos técnico-jurídicos, podríamos advertir el avance e innovación de nuevas formas de contratos que comienzan a desbordar las tipificaciones clásicas del derecho privado entre contratos típicos y contratos atípicos. La tendencia es que hoy en día los contratos atípicos sean los dominantes.
- Las biotecnologías, centradas especialmente en la manipulación genética, están produciendo una nueva relación social con la naturaleza en un doble significado: de un lado, al generar la vida en condiciones de laboratorio, situación que transforma al hombre y su producción orgánica con el mundo y consigo mismo, en materia prima de una nueva producción controlada o generada por fuera de él; de otro lado, estas posibilidades tecnológicas hacen surgir nuevos derechos de propiedad, particularmente los asociados

con la propiedad intelectual de las innovaciones. **El derecho de la biopolítica** (Foucault, 2008).

- Con la aceleración de los medios de transporte y de comunicaciones el espacio del capital se aproxima y se enfrenta consigo mismo. La velocidad que adquiere la producción a la vez que necesita al Estado territorio como huésped, este simultáneamente se vuelve en una barrera que le impide su conexión transterritorial. En este sentido la globalización es la tendencia a la unidad de los flujos productivos en donde lentamente se abandonan las relaciones centro-periferia. **La globalización está transformando las relaciones espacio-temporales de la producción en donde el tiempo social se unifica, se homogeneiza y se acelera.**
- Esta forma de ver la globalización es lo que viene permitiendo comprender la verdadera significación que ella está engendrando y que sugiere un decaimiento del Estado nación y una desnacionalización del Estado, al generarse una dinámica de desterritorialización de la producción. Al Estado se le viene arrancando un componente básico de su materialidad: la categoría de soberanía (Moncayo, 2004).

## II. *La naturaleza pública del derecho*

En este sentido, nuestra tarea para este ejercicio es pararnos inicialmente en la teoría general del Estado de Kelsen (2005) con el propósito de revisar, aquí sí, el sustento teórico de su comprensión, pues como lo advertimos más arriba, pensamos que el tipo de Estado de derecho positivo que rigió durante casi todo el siglo XX echó raíces en su comprensión normativa del Estado como teoría del derecho.

Antes de realizar una breve presentación de nuestra lectura de Kelsen nos vemos en la necesidad de expresar una breve digresión, a

propósito de lo que podríamos intuir como las “fuentes” que pensamos influyeron en el edificio teórico de este autor. Para tal efecto, bástenos tan solo señalar que a nuestro juicio existe una tradición que recoge Kelsen y que la ubicamos en el pensamiento del sociólogo francés Emile Durkheim. La obra más influyente de Durkheim en el pensamiento de Kelsen, eso pensamos, es la *División del trabajo social* (Durkheim, 1992). Los rasgos más sobresalientes de este trabajo los presentamos de la siguiente manera:

- La sociedad es un hecho social y, por tanto, una realidad empírica. En este sentido, la sociedad como un una totalidad real constituye el principio y a su vez la unidad desde donde se desarrollan las actividades sociales.
- Durkheim distingue dos tipos de solidad: la mecánica y la orgánica. La primera, existente en las sociedades primitivas, cuya característica es que no hay lugar a la individualización debido cada uno de sus miembros reconoce en la colectividad su infinita posibilidad para vivir. La pasión por pertenecer al grupo es la fuente de su moralidad social; la segunda está basada sobre la división del trabajo social. Aquí la sociedad está recompuesta en el sentido en que el todo existe pero ordenando a los individuos como piezas de un mecanismo totalmente compuesto de partes anexadas o integradas al mismo.
- En este sentido el nuevo cuerpo social parte de la reordenación de las partes basado sobre un nuevo principio: el cuerpo social ordena las partes otorgándole a cada una ciertas actividades, pero igualmente esta ordenación está supra ordenado a las necesidades y dinámica de la sociedad.

Ahora bien, para proseguir con nuestro propósito, ahora tenemos que proseguir con el trabajo de Kelsen, quien retomando estos principios arriba señalados, construye los pilares de su teoría general del Estado (Kelsen, 2005). Por

tanto, permitámonos pasar a considerar la manera como Kelsen aborda el tema de la norma como parte esencial de su teoría jurídica, así:

- Para Kelsen el Estado positivo es una realidad que deviene precisamente, no de su propio querer o voluntad, sino de su propia responsabilidad como fin en sí mismo. El sistema de la responsabilidad social está centrado en un principio distinto (imputación) al instaurado en las ciencias de la naturaleza (principio de causalidad) o a los instaurados en la moralidad (propios del derecho subjetivo).
- Kelsen distingue aquí entre hombre físico y persona. Si bien el hombre biológico y sus conductas constituyen el objeto de la ciencia jurídica, en estricto sentido, el sujeto de derecho se personifica en la persona que está vinculada por acción o por omisión, a un ordenamiento jurídico. La persona es el objeto de la ciencia del derecho pero a su vez el sujeto de derecho es el titular de los derechos subjetivos de la persona.

En verdad, el sujeto de derecho no es otra cosa que la reduplicación del derecho subjetivo y, en tanto que éste se reduce al derecho objetivo, la reproducción substantiva del último: al derecho como objeto se contrapone- a la manera de la imagen reproducida en el espejo- el derecho como sujeto (Kelsen, 2005).

- Por lo tanto, el objeto de la ciencia del derecho es el hombre construido jurídicamente mediante la técnica de la "imputación" sin la cual no sería posible la existencia del sujeto de derecho (Kelsen, 1999). Permítanme hacer una cita textual para comprender mejor su proposición:

Si se afirma que un determinado hombre, A, es sujeto de derecho, es decir, sujeto, poseedor de deberes y facultades jurídicas, quiere significarse- como resultado de lo anteriormente dicho- que una determinada conducta de A

constituye de modo específico el contenido del deber jurídico; que la actitud contraria a su conducta- constitutiva del contenido del deber- o la manifestación de su voluntad (dirigida a la consecuencia jurídica) constituyen la condición de la consecuencia coactiva marcada en la conclusión. En el primer caso, nos hallamos frente al sujeto del deber; en el segundo caso, ante el sujeto de la facultad (Kelsen, 2005).

- Como es por todos conocido, para permitir la forma ascendente del deber jurídico concreto construido en la categoría de la imputación, Kelsen apela a la mecánica de la validez del orden jurídico. La validez no depende de la "**subjetividad libre**" sobre la que se han basado las ideas del derecho natural y de la teoría de contratos, sino que la validez es un principio que asegura que la norma aparezca a la vida jurídica. La libertad e igualdad de Kelsen ya no es abandonada a la manera del liberalismo clásico que la consideraba como valor innato existente en la naturaleza, particularmente en Locke (2007), sino que ella es un resultado del contenido sustantivo del derecho, que es el que la permite o la prohíbe.

- El principio de la validez nos lleva al escenario de la norma de normas: la constitución. El Estado de derecho positivo es un Estado constitucional de derecho. Aquí es necesario distinguir dos conceptos: en primer lugar, ver el Estado de derecho en su función dinámica, en tal caso este es objeto del derecho: aquí cabe particularmente la administración y la jurisdicción. En segundo caso, el Estado de derecho como sujeto de derecho y aquí nos encontramos en el terreno de la producción normativa.

- Empecemos por el último caso: la producción normativa. Según Kelsen, para continuar con su sistema argumentativo, es necesario distinguir entre el órgano de la función y la función del órgano. El órgano de la función

legislativa, que desempeña la función de legislar, se encuentra en la misma condición o naturaleza del deber ser de la norma, ya sea en el nivel inferior de su producción o, en el nivel superior de esta: la Constitución. Siendo así, podemos afirmar ahora que la Constitución material en Kelsen se reduce de forma fantasmagórica a la constitución formal, en donde el sistema normativo en su conjunto, por el principio de validez, se produce mecánicamente, dentro de un sistema lógico interno, fruto de su propia validación. Pero su mayor dificultad fue y constituye siendo para los académicos que abrevan de estas fuentes, es el de resolver el problema inmanente al derecho positivo: Si la Constitución escrita debe cumplirse para que el Estado de derecho sea realmente positivo, es decir, la aplicación del derecho constitucional que constituye el contenido de todo el ordenamiento positivo, ¿cómo logra explicar el sentido estático de la constitución? Pensamos que esta situación constituye un misterio para la teoría positiva del Estado de derecho. A pesar a que apele a que el derecho constitucional particular es solo la extensión o desarrollo del derecho internacional público que descansaría en la ONU, la pregunta sigue sin respuesta o, por lo menos, escondida. A nuestro juicio, en el trasfondo de toda esta argumentación se debate el tema del principio de autoridad del Estado de derecho, o de un deber ser a priori, a la manera del idealismo de Kant. Esta dificultad llevó a Kelsen a responder que su sistema necesitaba reconocer la existencia de una Constitución hipotética.

- Para volver a retrotraer el otro interrogante arriba planteado, de la función administrativa y jurisdiccional del Estado de derecho, Kelsen reconoce la diferenciación funcional clásica del Estado pero como funciones que no pueden perder su núcleo básico que le otorga su unidad: el estado de derecho es uno por ser estado constitucional. A pesar de

ello no logra resolver las propias inconsistencias de la unidad diferenciada o distribuida en los órganos de la función y la función de los órganos del Estado. Necesariamente advierte que aunque la jurisdicción debe tener independencia de los otros órganos, paralelamente deja al descubierto cómo el órgano de la administración, en su consideración dinámica, actúa como órgano de la jurisdicción y como órgano de la legislación.

- De otra forma, el desarrollo conceptual de Kelsen lleva a entender que la teoría normativa del Estado no permite distinguir, por su misma esencia, una diferenciación entre derecho privado y derecho público, pues toda la emanación del ordenamiento jurídico, desde su nivel superior a su nivel inferior, es un derecho de estado. Para Kelsen todo el derecho es derecho público.

### III. *Tendencias contemporáneas del derecho colombiano asociadas con la globalización del derecho*

En esta parte final del artículo queremos presentar, a manera de ejemplo, un pequeño universo de normas que pueden sugerirnos cambios tendenciales en la forma de dirigirse el derecho administrativo en Colombia. Es posible advertir de que la producción normativa en este “**campo jurídico**” se corresponde con ese proceso de transición de las relaciones sociales que hemos venido analizando. En principio, este mapa normativo señala un cambio de eje en la orientación del Estado de derecho en Colombia cuyo impacto en el ordenamiento jurídico anterior, sus límites y posibilidades, como su impacto social y político, ya han sido parcialmente analizados, desde distintas perspectivas. Estas transformaciones del derecho se encuentran presentes dentro del escenario de desmonte del Estado de bienestar y de implementación de las políticas neoliberales en el país. Las privatizaciones ocurridas durante todos estos años, en los diversos campos asumidos tradicionalmente

por el Estado, han requerido una producción normativa que les acompañe.

A la reforma del Estado colombiano, sin duda, ha venido acompañando los cambios en las técnicas de intervención del derecho administrativo. A partir de la Constitución de 1991 (República de Colombia, 1991), los principios rectores que orientan la actividad estatal pueden sintetizarse así:

- La descentralización administrativa y fiscal.
- La flexibilización presupuestal y del gasto a través del esfuerzo fiscal de los municipios.
- La democracia participativa en donde se delega a las comunidades parte del control fiscal y las posibilidades de contratación con el Estado.

Desde esta perspectiva se puede señalar que estos principios rectores van a servir de orientación al desarrollo normativo posterior:

De la autonomía casi absoluta del órgano legislativo para disponer y ordenar soberanamente sobre cualquier materia, se pasó a un esquema de competencias más programático, que se concreta en la reiteración, en el perfeccionamiento y en la ampliación de categorías especiales de leyes como las orgánicas las normativas generales, las estatutarias y las orientaciones o directrices (Moncayo, 2004).

Con relación al ordenamiento territorial es posible encontrar en la Ley 09 de 1989 (República de Colombia, 1989) y luego reformada parcialmente por la Ley 388 (República de Colombia, 1997), cambios sustantivos de intervención en la Administración Pública, por ejemplo, la regulación e imposición de la expropiación por vía administrativa contemplada en estas normas.

Con relación al sistema de salud podemos encontrar la expedición de la Ley 100 de 1993

(República de Colombia, 1993) que organiza la mercantilización del sistema de salud.

Con relación al sistema de educación se expidió la Ley 715 de 2001 (República de Colombia, 2001) que ha sido ampliamente analizada desde sus múltiples perspectivas e impactos (Álvarez, 2002).

Respecto al tema de los servicios públicos domiciliarios encontramos la Ley 142 de 1994 (República de Colombia, 1994), en donde se estructuran las reglas de juego sobre las que deben operar las empresas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios, la conformación de sus juntas directivas, y se crea un estatuto del consumidor.

Otra tendencia la podemos encontrar en la Ley 963 de 2005 (República de Colombia, 2005) que establece los llamados contratos de estabilidad jurídica. Esta norma tiene una particular importancia pues en ella se puede encontrar de manera mucho más precisa la forma de actuación del Estado en términos de la inversión extranjera.

También podríamos señalar la Ley 1098 de 2006 (Congreso de la República de Colombia, 2006) que crea el Código de la Infancia y la Adolescencia. Allí se establece el nuevo tipo de protección del menor y el papel de la policía de infancia.

Sin duda podemos encontrar en esta legislación unos principios comunes que nutren las nuevas formas de las técnicas de regulación del derecho en este campo y que de manera general coinciden con las nuevas perspectivas de la globalización del derecho y con los horizontes ya sugeridos en este artículo que vale la pena recordar, así:

- Un principio rector de estas transformaciones se encuentra en la búsqueda de la eficiencia y la eficacia de la provisión de las otrora actividades que estaban a cargo de los órganos públicos. El eficientismo parece constituir el

- rasero común en los sistemas de salud, de educación, de servicios públicos, etc.
- El eficientismo conlleva a asumir en las empresas privadas que proveen servicios públicos una racionalidad instrumental que sin duda exige para su control la necesidad de generar un conocimiento técnico, especializado y profesionalizante, en donde la decisión sobre los niveles de responsabilidad tienden a ser delegados a una especie de concepto o "**sentencia técnica**". Esta situación tiene una amplia repercusión en materia de la justicia administrativa pues la tendencia del procedimiento probatorio descansa cada vez más no en la valoración del fallador sino en la decisión técnica generado por los expertos. Al fallador se le separa cada vez más de su proximidad con la realidad de los hechos y tiende a ser un validador de un saber que se encuentra por fuera de sus competencias.
  - A pesar de los desarrollos en el tema de la resolución alternativa de conflictos, como la conciliación, el arbitraje y el amigable componedor, fórmulas que si bien podrían acercarse a esa caracterización del denominado derecho reflexivo, me parece que el reconocimiento o idea inicial de estas tendencias aparecen como una forma de aceptar e integrar a la formas informales de resolución de estos. Si bien la Constitución de Colombia de 1991 adopta la jurisdicción especial indígena y lo que se conoce como jurisdicción de paz, en principio el juez natural era un miembro de la comunidad de origen. Posteriormente, se viene decidiendo que los jueces de paz deben ser abogados. La tensión presente que sin duda se dio fue la de señalar que frente a esta profesionalización del juez, en estos espacios de resolución de conflictos, desnaturalizó parcialmente la forma "natural" de resolución de los conflictos. Se adujo en su momento, que estos jueces naturales resolvían en equidad y no en derecho.
  - Las tendencias que se pueden prefigurar de estos cambios del derecho administrativo sugieren un abandono relativo de la responsabilidad del Estado frente a la provisión de los bienes con función pública. De cierta medida se delega la responsabilidad a las partes, queriendo introducir un equilibrio o balance ponderado de los conflictos que se delega al saber técnico en estricto sentido, en donde el papel del derecho de la administración se limita principalmente a propiciar: de un lado, las condiciones o lineamientos o protocolos generales del marco institucional y productivo en que se genera la actividad y, de otro lado, a ejercer la función de policía que necesariamente descansa en el derecho.
- Aquí se quiere describir sumariamente y por vía de ejemplo alguno de las normas más significativas del ordenamiento jurídico colombiano, que a nuestro juicio vienen siendo impactadas por las tendencias de la globalización del derecho, especialmente si nos atenemos al origen o al sistema de fuentes de estas normas, en donde estas últimas son de naturaleza global. Brevemente será necesario presentar algunos de los dilemas que a nuestro juicio presentan estas tendencias, partiendo de los cambios normativos arriba mencionados de la manera siguiente:
1. La Ley 909 de 2004 (República de Colombia, 2004). De la sumaria búsqueda de antecedentes sobre el tema del empleo público en el plano internacional solo logramos identificar la denominada Carta Iberoamericana de la Función Pública de 2003, y en el nacional, un documento del DAFP de 2005, elaborado por su director Fernando Grillo. A través del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) y el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de Naciones Unidas se llevó a cabo en Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), entre el 26-27 de junio de 2003 la V Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado que aprobó la Carta

Iberoamericana de la Función Pública. Esta carta es de suma importancia pues allí se fijan los lineamientos y directrices que los países firmantes se comprometen a impulsar en materia del tema de la Función Pública. Para el caso específico que nos ocupa, el empleo público, ya hemos tenido la oportunidad de señalar que las fuentes que para el caso colombiano dieron lugar a la famosa Ley 909 de 2004 tiene sus antecedentes en reuniones organizadas formalmente por instituciones internacionales, de donde han surgido las declaraciones o cartas que condensan los principios, lineamientos y recomendaciones para el desarrollo y materialización posterior de nuevas estructuras normativas ajustadas a las condiciones particulares de cada Estado.

2. Con relación al código del menor podemos señalar, a pesar de los motivos que le dieron origen, la lógica subyacente en esta normativa se basa en principio en la protección de esta franja de la población mediante la reconocimiento de sus derechos. Pero para que el menor pueda acceder a sus derechos se requiere que la norma lo constituya como sujeto de derecho, sin lo cual sería imposible que estos nacieran a la vida jurídica. Dicho sea de paso, nacer a la vida jurídica implica según Kelsen entrar en la estructura relacional de la imputación. A la vez que se constituyen como sujetos del derecho y se les extiende una particular característica de ciudadanía, los menores entran a lo que de cierta manera se puede llamar el derecho político con todas sus implicaciones que este concepto puede conllevar.
3. Otra forma de encarar el cambio de esta normativa **se relaciona con el derecho de adjudicación**. Al menor se le crean o se le otorgan unos derechos como un sujeto social de ciertas características. En este terreno la adjudicación convoca a los sujetos de derecho a luchar por sus garantías como necesidad inmanente de la producción del

sujeto. La imputación, recordemos nuevamente a Kelsen, no solo es una categoría que nos pone en una situación de un deber ser negativo de la norma sino que también el mismo deber ser puede ser positivo: en ambos casos la conducta que impone el derecho, de actuar o no actuar, constituye una obligación. Para nuestro caso, queremos resaltar que estos derechos de adjudicación entronizan en el sujeto un autocontrol, una reflexión sobre sí mismo, que lo convoca a desplegar determinadas conductas como si fueran propias, aunque esencialmente son constituidas.

### **Conclusiones**

La globalización del derecho es un proceso disperso y fragmentado que no expresa una tendencia a la constitución de un derecho global sistemático y coherente. En realidad, podemos apreciar que la constitución del derecho de la globalización va siendo gestada de conformidad a un conjunto de temas y áreas que en principio no tienen las características de la codificación y la sistematización del ordenamiento legal anterior.

De la misma manera podemos sugerir que tanto las fuentes institucionales y las materias objeto de la regulación jurídica provienen de distintos órdenes y lugares, diferentes a los de naturaleza nacional o interna, permitiéndonos señalar que el nuevo derecho no es el producto de una racionalidad generada en términos de una norma constitucional elaborada a partir de principios rectores y coherentes.

Otra situación que se puede advertir dentro de las transformaciones operadas a propósito de la desregulación del Estado de derecho tiene que ver con la construcción de un cuerpo normativo polifacético dirigido a poblaciones específicas y diversas que forma parte del fenómeno de la multiculturalidad contemporánea. El derecho dirigido a las mujeres, el derecho dirigido a los

menores, el derecho dirigido a los informales, el derecho dirigido ya no a los trabajadores sino a las ocupaciones, etc. Esta nueva condición de la materialidad productiva de los sujetos permite o confronta los pilares básicos del derecho anterior en la medida en que la característica de los sistemas generales de normas (su universalidad, generalidad e impersonalidad) choca o destruye la fundamentación del viejo derecho, que dista mucho con parecerse a la imposición lógica de esta nueva manera de aparecer la regulación. Solo queremos resaltar con este análisis que las categorías de la libertad e igualdad ante la ley ya no pueden constituirse en los raseros de medida del nuevo derecho. A la aparición de nuevos y múltiples sujetos le corresponden regulaciones concretas y específicas, generando un contexto poco propicio para la construcción de un sistema de ordenación del derecho sistémico y coherente.

Estos ejemplos nos llevan a pensar que las transformaciones en curso, gracias a la flexibilización de la regulación jurídica, permiten pensar que lentamente estemos abandonando la configuración estatal y jurídica del Estado de derecho positivo o Estado constitucional de derecho. La centralización y monopolización de la producción del derecho se ha desplegado dentro de toda la red que constituye el tejido del cuerpo social. Apelando al concepto de microfísica del poder, que nos aportó Foucault, parece que el Estado de derecho se reconfigura camaleónicamente, construye redes capilares que producen regulación, control y juridización a pequeña escala.

Sin duda existe evidencia de que hay una tendencia hacia la estandarización y normalización del derecho de forma que el modelo de gobernanza sea compatible con una operatividad de naturaleza global. Esto no implica necesariamente la homogeneización jurídica pues se insiste en la emergencia de incorporar elementos o componentes nacionales (historia, cultura, etc.) que reconozcan las particularidades. Sin embargo,

se puede apreciar que los sistemas jurídicos elaborados a partir de este nuevo modelo socio-jurídico tienen como punto de partida la vigencia de ciertos presupuestos que los ordenamientos legales deben cumplir. Estos presupuestos básicamente se encuentran en las declaraciones de principios que las distintas cartas o declaraciones establecen como derroteros que le dan sentido al cambio institucional.

Finalmente queremos tangencialmente referirnos al tema de la globalización del derecho. Las transformaciones por las que transita el proceso de reconfiguración de la estatalidad contemporánea no deben ser vistas o entendidas como un fenómeno que viene de afuera, del exterior. No es un derecho propiamente que se globaliza sino su aparición más bien es todo lo contrario. **Es un derecho de y en la globalización.** De hecho, si esto es así es sería necesario renunciar a la perspectiva de los globalismos y de la relación entre lo local y lo global. En estricto sentido, a nuestro juicio el espacio local es en sí mismo un espacio de la globalización.

### Referencias bibliográficas

- Álvarez, J. E. (2002). *Viejos y nuevos caminos hacia la privatización de la educación pública*. Bogotá, Colombia: Unibiblos.
- Bobbio, N. (1998). *El positivismo jurídico*. Madrid, España: Debate.
- Castells, M. (1999). *La era de la información*. México: S. XXI. Editores.
- Coase, R. (1994). *La empresa, el mercado y la ley*. Madrid, España: Alianza.
- Coriat, B. (1979). *El taller y el cronómetro. Ensayo sobre el taylorismo, el fordismo y la producción en masa*. México: S. XXI.
- Durkheim, E. (1992). *De la división del trabajo social: estudio sobre la organización de las sociedades superiores*. Madrid, España: Akal Editor.

- Foucault, M. (1986). *La verdad y las formas jurídicas*. México: Gedisa.
- Foucault, M. (2008). *Nacimiento de la biopolítica*. Argentina: F.C.E.
- Freund, J. (1970). *Sociología de Max Weber*. Sao Paulo, Brasil: Forense.
- Harvey, D. (2007). *Espacios del capital. Hacia una geografía crítica*. España: Akal.
- Jessop, B. (1999). *Crisis del Estado de bienestar. Hacia una nueva teoría del estado y sus consecuencias sociales*. Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre Editores.
- Kelsen, H. (1999). *Contribuciones a la teoría pura del derecho*. México: Fontanamara.
- Kelsen, H. (2005). *Teoría general del Estado*. México: Coyoacán.
- Lipietz, A. (1997). El mundo del posfordismo. *Revista Ensayos de Economía*, 7, (12), pp. 11-45.
- Locke, J. (2007). *La ley de la naturaleza*. Madrid, España: Tecno.
- Marx, K. (1977). *El capital*. Bogotá, Colombia: F. C. E.
- Moncayo, V. M. (2004). *El leviatán derrotado. Reflexiones sobre teoría del Estado y el caso colombiano*. Bogotá, Colombia: Norma.
- North. (1993). *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. México: F.C.E.
- Perry, A. (1983). *El Estado absolutista*. Madrid, España: Ed. S.XXI.
- Polanyi, K. (1997). *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*. España: Ediciones La Piqueta.
- República de Colombia. (1989). *Ley 9 de 1989*. Colombia.
- República de Colombia. (1991). *Constitución política de Colombia*. Colombia.
- República de Colombia. (1993). *Ley 100 de 1993*. Colombia.
- República de Colombia. (1994). *Ley 142 de 1994*. Colombia.
- República de Colombia. (1997). *Ley 388 de 1997*. Colombia.
- República de Colombia. (2001). *Ley 715 de 2001*. Colombia.
- República de Colombia. (2004). *Ley 909 de 2004*. Colombia.
- República de Colombia. (2005). *Ley 963 de 2005*. Colombia.
- República de Colombia. (2006). *Ley 1098 de 2006*. Colombia.
- Rifkin, J. (2000). *La era del acceso. La revolución de la nueva economía*. Buenos Aires, Argentina: Paidós.
- Rodríguez, E. (2008). *La agonía del Estado de derecho positivo*. Bogotá, Colombia: FUAC.
- Rodríguez, E. (2011). ¿Por qué el derecho positivo está en crisis? *Revista Iusta* (35), pp. 101-123.
- Rodríguez, E. (2012). *De crisis en crisis: limitaciones de los cambios a la justicia en Colombia*. Bogotá, Colombia: FUAC.
- Teubner, G. (2005). *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Trindade, L. (1978). *As Raízes Ideológicas das Teorias Sociais*. Sao Paulo, Brasil: Ática.
- Weber, M. (2001). *Sociología del derecho*. Granada: Editorial Comares.
- Weber, M. (2003). *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. México: F.C.E.
- Williamson, O. (1989). *Las instituciones económicas del capitalismo*. México: F.C.E. .