

LA TRANSFORMACION DEL DERECHO PRIVADO EN COLOMBIA: TECNOLOGIA, POSTCAPITALISMO Y ESTADO SOCIAL DE DERECHO¹

UNA VISION A TRAVES DEL PRISMA DE LA ACCION DE TUTELA

DABEYBA AYALA - Filósofa

JUAN JORGE ALMONACID - Abogado, Docente de Derecho Comercial

NELSON GARCIA LOZADA - Abogado, Investigador UNIJUS

SOLANGEL ORTIZ MEJIA - Abogada, Asesora

"Vi que las dos naturalezas que contenía mi conciencia podía decirse que eran a la vez mías, porque yo era radicalmente las dos, y desde muy temprano fecha, aun antes de que mis descubrimientos científicos comenzaran a sugerir la más remota posibilidad de tal milagro, me dediqué a pensar con placer, como quien acaricia un sueño, en la separación de esos dos elementos. Si cada uno, me decía, pudiera alojarse en una identidad distinta, la vida quedaría despojada de lo que ahora me resulta inaguantable. El ruin podría seguir su camino libre de las aspiraciones y remordimientos de su hermano más estricto. El justo, por su parte, podría avanzar fuerte y seguro en el camino de la perfección complaciéndose en las buenas obras y sin estar expuesto a las desgracias que podría propiciarle ese perverso desconocido que llevaba dentro"

(-El Extraño Caso del Dr. Jekyllt y Mr. Hyde.- R.L. Stevenson).

1. Introducción

En Colombia el derecho privado atraviesa por una profunda fase de reestructuración de sus contenidos y categorías jurídicas, hasta el punto que se puede afirmar que actualmente asistimos a la consolidación de un nuevo derecho privado en el país. Este nuevo derecho se está reestructurando en lo fundamental a partir del cruce de tres variables importantes: i) las transformaciones que son

1. Este documento se basa en el trabajo de tesis titulado. "Elementos socio-jurídicos para la democratización de la economía colombiana - Conceptos básicos del derecho privado económico colombiano", elaborado actualmente por los autores para el programa de Especialización en Derecho Privado-Económico de la Universidad Nacional de Colombia. El presente documento es una sistesis de los lineamientos básicos de dicho trabajo, pero con énfasis en pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional con ocasión de tutela.

introducidas en las categorías jurídicas tradicionales del derecho privado debido a las posibilidades, potencialidades y flexibilidades que ofrecen los *adelantos tecnológicos*; ii) la consolidación del *postcapitalismo* (sociedad postnegocios) en los países desarrollados, que trae consigo no sólo nuevas modalidades para adelantar las actividades económicas sino también las correspondientes formas jurídicas funcionales a su desarrollo, las cuales debido a la globalización del sistema de acumulación inciden en las economías de países en vías de desarrollo como Colombia; y iii) el contenido "ético-social" del Estado Social y Democrático de Derecho colombiano, el cual opera tanto sobre las tradicionales como sobre las nuevas categorías jurídicas del derecho privado.

La Corte Constitucional en los pronunciamientos jurisprudenciales ha intentado en la medida de lo posible hacer la armonización jurídica de estas diversas variables, determinando así los alcances de los contenidos del nuevo derecho privado respecto a categorías jurídicas tales como la propiedad, la empresa, la iniciativa privada, los contratos, etc. En el presente ensayo se muestra el afianzamiento de esta realidad jurídica a partir de importantes pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional originados con ocasión de la acción de tutela.

2. Variables que convergen en la conformación del nuevo derecho privado

A continuación se presentan las principales variables señaladas anteriormente que inciden para que en el escenario colombiano se produzca una transformación de las categorías jurídicas básicas del derecho privado.

A. Las posibilidades ofrecidas por las nuevas tecnologías

Las categorías jurídicas tradicionales del derecho privado fueron forjadas circunscribiéndose obviamente a las limitaciones, alcances y posibilidades ofrecidas por las tecnologías de su época. Pero estas condiciones tecnológicas han evolucionado dramáticamente y por

esta razón ahora las categorías jurídicas presentan nuevas facetas, nuevos alcances y posibilidades para su realización y ejercicio, siendo así que en la mayoría de los casos se quiebran los pilares conceptuales tradicionales sobre los cuales se construyeron tales categorías.

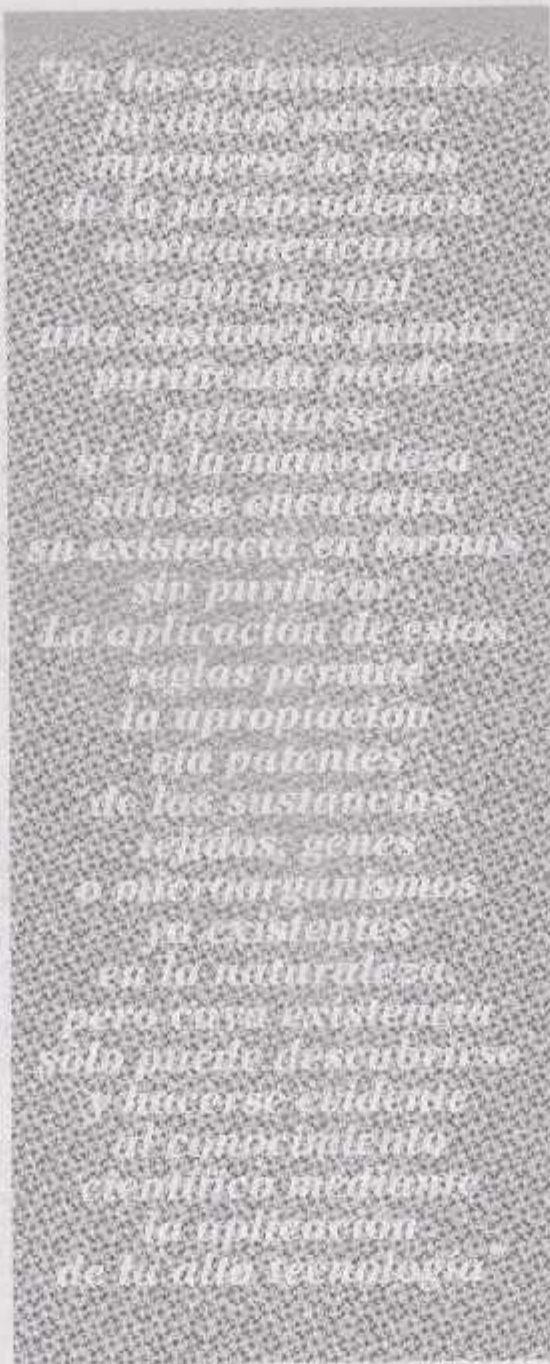
Para ilustrar lo anterior a modo de ejemplo se presentan las siguientes situaciones:

- Dentro de la concepción clásica de la propiedad no era admisible que este derecho pudiera recaer sobre cierto tipo de entes, los cuales desde el punto de vista jurídico ni siquiera eran considerados como cosas, pues se hallaban sustraídos a la apropiación de las personas en razón de la imposibilidad física y técnica que existía para hacerlo. Dentro de los ejemplos clásicos los juristas de modo recurrente citan el aire, las aguas en estado de libertad, las energías de la naturaleza (eléctrica, magnética, solar, etc.), los simples descubrimientos que no constituyen una invención, el cuerpo humano vivo a sus órganos, etc. No obstante, es la tecnología de hoy la que ha permitido que el concepto de propiedad se pueda extender y aplicar a estos entes de la "Madre Naturaleza" que tradicionalmente eran considerados como inapropiables.

Así, una tendencia actualmente notable en el terreno de las patentes es la presión creciente por la disolución de las fronteras jurídico-conceptuales que existían entre una "invención" y un "descubrimiento". Las patentes tradicionalmente se han otorgado como un monopolio legal en favor del individuo que ha inventado un objeto, aparato, máquina o producto, siempre y cuando éstos reunieran los requisitos de ser nuevos (tener novedad), útiles (tener aplicación industrial) y no obvios (tener nivel inventivo). De este modo, el objeto de protección de todos los sistemas de patentes siempre fue la "inventiva humana", es decir, la actividad creadora que produce una cosa nueva que no existía previamente. En consecuencia, siempre se consideró que no se debían otorgar patentes por los simples descubrimientos de cosas ya existentes en la naturaleza que se han conformado sin la menor influencia de la capacidad inventiva del hombre; el descubrimiento de sustancias u organismos nuevos, así como el descubrimiento de nuevas propiedades físico-

químicas, biológicas o genéticas en sustancias u organismos ya conocidos, no eran admitidos como hacer una invención (Nemogá; 1994; 138).

Sin embargo, una verdad de nuestro tiempo es que los descubrimientos ya no se producen simplemente porque una buena tarde de sol un científico decide salir a caminar por el bosque, a ver que cosa nueva encuentra por ahí. En efecto, los descubrimientos en la actualidad sólo pueden producirse gracias a grandes inversiones de capital en equipos de investigación y en alta tecnología. Por ejemplo, para que sea posible sobre un espécimen la identificación y el aislamiento de un gen útil para resistir a determinada enfermedad, se requiere de la participación de equipos de bioprospectores altamente calificados explorando las selvas y recolectando las muestras del espécimen a analizar, de equipos de científicos encargados de escrutar las muestras en laboratorios especialmente equipados para el estudio del comportamiento particular de cada gen del espécimen, descubriendo así sus nuevos componentes y probando cuáles son sus nuevas propiedades, diseñando a la vez los procedimientos para su aislamiento, conservación y posible aplicación industrial. Los descubrimientos son hoy en día una labor de empresas transnacionales dedicadas a la investigación científica en áreas como



la de la farmacéutica, los alimentos, la producción agrícola, etc., las cuales con su poder económico presionan constantemente para que se premien con patentes los descubrimientos que implican grandes inversiones de capital en alta tecnología. El derecho de patentes se ajusta a estas condiciones tecnológicas y por tal motivo en este campo comienzan a prevalacer tesis que sostienen que "el descubrimiento merece tener una protección jurídica equiparable a la de la invención dependiendo del grado de accesibilidad técnica al organismo o sustancia que se descubre y de los mayores o menores requerimientos de alta tecnología para su consecuencia". Del mismo modo, en los ordenamientos jurídicos parece imponerse la tesis de la jurisprudencia norteamericana según la cual "una sustancia química purificada puede patentarse si en la naturaleza sólo se encuentra su existencia en formas sin purificar". La aplicación de estas reglas permite la apropiación vía patentes de las sustancias, tejidos, genes o microorganismos ya existentes en la naturaleza, pero cuya existencia sólo puede descubrirse y hacerse evidente al conocimiento científico mediante la aplicación de la alta tecnología (Barton;1991; 8).

Otro tanto está ocurriendo con la extensión del ejercicio del derecho de propiedad sobre el cuerpo humano vivo o sobre sus

componentes orgánicos (genes, tejidos, fluidos corporales, órganos, etc.), hecho que se produce debido una vez más a los desarrollos de la tecnología y la propiedad intelectual, llegando así al grado máximo de apropiación sobre cosas tradicionalmente inapropiables.

Desde la época de la lucha por la abolición de la esclavitud se suprimieron en el derecho todo tipo de cargas reales que pudieran ejercerse sobre los seres humanos, quedando desde ese momento excluido el cuerpo humano vivo como "cosa" de apropiación; por consiguiente, nadie podía disponer contractualmente de su cuerpo vivo. Era tal la fuerza de este postulado de la sociedad demoliberal, que incluso existían reticencias para admitir el ejercicio del derecho de propiedad sobre el cuerpo humano muerto².

Dentro de esta concepción en ningún caso se podía asimilar el cuerpo humano vivo a una cosa sobre la cual pudieran existir derechos de otros: "el cuerpo humano sigue siendo el sustrato de la personalidad y el fin de ésta es dominar con su voluntad sobre la naturaleza no libre" (Valencia; 1987; 351). No obstante, los adelantos en la

medicina y la biotecnología han permitido que el derecho de propiedad se puede extender también al ser humano vivo, no solamente sobre su cuerpo físico sino también sobre su espíritu:

i) Inicialmente se comenzó por tolerar la apropiación y comercialización de partes del cuerpo humano que tiene la virtud de reproducirse, en razón de que con estas transacciones no se ocasionan menoscabo a la integridad corporal, surgiendo así la apropiación sobre partes orgánicas del cuerpo por medio de contratos como el de lactancia, la venta o donación de sangre para transfusiones, la venta o donación de cabellos, la venta o donación de semen u óvulos, etc.

ii) Posteriormente, debido a que los progresos en la tecnología médica permiten con mayor seguridad separar órganos del cuerpo humano y conservarlos vivos para su posterior trasplante a otros cuerpos, se aceptó la apropiación y las transacciones económicas sobre partes del cuerpo humano no susceptibles de reproducirse: un riñón, una sección de un hueso, una glándula sexual, la epidermis, etc.

iii) Más recientemente la apropiación del cuerpo humano se logra también a través de modalidades contractuales en las que, de forma permanente o temporal, se garantiza la exclusividad para el "goce" de una determinada función fisiológica del cuerpo de un individuo o de los productos que se derivan de la misma (sangre, plasma, anticuerpos, proteínas, enzimas, etc.). Esto es lo que ocurre, por ejemplo, en el caso del alquiler de vientres a favor de parejas que no pueden fecundar hijos, comprometiendo a la madre de alquiler su responsabilidad en no realizar durante el embarazo labores que puedan

2. Al respecto se han presentado en la doctrina civilista y en la legislación dos tendencias contrarias, las cuales han estado fuertemente vinculadas a consideraciones éticas y creencias religiosas: i) En la primera, el cuerpo humano muerto es una "cosa sin dueño no susceptible de apropiación privada" en razón de que el cadáver es considerado como una especie de residuo de la personalidad que en vida lo habitó, la cual era la única que podía gozar de su propia integridad corporal. ii) En la segunda, el cadáver humano es considerado como "cosa sin dueño no susceptible de apropiación pero sometida en un régimen especial", presentándose en esta tendencia el desacuerdo bajo tal régimen. Así, la gran mayoría considera que la titularidad se concede a los parientes cercanos para que la disposición sobre el cadáver cumpla exclusivamente fines religiosos como la realización del sepelio, la identificación del cadáver a través del epitafio, la exclusión de terceros que no tienen derecho a participar en estos ritos, el derecho de proteger el cadáver o sus restos contra la profanación, etc.; por consiguiente, se excluye que la titularidad puede usarse para fines distintos a los señalados, como podría ser el querer conservar el cadáver en el hogar o el efectuar transacciones económicas sobre el mismo o sobre sus partes personales. Esta concepción mayoritaria choca posiciones más actuales en las que se admite la apropiación y la realización de transacciones sobre el cadáver humano con finalidades diferentes a la de los ritos religiosos, como ocurre en los casos en que se persigue finalidades científicas (la experimentación y la docencia) o humanitarias (el trasplante de órganos de cadáveres a pacientes vivos), existiendo sin embargo aún

resquemores de tipo moral en cuanto a si estas transacciones pueden ser onerosas o si siempre deben ser gratuitas. Así, por ejemplo, se ha admitido que es válido el contrato oneroso mediante el cual una persona viva dispone de su cuerpo—como futuro cadáver— a favor de una institución científica, ya sea para la experimentación o para el trasplante de sus órganos; y con mayor razón, es una tendencia universal considerar que los cadáveres no reclamados por sus parientes cercanos durante un lapso de tiempo prudencia son "res nullis" y por lo tanto pueden ser gratuitamente apropiados por los institutos especializados para la investigación científica o el trasplante de órganos.

poner en peligro la salud del feto que no le pertenece. Lo mismo ocurre en los contratos en los que se garantiza a favor de cierta empresa la "exclusividad" para operar sobre el funcionamiento corporal de un individuo afectado por determinada enfermedad (SIDA, cáncer, hepatitis, lepra, etc.), quien a cambio de una importante suma de dinero se somete a la experimentación científica para el desarrollo de nuevas medicinas, aceptando como una obligación de su parte el cumplimiento de regímenes especiales de alimentación, descanso, actividad física, etc., y el deber de no poner en conocimiento de un tercero competidor los procedimientos científicos a los que es sometido o las respuestas dadas por su cuerpo. Esta última situación se presenta del mismo modo pero para el caso de la exclusividad sobre el funcionamiento corporal de individuos "especiales" que, por ejemplo, son genéticamente inmunes a determinada enfermedad y por consiguiente se espera extraer de sus cuerpos la cura para la misma.

iv) Un grado más en la apropiación sobre el ser humano vivo se produce a través de las posibilidades tecnológicas de manipulación ofrecidas por la ingeniería genética y el otorgamiento de patentes sobre componentes del cuerpo humano. Desde 1980, después de que la Corte Suprema de los Estados Unidos admitió



como patentable la creación de un microbio, la oficina de Patentes y Marcas Registradas de ese país ha concedido patentes sobre microorganismos creados, animales o plantas vivos, tejidos y genes humanos. Debido a esto, en los últimos 10 años en especial se ha enardecido por todo el mundo la competencia comercial por obtener la propiedad sobre el cuerpo humano vivo.

Así, en 1984 John Moore hizo una demanda contra el Centro Médico de la Universidad de California, afirmando que sus células sanguíneas habían sido robadas mientras se encontraba allí por un tratamiento por leucemia. Durante el tratamiento el Centro Médico desarrolló una línea celular que resultó ser valiosa para combatir el cáncer, la Junta Directiva de la Universidad obtuvo una patente sobre esta línea celular y comenzó así la comercialización de una antibacteria contra el cáncer. Moore exigía en su demanda el derecho a participar de las ganancias derivadas del uso comercial de sus células y de cualquier otro producto resultante del material biológico que le fue extraído, sin embargo la Suprema Corte de California estableció que el accionante no tenía derechos de propiedad sobre los tejidos removidos de su cuerpo. Una situación similar se presentó acerca de la patente concedida a las empresas Amgen Inc. y Genetics Institute sobre la eritropoyetina, hormona

segregada por los riñones y que sirve para estimular la producción de células sanguíneas (Barton; 1991; 11).

En 1993 el Secretario de Comercio de los Estados Unidos pidió la patente sobre la línea celular de una mujer Guaymí de Panamá de 26 años, porque contenía un virus único y sus anticuerpos podían ser útiles para investigaciones sobre el SIDA y la leucemia; sin embargo, debido a la protesta internacional y las acciones del Congreso Central Guaymí se denegó la petición. De igual forma en el Pacífico se ha intentado ya dos veces patentar material genético de indígenas que poseen características especiales que los hacen inmunes a determinadas enfermedades, y que habitan en las Islas Salomón y el Hagahai de Papua (Nueva Guinea). Las protestas internacionales de los pueblos indígenas y de los comités de bioética han retardado la apropiación legal sobre genes humanos (Aroha; 1995; 7).

Ante esta situación el Instituto Nacional de Salud de los Estados Unidos al lado de otros organismos científicos y empresas privadas han optado por asegurar su derecho a patentar ya no genes sino "secuencias fragmentadas de genes humanos"; bajo esta modalidad han obtenido patentes sobre el 5% del genoma humano y siguen multiplicando por todo el mundo los esfuerzos por obtener la propiedad sobre el 95% restante (Harry; 1995; 14). El Proyecto de Diversidad del Genoma Humano, la ingeniería genética y los experimentos transgénicos que permiten mezclar litogenes con genes de animales y genomas humanos con los de plantas o animales, llevan a diversos cuestionamientos de orden ético y legal: ¿a quién pertenece hoy en día el cuerpo humano vivo y quiénes pueden reclamar derechos de propiedad sobre sus órganos, tejidos, muestras genéticas, etc.? ¿puede ser considerado el cuerpo humano como un "cúmulo de materia viviente sin purificar" y legitimarse así el otorgamiento de patentes sobre sus sustancias, enzimas o genes cuando son sometidos a procesos de identificación, aislamiento y purificación?, ¿se extenderá el derecho de propiedad sobre los individuos de una etnia determinada o sus descendientes por el hecho de portar un gen patentado, del mismo modo a como ocurre ya para el caso de especímenes genéticamente mejorados y sus vástagos por

ser éstos también portadores de la mejora? Todos estos interrogantes sólo podrán ser resueltos desde perspectivas interdisciplinarias y a partir de consideraciones bioéticas.

V) Finalmente, el otorgamiento de patentes sobre genes, microorganismos, plantas, animales y cuerpos humanos, está permitiendo que indirectamente se ejerza también el derecho de propiedad sobre lo "intangible de la cultura", en especial la de pueblos indígenas que no están recibiendo ninguna retribución a cambio. Cuando una empresa de bioprospección obtiene patentes sobre una planta medicinal utilizada por una comunidad indígena, sobre sus animales domesticados o sobre los tintes que usan en sus ritos y celebraciones, en verdad está obteniendo la propiedad sobre una parte de la cultura de esa comunidad, sobre una parte de su espíritu colectivo. Para proteger el conocimiento de los artefactos culturales de una comunidad cultural determinada contra la apropiación abusiva e indiscriminada de las empresas privadas, existe presión internacional para que tales conocimientos sean catalogados bajo las denominaciones jurídicas de "Recursos Tradicionales" o "Propiedad Intelectual Indígena"³. De este modo, tanto los pueblos que reclaman la protección sobre sus "intangibles culturales" como las empresas transnacionales que quieren expropiárselos, están generando la extensión del derecho de propiedad sobre la "cultura de las comunidades", es

3. Se pretende que por lo menos nueve categorías de objetos queden protegidos bajo la denominación de Recurso Tradicional / Propiedad Intelectual Indígena: 1) Propiedad sagrada: imágenes, sonidos, objetos y cualquier cosa considerada sagrada por la comunidad; 2) Conocimiento del actual, previo y potencial uso de especies animales y vegetales, así como de los suelos y minerales conocidos por el grupo cultural; 3) Conocimiento de la preparación, procesamiento, y almacenamiento de especies útiles; 4) Conocimiento de fórmulas útiles (medicinas, tintes, etc.) que involucren más de un ingrediente; 5) Conocimiento de especies individuales; métodos de selección, plantación, cuidado, adomesticamiento, mejoramiento, etc.; 6) Conocimientos para la conservación de ecosistemas, aunque no sean usados específicamente con este propósito o algún otro propósito práctico por la comunidad cultural; 7) Recursos biogénéticos que se han originado en territorios indígenas por el inmemorial moldeamiento directo o indirecto recibido de la presencia de la comunidad cultural; 8) Herencia cultural: imágenes, sonidos, artesanías, artes, representaciones, ritos, leyendas, folklore, lenguas, etc.; y 9) Sistemas propios para la clasificación del conocimiento. (Posey; 1995; 10).

decir sobre algo que para los juristas del siglo pasado era inimaginable que pudiera ser objeto del derecho de propiedad y por tal motivo ni siquiera se le incluía dentro los objetos tradicionalmente inapropiables.

- En la tradicional doctrina civilista se pensaba que para poder ejercer el derecho de propiedad sobre las características físicas especiales de un espécimen animal o vegetal, tales como su rápido crecimiento, su mayor fuerza, su más alta producción de carne o leche, su mayor fecundidad, su resistencia a enfermedades o condiciones climáticas adversas, etc., necesariamente se debía ser propietario de la totalidad del espécimen por ser éste la entidad que en su corporeidad da asiento a dichas características especiales. Sin embargo, son los adelantos en la ingeniería genética los que permiten que se pueda hablar hoy de la apropiación sobre específicas "características especiales de un ser viviente", independientemente del derecho de propiedad que otros sujetos puedan ejercer sobre la restante integridad corporal del ser. Este hecho tiene importante incidencia en el derecho privado, debido a que ahora el ejercicio del derecho de propiedad que alguien adquiere sobre la totalidad del espécimen respectivo se escinde del ejercicio del derecho de propiedad que otro sujeto puede tener simultáneamente sobre alguna característica especial del espécimen.

En efecto, el derecho de patentes viene reconociendo protección jurídica al obtentor de mejoras genéticas en



semillas, en tejidos de vegetales o animales y en organismos multicelulares no-humanos, debido a que estas mejoras genéticas no son producto de la evolución libre de la naturaleza sino que son fruto de la inventiva del hombre y la aplicación de la alta tecnología. Por medio del otorgamiento de estas patentes se está produciendo la apropiación específica sobre alguna o algunas de las características especiales de un ser vivo. Por ejemplo, en la concesión de la patente sobre las "bacterias oleofagas", la propiedad recae sobre la característica genética de estas bacterias de poder consumir y limpiar los vestidos de petróleo en las agua de mares y ríos, pero no se puede extender a las demás características naturales de la bacteria que no fueron modificadas ni son producto de la inventiva del hombre; en el caso de la patente sobre el "Ratón Blanco de Harvard", la propiedad no recae sobre todo el ratón considerado como un bien mueble, sino sobre su característica especial de llevar insertado un gen humano cancerígeno lo cual lo hace útil para investigaciones futuras sobre esta enfermedad; y en el caso de las

plantas de algodón mejoradas genéticamente para resistir a las bajas temperaturas, la propiedad otorgada por la patente recae precisamente sobre esta característica especial y no sobre las demás características propias de la planta que no son producto de la inventiva humana.

Debido a esta evolución del derecho de patentes es posible que dos o más sujetos simultáneamente ejerzan

la apropiación sobre un mismo objeto (el espécimen genéticamente mejorado) a través de dos formas diferentes de propiedad privada. En efecto, el obtentor de la mejora ejerce la propiedad industrial sobre determinada característica genética del espécimen, la cual no se desarrolló naturalmente sino que fue fruto de su trabajo inventivo, mientras que el comprador de este ejemplar mejorado ejerce sobre el mismo el derecho clásico de propiedad, como si se tratara de un semoviente (en el caso de un animal mejorado) o de un bien inmueble por adhesión (en el caso de las plantas mejoradas de un cultivo).

Esta convivencia de dos formas distintas de propiedad que recaen simultáneamente sobre un mismo objeto, constituye un factor de quiebre del andamiaje conceptual sobre el cual se construyó la categoría jurídica de la propiedad clásica civilista. En efecto, la venta de un producto patentado o protegido por derechos de obtentor solía acabar con el derecho que la patente daba a monopolizarlo: la exclusividad de la propiedad otorgada al obtentor se extinguía con la venta del espécimen, mientras que el derecho de propiedad surgía plenamente para el comprador quien podía usar el espécimen como quisiera, sin la existencia de ulteriores restricciones. Sin embargo, esto actualmente no ocurre así, debido a la posibilidad de la convivencia de dos formas de propiedad sobre un mismo espécimen, y es por este motivo que se imponen tendencias jurídicas en las que para utilizar o explotar un espécimen vegetal o animal



mejorado, el comprador deberá cancelar una suma de dinero determinada al titular del derecho de obtención, pero además deberá pagarle una regalía o sobreprecio por cada nueva generación subsecuente que de esta especie se produzca. Por ejemplo, si se compra un cordero. En este ejemplo es claro que el derecho de propiedad que el ganadero tiene sobre el cordero que adquirió no es pleno, como ocurría en el pasado desde el momento de la compra, ya que no se extiende a los "frutos" que dicho bien produce o puede llegar a producir, esto porque sobre el cordero sigue operando imperceptiblemente el derecho de propiedad industrial que el obtentor tiene sobre la "característica especial" del espécimen de producir más carne, derecho de propiedad el cual se extiende también a la cría por heredar ésta dicha característica.

— En el siglo XIX, cuando se efectuaba el transporte marítimo de una mercancía lo normal era que ésta junto con los documentos respectivos de propiedad llegaran al mismo tiempo a poder del destinatario. De este modo el

tema fue regulado jurídicamente en concordancia con los condicionamientos fácticos y tecnológicos de la realidad de su momento. Pero actualmente vivimos una época cuya característica principal es que el tiempo de la comunicación es más rápido que el tiempo de transporte. Así, debido a adelantos tecnológicos como el fax o el correo electrónico, los documentos de propiedad pueden llegar con mucho tiempo de anticipación a poder del

destinatario y ser negociados por éste, a la manera de los títulos valores, mientras la mercancía se encuentra aún en alta mar, pudiendo a su vez el nuevo comprador hacer lo mismo, de tal forma entre los negociantes a la espera de que algún día las mercancías los alcancen. Esta posibilidad tecnológica exige una reconceptualización y una nueva regulación jurídica de la materia acorde con la situación.

- En otros tiempos el socio, accionista o miembro de una empresa, para poder ejercer parte de sus derechos en la misma, tenía que presentarse físicamente a las juntas o asambleas respectivas. En cambio, hoy puede ejercer sus prerrogativas "a distancia", gracias a la utilización de los adelantos tecnológicos en la comunicación, los cuales le permiten participar en las juntas o asambleas sin necesidad de que se requiera de su presencia física. El derecho readapta sus categorías conceptuales a las nuevas condiciones tecnológicas, y de este modo encontramos que en el país ahora son válidas las reuniones no presenciales de los socios o miembros de una empresa cuando las decisiones y deliberaciones respectivas se desarrollan a través de cualquier medio que permita la "comunicación simultánea o sucesiva" (art. 19 de la Ley 222 de 1995). Incluso a nivel probatorio se produce la correspondiente reestructuración, al admitirse pruebas de las reuniones no presenciales tales como el fax, donde aparezca la hora, el girador y el mensaje, o la grabación magnetofónica donde queda el registro de las deliberaciones y las decisiones realizadas.

- Anteriormente se podía afirmar con plena seguridad en qué lugar se encontraba ubicado un determinado bien, lo cual era un factor fundamental para la negociación del mismo. La ubicación del bien aparecía prácticamente como materia pacífica que no presentaba mayores dificultades. Hoy, gracias a los adelantos tecnológicos, aquí en Colombia se puede encontrar operando la sucursal de una entidad financiera extranjera a la cual acuden los clientes con su dinero para consignarlo en cuentas que realmente están ubicadas en Suiza. Físicamente el dinero entregado por el cliente se encuentra guardado en la bóveda de seguridad de esta entidad, aquí en Colombia, pero jurídicamente ya se encuentra depositado en una cuenta radicada en el territorio suizo. Cualquier intervención a

los dineros de tal cuenta debe intentarse en Suiza y no aquí en Colombia.

- Dentro de la vertiente más tradicional del formalismo cambiario los títulos valores fueron definidos como documentos (prácticamente como "papeles"), que necesariamente debían contener por lo menos una firma, de la cual se derivaba toda acción cambiaria. La firma personal apareció así como el elemento fundamental que permite identificar al emisor, al avalista o al endosante, y asignar la responsabilidad jurídica respectiva a cada uno de estos agentes. No obstante, los adelantos tecnológicos de hoy, en especial los documentos electrónicos, plantean importantes problemas jurídicos en cuanto a los medios de prueba admisibles para garantizar las obligaciones consignadas en este tipo de documentos, así como el determinar la identidad del emisor de los mismos. De este modo, sobre la base de las nuevas tecnologías, en otros países la caligrafía preciosista de la firma y la rúbrica - junto con todo el bagaje jurídico elaborado alrededor de tal fenómeno- son sustituidos lentamente por los soportes electrónicos, los códigos de identificación confidenciales y los registros magnéticos en las memorias de las computadoras⁴.

Conclusión

Los ejemplos presentados anteriormente son apenas una muestra de la forma cómo los adelantos tecnológicos conllevan una reestructuración de las categorías jurídicas tradicionales del derecho privado, no sólo en cuanto a su concepción teórica sino también en su funcionamiento y

4. Por ejemplo, en el Reino Unido las normas cambiarias fueron flexibilizadas hasta el punto de admitir como prueba de la obligación cambiaria los soportes electrónicos, pero sujetos éstos a la comprobación de la confiabilidad de los sistemas informáticos en cuanto al ingreso y egreso de los datos, y su inalterabilidad a través de los canales de circulación de la información electrónica. Del mismo modo, en los Estados Unidos las Federal Rules of Evidence y las Best Evidence Rules, admiten como pruebas los registros magnéticos de las computadoras desde las cuales se realizan las transacciones, siempre y cuando se acredite la correspondencia entre el "print-out" y los datos existentes en la memoria. (Correa; 1987).

operatividad real. Este hecho pone de presente la necesidad de actualizar la concepción que se tiene sobre tales categorías jurídicas tradicionales del derecho privado, no sólo en cuanto a su concepción teórica sino también en su funcionamiento y operatividad real. Este hecho pone de presente la necesidad de actualizar la concepción que se tiene sobre tales categorías para colocarlas en consonancia con las exigencias de la realidad tecnológica en cualquier temática relacionada con el derecho, pues es conocida la negativa dada al uso de las primitivas máquinas de escribir, el rechazo a las fotocopias, la inadmisión de dictáfonos, de cintas magnéticas, de computadores, o la oposición a cualquier sistema técnico que permita la comunicación a distancia de forma instantánea. En todos estos casos se aduce, por ejemplo, la imposibilidad de acreditar la firma del juez o del sello de la oficina que emite el mensaje, la inseguridad de poder derivar obligaciones contractuales a partir de la grabación magnetofónica de la aceptación verbal de un contratante en una transacción, la incertidumbre de saber si al otro lado de la línea se encuentra un negociante de carne y hueso jurídicamente capaz o si se trata de un "negociante virtual", etc.

B. La Consolidación del Postcapitalismo

Desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial y hasta la década de los 80's prevaleció a nivel mundial el modelo económico de acumulación gestado sobre el sistema de la cadena de montaje y la producción en serie, consolidado con las políticas estatales keynesianas, con el papel hegemónico del dólar y estructurado en su funcionamiento dentro de una fuerte bipolaridad política entre los Estados Unidos y la Unión Soviética. Este modelo se sostenía sobre una división internacional del trabajo en la cual el centro geográfico hegemónico era los Estados Unidos, mientras que las actividades económicas de las otras regiones del mundo se insertaban de modo diferenciado en los circuitos de la acumulación, formando pequeños mercados periféricos que se beneficiaban en forma desigual de la acumulación económica global (Palacio;1993; 21-24).

Sin embargo, en los últimos diez años importantes sucesos ocasionaron transformaciones trascendentales en el panorama internacional, erosionando las bases que sustentaban el modelo económico de acumulación impuesto por los Estados Unidos, dando lugar así al surgimiento de un nuevo sistema de carácter uni-multipolar. En efecto, con la desaparición de la Guerra Fría y de la bipolaridad estratégico-militar entre Estados Unidos y la Unión Soviética, se ha dado paso a un sistema internacional con un actor hegemónico en el plano estratégico-militar, Estados Unidos, mientras que la multipolaridad se presenta en el plano económico porque ahora la dinámica de la acumulación internacional se articula alrededor de tres megabloques económicos en creciente expansión: la Unión Europea, Japón con sus vecinos asiáticos, y Estados Unidos con los países latinoamericanos de su tradicional "patio trasero".

Los cambios que acompañan la conformación de este nuevo "medio ambiente económico" para los negocios, están asociados a la consolidación de lo que Drucker ha denominado como "postcapitalismo", cuyos caracteres más sobresalientes —que muestran lo lejos que este nuevo sistema se encuentra del capitalismo del siglo XIX descrito por Marx— son los siguientes:

1. Un nuevo modelo de acumulación

El surgimiento del postcapitalismo está íntimamente relacionado con la expansión de lo que algunos autores han denominado como sistema de "acumulación por especialización flexible" (Hirst y Zeitlin;1991). El afianzamiento de este nuevo sistema de acumulación se sustenta sobre los siguientes factores:

a) *El progreso en las comunicaciones y en los avances científico-tecnológicos.* Los cuales sustentan y hacen factible el surgimiento del nuevo sistema de acumulación. En efecto, hoy por hoy la riqueza se produce acelerando la velocidad de la producción y de las transacciones requeridas para la realización e intercambio de los bienes y servicios, lo cual se logra al implementar estos procesos con las facilidades y ventajas que ofrecen los adelantos en los campos de la tecnología y de las comunicaciones.

La aceleración de la actividad económica se consigue ahora no con más sudor de los trabajadores sino con la adopción de las siguientes medidas: i) el intercambio acelerado de la información y los conocimientos relacionados con la actividad económica a través de los más avanzados medios de comunicación con cobertura mundial, y ii) la reorganización inteligente de la actividad económica, por medio de la reconversión industrial o la implementación de altas tecnologías de producción (informática, robótica, biotecnología, etc.) y la aplicación de técnicas novedosas de administración y gerencia empresarial. La tradicional cadena de montaje en serie y los sistemas de "alto volumen" son sustituidos por una producción de "alta calidad y rendimiento", la cual se apoya fundamentalmente en la investigación científica, la innovación, la inventiva, la propiedad intelectual y el incremento del capital tecnológico.

La aceleración de la productividad implica una nueva y poderosa ley económica: "cuando el ritmo de la actividad económica se acelera, cada unidad de tiempo llega a valer más dinero" (Toffler;1991; 277-284). Así, por ejemplo, la facilidad de los desplazamientos, el transporte multimodal, el correo electrónico, la interconexión global a través de las redes de cómputo, las líneas de fibra óptica, etc., permiten hoy



efectuar transacciones en tiempo real en cualquier lugar del mundo sin importar la distancia entre las partes contratantes. De este modo, el millón de dólares obtenido en una transacción que en otros tiempos implicaba días o semanas de intercambio de comunicaciones personales, actualmente lo consigue el negociante en cuestión de segundos, simplemente con oprimir desde su terminal de computadora un código que indica la aceptación de la transacción, produciendo consecuentemente la respectiva transferencia electrónica de los fondos a su cuenta.

h) Globalización de las actividades económicas: La aplicación de los avances tecnológicos y de las comunicaciones han permitido flexibilizar en grado sumo el desenvolvimiento de las actividades económicas. De este modo es factible el surgimiento de la empresa "transnacional", "global" o "difusa", caracterizada por la posibilidad de ubicar más fácilmente la producción o la actividad económica entre varios países, contribuyendo así al surgimiento y consolidación de una nueva división internacional del trabajo o sistema global de ensamblaje. Las compañías multinacionales gigantescas que adoptaron esta forma desde los años 60's en la nueva economía se asemejan a paquidermos inoperantes y por lo tanto son superadas por empresas transnacio-

nales muy especializadas, de mediano o pequeño tamaño, que operan teniendo por escenario los consumidores y los competidores de toda la economía mundial más que quedar restringidas a los mercados de uno o algunos países. La consolidación de las empresas transnacionales ya acompañada por la creación simultánea de mercados de capital unidos globalmente para facilitar el libre flujo de la inversión a través de las fronteras y por encima de las políticas legislativas nacionales, para alimentarse así de la competencia por factores productivos a bajo costo y con grandes utilidades.

La globalización trae dos consecuencias importantes para el mundo de los negocios y para los desarrollos conceptuales del derecho privado. En primer lugar, se hace evidente la dificultad de definir el punto geográfico específico en el que se ubica el desarrollo de la actividad económica de una empresa transnacional determinada. En efecto, una empresa que tiene su domicilio de negocios en Londres, que tiene su residencia fiscal en las Bahamas, que acumula su capital en un fondo fiduciario secreto en Luxemburgo, que a través de múltiples subsidiarias ubicadas en el mercado unificado europeo comercializa un bien que es elaborado con la articulación de los productos y servicios prestados por subcontratación o colaboración empresarial por otras tres empresas (una alemana, otra japonesa y la otra brasilera), necesariamente lleva al surgimiento de importantes interrogantes desde el punto

"Muchos de los contenidos conceptuales del derecho privado deben elaborarse teniendo en consideración la falta fundamental de la imposición de límites y cargas sociales y los particulares en todas sus dimensiones, lo cual conduce a superar la concepción individualista del ejercicio de los derechos que sobrevive aún en estados salvos temas del derecho civil, comercial, financiero, etc."

de vista jurídico: ¿en qué lugar tiene desarrollo su actividad económica?, ¿cuál es la legislación aplicada a la misma?, ¿cuál es el tribunal competente en los casos de conflicto: con los consumidores, con los trabajadores, con los accionistas, con las otras empresas? etc. Un ejemplo mucho más extremo de esta situación es el funcionamiento de NASDAQ (National Association of Securities Dealers Automated Quotations), especie de mercado de valores sin "piso", es decir, sin un lugar determinado para la realización de las transacciones. Este mercado funciona con un sistema de transmisión de información electrónica similar al de Internet, en el cual los comisionistas autorizados mueven millones de dólares al día en operaciones financieras dirigidas desde sus terminales de computadores, conectándose o desconectándose a la línea desde diferentes lugares de los Estados Unidos, siendo realmente imposible asegurar que la actividad económica de estos agentes se realiza en un punto específico de una dimensión tan intangible como lo es una red de flujos de información electrónica.

En el segundo lugar, la globalización posibilita que el negociante en un mismo momento y en tiempo real pueda actuar simultáneamente en diversos mercados, obteniendo utilidades al aprovechar las diferencias que se presentan en cuanto al valor que adquiere un determinado factor productivo en cada uno de estos distintos mercados. El mejor ejemplo de esta situación es la historia del "Rey

de los Bonos Basura" (junk bonds), personaje que actuaba simultáneamente en las bolsas de Tokyo, Londres y los Angeles, jugando con las diferencias que se presentaban en estas bolsas en los últimos minutos antes del cierre de la jornada; de este modo durante diez años ganó, y así mismo perdió alrededor de dos mil millones de dólares.

c) Internacionalización e integración económica: La tecnología y los avances en la comunicación posibilitan globalizar la actividad económica, pero esta globalización exige a su vez la necesaria consolidación de un ambiente político-económico funcional para la misma. La conformación de los megabloques económicos obedece así a una necesidad del nuevo modelo de acumulación. En efecto, para las empresas transnacionales los costos del desarrollo industrial, de la investigación científica, de la infraestructura sistematizada, de la alta tecnología informática, de la comercialización a nivel mundial, etc., exigen que tales empresas cuenten con mercados de mayor envergadura que puedan absorber esa macro-productividad y hagan rentables o amorticen las cuantiosas inversiones a realizar en la infraestructura productiva, a la vez que se requieren grandes mercados con ofertas amplias en mano de obra y factores productivos. Las delimitaciones de carácter político impuestas a los mercados por las fronteras del Estado-nación se tornan de este modo inoperantes frente a las exigencias económicas del nuevo modelo.

Así, actualmente los procesos de integración económica avanzan por todo el mundo permitiendo prever que en las próximas décadas la economía mundial será dinamizada por las relaciones de complementación, oposición o dependencia que se establezcan entre los mercados continentales y subregionales de los megabloques económicos y no ya entre los mercados de los estados individualmente considerados.

d) Debilitamiento del Estado-Nación: Picciotto señala que las empresas multinacionales por bastante tiempo lograron la internacionalización de la actividad económica sobre la base de los estados nacionales. El Estado-nación fue así un medio para la internacionalización de las empresas multinacionales debido al apoyo prestado por

sus diferentes aparatos (el burocrático, el militar, el diplomático) y al favorecimiento otorgado al desarrollo de determinadas actividades económicas a través de sus políticas de comercio exterior (Picciotto, 1991). Pero desde comienzos de los 80's las empresas observan que es factible la globalización de la actividad económica por la vía de efectuar directamente la apropiación y aplicación de los avances tecnológicos, al tiempo que aprecian las enormes ventajas y utilidades que se pueden conseguir a través de esta vía sin la necesidad de estar acudiendo constantemente a solicitar el apoyo del Estado-nación para superar las múltiples coyunturas que se presentan en el desarrollo de la actividad económica respectiva. A partir de ese momento el Estado-nación parece desmoronarse por todas partes:

- En el terreno económico, un mercado identificado con los límites geográficos del Estado-nación puede no ser el mejor patrón para visualizar el punto de equilibrio de la productividad y la eficiencia de las empresas. Una empresa acostumbrada a producir 30.000 automóviles al año para el mercado de un Estado-nación, bien puede estar por debajo del punto de productividad y eficiencia frente a empresas transnacionales que producen el mismo bien pero en mayores cantidades para abarcar varios mercados. Por lo tanto, las empresas deben operar como empresas transnacionales, teniendo por referente la productividad de un determinado bien a nivel global y no simplemente a nivel del mercado doméstico.

- En el campo jurídico el Estado-nación pierde terreno en varias áreas: i) la internacionalización e integración económica de los países conduce a que las normas de los acuerdos y tratados internacionales de estos procesos tengan un estatus jurídico totalizador, con autonomía, prevalencia y obligatoriedad sobre las legislaciones nacionales; ii) paralelamente, por diversas vías se produce una homogeneización y unificación entre los ordenamientos jurídicos de los países miembros involucrados en los procesos de integración económica⁵, siendo una

5. Esta homogeneización de los ordenamientos jurídicos pueden adoptar, entre otras, las siguientes vías: a) asumiendo la forma de una "unificación legislativa sustantiva" en la cual los estados miembros

tendencia notable la creciente americanización o "anglosajonización" en la regulación de las materias, por encima de las tradiciones jurídicas romana, germana o francesa⁶; iii) los estados son sustituidos por instancias transnacionales que se encargan de fijar y decidir las políticas en materia legislativa y jurídica; y iv) el Estado le cede cada vez más a los particulares la competencia en materia de decidir la legislación aplicable a los negocios, recobrando así renovado impulso la teoría de la "partición legislativa", es decir, la facultad de los particulares de escoger uno o varios derechos de diferentes países para regular las negociaciones, con independencia de los tradicionales criterios del "lugar de residencia de las partes", el "lugar de cumplimiento de la obligación" o el "lugar donde se ubica el bien", los cuales aparecen como rezagos del pasado correspondientes a la época en que era fundamental asegurar la primacía de la soberanía jurídica del Estado sobre la actividad privada de los particulares⁷.

establecen un mismo ordenamiento sustantivo común o lo adoptan como obligatorio para todas las partes por ser expedido por algún tipo de órgano supranacional, b) adoptando la forma de "armonizar las normas sobre la jurisdicción competente" a aplicar para resolver los conflictos que se presenten entre los ordenamientos jurídicos diferentes a los distintos países miembros, c) reconociendo y conceptualizando cada vez en mayor medida la existencia de un derecho "paralegal", constituido por prácticas y acuerdos autónomos que operan sobre las legislaciones de los estados miembros, d) adoptando la forma de una especie de nuevo "Jus Commune", y e) siguiendo la vía de la "aproximación de la ciencia y la formación educativa jurídica común" (Capelletti, 1993, 30-40).

6. Un ejemplo de esta tendencia se aprecia en el estudio de Dezalay y Trubek (1994), en el que constatan la penetración del "modo de producción de derecho americano" sobre los campos jurídicos europeos, teniendo por referente las estrategias y acciones adoptadas por las grandes firmas norteamericanas de abogados.

7. De este modo, también adquieren vigencia conceptos tales como el de "Proper Law", es decir, la ley o las leyes que las partes libremente establecen de forma expresa para que se aplique a un determinado acuerdo o negocio internacional, y la "Teoría del Dépeçage" en la cual las partes libremente pueden acoger las legislaciones de diferentes países para regular diversas cuestiones de un mismo contrato: una para la interpretación del contrato, otra para determinar su ejecución, una tercera para determinar la capacidad y los poderes de los firmantes, etc., y todas estas leyes pueden no coincidir con la "Lex Fori" o ley del tribunal escogido previamente por las partes para dirimir las situaciones de conflicto.

- Se observa que "lo nacional" del Estado, identificado comúnmente con "lo cultural" de la población que habita en un mismo espacio geográfico, entra en crisis⁸: i) En primer lugar, en una economía transnacional las diferencias en cuanto a la capacidad de consumo de bienes y servicios llegados de todas partes del mundo, tiende a generar a nivel de la población mundial "estratos culturales horizontales", conformado cada uno de estos estratos por personas de distintas regiones del planeta con gustos semejantes que, a través del consumo, adoptan, consciente o inconscientemente, estilos culturales y formas de vida similares o idénticos. Es en el acto del consumo donde las personas alcanzan su reproducción material y además su reproducción "simbólica", conformando así comunidades que alcanzan grados de identidad cultural a pesar de que los miembros estén dispersos por distintas partes del mundo. ii) En segundo lugar, el incremento de la informática y las telecomunicaciones conlleva que la interacción cultural entre los individuos -factor necesario para la conformación de una identidad nacional- tienda cada vez más a ser global y a desarrollarse a nivel de "espacios sociales abstractos", los cuales se crean a diario en las redes de datos, en los flujos informacionales multidireccionales y en los mundos de realidad virtual. Toda una "cybercultura" se genera por la interacción de los individuos a través del cyberspacio. De esta forma pasa a segundo plano la interacción cultural que se efectúa en espacios sociales más sustantivos y corpóreos, a nivel de los barrios, los pueblos, las ciudades y los territorios. La generalización de la interacción cultural que trasciende los territorios de los países constituye ciertamente un factor que erosiona el concepto "nación" (Piscitelli; 1995). iii) También la sociedad se aleja de la época en que las identidades nacionales se definían en relación a lo "propio". Precisamente la diferencia entre internacionalización y globalización, es que en el tiempo de la internacionalización se podía no estar contento con lo que se tenía a

8. Entran en crisis los elementos que desde la época de Ernesto Renán (1887) fueron señalados como los que verdaderamente integran la nación, esto es, los elementos "materiales o físicos": el pueblo y el territorio; y los de orden "inmaterial": el factor étnico, el religioso, el cultural, el idiomático, las tradiciones y el alma de la nación.

nivel nacional y buscarlo en otra parte. Ahora, en la época de la globalización, lo que se produce en todo el mundo está aquí, y es difícil saber que es lo "propio", porque la globalización supone precisamente una interacción funcional de actividades económicas y culturales dispersas, en las que importa más la velocidad para abarcar comercialmente el mundo que las posiciones geográficas desde las cuales se produce o se consume, generándose así como resultado la circulación de bienes de uso que cada vez más tienden a perder la relación de identidad con los territorios de los cuales eran tradicionales autóctonos o típicos (García; 1995). iv) Finalmente, la tendencia mundial al "tribalismo" socava al Estado-nación desde adentro, amenazando así reemplazar la nación por la tribu o incluso por diminutos grupos locales que exigen autonomía cultural⁹. Una razón de la tendencia al tribalismo es que en una economía transnacional el tamaño grande de la nación ya no es de por sí una ventaja competitiva. De hecho en los últimos años las economías más exitosas han sido la de países con naciones pequeñas, que obtienen importantes beneficios económicos a la vez que independencia cultural y política.

- Finalmente, la debilidad del Estado-nación se aprecia también en la forma como deja a la voluntad de los particulares la competencia en ciertas materias que antaño eran su posesión exclusiva y vital, razón por la cual eran materias que se regulaban con normatividad de orden público y con aplicación preferencial sobre las legislaciones de otros estados. El hecho es que hoy en día los estados han comenzado a ceder una competencia a la que

siempre se aferraban sin admitir la menor discusión, porque constituye su fuente de recursos para el desarrollo de sus actividades y el mantenimiento de su estructura burocrática: la competencia en materia tributaria. Esto es ya una realidad en los países de la Unión Europea. Así, el Estado-nación es lentamente sustituido por el concepto de "residencia fiscal", es decir, el país donde una empresa fija, según su libre elección, la residencia para el pago de impuestos, la cual no tiene necesariamente que coincidir con el lugar donde la empresa fija su domicilio para el desarrollo de su actividad económica.

2. Los trabajadores son dueños de los medios de producción

El recurso económico principal (el medio de producción) del postcapitalismo, ya no es el capital ni son los recursos naturales, ni el trabajo; es el conocimiento, la información aplicada a la organización de la productividad. Las actividades para la creación de riqueza ya no son exclusivamente ni la asignación de capital a unos usos productivos ni el trabajo aplicado en mayor intensidad a una actividad. El valor se crea hoy por el incremento tecnológico de la productividad y por la innovación en su desarrollo, ambas aplicaciones del conocimiento al trabajo (Drucker; 1989). Este sistema acelerado para la creación de la riqueza, depende cada vez más del intercambio de datos, información y conocimiento, por ello es "super-simbólico" y también se le ha denominado como "Capitalismo de Información" en el cual "si no se intercambia conocimiento no se crea riqueza" (Toffler; 1991; 277-284).

En este sistema de creación de riqueza los grupos sociales dominantes de la sociedad son los "trabajadores de conocimiento" que, a diferencia de los trabajadores de las primeras formas del capitalismo salvaje, se caracterizan por ser "propietarios del medio de producción", es decir, de su conocimiento, del cual son dueños y se lo pueden llevar consigo adondequiera que vayan.

En el modelo de acumulación Taylorista/Fordista la creación de la riqueza se basaba en el trabajo manual. Bajo este modelo la "habilidad" para la ejecución de la la

9. En los Estados Unidos distintos grupos de inmigrantes (italianos, asiáticos, negros, hispanos, etc.) consideran un acto discriminatorio el que se intente americanizarlos, haciendo así énfasis en el interés de cada grupo por conservar su identidad. En Europa vemos que por causa del tribalismo Yugoslavia se desangró en una guerra civil. A su vez los eslovacos se separaron de los checos. En Bélgica persiste todavía una fuerte pugna entre flamencos y valores de habla francesa. En España los vascos, los catalanes y los gallegos exigen autonomía cultural, y otro tanto ocurre con los lapones que habitan en el norte de Finlandia y de Suecia. En Canadá aún subsiste el espíritu separatista entre una parte de habla inglesa y otra de habla francesa. Y en México son claros los intentos de separación del sur indio del norte hispánico. (Drucker; 1994; 167-171).

bor —la "téchne" conceptualizada por Aristóteles— fue extraída del trabajador, analizada y posteriormente sistematizada como un saber científico, surgiendo de este modo la "organización técnica de la producción", es decir, la aplicación del conocimiento a la actividad productiva. Esto trajo, entre otras consecuencias, la separación del momento de concepción del trabajo del de ejecución del mismo, la minuciosa división-especialización de todas las labores productivas, la imposición de ritmos precisos de trabajo y la supervisión constante sobre el trabajador para ajustar su desempeño a los patrones de estandarización de la actividad productiva (Rojas y Palacio, 1986).

Pero en el postcapitalismo lo que se está consolidando es lo que se ha dado en llamar la "organización técnica de la técnica", es decir, la aplicación del conocimiento al propio conocimiento utilizable en la actividad productiva. El referente directo ya no es el desempeño del trabajador manual, las herramientas, las máquinas o la fábrica, sino el cúmulo de conocimientos que se han elaborado acerca de estos factores. El trabajador de conocimiento entra en escena precisamente para proporcionar nuevo conocimiento, a fin de averiguar cómo aplicar el que ya existe para obtener unos determinados resultados, o para definir qué hay que hacer para que sea eficaz en la actividad económica respectiva.

En estas condiciones se encuentra que es prácticamente imposible cualquier "supervisión Taylorista" sobre la actividad del trabajador de conocimiento. En efecto, ¿cómo establecer un sistema de trabajo cuyo seguimiento al pie de la letra garantice siempre la innovación, la creatividad y la inventiva del trabajador de conocimiento?, ¿cómo percibir que el trabajador en un determinado momento decide no utilizar el máximo de su potencial cerebral ante un determinado problema por resolver?, ¿cómo decirle al trabajador cuáles son los datos que debe articular y en qué forma para que siempre el rendimiento de su conocimiento sea mayor?, ¿cómo imponerle un ritmo de trabajo a la agilidad mental, a la creatividad o la intuición del trabajador de conocimiento? Al ser propietarios del conocimiento, son los mismos trabajadores los que determinan en qué medida contribuyen con su aplicación a la actividad económica

que adelantan y de qué magnitud puede ser el rendimiento de su conocimiento. Estos nuevos trabajadores se caracterizan entonces por una gran movilidad entre diferentes empresas, pues llevan consigo los medios de producción: sus conocimientos, su creatividad, su capacidad de innovación. De hecho, la expansión de esta realidad está comprobada en economías desarrolladas como la de Estados Unidos y Japón¹⁰.

El mejor ejemplo del desarrollo de una economía con base en el énfasis de la mayor preparación de los trabajadores de conocimiento, es el caso de Japón. En efecto, las empresas japonesas están sacando lo más rápidamente posible el trabajo manual en manufactura —lo están trasladando a los Estados Unidos, a plantas ubicadas entre este país y México, a Indonesia, etc.— ya que los japoneses sostienen que en los países en desarrollo es tan grande la oferta de jóvenes que no están preparados para otra cosa que el trabajo manual en manufactura, que preocuparse por la "base industrial" es una necesidad. En conclusión, la política japonesa muestra que un país que tenga abundantes trabajadores de conocimiento preparados para diseñar productos o nuevos servicios y formas innovadoras para comercializarlos, no encontrará dificultad alguna para hacer fabricar esos artículos a bajo costo, con mayor productividad y alta calidad.

El hecho de que los trabajadores de conocimiento tiendan a ser los dueños de los medios de producción, tiene consecuencias importantes para el derecho privado.

10. Drucker señala que durante la reestructuración de los negocios norteamericanos en los años 80's, millares de trabajadores de conocimiento perdieron sus empleos. Sin embargo, a la vuelta de unos pocos meses, la mayor parte de ellos habían conseguido empleos donde aplicar sus conocimientos al trabajo. "Más o menos en la mitad de los casos, los nuevos empleos no pagaban tanto como los anteriores, y quizá no eran tan satisfactorios. Pero los técnicos, los profesionales y los gerentes despedidos descubrieron que ellos tenían el "capital" —sus conocimientos—; eran propietarios de los medios de producción." (Drucker, 1994: 74).

Del mismo modo, en el Japón hasta años recientes se creía todavía en un compromiso vitalicio de los trabajadores de conocimiento con la empresa en la cual laboraban, sobre todo de los profesionales, los gerentes y los técnicos. Pero actualmente, hasta en el Japón el trabajador de conocimiento está ganando movilidad rápidamente a pesar de todo énfasis en la "lealtad" y el "compromiso vitalicio". (Drucker, 1994, 74).

Así, se acrecienta mundialmente la preocupación por el fortalecimiento de la regulación jurídica sobre el conocimiento, la información y el saber relacionado con el desarrollo de la actividad económica. Las empresas buscan controlar estos elementos incluyéndolos bajo los derechos de autor o la propiedad industrial, e incluso en una tercera esfera no contemplada dentro de la propiedad intelectual, como lo es la de los "conocimientos técnicos"¹¹. También exigen un régimen fuerte de sanciones a conductas como la negociación en posesión de información privilegiada (insider trading information), la violación del secreto profesional y el incumplimiento de cláusulas contractuales laborales que obligan al trabajador a no utilizar posteriormente la información aprendida en la empresa en que laboró. Los enfrentamientos que ya se presentan en este campo entre los trabajadores y los empresarios deberán ser solucionados con la convergencia interesante de principios del derecho laboral, principios del derecho civil y comercial, principios que orientan la libre competencia y sancionan la competencia desleal o las prácticas incorrectas en los mercados, etc.

3. Declina el papel de los capitalistas

Un hecho notable a medida que se consolida el postcapitalismo, es la tendencia a producirse enormes concentraciones de dinero en poder de los fondos de empleados tanto del sector privado como del gubernamental, tal como ocurre ya en las economías de varios países. Estos fondos además se han convertido en estos

países en los principales proveedores de capital para los negocios y son también los más importantes inversionistas institucionales que están adquiriendo con su poder económico la mayor participación accionaria en las más grandes y rentables empresas¹².

Estos fondos de pensiones tienden a ser los capitalistas del futuro, desplazando y aminorando el papel protagónico que otrora tenían en este campo sujetos como Ford, Rockefeller, Morgan, Mitsubishi, Siemens, etc.¹³.

El "capitalismo de las cajas de pensiones" se está convirtiendo de este modo en la modalidad universal de propiedad en los países desarrollados. Jurídicamente las cajas de pensiones son propietarias de estos dineros, pero sólo jurídicamente, porque en el fondo son simplemente "fideicomisarios" de los dineros que administran; sus propietarios y beneficiarios reales son los mismos trabajadores: los futuros pensionados. Los fondos de las cajas

12. En Estados Unidos las cajas de pensiones eran propietarias, para 1992, de la mitad del capital social de los negocios más grandes del país. En la actualidad estos fondos representan una importante fracción del grupo de los QIB's (Qualified Institutional Buyers), contando con activos totales para inversión por 2,7 trillones de dólares, de los cuales el 29% (8,1 billones) está representado en valores emitidos por sociedades que no están domiciliadas en los Estados Unidos. En 1980, solamente el 1% de los dineros de los fondos de pensiones norteamericanos estaba colocado en valores de sociedades domiciliadas fuera de los Estados Unidos, mientras que para 1990, este porcentaje llegaba al 4%. En este sentido se puede afirmar que el poder de inversión de los fondos de pensiones tiende también a transnacionalizarse en busca de los mejores y más atractivos rendimientos.

13. Sujetos como Rockefeller, Ford, Carnegie, Krupp, en otros tiempos podían financiar industrias enteras exclusivamente con dinero de su propio bolsillo. Eran efectivamente los capitalistas de los que hablaba Marx, los verdaderos dueños de los medios de producción. Igualmente, los intereses y las decisiones de estos sujetos prevalecían sobre las políticas económicas de los países en los que tenían concentradas sus actividades económicas. Hoy en día, por el contrario, la riqueza combinada de los mil hombres más ricos de los Estados Unidos escasamente cubren las necesidades de capital de una sola de las más grandes empresas norteamericanas y sólo durante unos pocos meses. Incluso estos personajes han pasado a ser figuras de espectáculo y excentricidades, cuyas vivencias se comentan más en las secciones sociales de los periódicos o los noticieros, que en las secciones financieras. Esta pérdida de poder se explica porque una gran parte de las grandes sumas que se acumulaban en manos de una sola persona, han pasado ahora a manos de los empleados a través de sus fondos de pensiones y otros tipos de prestaciones sociales.

11. Bajo la categoría de "conocimientos técnicos" las empresas están intentando ejercer propiedad sobre elementos como los siguientes: i) fórmulas y procedimientos secretos, ii) conocimientos y técnicas para ser aplicados a la producción de bienes de consumo o de insumos en general, pero que no están protegidos por derechos de propiedad industrial, es decir conocimientos patentables pero no patentados, iii) procedimientos técnicos que no son patentables, iv) conocimientos llamados de "orden empírico", definidos como aquellos conocimientos de detalle de aplicación de un procedimiento, adquiridos progresivamente mediante múltiples experiencias que constituyen un activo de la empresa cuya función es permitir la optimización de los procedimientos a los que se refieren, v) la habilidad técnica, caracterizada por no existir sino en relación con individuos que la poseen, y por no ser transmitida mediante descripciones verbales.

de pensiones son en estricto sentido los ahorros de los trabajadores, por consiguiente no pueden ponerse al servicio de nada más fuera del futuro financiero de los trabajadores actuales.

4. Capitalismo sin capital

El capitalismo de las cajas de pensiones que se está imponiendo por todo el mundo es también un "capitalismo sin capital". El dinero de estos fondos no corresponde a ninguna definición conocida de capital, pues en la práctica los fondos son una especie de "sueldos diferidos" a un futuro próximo o lejano. Estos dineros se están acumulando precisamente para suministrar en el futuro el equivalente del ingreso salarial a personas que ya no trabajan. Según Marx, todo capital se acumula por la expropiación de un plusvalor generado por el asalariado. Obviamente esta definición no se ajusta al capital de las cajas de pensiones, en las cuales los empleados siguen siendo los propietarios del dinero, aunque su uso esté sometido a un régimen de requisitos, condiciones y plazos (como la edad del pensionado, el número de aportes realizados, etc.).

Además, son los mismos asalariados los beneficiarios principales de los rendimientos de estos dineros. Los fondos de pensiones deben invertir estos dineros buscando garantizar su mayor rendimiento en beneficio de una mejor pensión futura para los asalariados. El interés de estos beneficiarios se concentra entonces en los resultados a largo plazo más que en los resultados a corto plazo, y en el crecimiento permanente de la economía más que en el aumento fugaz de los precios de los valores en los que los fondos invierten los dineros. Este papel y esta función son totalmente distintos tanto en la teoría como en la práctica de los que correspondían al capital bajo el anterior modelo del capitalismo; la función del nuevo capital de los fondos de pensiones está dirigido, en forma creciente, al rendimiento a largo plazo. Lo paradójico de esta situación es que los fondos de pensiones al realizar las inversiones deben actuar en el mundo actual de los negocios con una mentalidad de capitalistas, pero con unos dineros que son propiedad de los trabajadores y cuyos rendimientos deben producirse principalmente en su beneficio.

5. Creación de la riqueza sin apropiación de los medios de producción

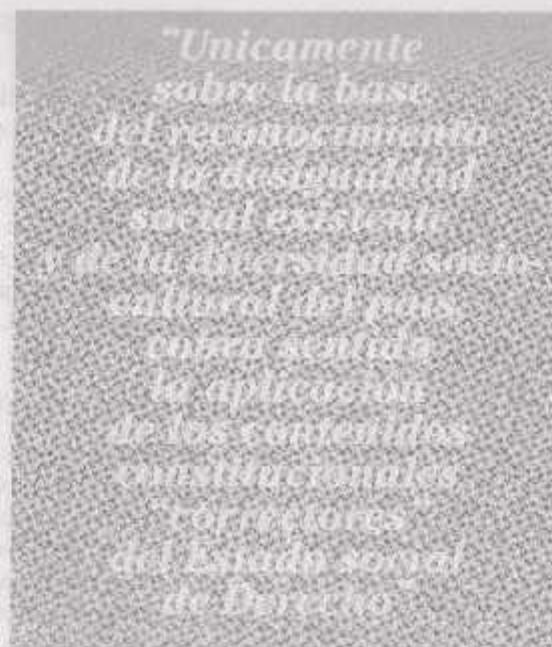
A diferencia del capitalismo tradicional, que era dueño, amo y señor de su fábrica, el empresario de hoy en el nuevo sistema de acumulación puede generar riqueza sin necesidad de ser propietario de grandes concentraciones de medios de producción y aun sin tener que tratar nunca personalmente a los empleados que ejecutan el trabajo. Las actividades económicas hoy se pueden desarrollar a través de la organización o articulación de los productos y servicios ofrecidos por diferentes agentes, sin necesidad de que el sujeto organizador de la actividad económica tenga que ser propietario de gigantescas instalaciones, pesadas máquinas, numerosos establecimientos, o disponer de un gran número de trabajadores bajo su dependencia directa.

Esta realidad se consolida debido a que una de las características de la contratación moderna es la puesta en duda del mito de la propiedad privada sobre los medios de producción (Peña; 1986). Los empresarios comprenden que para adelantar su actividad requieren mayores ventas, mayor producción, menores costos, actualidad de productos, mejoras tecnológicas, equipos más capaces e idóneos, etc., pero en ningún caso que sea necesaria la propiedad sobre estos factores, siendo suficiente utilizarlos como simples tenedores, evitando así gravar el patrimonio de la empresa en la adquisición de bienes que pueden comprometer el capital disponible o desviarlo de otras necesidades más vitales de la empresa.

Además, para el empresario de hoy no son tan rentables las inversiones ni las acumulaciones de grandes sumas en capital fijo (edificios, terrenos, maquinarias, etc.), debido a los impuestos que sobre tales bienes se generan y a los altos costos de los mismos para los requerimientos de una producción de alta tecnología. El empresario de hoy prefiere que otros sujetos propietarios de estos factores productivos sean los que carguen con esos costos y con las preocupaciones por el mantenimiento, conservación, grado de obsolescencia y rendimiento de los equipos e instalaciones. De hecho la actividad

económica a desarrollarse más sobre la base de contratos en los que el empresario desea aparecer simplemente como tenedor de la propiedad o en los que le permiten apenas gozar por un tiempo determinado de los activos patrimoniales radicados en cabeza de otros sujetos: contratos de prestación de servicios, de leasing, de franchising, de licencia de patentes, de con-signación, de concesión de espacio, etc. También es común que el empresario transfiera estos a otros sujetos por medio de la subcontratación de microempresas, fami-empresas o la producción realizada por el trabajador desde su propio hogar. En todos estos ejemplos el riesgo del capital fijo se traslada a otros sujetos (los propios trabajadores u otras empresas) y se eliminan los costos de edificaciones, oficinas, transporte de personal y modernización de maquinarias.

De igual modo, el empresario de la sociedad post-negocios se inclina en mayor medida por la posesión de activos liquidables en la forma más inmediata posible, motivo por el cual tiende a preferir dentro del patrimonio de la empresa activos constituidos por títulos representativos de derechos personales, de fácil circulación y negociación, que los activos constituidos exclusivamente por derechos reales. Incluso se llega a generar liquidez a partir de convertir los activos reales de la empresa en derechos personales, como en el caso de la fiducia mercantil y la titularización. Se asiste de este modo a lo que se ha denominado como la "mobiliarización de activos", en la cual el empresario entiende que los bienes generan mayor utilidad cuando se agiliza su circulación al ser incorporados en títulos, que cuando permanecen estáticos y fuertemente anclados en cabeza de un titular.



Conclusión

La consolidación del post-capitalismo va aparejada con la exigencia y producción de nuevas categorías jurídicas. Una acumulación transnacional exige igualmente un derecho transnacional: nuevas categorías jurídicas y nuevos alcances jurídicos para las categorías tradicionales. Aunque muchas de las realidades señaladas anteriormente están ocurriendo principalmente en países desarrollados donde se consolida el nuevo capitalismo de punta, sin embargo tales realidades necesariamente incidirán también en Colombia debido a la globalización de la economía y a los procesos de integración económica en los que es parte el país. El derecho nacional debe ser receptivo y

abierto a estos cambios y a las nuevas figuras jurídicas que se producen constantemente en el derecho privado. Sin embargo, lo que se observa comúnmente en nuestro medio es la prevalencia del provincialismo mental y la adopción de la vía tradicional de asimilar las nuevas categorías jurídicas del derecho privado dentro de las ya conocidas. Esto es contraproducente no sólo porque no se logra en definitiva explicar ni comprender la nueva categoría, sino además porque se distorsiona la función económica que cumple en el tráfico de las transacciones contemporáneas, y se desconoce así el sentido y la finalidad económica para las que fue creada: el leasing termina reducido a un arrendamiento de bienes la agencia comercial queda reducida a una especie de mandato, las cartas de crédito "stand-by" son asimiladas a un simple crédito quirografario, etc.

C. El Contenido "Etico-Social" del Estado Social de Derecho

En Colombia la consagración del Estado Social de Derecho puede catalogarse como el más decidido intento

de introducir por intermedio del derecho, una visión ética de "lo social" en las categorías propias de la economía. Al mismo tiempo, con la aplicación de la filosofía inherente al Estado Social de Derecho se le están reduciendo los alcances tradicionales a las categorías jurídicas del derecho privado, se les está limitando en su ejercicio o funcionamiento y se les está imponiendo que operen en concordancia con el logro de fines sociales más altos que el simple interés privado.

1. La aplicación de contenidos éticos a través del derecho

Según Carnelutti (1993), la divisa de la economía es, por desgracia, "homo homini lupus": el hombre, en el terreno económico, se comporta frente a los otros hombres como un animal de presa. Si la Sociedad rigiera su quehacer tan sólo con base en los intereses y las prioridades de la dimensión económica, entonces los hombres nunca conseguirían vivir en paz, porque el terreno de la economía es un espacio en donde por naturaleza reina exclusivamente el YO, es decir, el egoísmo, la aplacación primaria de las necesidades individuales, la apropiación o el consumo de aquello que nos deja inmediatamente satisfechos. Por eso el campo económico es por esencia el reino del desorden, de la guerra sin reglas ni treguas, donde todo es válido para lograr el triunfo personal, donde no hay cabida para exigir una justificación ética de las acciones.

Al decir de Carnelutti, para poner orden en el caos económico es necesario sustituir el egoísmo por el altruismo, el YO por el TU. Si la economía es el reino del YO, el reinado del TU es la moral. Todo esto es fácil de decir, pero cuando se trata de ponerlo en práctica, surgen enormes dificultades, razón por la cual se debe acudir a otros medios para su realización: "Si el amor no germina todavía en la tierra, hay que encontrarle un sucedáneo. Si quien tiene no da espontáneamente a quien no tiene, hay que constreñirlo a que dé. Preciso es inventar algo que consiga, respecto de la economía, los mismos efectos que la moral. Ese subrogado de la moral es el derecho. Se tiende así un puente entre la moral y la economía; o se

concluye una especie de compromiso entre ellas" (Carnelutti, 1993).

En este orden de ideas, se puede afirmar que el derecho tiene la capacidad de introducir indirectamente en la economía una visión ética que intenta regir el comportamiento de los hombres, sólo que para imponerla acude a la utilización de elementos coercitivos como la violencia y la fuerza, elementos estos que precisamente siempre han sido señalados como diferenciadores entre el derecho y la moral.

2. ¿La ética del postcapitalismo?

Si bien es cierto que el derecho tiene la capacidad de imponer en el comportamiento económico una visión ética que tenga en consideración al TU, sin embargo hay que reconocer sus escasos logros en dicho sentido, ya que a lo largo de la mayor parte de la historia de la humanidad la visión ética que ha introducido en cierto modo ha estado siempre más cercana a los afectos del YO. Que en esta época de profundos cambios es importante imponer más que nunca una visión ética de "lo social" en el comportamiento de los agentes económicos, se pone en evidencia al analizar, por ejemplo, el trasfondo "ético" que subyace en la consolidación del nuevo modelo de acumulación.

- La hegemonía de los conceptos neoliberales en las relaciones comerciales: El nuevo modelo de acumulación se consolida en muchos países enmarcados principalmente dentro de la expansión de los postulados del neoliberalismo, doctrina que sostiene que la vigencia plena del mercado y la privatización, la primacía de la libre competencia y la restricción del papel interventor del Estado, son la solución para mantener el desarrollo económico o superar el atraso (Levine; 1992). El neoliberalismo surgió precisamente porque se "redescubrió el ogro del intervencionismo estatal caracterizado por el desconocimiento de la creatividad individual, del mercado y de la libertad" (Hayeck; 1960 / Friedmann; 1966). El impulso de la tesis neoliberales encuentra su punto de partida en el "Acuerdo de Washington" (nombre de las entidades financieras internacionales que tienen por base el capital americano), influyendo luego decisivamente en

las políticas económicas de las administraciones Reagan y Thatcher, afectando también a Europa continental. Con las directrices impuestas por el FMI, el BIRD, el GATT y los acuerdos de integración subregionales, la visión neoliberal se ha expandido a todos los países del mundo en desarrollo, afectando a Europa Oriental, a la Ex-Unión Soviética, China y América Latina.

Ya son muchas las voces que se levantan para denunciar los efectos sociales nocivos que pueden traer la aplicación sin reparos de las tesis neoliberales en un país en vías de desarrollo como Colombia¹⁴, consistentes en la protocolización del imperio de unos cuantos monopolios privados, la privatización de las empresas públicas rentables a precio de quema, la destrucción de las conquistas sociales, "el abandono de la sociedad al garete, gobernada exclusivamente por la ley del mercado, lo que significa la ley del más fuerte, el más rico, el más inescrupuloso, sin la menor presencia de un Estado que preserve el equilibrio y proteja a los más débiles" (Villar; 1994; 223).

Igualmente se afirma respecto de esta doctrina que: "...no sólo sobredimensiona el papel del mercado soslayando sus deficiencias, relievando la libre competencia a costa de la restricción del papel del Estado frente a la economía y a la cuestión social, sino que sugiere una nueva concepción axiológica del hombre, cosificado, reducido a la ganancia, al individualismo, al más puro

"El funcionamiento de los principios correctores de la Constitución instaura una nueva concepción de lo que es el derecho a la igualdad real, el cual se fundamenta ahora en el reconocimiento de la desigualdad social objetiva y por tanto es la necesidad de brindar unos nuevos derechos a determinados sectores vulnerables"

egoísmo. Los procesos económicos no tienen rostro, ni alma, son inflexibles, omnipotentes, sin ética ni valores. El mercado, al decir de Octavio Paz, es circular, impersonal, imparcial e inflexible, justo a su manera pero ciego y sordo, no ama ni a la literatura ni al hombre" (Cortes; 1994; 45).

— *El desarraigo hacia "lo social" por parte de las empresas transnacionales:* Al decir de Hans de Vries, el comercio internacional de la actualidad puede ser caracterizado como "una república sin territorio, sin gobierno y sin poder legislativo". En este territorio operan a plenitud las empresas transnacionales que, a diferencia de las multinacionales, no tienen ni nacionalismos, ni sentimientos, ni tradiciones, ni arraigo a las cosas por las cuales los parroquianos de los pueblos aún se hacen matar.

Las transnacionales se mueven sin ninguna otra consideración que la "rentabilidad" de la actividad económica. Los problemas sociales existentes en los lugares donde opera la actividad de estas empresas son traducidos al lenguaje económico en términos de "seguros contra riesgos" para proteger la actividad económica, de reducción de "unos puntos en las utilidades" a consecuencia del orden social alterado, de análisis de la "rentabilidad / riesgo país" (Castro y Arrieta; 1990), etc.

Debido a lo anterior, desde los 80's varias organizaciones internacionales, y en especial la ONU, manifestaron la necesidad de definir unas normas o principios básicos a nivel mundial que regularan las relaciones de las empresas transnacionales y los Gobiernos de los países donde realizan sus inversiones. El fin de esta normatividad

14. Ver en este sentido a: Giraldo Isaza (1992:44), Moncayo (1993:112), Villar Borda (1994) y Cortes Riaño (1994).

es limitar el abuso en que podrían incurrir dichas empresas en razón de su capacidad económica y su interés prioritario por el lucro sobre las problemáticas sociales de los países receptores de sus inversiones¹⁵.

- *La Lex Mercatoria*: La carencia de una legislación contractual internacional de aplicación universal que rigiera los contenidos obligacionales con plenas garantías entre negociantes internacionales, ha dado en esta época renovado impulso a la Lex Mercatoria.

La Lex Mercatoria es un conjunto de principios generales, de instituciones y de reglas, adicionada a todas las fuentes que han progresivamente alimentado y continúan alimentando las estructuras y el funcionamiento jurídico propio de la colectividad de operadores del comercio internacional. Estas reglas transnacionales se las dan progresivamente a sí mismos los participantes en los intercambios económicos internacionales, principalmente en el marco de sus organismos profesionales, las cuales son luego constatadas y precisadas por los árbitros, teniendo en cuenta la intención de su elaboración (Vandenputtangui: 1992).

Este derecho creado por los particulares, tiene como premisa fundamental el que su aplicación está limitada a quienes detentan una calidad específica: la de empresarios o comerciantes; y como se sabe, entre empresarios la noción de "parte débil" no existe, así se trate de una empresa pequeña frente a una grande¹⁶. Esta normatividad para regular los negocios internacionales se aplica además

15. El Gobierno de Colombia viene trabajando en la redacción de un Código de Conducta para empresas transnacionales que no interfiera en el flujo de los capitales que el país necesita para su desarrollo, pero que evita y sanciona las prácticas en las transacciones económicas internacionales que no consulten los intereses de la Nación, el Estado y los demás agentes económicos (Ministerio de Justicia y del Derecho: 1995, 103).

16. La doctrina civilista clásica consideraba que las personas eran plenamente libres para celebrar contratos, pues no se les obligaba a ello, ya que cada individuo se encontraba en una situación de perfecta igualdad respecto a los otros y dentro de un mismo grado de libertad para decidir si contrataba o no, según su conveniencia. La visión ética hacia "lo social" comienza a ser introducida en esta concepción civilista con el surgimiento de la noción de "parte débil" de la relación contractual. Así, el primer efecto producido fue el surgimiento del Derecho

sin el respaldo del "imperium" estatal. Su funcionamiento se basa en la aplicación de principios como la buena fe, la diligencia del comerciante, la autonomía de las partes, la prevalencia de la costumbre mercantil, etc. Y cuenta también con sanciones jurídicas reconocidas por la misma comunidad internacional de comerciantes y empresarios hacia quienes violan sus principios.

Fuera de las sanciones jurídicas derivadas de la Lex Mercatoria, se encuentran que en la comunidad de comerciantes y empresarios la "sanción moral" cuenta todavía con un gran peso, la cual se traduce en la proscripción del infractor al interior de esa comunidad lo que implica la exclusión "de facto" de la actividad económica específica, es decir, la muerte civil del sujeto a nivel del tráfico del comercio internacional. Esto es claramente el resurgir del gremio medieval, con su capacidad para excluir de la actividad a los miembros que infringen sus normas o deshonran la actividad económica (Espinosa: 1993; 15).

Se puede afirmar así que la Lex Mercatoria en el fondo expresa la visión "ética" que impera al interior del gremio de los agentes del postcapitalismo: defender los intereses económicos de los comerciantes y los empresarios, así como garantizar la confianza de estos agentes en el funcionamiento normal de la economía de mercado. Desde esta perspectiva es considerada ética toda conducta comercial acorde con los principios de la probidad comercial internacional, toda conducta acorde con el funcionamiento normal de la economía de mercado, toda conducta que no constituya un acto de engaño, de mala fe o de incumplimiento de las obligaciones económicas pactadas. Es en últimas, una ética principalmente favorable a los intereses del YO, sin que exprese ningún deber de los empresarios respecto a lo social, respecto al TU. No obstante lo anterior, no se puede permitir que la sociedad en su conjunto quede sometida a la visión ética de un

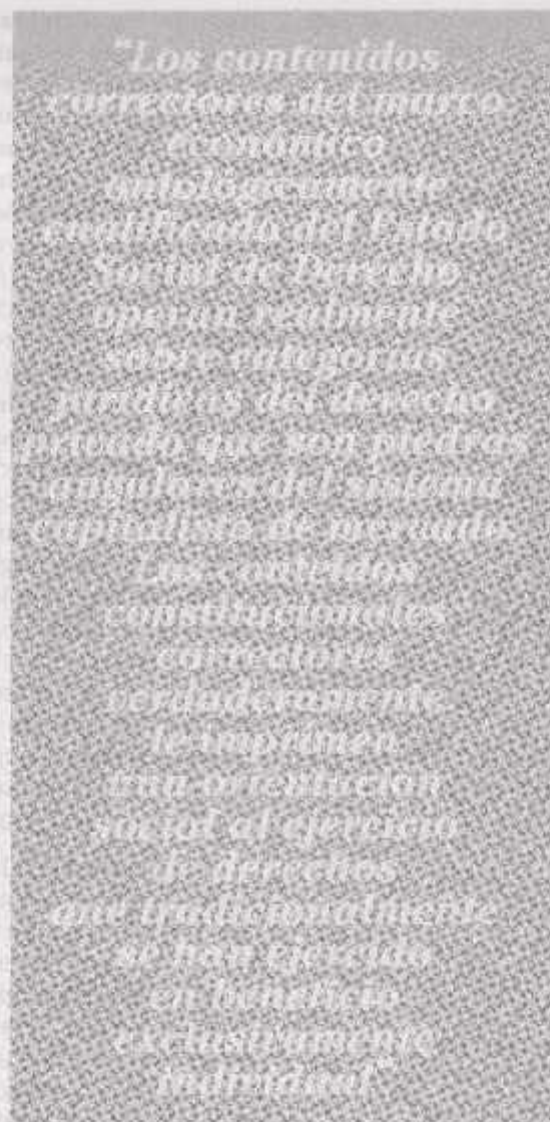
laboral, encaminado a regular con un régimen de "contenido ético" las relaciones entre patrones y empleados, teniendo en consideración que la parte débil en estas relaciones es siempre el trabajador. Posteriormente, el contenido ético que subyace en la noción de parte débil se expandió a la regulación de los contratos de adhesión, a las situaciones de abuso del derecho o de la posición dominante y a los derechos del consumidor.

gremio, a sus intereses y valores, los cuales bien pueden no coincidir con los intereses de lo social.

3. El Estado Social de Derecho

Adela Cortina sostiene que el Estado Social de Derecho aspira a ser un "Estado Ético". Para conseguir tal fin, el Estado Social de Derecho debe incluir en el sistema de derechos fundamentales, no sólo las libertades clásicas, sino también los derechos económicos, sociales y culturales: "la satisfacción de ciertas necesidades básicas y el acceso a ciertos bienes fundamentales para todos los miembros de la comunidad, se presentan como exigencias éticas a las que el Estado debe responder" (Cortina; 1994).

En Colombia el Estado Social y Democrático de Derecho consagrado en la Constitución de 1991 es el resultado del acople de tres diferentes vertientes ideológicas contradictorias: i) de un lado, es un Estado Liberal (de Derecho), porque sigue dando cabida a los principios fundamentales del Estado clásico: limitación de poder estatal, libertad plena del individuo sin interferencias a la autonomía, igualdad formal ante la ley, prevalencia del derecho sobre los actos arbitrarios, etc.; ii) de otro lado, es un Estado Democrático, basado en la soberanía popular, en las decisiones legítimas de las mayorías, en los procedimientos igualitarios para la formación y legitimación del poder, etc.; iii) finalmente, es un Estado Social, porque establece que el



ordenamiento social debe dar como fruto a los asociados una justicia material mínima, existiendo así prestaciones por parte tanto del Estado como de los asociados en conseguir que esto sea así (Uprimny; 1995; 132).

Desde el punto de vista económico, lo importante es resaltar cómo el Estado Social de Derecho pretende hacer compatible, en una misma estructura, el capitalismo como forma de producción —con la ideología y la "ética" que en él subyace, así como las categorías jurídicas funcionales a su nueva fase de economía trans-nacional—, con un progresivo proceso de bienestar social y consolidación de la justicia material.

Así, es válido afirmar que la Constitución Política de 1991 aparece realmente como una carta de navegación que orienta al país en la tarea de insertarse en el nuevo orden económico internacional de acumulación, pero evitando caer en los efectos nocivos que traería el seguir a ciegas los postulados éticos individualistas de esta economía dentro de los cuales no hay cabida para el favorecimiento de intereses que tengan en cuenta el componente social. En efecto, al consagrar la Constitución en el artículo 10, que Colombia es un "Estado Social de derecho", está incentivando al país a incorporarse en la dinámica del nuevo orden económico de desarrollo, al tiempo que impone como exigencia que de dicho proceso se deriven simultáneamente beneficios en términos de redistribución de la riqueza y de mayor equidad social. De

este modo, el Estado tiene la tarea de promover e incentivar la competencia comercial del país, a la vez que debe imponer como límite a la misma la búsqueda de la equidad y la justicia social.

4. El "marco económico ontológicamente cualificado" del Estado Social de Derecho colombiano

La Corte Constitucional ha señalado que desde el punto de vista económico la Constitución de 1991 no se limitó simplemente a postular que Colombia es un Estado Social de Derecho, sino que además, para hacer efectiva su implantación y posterior desarrollo, con diversos principios constitucionales de su articulado le diseñó un "marco económico ontológicamente cualificado" destinado para tal fin (Sentencia C-074 / 1993).

Las características distintivas de este marco económico ontológicamente cualificado son las de ser "garantista" y "corrector". En efecto, por un lado es "garantista" porque consagra y reafirma la garantía e inviolabilidad de los derechos y las libertades clásicas que permiten el funcionamiento de la sociedad y de la economía de mercado: la propiedad privada, la libertad de empresa, la libre iniciativa privada, la libertad de profesión o oficio, el derecho al trabajo, el derecho a la vida, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de conciencia, etc. Pero, por otra parte, este marco económico también es "corrector", debido a que está impregnado de una filosofía de "lo social" que recupera para la economía como eje principal el bienestar y la dignidad de la persona humana. Por este motivo el marco económico ontológicamente cualificado parte de reconocer la desigualdad social existente en el país y la necesidad de actuar sobre este hecho corrigiéndolo al promover condiciones sociales que permitan el equilibrio.

Así, en la Constitución se prevén dos modalidades de actuación correcta sobre la desigualdad social: una de carácter "promotor" y otra de carácter "limitante". La primera está constituida por todos los mandatos constitucionales que están encaminados a "promocionar" el desa-

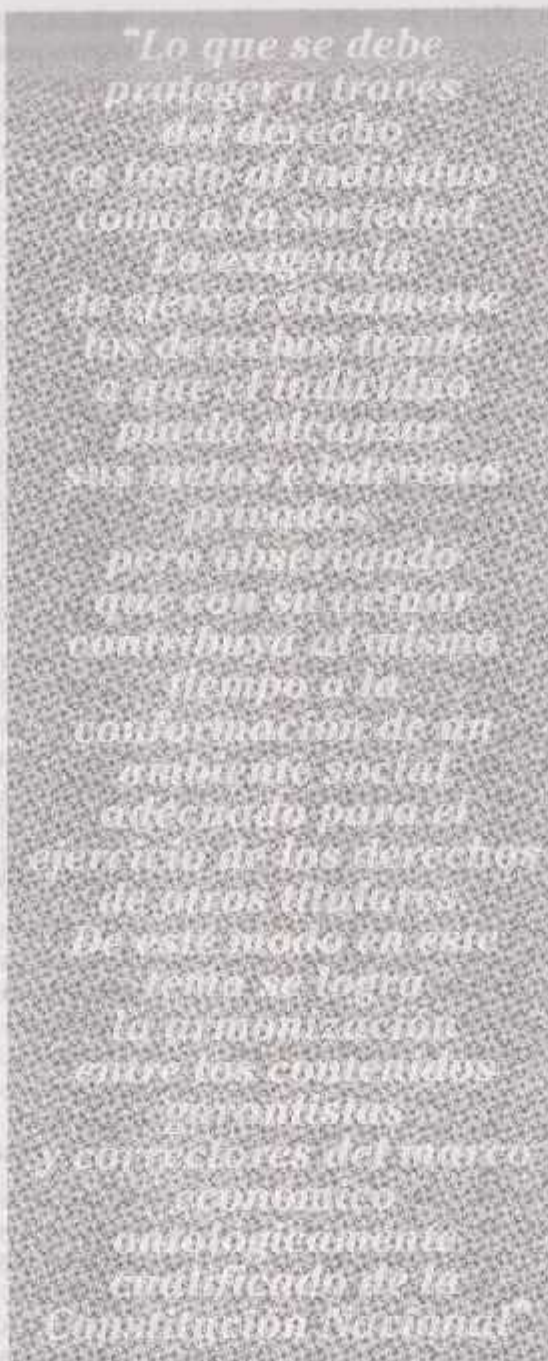
rollo de los sectores más débiles o más desprotegidos de la sociedad, lo cual se concreta en el deber del Estado y la sociedad civil de hacer realidad postulados constitucionales tales como la búsqueda de la paz social, la igualdad material, el mejoramiento de las condiciones de vida de la población en general, la promoción de las organizaciones solidarias, la promoción del acceso a la propiedad estatal, accionaria y agrícola, etc. La segunda está conformada por los mandatos constitucionales dirigidos a la "imposición de límites y finalidades sociales" al ejercicio de los derechos, de tal modo que a cada persona le sea posible lograr su desarrollo individual pero teniendo en cuenta siempre la observancia de finalidades sociales que contribuyan a conformar un ambiente social adecuado que facilite el ejercicio de los derechos de los titulares que se encuentran en condiciones sociales desventajosas. Dentro de esta modalidad correctora se pueden señalar los siguientes mandatos constitucionales: las limitaciones a la iniciativa privada y a la libertad de actividad económica impuestas por las exigencias del bien común, por la necesaria protección del medio ambiente y del patrimonio cultural; la función social de la propiedad y de la empresa; el deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; el respeto de los derechos humanos y la dignidad de las personas; el control a los abusos de la posición dominante, etc.

Al Estado Social de Derecho colombiano le corresponde "ontológicamente" este marco económico que es "cualificado" porque en su esencia es simultáneamente garantista y corrector, por consiguiente estos dos aspectos se deben aplicar en armonización permanente y no se puede excluir uno en detrimento del otro. No se puede hacer una lectura garantista de la Constitución que esté aislado de la correspondiente lectura correctora social. Por lo tanto, no es cierto como lo afirman algunos, que la Constitución dé cabida para que al ser interpretada se pueda llevar a la práctica una política social intervencionista en el manejo de la cosa pública, pero que también con base en otros textos de la Carta se pueda instaurar un retorno al más crudo capitalismo liberalizante. En este sentido la Constitución de 1991 no es un texto neutro que permita la aplicación de cualquier modelo económico

en el país que no se corresponda con las orientaciones del marco económico ontológicamente cualificado, no es un "texto indiferente frente al comportamiento económico del Estado o de los particulares. Las reglas fundamentales introducidas por la Constitución se convierten, a la vez, en razón de ser y en límite de las acciones públicas y privadas" (Sentencia C-074 / 1993).

De igual forma se debe entender que los principios garantistas y correctores (limitantes o promotores) del marco económico ontológicamente cualificado, necesariamente guían la interpretación de lo que la Corte Constitucional ha denominado como la "Constitución Económica", irradiándose a todos los ámbitos de su regulación: "propiedad privada, libertad de empresa, explotación de recursos, producción, distribución, utilización y consumo de bienes y servicios, régimen impositivo, presupuestal y de gasto público" (Sentencia T-505 / 1992).

En este orden de ideas se puede afirmar que el marco económico ontológicamente cualificado de la Constitución permite, desde el aspecto garantista la defensa de los derechos, las libertades y las categorías jurídicas clásicas del capitalismo: la propiedad privada, la iniciativa privada, la empresa, la economía de mercado, etc.; las cuales son hoy ampliamente revalorizadas den-



tro de la tesis neoliberal en boga, pero teniendo en cuenta además las transformaciones que estas categorías han sufrido en su avance hacia la sociedad post-capitalista. Mientras que con el aspecto corrector se articulan estas categorías a las finalidades del bienestar social y la justicia material, para que de este modo las categorías jurídicas garantizadas sean a la vez un vehículo funcional para actuar sobre la desigualdad social existente. El marco económico ontológicamente cualificado del Estado Social de Derecho colombiano se constituye así en la verdadera clave para entender la necesaria armonización y articulación que se debe producir entre la disparidad de principios garantistas y correctores dispersos por el texto de la Carta: el no comprender la operatividad de esta armonización constitucional es lo que ha llevado a muchos autores, entre ellos a Jorge Child y Fernando Rojas, a catalogar a la de 1991 como la constitución más incoherente y contradictoria de la historia nacional.

En conclusión, el marco económico ontológicamente cualificado intenta que en una misma unidad convivan categorías jurídicas que en mayor medida han sido funcionales a los intereses del YO con categorías que tienden a beneficiar los intereses del TU; esta situación se asemeja así al intento de convivencia

en un mismo cuerpo del pérfido Mr. Hyde con el bondadoso Dr. Jekyll.

Le ha correspondido a la Corte Constitucional en sus pronunciamientos jurisprudenciales ir decantando los alcances de varias de las categorías jurídicas y concepciones propias del nuevo derecho privado. Lo importante de estos pronunciamientos es resaltar la forma cómo se intenta armonizar la aplicación de los contenidos correctores del marco ontológicamente cualificado sobre los contenidos garantistas, ocasionando que las categorías jurídicas del derecho privado adquieran otros alcances, nuevos contenidos y finalidades. Esto es lo que se analiza a continuación a propósito de algunos fallos de tutela.

5. Algunas transformaciones introducidas por la aplicación de los contenidos correctores del Estado Social de Derecho

- El ejercicio individualista de los derechos: Desde el siglo XVIII prevaleció en el panorama el culto a la autonomía de la voluntad privada. Esta, en la forma en que fue entendida por los codificadores del siglo XIX, era proyección de un postulado jurídico más general según el cual la voluntad privada —expresada a través del contrato— era fuente autónoma de derecho, con un estatus igual al de la ley, y fundadora de toda la organización jurídica. Por consiguiente, el deber del Estado en esa época era garantizar el libre desenvolvimiento de la autonomía privada, no inponiéndole cortapisas de ninguna clase e impidiendo que otros sujetos lo hicieran. Esto derivó naturalmente en el ejercicio individualista de todos los derechos conferidos a la persona, los cuales semejaban simples poderes que la persona desplegaba según las apetencias de su libre voluntad privada.

En este punto es conveniente recordar que ese ejercicio individualista de los derechos se consolidó a la luz de la filosofía del Estado Liberal, en momentos en los que naturalmente se le concedía mayor importancia al aspecto meramente “garantista” de los derechos, como una clara reacción contra una larga época caracterizada por regímenes de indefensión de la sociedad civil ante la arbitrariedad y el totalitarismo monárquico. Por con-

siguiente, se buscó “garantizar” que los hombres tuvieran una base segura para desenvolver sus actividades, que pudieran expresar de forma libre su voluntad sin reatos ni temores, en la afirmación más absoluta de sus derechos individuales: sin intromisiones de terceros, sin limitaciones de ninguna especie, sin cargas o deberes sociales impuestos a su ejercicio, etc.

A partir de los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional sobre este tema, es válido afirmar que ahora muchos de los contenidos conceptuales del derecho privado deben elaborarse teniendo en consideración el hecho trascendental de la imposición de deberes y cargas sociales a los particulares en todas sus actuaciones, lo cual conduce a superar la concepción meramente individualista del ejercicio de los derechos que subyace aún en estudio sobre temas del derecho civil, comercial, financiero, etc. En efecto, la concepción individualista del ejercicio de los derechos tiene aún fuerte arraigo en nuestro medio, para la muestra un botón:

“La actividad negocial no es un poder al que le corresponde una función, el Estado no ha señalado los límites a los que este poder deba servir, se ha limitado a señalarle fronteras externas, límites negativos en los cuales no puede actuar, no corresponde a los particulares en su actividad reguladora, tutelar intereses de la comunidad, sino sus propios intereses, pues la regulación estatal es la que entra a regular los intereses generales. (...)”

No estamos de acuerdo con quienes pretenden enmarcar una función para la autonomía privada, indicando que deba perseguir fines socialmente apreciables, pues le estaríamos señalando una finalidad de interés público que en realidad no tiene. Simplemente, donde se encuentran en juego los intereses superiores, no hay lugar para la autonomía privada. La autonomía privada solamente puede regular intereses privados” (Arrubla; 1995; 35-36).

De forma contraria a esta posición, lo que se debe entender es que por mandato constitucional con la imposición de deberes y obligaciones sociales en cabeza del individuo (Art. 95 C.N.), se avanza hacia un “ejercicio ético de los derechos” en el cual el individuo debe comenzar a tener en consideración al TU.

El ejercicio ético de los derechos no implica que el individuo debe abandonar sus intereses personales y dedicarse a trabajar exclusivamente en favor de la sociedad, hasta el punto de convertirse en una especie de "servidor civil" en función de intereses superiores a los suyos. En este punto no se puede ser partidario de tendencias que se han dado en expresiones como el marxismo soviético, el régimen hitleriano, el sindicalismo absoluto y, de manera general, en todos los regímenes totalitarios que tarde o temprano terminan por disolver a la persona humana en la sociedad; tendencias éstas en las que la única conciencia que importa es la conciencia y voluntad sociales, respecto de las cuales el individuo aparece como un simple medio para su consecución. Pero tampoco se puede estar a favor del extremo opuesto y, por ejemplo, compartir el pensamiento del Del Vecchio cuando afirmaba que "el derecho de un solo hombre es tan sagrado como el de millones de hombres", queriendo significar con esto que el verdadero fin que el derecho debe proteger es el individuo mientras que la sociedad aparece en el trasfondo simplemente como el escenario en el que aquel despliega sus capacidades individuales de desarrollo.

Si bien es cierto el individuo no se diluye totalmente en lo social, no es menos cierto que de todos modos participa de lo social, beneficiándose efectivamente de tal participación. Por consiguiente, lo que se debe proteger a través del derecho es tanto al individuo como a la sociedad. La exigencia de ejercer éticamente los derechos tiende a que el individuo pueda alcanzar sus metas e intereses privados, pero observando que con su actuar contribuya al mismo tiempo a la conformación de un ambiente social adecuado para el ejercicio de los derechos de otros titulares. De este modo en este tema se logra la armonización entre los contenidos garantistas y correctores del marco económico ontológicamente cualificado de la Constitución Nacional:

"En la base de los derechos sociales se encuentra el principio de reciprocidad (C.P. Art.95). La Constitución reconoce a la persona y al ciudadano derechos y libertades, pero, al mismo tiempo, le impone obligaciones. *Los beneficios que representa para el individuo las relaciones*

conmutativas de la vida social deben ser compensadas por éste a fin de mejorar las condiciones materiales y espirituales de la convivencia social y ampliar permanentemente el número de miembros de la comunidad capaces de gozar de una existencia digna (C.P. Preámbulo y Arts. 1, 65, 58 y 333). En una sociedad pobre, la justicia distributiva no puede ser solamente cometido del Estado, sino actitud y praxis de todos, mayormente de los mejor dotados. (...)

La filosofía moral que subyace al ordenamiento jurídico emerge con fuerza vinculante cuando la Constitución faculta a las autoridades *para exigir del individuo la superación de su egoísmo, mediante el cumplimiento de sus deberes y obligaciones*" (Sentencia T-532 / 1992). -Itálicas fuera de texto-

- *El fetichismo de la ley y la teoría de los derechos subjetivos absolutos.* Las constituciones políticas del siglo XIX adolecían claramente del fetichismo de la ley, al otorgar a todos los individuos los mismos derechos e imponerles las mismas obligaciones, colocándolos así en un supuesto plano de igualdad formal ante la ley, pero desconociendo la desigualdad real existente originada por las diferencias objetivas en cuanto a las condiciones socio-económicas particulares en que viven. Estas constituciones implícitamente estaban destinadas a un prototipo de sujeto que respondía a las siguientes características: i) hombre, adulto y sano, en cuanto a su fisonomía y rasgos físicos; ii) católico, en el terreno espiritual; iii) heterosexual, en el campo familiar y de la sexualidad; iv) ciudadano, respecto a su ambiente cultural de socialización; y v) propietario, libre empresario y pudiente, en el terreno económico. Los sujetos que no se ajustaban a estas características prácticamente quedaban relegados desde el punto de vista de la protección constitucional.

Este fetichismo de la ley se encontraba íntimamente asociado a una funcional teoría de los derechos subjetivos absolutos, la cual se desarrolló bajo los postulados de la filosofía del Estado liberal clásico y se ubicó en la base de todo el andamiaje conceptual del derecho privado constituido desde el siglo XVIII. Según esta teoría, el sujeto tiene una amplia gama de derechos subjetivos absolutos, los cuales funcionan principalmente como mecanismos para expresar el señorío de su voluntad. Este conjunto de

derechos acompañan en todo momento al sujeto, independientemente de las diversas circunstancias fácticas específicas en las que se encuentre. Como a nivel jurídico se desconocía la desigualdad social existente, entonces resultó bastante sencillo predicar que todo sujeto tiene los mismos derechos subjetivos absolutos, sin necesidad de entrar a considerar las condiciones sociales concretas en las que se encuentra cada sujeto de la sociedad. De este modo, se puede afirmar que en esta concepción prevalece el sistema de los derechos subjetivos absolutos sobre las circunstancias sociales concretas de los individuos.

Contraria a esta situación, la Constitución de 1991 parte de reconocer la "diversidad de actores sociales", por ello se refiere a Colombia como a una "República pluralista", y establece que "El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana" (Art. 7). En este nuevo escenario no sólo se hace conciencia de la existencia de diferentes etnias y culturas, sino también de cada persona ubicada en medio de las circunstancias propias de su correspondiente contexto socioeconómico y cultural; así, se reconocen derechos a los niños, a las mujeres, a la tercera edad, a los trabajadores, a los campesinos, a los indigentes, a los discapacitados físicos y mentales, a los consumidores, a las personas de menores recursos económicos, etc.

El reconocimiento de la diversidad de los actores sociales está indisolublemente asociado al reconocimiento de la existencia de la desigualdad social objetiva, ya que de inmediato se advierte que las necesidades de la diversidad de actores sociales no son iguales, sino que dependen precisamente de los condicionamientos fácticos de su correspondiente entorno y realidad; por lo tanto, el otorgamiento de derechos subjetivos y el señalamiento de deberes sociales en cabeza del sujeto debe tener en cuenta estas especificidades reales, para facilitarle así de mejor manera la satisfacción de sus necesidades efectivas. De este modo, se puede afirmar que en esta nueva orientación jurídica son las condiciones sociales las que determinan cuáles son los derechos subjetivos y los deberes que puede tener el individuo que se encuentra en dicha situación.

El cambio operado a partir de la Constitución Política de 1991, sugiere además el abandono de la vieja teoría de los derechos subjetivos absolutos para aproximarse más a lo que los doctrinantes denominan la teoría de "la situación jurídica subjetiva". En esta teoría el sujeto se encuentra respecto a los otros y respecto del ordenamiento jurídico, en una determinada situación jurídica subjetiva, como podría ser la de padre, acreedor, consumidor, empleado, cónyuge, etc. El sujeto se encuentra "situado", por cuanto no se le concibe en absoluto ni como un ente socialmente aislado, sino en relación con los demás miembros de la sociedad, tal como ocurre en la realidad. Debido a estos nexos con la sociedad, el sujeto es titular a la vez de derechos y deberes sociales, y no solamente titular de derechos, como ocurría bajo los postulados de la teoría de los derechos subjetivos absolutos. Finalmente, los derechos y deberes en cabeza del sujeto no lo acompañan siempre en todo momento, ya que al concebirse al sujeto en concreto adquiere éste dinámica social, y por consiguiente según las circunstancias sociales en las que se encuentre se determina qué derechos y qué deberes le corresponde ejercer.

El viraje señalado ha sido sostenido por la Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos:

"La finalidad del Estado Social de Derecho tiene como base para su interpretación finalística al ser humano, *visto de manera concreta, esto es, con contenido, encontrándose con individuos materiales y no con entes abstractos*. Su razón de ser es constituir un medio idóneo en el cual los asociados pueden extender plenamente sus potencias vitales" (Sentencia T-124/1993).

"Opera un cambio en la forma de considerar el hombre y a su relación con lo político, *ya no se trata del individuo aislado, volcado sobre sí mismo, tomado en abstracto y como titular de un conjunto de derechos genéricos, sino, de la persona inmersa dentro de un contexto social, sujeta a un conjunto de influencias y condicionada por ellas, cumpliendo un papel determinado y con frecuencia situado en condiciones desventajosas* que la efectiva intervención del Estado procura superar mediante el cumplimiento de los deberes sociales que le son

propios (Art. 2 C.N.). *De otra parte, en forma gradual se precisan grupos que en virtud de su evidente vulnerabilidad requieren protección especial y a los cuales se les reconocen derechos derivados de las específicas situaciones que comportan, comprometiéndose el ente estatal así, a orientar su política en el sentido de brindar mejores condiciones de vida a los indigentes, los niños, las mujeres, los adolescentes y los ancianos.* (Sentencia T-236/1993.). *—Itálicas fuera de texto—.*

Únicamente sobre la base del reconocimiento de la desigualdad social existente y de la diversidad socio-cultural del país, cobra sentido la aplicación de los contenidos constitucionales "correctores" del Estado Social de Derecho.

El funcionamiento de los principios correctores de la Constitución instaura una nueva concepción de lo que es el derecho a la igualdad real, el cual se fundamenta ahora en el reconocimiento de la desigualdad social objetiva y por tanto en la necesidad de brindar unos mayores derechos a determinados sectores vulnerados. Se entiende ahora que la discriminación se puede cometer no sólo cuando se trata distinto lo que es igual, sino también cuando se pretende tratar igual lo que es distinto. En este orden de ideas comienza a operar lo que se ha llamado "discriminación positiva", es decir se le concede mayor atención y protección a algunos actores sobre otros de la sociedad, en razón a que pertenecen a sectores claramente vulnerados o en situaciones sociales desventajosas, pretendiendo así promover estos sectores para que obtengan los beneficios del desarrollo, equilibrando así la balanza de la justicia.

El reconocimiento de la desigualdad social existente y al tendencia hacia la teoría de la situación jurídica subjetiva tiene importante incidencia en el desarrollo del derecho privado, ya que se constituye en una de las piedras angulares para la aplicación y armonización de los contenidos garantistas y correctores del marco económico ontológicamente cualificado del Estado Social de Derecho colombiano. En efecto, son estos elementos los que permiten explicar, por ejemplo, el porqué son distintos los derechos y los deberes que tiene una empresa que se encuentra en una situación de posición dominante en el

mercado frente a los que tiene una empresa que no ocupa dicha posición; el porqué se le otorgan ciertos privilegios a las empresas solidarias frente a empresas que sólo accionan en función del lucro, etc.

—La empresa privada

La empresa ha dejado de ser una actividad regida en forma exclusiva por normas del derecho privado. El constituyente, teniendo en cuenta el papel que cumplen las empresas en la economía moderna e intentando trascender sus objetos más allá del ánimo de lucro, hizo extensivo a éstas la función social que caracteriza a la propiedad.

En efecto, en la sentencia T-604 de 1992, aparece que una empresa de transporte dejó de cubrir las rutas a ciertos barrios, cuando existía de su parte un compromiso con la administración local en prestar ese servicio. La empresa argumentó en su defensa que existía poca afluencia de pasajeros hacia ese sector, lo que hacía poco rentable el despachar rutas de automotores hacia el mismo.

La Corte Constitucional en este caso consideró que el aspecto "garantista" del Estado Social de Derecho se manifiesta en permitirle a la empresa ejercer plenamente su derecho a la libre iniciativa de actividad económica. Mientras que el aspecto "corrector" del Estado Social de Derecho, opera cuando se pretende combatir la desigualdad social al protegerse los derechos afectados de los habitantes del barrio que dejó de recibir el servicio de transporte, (citándose entre otros el derecho al trabajo, al estudio, a la libre circulación, al desarrollo de la personalidad, etc.) y al imponerle a la empresa el dar aplicación afectiva al principio de la función social de la empresa: "En particular, la función social de las empresas de transporte urbano de pasajeros se muestra en la subvención de los trayectos menos rentables con los más rentables. De esta forma, el cubrimiento de sectores o barrios socioeconómicos deprimidos queda garantizado, impidiendo que la situación de desventaja pueda dar lugar a un círculo vicioso de marginalidad para las personas más pobres" (Sentencia T-604/1992).

- *Contratos y libertad contractual*

Los contratos tradicionalmente respondían a una autonomía de la voluntad y una libertad contractual meramente individualista, como simples instrumentos para la consecución de los fines privados del particular. No obstante, debido a la consagración del aspecto corrector del Estado Social de Derecho, se ha entendido que si la propiedad, la empresa y la iniciativa económica, todas están orientadas hacia una función social, hacia el bien común, hacia la solidaridad social e implican responsabilidades, entonces mal puede la institución del contrato, instrumento jurídico a través del cual todas ellas se expresan, convertirse en una categoría impermeable y alejada de las proyecciones de los principios sociales a los cuales ellas se subordinan.

En la sentencia T-240 de 1993 la Corte consideró que a nivel de los contratos puede darse por consiguiente también dos tipos de intervenciones propias de marco económico ontológicamente cualificado del Estado Social de Derecho. La intervención "garantista" ocurre precisamente para garantizar que la regla contractual que las partes libremente se han dado a sí mismas adquiera el carácter obligatorio y pueda ser impuesta judicialmente, como ejercicio pleno y efectivo de la libertad contractual. Pero la intervención "correctora" se produce "...con el propósito de restablecer materialmente la autodeterminación de los sujetos y la libre competencia en los mercados" (Sentencia T-240/93). Es decir, la intervención correctora se produce cuando es exigida por el principio de solidaridad social y la necesidad de imponer la igualdad sustancial entre los contratantes, particularmente si la autonomía sólo resulta predicable en la situación específica para algunos agentes económicos, y el poder privado se traduce en abuso, daño o expoliación de la parte débil, en cuyo caso su libertad contractual pasa a ser meramente formal (como en los casos de abuso de posición dominante, los contratos de adhesión, las prácticas restrictivas, etc.).

Conclusión

Los pocos ejemplos señalados muestran cómo los contenidos correctores del marco económico ontológi-

camente cualificado del Estado Social de Derecho operan realmente sobre categorías jurídicas del derecho privado que son piedras angulares del sistema capitalista de mercado. Los contenidos constitucionales correctores verdaderamente le imprimen una orientación social al ejercicio de derechos que tradicionalmente se han ejercido en beneficio exclusivamente individual. Por consiguiente, este importante factor debe ser tenido en cuenta en los futuros desarrollos teórico-conceptuales del derecho privado.

Bibliografía

- AROHA Te Pareake Mead. (1995) "Integridad biodiversidad y la segunda ola de colonialismo". EN: *Perspectivas sobre biodiversidad y conocimiento indígena*, Vol. 8, No. 4.
- ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. (1995) *Contratos mercantiles*. Tomo I, Santafé de Bogotá, Jurídicas Dike.
- BARTON, John. (1991) "Patentar seres vivos" EN: *Investigación y ciencia*, mayo de 1991, pp. 6-14.
- CAPELLETTI, Mauro. (1993) "El derecho comparado: método y finalidades" EN: *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo: cuatro estudios de derecho comparado*. México, Porrúa.
- CARNELUTTI, Francesco. (1993) *¿Cómo nace el derecho?* Santafé de Bogotá, Temis, Monografías jurídicas.
- CASTRO, Marcela y ARRIETA, Carlos Gustavo. (1990) "Riesgo Político: análisis del punto de vista del abogado asesor". EN: *Revista de Derecho Privado* No. 7, Santafé de Bogotá, Universidad de los Andes.
- CORREA NAZAR, Espéche. (1987) *Derecho informático*. Buenos Aires, Ediciones de Palma.
- CORTE CONSTITUCIONAL
- Sentencia C-074. 25 de febrero de 1993. Magistrado Ponente: Ciro Angarita.
 - Sentencia T-532. 23 de septiembre de 1992. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes.
 - Sentencia T-124. 29 de marzo de 1993. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.
 - Sentencia T-236. 22 de junio de 1993. Magistrado Ponente: Fabio Morón.
 - Sentencia T-604. 14 de diciembre de 1992. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes.
 - Sentencia T-240. 1993. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes.

- Sentencia T-505. 28 de agosto de 1992. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes.
- CORTES RIANO, Alberto. (1994) "El derecho de fin de siglo: formas y contenidos". EN: Pensamiento Jurídico, No.1, pp. 43-61. Santafé de Bogotá, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia.
- CORTINA, Adela. (1994) "El paradigma ético del Estado contemporáneo" EN: Corrupción al descubierto. Departamento de Ciencias Políticas de la Universidad de los Andes -Programa de las Naciones Unidas -Consejería Presidencial para la modernización del Estado.
- DEZALAY, Yves y TRUBEK, David. (1994) Global restructuring and the law: the internationalization of legal fields and the creation of transnational arenas.
- DRUCKER, Peter. (1989) Las nuevas realidades. Bogotá, Editorial Norma. (1994) La sociedad Postcapitalista. Santafé de Bogotá, Editorial Norma.
- ESPINOSA PEREZ, Carlos. (1993) "La lex mercatoria: el verdadero derecho de los negocios internacionales". EN: Revista de derecho privado, No.13. Uniandes.
- FRIEDMAN, M. (1966) Capitalismo y libertad, Riald, México.
- GARCIA CANCLINI, Nestor. (1995) Consumidores y ciudadanos: conflictos multiculturales de la globalización. Editorial Grijalbo, México.
- GIRALDO ISAZA, F. (1992) "Contra la pesadilla neoliberal: una ética comunicativa". EN: Revista Foro, No.19, Santafé de Bogotá.
- HARRY, Debra. (1995) "Proyecto de Diversidad del genoma humano: implicaciones para los pueblos indígenas". EN: Perspectivas sobre biodiversidad y conocimiento indígena, Vol.8, No.76.
- HAYEK, F. (1960) The Constitution of Liberty, University of Chicago Press.
- HIRST, P y ZEITLIN, J. (1991) "Flexible specialization versus post-fordism: theory, evidency and policy implications" EN: Economy and Society, Vol 20, No.1, Routhledge.
- LEVINE, Barry -compilador-(1992) El desafío neoliberal. Editorial Norma. Santafé de Bogotá.
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. (1995) Justicia Para la Gente: una visión alternativa. Santafé de Bogotá.
- MONCAYO, Victor. (1993) "Tendencias de transformación del derecho en nuestro tiempo". EN: Politeia, No.13. Santafé de Bogotá, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia.
- NEMOGA, Gabriel Ricardo. (1994) "Globalización y transformación de las formas jurídicas: apropiación de material genético" EN: Pensamiento Jurídico, No. 1, pp. 133-148. Santafé de Bogotá, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia.
- PALACIO, Germán. (1993) Pluralismo jurídico, Santafé de Bogotá, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia.
- PEÑA CASTRILLON, Gilberto. (1986) Algunos aspectos de la moderna contratación comercial. Ponencia ante el foro de notariado y registro. Bogotá.
- PICCIOTTO, S. (1991) "Internationalization of the state". EN: Capital and class, Spring.
- PISCITELLI, Alejandro. (1995) "¿Hay vida después de la televisión?: Cuerpo, virtualidad y antipodas en la era digital". EN: Revista Nueva Sociedad. No. 140, noviembre-diciembre. pp. 113-121.
- POSEY, Darrel. (1995) "Defensa del conocimiento indígena: derechos de propiedad intelectual y la búsqueda de un nuevo mecanismo de protección" EN: Perspectivas Sobre Biodiversidad y Conocimiento Indígena, Vol. 8, No. 4.
- ROJAS, Fernando y PALACIO, Germán. (1986) "Tecnología de la Información: una nueva estrategia capitalista de subordinación de los trabajadores" EN: Cuadernos de economía.
- TOFLER, Alvin (1991) El cambio de poder.
- UPRIMNY YEPES, Rodrigo. (1996) "La motivación de las sentencias y el papel del juez en el Estado Social y Democrático de Derecho". EN: Pensamiento jurídico, No. 4. Santafé de Bogotá, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. pp. 131-139.
- VANDENPUTTANGUL. (1992) Les ventes internationales et les transports Université Catholique de Louvain.
- VILLAR BORDA, Luis. (1994) Ética, derecho y democracia. Santafé de Bogotá, Gustavo Ibañez Editores.