

Los principios y su evolución en el derecho mercantil

Yina Constanza Pérez*

*Magister en Derecho Administrativo – Universidad Libre. Docente Universidad de la Amazonia. Yinacp@yahoo.es

Recibido: 18 de marzo de 2017

Aprobado: 03 de abril de 2017

Cómo citar este artículo: Yina Constanza Pérez - *Los principios y su evolución en el derecho mercantil*. DIXI 26. Mayo 2017. Pág. x. doi:

RESUMEN

Propósito. El ensayo está orientado a mostrar que el derecho mercantil como un comportamiento del hombre en sociedad no es ajeno a la principalística. **Descripción.** El hecho de que esta rama de lo jurídico sea relativamente nueva en cuanto a su codificación, evidencia que la génesis del mismo es tan antigua como el hombre, por ello este trabajo evidenciará la forma en que los principios generales del derecho han permeado a esta especialidad. **Punto de vista.** La investigación se ocupa de la cuestión jurídica: ¿De qué manera los principios generales del derecho han permeado el derecho mercantil y cuál ha sido su evolución? Usaré como basamento metodológico a Austin (2005)¹ y a Ortiz Uribe, Frida Gisela y María del Pilar García (2001)². El fundamento teórico será el dado por Valencia, Bobbio, Dworkin entre otros. **Conclusión.** El ámbito de lo mercantil tiene que ser impactado con la tendencia anunciada, pues de no serlo se tornaría un elemento excluido del contexto que se propone tan novedosa figura.

Palabras clave: Doctrina económica, derecho mercantil, estado, principios.

¹ Austin M., Tomás " GUÍA No 3. MARCO TEÓRICO". 19 de julio de 2005. <http://www.angelfire.com/emo/tomaustin/Met/guiatresmarco.HTM>; "MARCO TEÓRICO". 19 DE JULIO DE 2005.

²<http://server2.southlink.com.ar/vap/MARCO%20TEORICO.htm>; Ortiz Uribe, Frida Gisela, María del Pilar García. Metodología de la investigación: el proceso y sus técnicas. México: Limusa, 2003. 84-85; Saavedra R., Manuel S. Elaboración de tesis profesionales. México, D.F.: Pax, c2001. 10-11.

INTRODUCCIÓN

El presente ensayo se escribe como parte del desarrollo de la investigación “La Evolución de los Principios del Derecho Mercantil en el actual Estado Social de Derecho”, en la que se intentará resolver la cuestión jurídica planteada. El texto parte haciendo una breve ambientación del tema de los comportamientos del ser humano por cuanto a partir de aquellos es como el hombre resuelve sus necesidades. Es a partir de este punto donde surge la explicación del génesis del comercio, de la actividad mercantil del hombre en sociedad puesto que responde a una necesidad del ser humano en convivencia. Agotado lo anterior se incursionará en avances expositivos sobre el pensamiento elemental que tuvo el hombre sobre lo económico y el desenvolvimiento de este pensamiento a través de las diferentes doctrinas económicas, teorías, posiciones ideológico-políticas, religiosas hasta llegar a la concepción actual de lo económico en relación al derecho mercantil. Finalmente, y para completar el análisis anterior se buscará la relación entre la teorización del Estado con el factor económico de aquel y de qué forma los principios universales del derecho toman un papel preponderante en todo este concierto conceptual, que en últimas permite la convivencia del hombre.

EI IUSNATURALISMO

“(Del latín *ius*, "derecho", y *natura*, "naturaleza") es una corriente de la filosofía del Derecho que afirma que al menos una parte de las normas convencionales del Derecho y la moral están asentadas en principios universales e inmutables; este conjunto de normas conforman el *derecho natural*. El origen de los principios del derecho natural, dependiendo del autor, es dado por Dios, la Naturaleza o la Razón”

El Derecho natural es un modelo epistemológico de la filosofía del derecho que abarca desde la filosofía griega hasta la racionalista (derecho natural clásico), del racionalismo al ius-positivismo (derecho natural neoclásico) y del ius-positivismo, a comienzos del siglo XIX, hasta la actualidad. Todo este recorrido histórico ha permitido fortalecer en esta tendencia, la organización de los principios del derecho como respuesta natural del comportamiento del hombre en comunidad. Como ejemplo se debe citar que “Hubo un gran momento en que el derecho natural se enfrentó contra el consuetudinario, en la contienda entre fray Bartolomé de las Casas y Juan Ginés de Sepúlveda por el derecho “a sojuzgar a los indios”; posteriormente Hugo Grocio, Heinecio y Puffendorf defendieron el iusnaturalismo, y el conflicto reverdeció con el enfrentamiento entre el consuetudinarista Edmund Burke y el iusnaturalista Thomas Paine con motivo de la Revolución Francesa”

EL ESTUDIO DE LA PRINCÍPALISTICA

En el ejercicio de la actividad investigativa y como quiere que la misma alude a los principios en el derecho mercantil, procedente es detenerse de manera ilustrativa y analítica en esta temática para iluminar el sendero de la principalística, del cual penden por lo menos inicialmente los temas fundamentales de este trabajo.

El profesor Valencia Restrepo (2005) define de la siguiente manera principalística: “La Nomoárquica o Principalística Jurídica hácese derivar de la dicción compuesta “Nomoárquica” de los nombres helénicos nómos (ley o derecho) y archaí (principios). A ellas se le añade el sufijo griego ica, significativo de arte, ciencia o habilidad y en nuestro caso de razonabilidad, racionalidad, científicidad. Por consiguiente, “Nomoarquica” es la filosofía y la ciencia de los principios jurídicos”³.

“El estudio y el desarrollo de la ciencia jurídica, debido a las complicaciones a lo largo de la historia y especialmente de la sociedad moderna, ha exigido tanto al Estado, como a los que hacen parte del sistema jurídico, numerables formas, métodos de cómo hacer que la justicia sea más rápida y efectiva. Esta búsqueda de salidas y variaciones en la norma, han generado un gran impacto social en la medida que no solo el Estado ha asumido la responsabilidad de mejorar la justicia, sino que cada individuo se ha hecho parte de esta gran tarea”⁴.

La etimología del vocablo "principio", es necesaria para referirse al significado del mismo. El Doctor Valencia Restrepo (2003)⁵ “atribuye el origen etimológico de "principio" a la palabra *principium*, que podría tener dos acepciones: Una primera, que significa "cabeza de una serie o primer singular de un todo plural", porque provendría de *princeps*, *principis*, príncipe, como titular o cabeza de una magistratura. Según esta acepción, los principios del derecho son cabeza de todo ordenamiento o las primeras normas del conjunto de las mismas. La segunda acepción sería la de origen permanente o punto fundamental de partida de algo, porque *principium* provendría de *principii*. Y así, los principios en derecho

³ VALENCIA RESTREPO, Hernán. Nomoárquica, principalística jurídica o los principios generales del derecho. Santa fe de Bogotá : Editorial Temis, 1993. Pag. 2.

⁴ www.usc.edo.co virtual.usc.edu.co/hernandodevis/images/stories/pdf/principalisticajuridica.pdf. Ensayo Grupo de investigacion Hernando Devis Echandia. Cabrera, lizandro, Delgado Beatriz, Nogales celso, Zambrano Hernan. Consulta en línea Octubre de 2008.

⁵ VALENCIA RESTREPO, Hernán. Nomoárquica, principalística jurídica o los principios generales del derecho. Santa fe de Bogotá : Editorial Temis, 1993. p.192.

serían normas fundamentales del sistema normativo, punto de donde surgen de modo permanente las demás normas de sistema jurídico”⁶.

Los principios son fuentes formales generales del ordenamiento jurídico. Entendiendo por fuentes formales aquellos procesos por los cuales se crean las normas jurídicas generales. Entonces, los principios consisten en un proceso creador de normas jurídicas generales. Sin embargo, existen dos definiciones de los principios generales del derecho, en que se encuentran los elementos estructurales de los mismos, tanto los de su naturaleza filosófica, como los de su naturaleza jurídica: el principio como proceso creador de la norma principal y el principio como resultado del proceso creador o la norma principal misma.⁷

El principio como proceso creador de la norma se puede definir así: preexistencia de un valor fundamental y social, cuya aprehensión por parte de la comunidad, el pueblo o el constituyente primario le genera la convicción de obligatoriedad coercible de ese mismo valor. Y el principio como resultado del proceso creador o la norma principal misma se puede definir como norma jurídica fundamental, imperativa, universal, tópica, axiológica, explícita o implícitamente positiva, que sirve para crear, interpretar e integrar el ordenamiento, que según Valencia Restrepo es la noción más indicada para lo que él llama “verdaderas normas”.

El autor Norberto Bobbio (1987) se refiere al respecto en los siguientes términos: "En mi opinión los principios generales no son sino normas fundamentales o generalísimas del sistema, las normas más generales (...) Para mí es indudable que los principios generales son normas como todas las otras (...) Dos son los argumentos para sostener que los principios generales son normas, y ambos son válidos: de acuerdo con el primero de ellos, si son normas aquellas que se extractan de los principios generales por medio de un procedimiento de generalización sucesiva, no se ve por qué estos no deban ser normas también (de las especies animales obtengo siempre animales y no flores o estrellas). En

⁶ VALENCIA RESTREPO, Hernán. Nomoárquica, principalística jurídica o los principios generales del derecho. Santa fe de Bogotá : Editorial Temis, 1993. p.192.

⁷ VALENCIA RESTREPO, Hernán. CONFERENCIA DOS DEFINICIONES DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Nomoárquica, principalística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho. Santa fe de Bogotá. Editorial Temis. 3 edición.2005.584 páginas.,

segundo lugar, la función para la cual se deducen y se adoptan es la misma que se lleva a cabo para todas las normas, o sea la función de regular un caso"⁸.

En Colombia, sostiene Monrroy Cabra (2001) "La Corte Constitucional, en la sentencia C-479 de 1992, le dio carácter vinculante al Preámbulo de la Constitución. Dice al respecto: El Preámbulo de la Constitución incorpora, mucho más allá de un simple mandato específico, los fines hacia los cuales tiende el ordenamiento jurídico; los principios que inspiraron al Constituyente para diseñar de una determinada manera la estructura fundamental del Estado; la motivación política de toda la normatividad; los valores que esa Constitución aspira a realizar y que trascienden la pura literalidad de sus artículos. El Preámbulo da sentido a los preceptos constitucionales y señala al Estado las metas hacia las cuales debe orientar su acción; el rumbo de las instituciones jurídicas"⁹. Por tanto, todas las normas de la Constitución, incluido el Preámbulo, son vinculantes tanto para los servidores públicos como para los particulares. En la Constitución hay que distinguir *principios, valores y reglas* constitucionales. Expresa Ronald Dworkin que "el ordenamiento jurídico no se agota en estándares que funcionan como reglas, sino que en él es posible encontrar otros que operan como "principios, directrices políticas y otros tipos de pautas", a los cuales llamó genéricamente *principios*. Estos tipos de estándares jurídicos, o bien proponen objetivos que han de ser alcanzados, o bien contienen exigencias de justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. La diferencia entre principios y reglas es para Dworkin¹⁰ una diferencia lógica. Las reglas son aplicables "a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una regla están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión". En cambio, los principios "no establecen consecuencias jurídicas que sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas", puesto que ellos sólo enuncian razones pero no exigen decisiones particulares. La doctrina ha distinguido entre valores, principios y reglas constitucionales y ha formulado, con base en precisiones de concepto, una teoría sobre la existencia de un sistema de jerarquía normativa dentro de los textos constitucionales. Los *valores* son considerados como normas abstractas y de tipo abierto que orientan la producción e

⁸ BOBBIO, Norberto. Teoría general del derecho. Bogotá: Editorial Temis, 1987. p.239-240.

⁹ Corte Constitucioal Colombiana. Sentencia C-479 de 1992. Consulta en línea Agosto 3 de 2009. <http://bib.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1992/Tutela/T-567-92.htm>

¹⁰ Ronald Dworkin, Los derechos en serio, Ariel, Barcelona, 1995, p. 72. Citado por Monrroy Cabra en el Anuario Constitucional Colombiano de 2001. Página 25.

interpretación de las demás normas, y en tal virtud fijan criterios de contenido para otras normas y por tanto prevalecen sobre los principios y sobre las reglas. Para otra parte de la doctrina, los valores son normas que, al igual que los principios, determinan el contenido de otras normas, y sólo se diferencian de éstos por su menor eficacia directa, aplicándose estrictamente en el momento de la interpretación. Los valores están formulados como cláusulas generales que determinan los criterios interpretativos del resto del ordenamiento. Los *principios* son normas que condicionan las demás normas, pero su grado de concreción y eficacia es mayor, al tener por sí mismos carácter normativo. Por tanto, los valores son más abstractos y abiertos que los principios¹¹.

La posición de Bonorino (2003) "Cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, particularmente en casos difíciles, hacen uso de pautas que no funcionan como reglas, sino que operan como principios. Estos principios, que pueden ser principios en sentido estricto, directrices políticas u otro tipo de pautas, se diferencian de las reglas por su estructura lógica y por poseer la dimensión de peso. Son estos principios los que permiten entender la labor judicial en los casos controvertidos, como la aplicación de los derechos u obligaciones que las partes tenían con antelación a la decisión institucional. Existen dos formas de entender los principios jurídicos: a) considerando que forman parte del derecho al igual que las reglas y que por ende obligan de la misma manera que éstas, o b) negar que los principios obliguen de la misma forma que las reglas, considerándolos en consecuencia como por encima del derecho. La segunda forma de entender los principios jurídicos resulta inaceptable pues ninguno de los argumentos que pueden dar los positivistas en su apoyo es aceptable, y porque, además, lleva a sostener que ninguna regla puede ser considerada como jurídicamente obligatoria"¹².

LAS DOCTRINAS ECONÓMICAS

¹¹ Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1995, p. 72. Citado por Monrroy Cabra en el Anuario Constitucional Colombiano de 2001. Página 25. Consulta en línea Agosto 3 de 2009 <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6554&iu=0>

¹² Bonorino, Pablo Raul. *Integridad, derecho y Justicia. Una crítica a la teoría de Ronald Dworkin*. <http://books.google.com.co/books?id=CgtL2dL6hD4C&pg=PA32&lpg=PA32&dq=BONORINO+Y+LOS+PRINCIPIOS&source=bl&ots=SX5WSpH0u2&sig=pnpXQ->

RumnHQ4ipM_Zi59Ee3l38&hl=es&sa=X&oi=book_result&resnum=1&ct=result#PPP1,M. Consulta en línea Octubre 20 de 2008.

Hablar hoy de derecho mercantil como producto científico jurídico necesariamente exige de unos antecedentes en la convivencia humana, por lo tanto, es procedente revisar la evolución histórica que analiza la aparición del comercio, del mercado y del intercambio de bienes, desde las épocas pretéritas hasta nuestros días. Pues es allí, en donde reposan los gérmenes de las ideas que tuvieron los antepasados para poder solventar las comunes necesidades de alimento, techo, vestido como fundamento de los comportamientos patrones en su existencia. El tomar una decisión de ejercitar una determinada actividad llámese pastoreo, recolección, defensa física etc., no resulta por generación espontánea o fortuita, si no que debió requerir de una actividad racional, esto es: de una combinación de conocimientos agrupados por la experiencia que les permitió tomar decisiones para poder solventar las necesidades. Dichas decisiones tuvieron su fermento en unos planteamientos elementales a partir de los cuales y apoyándose en ellos, daban los pasos creadores de los nuevos conocimientos que sustentarían las actuaciones. Así por ejemplo, necesitamos conocer cuáles fueron las razones y cuáles los principios que las inspiraron moviendo al hombre para realizar el intercambio de bienes y servicios obteniendo el resultado buscado, cuál era la satisfacción de sus necesidades, pero sin incurrir, al lado de esa satisfacción, en un daño para si mismo o para quienes le rodean, siendo ello la génesis de los denominados principios jurídicos que positivizados o no rigieron, rigen y regirán de manera efectiva los actos humanos en pos de garantizar la convivencia humana. Es entonces, cuando debemos entrar a comparar aquellos principios que direccionan el Estado de Derecho y con aquellos que acompañan la novedosa figura del Estado Social de Derecho. Es por esto que el Marco teórico toma como eje la principalística. Iniciando con una ilustración analítica de Colombia en su devenir histórico esto es, partiendo de lo que sucedía en la época pre-colombiana, en la cual ya se ejercía una actividad de intercambio, donde imperaban unos principios naturales que eran garantes de la actividad comercial que ellos ejercían, principios a los que se les puede hacer una analogía o comparación con los de los gremios o corporaciones¹³, sin olvidar que la evolución y su recta del tiempo fue abruptamente

¹³ HomePage consultada el 09 de marzo de 2008. Edad Media: Constituye la época en la cual se define el Derecho Mercantil como una ciencia jurídica autónoma. Su estructuración se inicia una vez que los comerciantes se asocian para cada arte, y con éstas se conciben las universidades y las corporaciones. Las corporaciones eran administradas por uno o más Cónsules, asistidos por un consejo de ancianos de reconocida trayectoria en el comercio. Se crearon normas jurídicas que fueron alimentadas por la costumbre, dando paso no sólo a los Cónsules, sino además a los Estatutarios y Estatutos. Los Estatutarios eran encargados de compilar las soluciones a los problemas por escrito, dictadas mediante sentencias por los Cónsules, para luego archivarlas en la Sede de la Corporación, dando origen a los Estatutos. La

cortada por el descubrimiento de América hasta llegar a las leyes de indias y a la conformación de la gran Colombia permitiéndonos una revisión de la paleta de posibilidades en la aplicación del derecho mercantil, para caer finalmente a partir de 1991 en el estudio del denominado estado social derecho.

En la evolución histórica del derecho comercial se encuentran dos aspectos bien delimitados uno, la posición meramente social, o sea del individuo que respondiendo a sus necesidades no ve mas allá de este resultado y otro, la posición ideológica que en este caso la religión quizá con ojo avizor presagiaba lo que podría generar hacia el futuro el comportamiento excesivamente ventajoso de ciertos hombres sobre otros.

La existencia del derecho comercial en la actualidad depende de circunstancias especiales en la organización jurídica de cada nación. Pero esas circunstancias obedecen a unos principios que mueven el comportamiento del individuo en la sociedad. Siendo que su contenido y características están determinados por el progreso y la modificación constante de los efectos económicos. Si tomamos en cuenta que los principios son las razones fundamentales que mueven la conducta social del hombre en comunidad, una de las actividades de este, la mercantil, no se escapa a tal presupuesto universal. Colombia es hoy un Estado Social de Derecho, situación determinada por la Carta Magna del 1991, pues durante más un siglo la Constitución del 1886 planteaba que éramos un Estado de Derecho. La anterior afirmación pareciera que abre la puerta a una escisión en cuanto a la génesis y clasificación de los principios generales del derecho que permitiera pensar que unos son los principios que se aplican en el Estado de derecho y otros muy distintos en el Estado social de derecho, tesis ésta que se encuentra alejada de una certeza lógica, cuestión fundamental en ésta investigación será determinar y poder comprobar que los principios generales del derecho no se encuentran discriminados en cuanto a las diferentes ramas en que se estudia y se aplica ese derecho, por lo que, al menos inicialmente se puede aseverar que los principios en el derecho mercantil están en la misma fuente de donde emanan los principios generales del derecho, pues al final de cuentas las partes comprometidas en el ejercicio de las actividades mercantiles y pese a

sentencia que dictaban los Cónsules eran firmes y ejecutorias, pero podían ser apelables ante un Tribunal, integrados por comerciantes elegidos por sorteo a quienes se les llamaba: Sobre – Cónsules. Las ferias también tuvieron lugar en esta época, donde los comerciantes de distintas regiones concurrían para exhibir sus mercancías, comprar o vender.

tener una connotación esencial en la actividad contractual como la es la de reportar utilidades económicas producto de los convenios, no pierden su calidad de actores de sus propios derechos en la relación en que se empeñan, es decir el derecho mercantil dentro de sus principios consagra la equidad en la aplicación de los derechos de las partes y procriben el abuso de una parte sobre otra bajo figuras muy representativas como el aprovechamiento de la parte dominante en la negociación. Que tal como se encuentra en el trabajo investigativo de Berrios (2005) el “Estado de derecho es un concepto con dos componentes; por un lado el Estado como poder político concentrado y por otro, el derecho como conjunto de normas. El Estado de derecho es un poder limitado por el derecho. Si bien, en el Estado absolutista, el soberano es el rey, él es el poder que está por encima de todos, es el que unifica todas las funciones del poder político y no admite límite ni contrapeso ni crítica; para limitar al Estado absolutista surge el Estado de derecho. En el Estado absolutista, el poder se instituye desde arriba, no surge del pueblo, sino del poder mismo, es un poder único sin divisiones ni separaciones, es un poder que inunda a la sociedad, que la domina y la avasalla; el individuo carece de fuerza frente a ese poder. La democracia forma parte de esta evolución buscando la legitimación del poder por el ciudadano, materializando así la soberanía del pueblo”. En el Estado de Derecho se contempló la actividad jurídica mercantil, desde el punto de vista de normas que hoy todavía imperan, pero parecieran ajenas a contemplar el fenómeno cuya regulación es su objetivo, a saber: el intercambio de bienes y servicios en la sociedad.

“El principio de Estado Social de Derecho contrasta con el Estado de Derecho en cuanto a sus fines, puesto que aquel ya no se limita solamente a asegurar la vida, la propiedad y la libertad mediante la protección contra el fraude, el hurto, el incumplimiento contractual o los daños ocasionados por terceros, funciones típicas del Estado gendarme. Sus fines tienen mayor alcance e incluyen, entre otros, promover la prosperidad general; garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; y asegurar la vigencia de un orden justo (art. 2° de la C.P. esto nos indica la supremacía del Estado). Para ello, el Estado cuenta con facultades amplias de intervención en la economía, las cuales han de estar orientadas a lograr los fines generales del Estado y los fines especiales de la intervención económica

enunciados principalmente en el artículo 334 de la Constitución¹⁴. Continúa diciendo el documento Gerencia.com. :“Entre estos fines especiales se destacan, el de “asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos¹⁵”, se resalta que la voluntad del Constituyente en torno al Estado no se reduce a exigir de éste que no interfiera o recorte las libertades de las personas, sino que también exige que el mismo se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales”. Curiosamente, las normas de Derecho Mercantil dentro de esta nueva concepción de Estado no han cambiado, no son diferentes a las del Estado de Derecho, pero la principalística que anima a éste último si implica al aplicarlas judicialmente una nueva concepción que es la que establece la diferencia entre los modelos. No es en la norma, es en la principalística donde está el cambio. La Corte Constitucional Colombiana se ha pronunciado muchas veces sobre el tema de la principalística y sobre el bloque de constitucionalidad, ejemplo de ello son las sentencias C-225 (1995)¹⁶/ C-486 (1993)¹⁷/ T-296 (1994)¹⁸, etc. La vía jurisprudencial se justifica porque es misión inherente a toda administración de justicia, crear, interpretar, integrar y renovar el ordenamiento y ello en muchas ocasiones es posible hacerlo acudiendo a los principios. Varios excelentes ejemplos para nuestro caso son la T-011 (1993)¹⁹ al pronunciarse sobre la BUENA FE y la C-112 (1993)²⁰ sobre LA IGUALDAD ANTE LA LEY, COSA JUZGADA C- 543 (1992)²¹,

¹⁴ <http://www.gerencie.com/principio-de-estado-social-de-derecho.html>. Consulta en línea Agosto 3 de 2009.

¹⁵ <http://www.gerencie.com/principio-de-estado-social-de-derecho.html>. Consulta en línea Agosto 3 de 2009.

¹⁶ Corte Constitucional Colombiana, sentencia. C-225 DE 1995. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Naturaleza imperativa/IUS COGENS. MP. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

¹⁷ Corte Constitucional Colombiana., sentencia. C – 486 de 1993. MP. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. Demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto 410 de 1971, la Ley 04 de 1989 y los artículos 3 a 9 y 98 a 514 del Código de Comercio

¹⁸ Corte Constitucional Colombiana. T-296 de 1994 temas: Sometimiento de los jueces al imperio de la ley, Alcance de la competencia del juez de tutela, frente a las demandas de autoridades ejecutivas, El incumplimiento de sus funciones por parte de las autoridades puede constituir una amenaza para los derechos fundamentales de los particulares.

¹⁹ Corte Constitucional Colombiana. T-011- DE 1993. Principio de la buena fe: El artículo 83 de la Constitución establece: "Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas". MP ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

²⁰ Corte Constitucional Colombiana. C-112 DE 1993. MP HERNANDO HERRERA VERGARA. Principio descubierto por la Corte DERECHO A LA ADMISNTRACION DE JUSTICIA

²¹ Corte Constitucional Colombiana, C- 543 DE 1993. PRINCIPIO DE SEGURIDADE JURIDICA. MP. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO. Una de las demandas sobre las cuales se pronuncia la Corte en esta oportunidad se halla estructurada sobre la base de que el artículo 11 del Decreto 2591 de 1991 quebranta

DEBIDO PROCESO T- 516 (1992)²², SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL C- 574 (1992)²³ y T 614 de 1992²⁴, ESPECIALIDAD C-543 de 1992²⁵, FAVORABILIDAD C- 438 de

los preceptos constitucionales no tanto por introducir un término de caducidad sino por permitir que se ejerzan acciones de tutela contra sentencias amparadas por el principio de la cosa juzgada.

²² Corte Constitución Colombiana. Tutela El carácter fundamental del derecho al debido proceso proviene de su estrecho vínculo con el principio de legalidad al que deben ajustarse no sólo las autoridades judiciales sino también, en adelante, las administrativas, en la definición de los derechos de los individuos. Es pues una defensa de los procedimientos, en especial de la posibilidad de ser oído y vencido en juicio, según la fórmula clásica, o lo que es lo mismo, de la posibilidad de ejercer el derecho de defensa. El derecho al debido proceso comprende no solo la observancia de los pasos que la ley impone a los procesos judiciales y a los procesos y trámites administrativos, sino, también el respeto a las formalidades propias de cada juicio, que se encuentran, en general, contenidas en los principios que los inspiran, el tipo de intereses en litigio, las calidades de los jueces y funcionarios encargados de resolver. MP. SIMON RODRIGUEZ RODRIGUEZ.

²³ Corte Constitución Colombiana. TRATADO INTERNACIONAL-Control de Constitucionalidad/TRANSITO CONSTITUCIONAL/PACTA SUNT SERVANDA/SUPREMACIA CONSTITUCIONAL: Pese al trámite sui generis y de carácter excepcional que sufrieron por razón del tránsito constitucional, estos constituyen verdaderos tratados en vías de formación, pues con respecto a ellos aún no se ha producido su perfeccionamiento, toda vez que con anterioridad a su revisión por la Corte el ejecutivo no había manifestado el consentimiento en obligarse por ellos en el ámbito internacional. Como tales están sometidos al control de constitucionalidad previsto en el numeral 10 del artículo 241 de la Carta. El control previo, automático e integral garantiza por un lado el cumplimiento de los compromisos internacionales que es corolario de ineludible observancia por haber adherido Colombia a las normas de convivencia entre las naciones civilizadas una de las cuales precisamente es la conocida como Pacta Sunt Servanda. Por otro, asegura el respeto y la observancia del Estatuto Fundamental por sus autoridades inclusive cuando desarrollan funciones en el plano internacional, pues no se remite a duda que la supremacía de la Constitución que se consagra en el Artículo 4 de la misma no admite sino las excepciones que la propia Carta establece. MP. CIRO ANGARITA BARON

²⁴ Corte Constitución Colombiana. EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD/ACCION DE TUTELA-Ejercicio simultáneo: Puede suceder que el ataque contra el derecho fundamental o la amenaza que se cierne sobre él provengan de la aplicación que se haya hecho o se pretenda hacer de una norma -legal o de otro nivel- que resulta incompatible con la preceptiva constitucional. En esa hipótesis es indudable que surge la posibilidad de ejercitar en forma simultánea la llamada excepción de inconstitucionalidad y la acción de tutela, la primera con el objeto de que se aplique la Constitución a cambio del precepto que choca con ella, y la segunda con el fin de obtener el amparo judicial del derecho. La vigencia de la norma no se controvierte, ni tampoco se concluye en su inejecutabilidad o nulidad con efectos "erga omnes". Apenas ocurre que, con repercusión exclusiva en la situación particular, se ha desvirtuado la presunción de constitucionalidad; ella seguirá operando mientras no se profiera un fallo del tribunal competente que defina el punto por vía general .MP. JOSE GREGORIO HERNANDEZ

²⁵ Corte Constitución Colombiana. La cosa juzgada, que confiere a las providencias la fuerza de verdad legal dentro del ámbito individualizado del asunto litigioso resuelto, se funda en el principio de la seguridad jurídica, la cual para estos efectos, reside en la certeza por parte de la colectividad y sus asociados en relación con la definición de los conflictos que se llevan al conocimiento de los jueces. El principio de la cosa juzgada hace parte indiscutible de las reglas del debido proceso aunque no se halle mencionado de manera expresa en el artículo 29 de la Constitución. Todo juicio, desde su comienzo, está llamado a culminar, ya que sobre las partes no puede cernirse indefinidamente la expectativa en torno al sentido de la solución judicial a su conflicto. En consecuencia, hay un verdadero derecho constitucional fundamental a la sentencia firme y, por tanto, a la autoridad de la cosa juzgada. MP. JOSE GREGORIO HERNANDEZ

1992²⁶, PRESUNCION DE INOCENCIA C-599 de 1992²⁷ y T-097 de 1994²⁸, CELERIDAD T – 531 DE 1992²⁹ JERARQUIA C- 543 de 1992³⁰, PREVALENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL C-019 de 1993³¹, PRIMACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

²⁶ Corte Constitución Colombiana. Sentencia C-280 de 1996, fundamento 3. En el mismo sentido, ver las sentencias T-438 de 1992, C-417 de 1993, C-251 de 1994, C-244 de 1996 y C-769 de 1998 MP. EDUARDO MONTEALEGRE

²⁷ Corte Constitución Colombiana. La presunción de inocencia es una presunción juris tantum que admite prueba en contrario. Tal presunción cabe ciertamente tanto en el ámbito del derecho penal como en el de las infracciones administrativas. Naturalmente como surge de la lógica del proceso, la carga de la prueba está a cargo del Estado, sin perjuicio de que los acusados también ejerzan la iniciativa probatoria a fin de buscar el esclarecimiento de los hechos. MP. FABIO MORON DIAZ

²⁸ Corte Constitución Colombiana. El principio de la presunción de inocencia impone que la carga de la prueba corresponda a los acusadores y que para desvirtuarla sea necesario que la prueba practicada haya tenido lugar en un juicio, con todas las garantías procesales y formalidades previstas. Para condenar es indispensable la certeza de la culpabilidad, debido a que es la inocencia la que se presume cierta. La culpabilidad debe ser probada bajo las condiciones establecidas por el debido proceso. Cualquier enunciado con pretensión de veracidad establecido por fuera de las formas procesales que protegen el derecho de defensa, es una veracidad espuria que no tiene validez, así cuente con la convicción del juzgador o incluso con la verdad real. Mientras estos supuestos no hayan sido respetados, el investigado continuará gozando del beneficio de la presunción de inocencia. MP. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

²⁹ Corte Constitución Colombiana. El carácter de orden público de las normas sobre menores y la interpretación de las mismas, obligan al juez de familia a impulsar oficiosamente el proceso, no limitándose a decretar las pruebas solicitadas en su oportunidad por las partes sino todas aquellas que conduzcan al esclarecimiento de las circunstancias de posible abandono o peligro del menor. De otra parte, la no valoración por el juez de las pruebas en la sentencia puede configurar una causal de inconstitucionalidad por carencia de motivación de la decisión judicial. En los procesos de privación, suspensión o rehabilitación de la potestad parental, el juez de familia está dotado de amplios poderes para intervenir en defensa de sus intereses, entre ellos se cuenta la posibilidad de iniciar oficiosamente el proceso. MP. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

³⁰ Corte Constitución Colombiana. La cosa juzgada, que confiere a las providencias la fuerza de verdad legal dentro del ámbito individualizado del asunto litigioso resuelto, se funda en el principio de la seguridad jurídica, la cual para estos efectos, reside en la certeza por parte de la colectividad y sus asociados en relación con la definición de los conflictos que se llevan al conocimiento de los jueces. El principio de la cosa juzgada hace parte indiscutible de las reglas del debido proceso aunque no se halle mencionado de manera expresa en el artículo 29 de la Constitución. Todo juicio, desde su comienzo, está llamado a culminar, ya que sobre las partes no puede cernirse indefinidamente la expectativa en torno al sentido de la solución judicial a su conflicto. En consecuencia, hay un verdadero derecho constitucional fundamental a la sentencia firme y, por tanto, a la autoridad de la cosa juzgada. MP. JOSE GREGORIO HERNANDEZ

³¹ Corte Constitución Colombiana. La doble instancia no pertenece al núcleo esencial del debido proceso, -pues la ley puede consagrar excepciones-, salvo cuando se trata de sentencias condenatorias, las cuales siempre podrán ser impugnadas. El concepto de "sentencia condenatoria" contradice la filosofía y naturaleza de la legislación de menores, a cuyo amparo, el juez puede imponerle medidas al menor infractor de carácter protector y pedagógico, pero nunca de naturaleza condenatoria. Sin embargo, si alguna de esas medidas es privativa de la libertad, podrá ser siempre impugnada a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño, que, ha sido incorporada a nuestra legislación interna. Todo lo cual se reafirma, además, con el artículo 93 de la Carta, que establece que los tratados y convenios internacionales -ratificados por el Congreso- que reconocen los derechos humanos, prevalecen en el orden interno. El artículo 167 del Código del Menor habrá de entenderse en el sentido de que los procesos relativos a menores infractores de la ley penal son de única instancia, salvo en los casos en los que durante su transcurso o al final del mismo se tome una medida que, -si bien protectora o pedagógica-, sea privativa de la libertad. Dichas medidas podrán ser objeto de impugnación ante una instancia superior, sin perjuicio de los recursos de reposición que el mismo Código ya contempla. MP. CIRO ANGARITA

T-533 DE 1992³², AUTONOMIA DEL JUEZ C-543 de 1993³³, DERECHO A LA DEFENSA T- 097 DE 1994.

En las épocas remotas el hombre por la necesidad de resolver inconvenientes con la naturaleza, requirió de la intervención de sus congéneres para ello, así: para satisfacer la urgencia de adquirir alimento y vestido debió enfrentarse a la caza como actividad que le produciría satisfacción a elementales requerimientos, ejercicio que no pudo adelantar individualmente, debiendo acudir a la ayuda y colaboración de sus semejantes. Este hombre cazador que obtuvo como producto más de lo que necesitaba y podía consumir, pronto entendió que ese excedente le permitía iniciar una actividad de intercambio con sus semejantes que tenían otra actividad como la de recolectar frutas a quienes seguramente también les sobraba algo y lo podían canjear. Surge aquí, el concepto de trueque, eso sí, sin considerarlo aún una actividad de comercio como tal, era el cambio por el cambio. En este actuar aparentemente ingenuo del hombre se encuentran inmersos unos principios naturales del comportamiento humano, cuales son el de la favorabilidad, solidaridad, etc. Que en últimas buscan el bienestar del conglomerado. Estos puntos de partida comportamentales inspiran posteriormente las normas que positivizaron los comportamientos modelo en el derecho mercantil.

El avance organizacional del hombre permitió la formación de grandes comunidades denominadas pueblos y en ellos se sintió una mayor presión para satisfacer la necesidad del intercambio de bienes y servicios, siendo los primeros que intentaron una actividad comercial propiamente dicha, los pueblos Asirios y Fenicios, quienes incluso estructuraron una recopilación de usos y costumbres sobre el comercio marítimo: *Lex rhodia djactu*³⁴.

³² Corte Constitución Colombiana. El Estado social de derecho, instituido por el constituyente colombiano, define la naturaleza del régimen político, económico y social, identificándolo con los valores y fines enunciados en el Preámbulo de la Constitución. La superación del Estado de derecho como garantía de la libertad y de la igualdad formales tiene lugar en el Estado social de derecho mediante la acentuación de los elementos finalistas que guían la actividad estatal administrativa y política. La persona humana y su dignidad constituyen el máximo valor de la normatividad constitucional, cuyo reconocimiento conlleva importantes consecuencias para el sistema de relaciones económicas y sociales. MP .EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

³³ Corte Constitución Colombiana. Por su origen, las normas sustanciales y procesales tienen igual jerarquía. La primacía del derecho sustancial, en principio, no obliga al legislador, sino a los encargados de administrar justicia. En realidad, podría decirse que el artículo 228 contiene una regla de interpretación, dirigida al juez. MP. JORGE ARANGO MEJIA

³⁴ http://www.herdkp.com.pe/adds/info/elementos_del_seguro.htm. Consulta en línea octubre de 2008. Lex Rhodia de iactu” que en realidad estaba basada en el principio de la “avería gruesa” tal como todavía existe

Ejemplo de este acrecimiento en la estructura comercial es el pueblo Fenicio, quienes aprovechando la experiencia en la actividad marítima buscaron compensar la diferencia entre sus recursos naturales y la de sus vecinos en cuanto una variedad de productos que iban desde los minerales hasta los vegetales y animales, pero todo ello a nivel de intercambio, sin usar aún valores representativos. Esta labor requirió de otra paralela, cual fue la de proteger los barcos que llevaban las mercancías y crearon naves de guerra para ello, lo que permitió fundar nuevas organizaciones en islas que fueron poblando paulatinamente. Para los fenicios el principio de su actividad comercial de intercambio de mercancías estuvo regido por la compensación, esto es el intercambio equitativo de las cosas, lo cual sugirió por primera vez valorar la mercancía. No obstante, el éxito de sus expediciones marítimas les permitió iniciar la acumulación o atesoramiento de mercancías que los convirtió en su época en el pueblo más rico de la región, haciendo nacer el espíritu especulativo que bien pronto los llevo a la piratería.

El comercio ocupó para la India un puesto preponderante, toda vez que tal actividad no se superponía a la jerarquización social por castas, encontrándose que el mismo no podía ser ejecutado sino por una casta especial conformada por agricultores, industriales y mercaderes sin límite alguno, tal era el valor que el comercio tenía para aquella organización social que fue discriminatorio en cuanto a su ejercicio. El principio que aplicaron los Hindúes para lo comercial fue el de procurar bienestar para todos los asociados, lo que implicaba para quienes ejercían el comercio una posición de privilegio frente a los demás.

El pueblo Egipcio gran productor, en especial de trigo, fue prolífico en cuanto al comercio al interior de su territorio, pero por problemas religiosos no pudo inicialmente tener actividad comercial a través del mar al que consideraba impuro. Por lo tanto, la gran cantidad de sus productos lo hicieron muy ricos y poderosos y ricos ante los demás y ello les dio ventaja frente a la comercialización de sus productos. El principio que rigió para ellos fue el intercambiar con un valor adicional cual era el de la calidad, habida cuenta que se convirtió en uno de los cuatro grandes productores de grano del mundo. Hasta aquí ninguna de estas organizaciones humanas contó con un derecho mercantil codificado, simplemente produjeron normas consuetudinarias que se aplicaron por muchísimo tiempo.

en el seguro marítimo, donde los dueños de la carga y los propietarios del barco soportan conjuntamente una pérdida.

Roma incorporó dentro de su modelo normativo las leyes Rodias, reflejándose entonces una especie de institución mercantil, la cual estuvo inmersa dentro del ius civile, lo que si bien es cierto no permite hablar de una actividad mercantil independiente del resto del derecho, si aparece como una especialidad dentro de ese derecho por la necesidad apremiante que impuso el continuo ejercicio de esa actividad. Se incorporan al derecho mercantil en Roma los principios que regían para el ius civile por ejemplo la equidad en la contratación y en pos de esta crearon medios y mecanismos para combatir la corrupción en el comercio que había sido instaurada por pueblos antiguos que vieron en este no solo la forma de satisfacer necesidades sino la manera de surgir como poderosas fuerzas de dominación mediante la especulación, acumulación de riqueza y el atesoramiento injusto de bienes. Con lo que favorecieron a pueblos menesterosos que no habían tenido acceso igualitario a la actividad mercantil impulsando ferias y encuentros de comerciantes. Curiosamente, en Roma a diferencia de India la actividad de los comerciantes se prohibió a los patricios por ser considerada una actividad humillante, tal como lo estipulo la lex flaminia³⁵.

El derecho mercantil en la Edad Media toma cuerpo científico³⁶, esto es que inicia un proceso de identificación y autonomía que con el transcurso del tiempo y hasta nuestros días le ha valido una figuración de importancia en el derecho que con la globalización, incluso, le ha generado un estatus propio que trasciende las fronteras de los Estados. Frente a la limitación que tenía el derecho común y general para resolver los problemas surgidos entre las relaciones de comerciantes, debido a que esta actividad fue muy prospera para la época, exigieron la conformación de una normatividad que nacida de la costumbre imprimiera una seriedad y sobre todo seguridad en la solución de los conflictos que de forma frecuente presentaba el grupo de mercaderes. Se adelantaron un sinnúmero de estatutos y reglas escritas que eran usadas por unas instituciones denominadas

³⁵ <http://www.artehistoria.jcyl.es/historia/contextos/611.htm>. CONSULTA EN LINEA Octubre de 2008. "Probablemente para reforzar la presencia romana en el territorio galo-piceno conquistado a los senones, el tribuno Cayo Flaminio logró que se aprobara la Lex Flaminia de agro Piceno et Gallico, que contemplaba la distribución viritana de estas tierras, es decir, la asignación de parcelas individuales a ciudadanos romanos. La iniciativa del tribuno contó con la hostilidad del Senado, renuente a que se establecieran ciudadanos romanos en un área tan alejada de su centro político, con las imprevisibles consecuencias que esto podía suponer para el orden político y constitucional de Roma".

³⁶ <http://www.derechocomercial.edu.uy/RespDerechoComEdadMedia.htm>. CONSULTA en línea octubre 2008: "El Derecho comercial nace, como rama separada del Derecho civil, en la segunda mitad de la Edad Media (baja Edad Media) - como un Derecho separado, elaborado por los comerciantes y para los comerciantes. Los comerciantes fueron formando su propio Derecho, basado en las prácticas y costumbres".

consulados, a cuya cabeza los cónsules hacían las veces de administradores de justicia en las lides del comercio. Como se puede apreciar las normas nacen de comportamientos repetitivos que asumían los mercaderes en sus gestas cotidianas, es por lo tanto pertinente concluir que en la Edad Media y a través de la influencia de las leyes Rodias, inmersas en el ius civile romano, y en ese entonces insertas en los estatutos del comercio, los principios jugaron papel esencial en esa red estatutaria, principios contenidos en los diarios comportamientos que debía adelantar el mercader para el ejercicio de su actividad. Así pues, los administradores de justicia que con estatuto en mano resolvían los problemas habidos entre los comerciantes aplicaban los principios como fuente normativa para dirimir los conflictos y problemas entre ellos generados. López Rodríguez, en su documento electrónico “El Derecho Comercial en la Edad Media sostiene que: “En las corporaciones se crearon tribunales especiales para dirimir las controversias que se suscitaban entre sus agremiados. La justicia era aplicada por los cónsules, con recursos ante súper-cónsules y, en algunos casos, ante la asamblea. Desde luego, todos eran comerciantes, no versados en Derecho pero, como para resolver las controversias se aplicaban los usos y costumbres formados en la práctica del comercio, estos jueces comerciantes estaban en condiciones de fallar³⁷”.

Se inicia entonces con estos procedimientos la incursión de personas en una “administración de justicia especial”, quienes ajenas a una condición profesional de abogados o juristas, resuelven conflictos mediante normas las cuales, reitero, están conformadas por principios como la equidad, la buena fe, el respeto por el colega, tal como se evidencia en el documento arriba señalado: “Paralelamente a los tribunales de cada ciudad, existían los Tribunales de Feria que, también, aplicaban la costumbre. Las sentencias que dictaban unos y otros, sirvieron para fijar el Derecho consuetudinario. El procedimiento mercantil se basó en la equidad, entendida como la búsqueda de la verdad real más que la formal. Se

³⁷ <http://www.derechocomercial.edu.uy/RespDerechoComEdadMedia.htm>. Consulta en línea Octubre de 2008.

impuso al juez examinar el caso concreto y, después de conocido, aplicar el Derecho consuetudinario teniendo en cuenta la buena fe”³⁸

Este proceso de positivización de las costumbres, compilándolas en estatutos los cuales fueron organizados por los denominados cónsules son la base del andamiaje sistemático del derecho comercial consuetudinario, que resulta ser el origen de la denominada *lex mercatoria*³⁹. Conveniente es precisar que desde siempre la actividad de comercio y sus ejecutores erigieron con ello un estatutos que los diferenciaba del resto de la sociedad, pues como ya se mostró en el texto como en Roma solo algunos de sus asociados podían adelantar tal actividad al igual que en la India, estado de cosas que se conservó en la edad media, pues los comerciantes frecuentaron las ferias para realizar su actividad mercantil y es allí en donde tiene su origen tanto la costumbre en la realización de los actos de comercio como en la forma y métodos de negociar y de solucionar los inconvenientes que en desarrollo de su labor se fueran presentando. En estas ferias no aparecían los señores feudales, por consiguiente todo este acontecer que conlleva a la positivización de la costumbre fue ajena al derecho común y a espaldas del mismo, característica esta que le dio el sello de independencia que aun esta presente en el derecho comercial. La *lex mercatoria* en consecuencia, es un conjunto de compilaciones consuetudinarias, sistematizadas, que en reemplazo de los estatutos comerciales perfeccionó las relaciones comportamentales de los mercaderes y les dio el estatus que requería para el auge que el comercio vivió en la segunda mitad del Medioevo. Esta *lex mercatoria* se convierte en un producto evolutivo de la positivización normativa que en el comercio habrá de producirse mas adelante en la historia. Las características de esta fueron:” La *Lex Mercatoria* se caracterizó por ser cosmopolita, transnacional, consuetudinaria y clasista (dirigida, de manera exclusiva, hacia la *societatem mercatorum*). Su cosmopolitismo se basó en la flexibilidad, especialidad (entendida como Derecho de clase) y autonomía”⁴⁰.

³⁸ <http://www.derechocomercial.edu.uy/RespDerechoComEdadMedia.htm>.CONSULTA en linea octubre 2008.

³⁹ http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista11/Impacto%20Lex_Mercatoria.pdf Consulta en linea octubre de 2008. ”No obstante su origen consuetudinario, la *Lex Mercatoria* se plasmó por escrito (v.g.: Consuetudines de Genova, 1056; Constitutum usus de Pisa, 1161; Liber consuetudinum de Milán, 1216), luego se recogió en Estatutos Corporativos (como el del Arte de la Lana de Florencia, 1301; el Breve Mercatorum de Pisa, 1316; los Statuti dei mercanti de Parma, Piacenza, Brescia, Roma, Verona, Milán, etc.) y estos a su vez se integraron en tratados interlocales e internacionales (v.g.: Capitulare nauticum de Venecia; las Tavole amalfitane; los ordenamientos de Trani; el Breve Curiae maris de Pisa, entre otros)”.

⁴⁰ [www. http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/impacto_lex_mercatoria.htm](http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/impacto_lex_mercatoria.htm). Revista Civilizar. No. 11. Documento electronico. Walter Rene Cadena Afanador. Consulta en linea Agosto 3 de 2009.

El hombre en su continua lucha por el bienestar propio y el de sus congéneres, realiza acciones que fortalecen en lo político los Estados Modernos, las libertades individuales y la protección inicial de los derechos humanos, es así como lo amplio y general de la *lex mercatoria* se volvió en su contra y ahora se le apuesta a un derecho propio, iniciándose el decaimiento en lo aplicativo de este compendio legislativo en los albores del siglo XVII.

La edad moderna llega dándole una mayor fuerza a la codificación que al estatus de mercader y comerciante que hasta ahora se había ganado, la revolución Francesa, influenció el desenvolvimiento marcado de la normatividad organizada y sistematizada en códigos. Napoleón Bonaparte⁴¹, con el ánimo de dejar atrás cualquier vestigio de reglas y estatutos que anquilosaron el desenvolvimiento del derecho en la antigüedad se propuso de manera ordenada elaborar el conocido Código Napoleónico⁴², que entre otras cosas representó “la sistematización en un sólo cuerpo legal de toda la normativa mercantil. Gracias al Código se desarrolló la Doctrina Objetiva del Derecho Comercial o Mercantil”⁴³. Con este código que entró en vigencia en 1808 se le da gran importancia a todo lo concerniente a los actos de comercio como tales, los cuales habían sido tenidos como de menor valía frente al comportamiento del mercader que era lo que se había tenido en cuenta en la *lex mercatoria*, siendo esta la razón que permitió establecer específicas competencias para la administración de justicia en lo mercantil. A partir de este código, varios Estados se preocupan por ordenar la actividad mercantil y organizan sus propias codificaciones, que tomando unas como fundamento para su desarrollo lo objetivo del derecho mercantil (actos de comercio), en tanto que otras privilegiaron el concepto subjetivo de la actividad (comportamiento del mercader), ejemplo de la primera el código napoleónico y de la segunda el código de comercio del otrora imperio alemán⁴⁴.

⁴¹ <http://www.fortunecity.es/imaginapoder/humanidades/587/contemporanea1.htm> .Consulta en línea Octubre de 2008. “Era el alma del nuevo régimen. Con 30 años alcanzó el poder. Para un hombre del siglo XX esta edad puede parecer inadecuada, puede pensarse que es demasiado joven para ocupar un puesto tan importante como es el de director de los designios de una nación. Pero en los albores del siglo XIX esto era un fenómeno común en la mayor parte de los países europeos”

⁴² <http://www.fortunecity.es/imaginapoder/humanidades/587/contemporanea1.htm> :Consulta en línea Octubre de 2008. “Fue ideado para dotar a todas las provincias de las mismas leyes civiles. Su realización fue confiada a cuatro juristas: Bigot de Prèameneau, Tronchet, Portalis y Maleville.”

⁴³ http://encyclopedie-es.snyke.com/articles/derecho_mercantil.html . Consulta en línea Octubre de 2008.

⁴⁴

El derecho mercantil ha sido el impulsor del desarrollo de un concepto que ha impactado la humanidad como lo es la globalización. Empecemos por desentrañar la significación de la GLOBALIZACIÓN⁴⁵ como palabra. Se puede afirmar que, como dicción⁴⁶ (significante) es de reciente acuñación (última década) aun cuando, su significación, se tendría que aceptar que es de vieja data, casi tan antigua como el hombre, por cuanto este fenómeno ha aparecido y estado presente en los procesos comportamentales de la humanidad, generado por los actos propios de su naturaleza, como son: la ambición, el poder, el desarrollo de la curiosidad, el avance del conocimiento en la búsqueda de nuevas y mejores formas de ejercitar su existencia, etc., con los cuales ha buscado satisfacer sus intenciones que van desde la dominación: colonialismo⁴⁷, imperialismo⁴⁸, expansionismo⁴⁹, neocolonialismo⁵⁰, hasta el supuesto proteccionismo de sus relaciones: socialismo, comunismo, mercantilismo.

3 Mc Lucan fue el primero en utilizar la palabra globalización, fue el teórico de la información; en los años sesenta explicó, que los avances en la electrónica y las comunicaciones llevarían al mundo a crear una "aldea global" donde los hechos serían conocidos por todos los habitantes del globo.

⁴⁶ www.drae.com : Consulta en línea Octubre de 2008. Globalización: "Tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales."

⁴⁷ TORTELLA, Gabriel. La revolución del siglo XX. Madrid- Taurus, 2000, págs. 51- 74. "El colonialismo es el dominio territorial, económico y cultural establecido durante largo tiempo sobre un pueblo extranjero que se ve sometido al país dominante. Aunque este término existe desde la época de la Antigua Grecia, hay variantes en su significado, pues en el caso de las antiguas colonias griegas o en el de América se usaba más bien la palabra "colonización" en vez de colonialismo, ya que en estos casos los territorios colonizados no estaban subordinados a la metrópoli, y a todos los habitantes de estos primeros se les consideraba como otros ciudadanos más de la potencia europea. En la edad contemporánea se identifica más con la dominación política de gentes de otra raza que habitan en un territorio separado por el mar de la potencia colonial, que generalmente suele ser un país europeo. El colonialismo europeo moderno comenzó en el siglo XV con los viajes de los portugueses a lo largo de la costa oeste de África. Junto con los españoles, fueron los primeros en establecer sus colonias en ultramar, y se aferraron a ellas incluso después de que su fuerza imperialista se hubiera perdido. Sin embargo, el colonialismo alcanzó su momento de máxima importancia desde finales del siglo XIX hasta mediados del XX. Los países europeos que más protagonismo tuvieron en este proceso fueron Inglaterra, Francia y Alemania, que se repartieron el continente africano, (donde tan sólo quedaron dos países independientes: Liberia y Abisinia) e intentaron extender sus zonas de influencia por diferentes zonas del mundo como Europa Oriental, Oriente Medio, Extremo Oriente o el Caribe. Países como Italia, España, Portugal y Bélgica también intentaron llevarse su parte en este reparto, aunque no consiguieron tantos territorios."

⁴⁸ Enciclopedia Microsoft(R) Encarta(R) 97 (c) 1993-1996 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos. Consulta en línea Octubre de 2008. En el mundo antiguo, la práctica del imperialismo daba como resultado una serie de grandes imperios que surgían cuando un pueblo, que generalmente representaba a una determinada civilización y religión, intentaba dominar a todos los demás creando un sistema de control unificado. El imperio de Alejandro Magno y el Imperio Romano son destacados ejemplos de esta modalidad".

⁴⁹ Enciclopedia Microsoft(R) Encarta(R) 97 (c) 1993-1996 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos. Consulta en línea Octubre de 2008. "El imperialismo europeo de comienzos de la era moderna (1400-1750) se caracterizaba por ser una expansión colonial en territorios de ultramar. No se trataba de un país que intentaba unificar el mundo sino de muchas naciones que competían por establecer su control sobre el sur y sureste de Asia y el continente americano. Los sistemas imperialistas se estructuraron de acuerdo con la doctrina del mercantilismo: cada metrópoli procuraba controlar el comercio de sus colonias

Existen múltiples definiciones que podrían incluso entenderse como metáforas sobre el concepto de globalización, según las describe Octavio Lanni, en su texto de Teorías de la Globalización, como: "economía-mundo"; "sistema mundo"; "aldea global; tecno-cosmos"; "planeta tierra; hegemonía global", entre otras, que expresan un fenómeno totalizador y complejo de la realidad internacional o como diría el propio Lanni: "un fenómeno que sorprende, encanta y atemoriza". Un espacio, señala Lanni, donde "la imaginación multiplica metáforas, símbolos, imágenes, figuras y alegorías, destinadas a dar cuenta de lo que está sucediendo. Son múltiples las posibilidades abiertas al imaginario científico, filosófico y artístico cuando se descubren los horizontes de la globalización en el mundo y éstos envuelven cosas, gentes e ideas, interrogaciones y respuestas, nostalgias y utopías⁵¹".

El hombre siempre ha pretendido, por diversas razones, eliminar la diseminación, la disgregación del ser humano realizando intentos para lograr su unión e integración, por ejemplo: buscar un mismo idioma (torre de Babel), inventar los distintos medios de transporte para acercar los pueblos, crear las ciudades, etc., así mismo, desde tiempos remotos y ante el ansia de poder, ha aplicado la fuerza y métodos como el de la guerra para ganar tierras y someter pueblos enteros, apropiándose de sus culturas y demás pero, curiosamente, ninguna de estas acciones admite haberlas realizado con fines

para monopolizar los beneficios obtenidos."

⁵⁰ "Política de los estados imperialistas dirigida a conservar la explotación colonial de los países débilmente desarrollados en el aspecto económico con el fin de anular las consecuencias de la desintegración del sistema colonial del imperialismo. Lenin indicó que "el capital financiero y su correspondiente política internacional... crean toda una serie de formas de transición de dependencia estatal". Lo característico del fenómeno estriba en la variedad de formas de "países dependientes, política y formalmente independientes, pero en realidad envueltos en las redes de la dependencia financiera y diplomática". Para alcanzar los fines indicados los imperialistas establecen diferentes tipos de dependencia económica y política. Organizan bloques político-militares agresivos (O.T.A.N., S.E.A.T.O., C.E.N.T.O. y otros) que actúan en calidad de colonizadores en grupo; sostienen una política de expansión económica (empréstitos imperialistas, intercambio no equivalente, "ayuda técnica"); organizan la intervención directa en los asuntos internos de los estados jóvenes, ejercen una acción ideológica sobre las masas, dedicando lugar especial al anticomunismo. Al socaire de la "ayuda", procuran mantener, en los países liberados del imperialismo, las viejas posiciones y ocupar otras, ampliar sus puntos de apoyo social, atraerse a la burguesía nacional, implantar regímenes militares despóticos, asentar en el poder a títeres sumisos. A la política neocolonialista de las potencias imperialistas, se opone la creciente fuerza del movimiento de liberación nacional apoyado por los países socialistas."

Diccionario de economía política de Boríssov, Zhamin y Makárova

⁵¹ Lanni Octavio, Teorías de la globalización, Siglo XXI, México, 1996. Citado por Miguel Ángel Vásquez Ruiz en Economía y Sociedad, Documentos de Trabajo, Numero 3. Publicación electrónica Agosto de 1997. También re=direccionado a <http://www.argiropolis.com.ar/Ciencias%20Sociales/2/lanni.html>.

distintos a los de procurar la agrupación del ser humano y la tranquilidad de la convivencia. Ahora bien, de lo que no queda la menor duda es que todos esos actos llevan implícito un trasfondo económico totalmente evidente y que llama poderosamente la atención.

El hombre en sus esfuerzos por resolver sus necesidades y aprovechando la evolución de los medios de transporte, intensificó una actividad como la del comercio, acercando pueblos, pueblos, culturas, pensamientos, etc, ejercicio este que fue tornándose cada vez mas interesante para la historia del ser humano, tal como se explicó en líneas previas, cuando se presenta ese desbordamiento de la actividad mercantil en la segunda mitad de la edad media. Dentro de estos intentos uno, muy efectivo y de altísimo impacto, ha sido el de las invenciones de las nuevas tecnológicas en sistemas de información y comunicación “TIC”⁵², cuya velocidad tan vertiginosa no ha dado tiempo de asimilarlas, de contextualizarlas, precipitándose las mismas sobre el mundo y llegando a imponer un nuevo ritmo de vida, prácticamente, una nueva era!⁵³. Nada mejor que poder realizar el tan anhelado sueño de acortar las distancias entre los seres que poblamos este planeta, pero... ¿a qué precio?

Si nos habíamos asombrado con el invento de la radio, del teléfono y de la televisión, qué no experimentaremos con la nueva tecnología con la cual, prácticamente, podemos confirmar el viejo dicho: “este mundo es un pañuelo” pues las grandes distancias en el planeta, increíblemente han sido superadas: en cuestión de minutos se hace un negocio mercantil entre países con ubicación antípoda y de manera asombrosa se puede mercadear, casi simultáneamente, en varios continentes, bastando para ello un sistema denominado INTERNET⁵⁴, que hoy tiene revolucionado el mundo, imponiendo un ritmo de

⁵² . <http://www.milken-inst.org>. Consulta en línea Octubre de 2008. En la actualidad la idea de que las tecnologías de la información y la comunicación tienen un gran peso en el desarrollo económico de las sociedades avanzadas está muy extendida. De hecho, este campo constituye el núcleo principal del sector de la alta tecnología (high-tech), el cual integra fundamentalmente las industrias dedicadas a la medicina, ordenadores, componentes electrónicos, la comunicación, el procesamiento de datos y la investigación aplicada

⁵³ <http://www.marshallmcluhan.com/main.html> . Consulta en línea Octubre de 2008. Mc Luhan nos mencionaba que el “Mundo se ha convertido en Aldea Global” en la que los individuos no han cambiado externamente pero pueden comunicarse en segundos a los lugares más distantes del planeta, el producto que se consume puede estar siendo financiado por un país, diseñado y programado en otro y fabricado por un tercero, distribuido desde un cuarto país y vendido en todas las ciudades de la tierra.

⁵⁴ <http://www.marshallmcluhan.com/main.html>. Consulta en línea Octubre de 2008. El Internet admitiría ser considerado como medio frío, pues la impresionante interactividad de sus usuarios representa uno de los

vida completamente distinto al que se traía, revaluando muchos conceptos y creando otros que han inundado el campo de la cultura, de la política, de lo social...etc., pero especialmente el de lo económico y naturalmente con ellos el campo del DERECHO, dentro del cual encontramos desesperados esfuerzos por acompasar normas y disposiciones con tan asombrosos avances, encontrando temas como los que señala Plaza Penades (2006): “la protección de datos, la contratación electrónica, delitos informáticos, los derechos de propiedad intelectual e industrial en Internet, la resolución judicial y extrajudicial de conflictos (causados por el uso de Internet) o la incidencia de las nuevas tecnologías en el funcionamiento de las sociedades o en el de las relaciones laborales”⁵⁵, etc., asuntos estos que surgen y generan conflictos que deben ser resueltos de manera urgente para mantener la convivencia.

Todo lo anterior sugiere el formular preguntas orientadoras así: Frente a los avances narrados, los principios generales del derecho, especialmente en lo referente al comercio, ¿han quedado atrás?, ¿se siguen aplicando?, ¿se deben reformar?.

Movidos por estas curiosidades tan urgentes de ser resueltas y que el derecho no se quedará atrás de frente a ese impulso tan fuerte, el hombre estudioso de tan delicada situación tomó estrategias que permitieran acompasar los alusinantes avances y se preocupó por la normación y fue así como con la finalidad de universalizar prácticas entorno al ejercicio del comercio globalizado asumió la búsqueda de la uniformidad, como lo sostiene Espinosa Quintero (2004): “La aspiración a un derecho uniforme de los negocios, no es nueva. La búsqueda de la unidad legislativa, jurisprudencial, doctrinal y contractual ha sido una ardua labor de largo aliento, sobre la que, a la fecha, se sigue trabajando en diversos ámbitos. De los primeros pasos hacia una mayor uniformidad, se ha llegado a propuestas más ambiciosas como los «*Restatements of law*» del «*American Law Institute*», los «*Principios de derecho contractual europeo*», el proyecto de UNIDROIT, de principios para los contratos comerciales internacionales, que buscan codificar principios generales en materia contractual, pero con carácter universal. A esto

principales elementos distintivos del medio que admite ser considerado como inteligente. Evidentemente, en cada herramienta de comunicaciones de Internet -los chats, los weblogs o el correo electrónico, por ejemplo-, tendríamos que matizar grados. Las comunidades sensibles de Internet han convertido a Marshall McLuhan en referente obligado.

⁵⁵ Plaza Penades Javier <http://www.cedi.uchile.cl/catalogo/obrasgenerales/index.html>. Consulta en línea Agosto 3 de 2009.

se suma, un amplio elenco de cláusulas standard, condiciones generales, contratos tipo, formularios y demás instrumentos de uniformidad contractual generados a iniciativa de las empresas, asociaciones y corporaciones profesionales”⁵⁶.

“La uniformidad en la contratación y por ende en la normación jurídica permitiendo establecer comportamientos modelo frente a la actividad comercial garantiza que los principios universales de derecho que se observaron desde los primeros comportamientos del hombre que como actividad natural rigieron en su ejercicio comercial no se perdieran y continuaran vigentes aún en las circunstancias extraordinarias en que hoy nos encontramos: “Principios como la buena fe y lealtad negocial (*ex fide bona*), libertad de contratación y libertad de forma, equilibrio contractual, propios del Derecho Romano, son conciliables con aquellos otros del *Common Law* como el de «*reasonable o reasonably*» de uso frecuente en los países anglosajones, como lo refiere el profesor Valiño, citado por Espinosa Quintero en su texto “Hacia un sistema contractual «uniforme»: modelos Comparados”⁵⁷.

El académico Sánchez Lorenzo Sixto, citado en el antes mencionado texto del profesor Espinosa Quintero ilustra de manera clara que, “Si se quiere un futuro común, se hace necesario mirar retrospectivamente, releer, redescubrir, reencontrarse con el pasado igualmente común, para no quedarse en la búsqueda de un lenguaje jurídico común, sino en la plena integración y armonización jurídica, la cual será progresiva, lenta y blanda. No exenta de vicisitudes de variados matices. Basta con referir la que corresponde a la decisión sobre una «codificación regional» o una «codificación global»”⁵⁸, frente a iniciativas como la elaboración de los «Principios de Derecho Contractual Europeo» (Comisión Lando) versus los Principios UNIDROIT, que acusan diferencias de contenido y

56

http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista9/HACIA_SISTEMA_CONTRACTUAL_UNIFORME_MODALO_COMPARADO.pdf. HACIA UN SISTEMA CONTRACTUAL «UNIFORME»: MODELOS COMPARADOS. Leonardo Espinosa Quintero. Consulta en línea Octubre de 2008.

57

http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista9/HACIA_SISTEMA_CONTRACTUAL_UNIFORME_MODALO_COMPARADO.pdf. HACIA UN SISTEMA CONTRACTUAL «UNIFORME»: MODELOS COMPARADOS. Leonardo Espinosa Quintero. Consulta en línea Octubre de 2008.

58

http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista9/HACIA_SISTEMA_CONTRACTUAL_UNIFORME_MODALO_COMPARADO.pdf. HACIA UN SISTEMA CONTRACTUAL «UNIFORME»: MODELOS COMPARADOS. Leonardo Espinosa Quintero. Consulta en línea Octubre de 2008.

suscitan, según el profesor Sánchez, « [...] serias dudas sobre la conveniencia de una codificación regional, que puede resultar contradictoria con una codificación global [...]»⁵⁹, lo que fácilmente concluye la gran dificultad que se enfrenta en el proceso de la unificación.

Los Principios de UNIDROIT, según Oviedo Alban(2001) “se hicieron con el objetivo de establecer un conjunto de reglas en esta materia, destinadas a ser utilizadas en todo el mundo, independiente de las tradiciones legales y condiciones económico-políticas de los países en donde vayan a ser aplicados. Los Principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales, son un conjunto de reglas sugeridas por el Instituto para la Unificación del Derecho Privado, que representan una aproximación a la unificación y armonización del derecho mercantil internacional y resultan aplicables a los contratos, en principio, por expreso acuerdo entre las partes contratantes. Los principios UNIDROIT contienen conceptos y reglas comunes a varios sistemas jurídicos imperantes en el mundo, de ahí que tal como se explica, laudos internacionales los tomen como ley para los contratos, o como medio para interpretar o complementar instrumentos normativos internacionales, destacándose entre ellos, la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, aprobada por el Congreso por medio de la Ley 518 de 1999”⁶⁰.

Sobre el mismo tema de los intentos de unificación del derecho en materia de obligaciones para facilitar la globalización económica, es pertinente y útil citar a Larroumet Cristhian (2006), quien es publicado por la Revista de la Unam de México: “Los proyectos de unificación son distintos. Así, el texto redactado por la Comisión Lando tiene esencialmente como objetivo las relaciones transfronterizas. Si bien, los redactores consideraron que los principios del derecho europeo de los contratos podrían inspirar a los legisladores nacionales así como el legislador europeo, es decir la comisión, el

⁵⁹ Sánchez Lorenzo, Sixto. «La unificación del derecho contractual europeo vista desde el derecho internacional privado». en AA.VV., Derecho Patrimonial Europeo, Thomson/Aranzadi, Navarra, 2003. Citado por Espinosa Quintero en http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista9/HACIA_SISTEMA_CONTRACTUAL_UNIFORME_MODALO_COMPARADO.pdf.

⁶⁰ <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/alban.html>. APLICACIONES DE LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT A LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES. Así mismo www.puj.edu.co/banners/APLICACIONES_DE_LOS_PRINCIPIOS.pdf JORGE OVIEDO ALBAN. PROFESOR DE LA MAESTRIA EN DERECHO DE LA UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA. Consulta en línea Octubre de 2008.

consejo y el parlamento, en realidad se trata ante todo de derecho internacional para relaciones transfronterizas. La inspiración de este sistema de unificación internacional es la de los Principios de Unidroit relativos a los contratos del comercio internacional. Tal como los Principios de Unidroit, los de la Comisión Lando constituyen una compilación privada sin aprobación de los Estados miembros de la Unión Europea ni de las autoridades europeas. Es cierto que estos principios podrían ser incluidos en un convenio internacional celebrado entre los 25 Estados miembros, pero aún no se ha tratado de hacerlo. La aplicación de los principios del derecho europeo depende hoy, ante todo, de la voluntad de las partes en un contrato, las cuales pueden someterlo a dichos principios. Sin embargo, los principios podrían tener la misma autoridad que la *lex mercatoria*. La consecuencia sería que, en un pleito internacional, los jueces o los árbitros podrían decidir aplicar estos principios al contrato para resolver el litigio. Es exactamente la solución de los Principios de Unidroit. Además, en el mismo sentido podría ser necesario compaginar los principios con una ley nacional aplicable, sobre todo cuando se trata de las reglas imperativas aplicables en materia contractual, independientemente de la ley contractual elegida por las partes en el contrato. En esta aparece que los principios europeos del derecho de los contratos tienen una flexibilidad que resulta muy positiva. Además, respecto al contenido de los principios, no sólo la redacción es clara y constituye un buen compromiso entre sistemas de derecho de tradición distinta, sino que las reglas son más precisas y completas que las de los Principios de Unidroit. Por este motivo, no se puede considerar que los principios europeos constituyen una repetición inútil de los Principios de Unidroit.”⁶¹

Merece entonces especial atención, la comisión Lando por cuanto es la cristalización de un esfuerzo que se venía haciendo por parte de los estudiosos del derecho, pretendiendo encontrar la tan anhelada unificación, al frente de la cual estuvo el profesor oriundo de Dinamarca Ole Lando,⁶² quien con su equipo de trabajo empezó la tarea de unificar los

⁶¹ <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/13/dtr/dtr4.htm>. Consulta en línea Octubre de 2008. LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES EN EUROPA Christian LARROUMET. Revista de Derecho Privado 13-14. También re=direccionado desde <http://www.labarored.org/lalibre/libros/autor.php?x=%>

⁶² www.iblt.eu/IBLT2006/speakers.html. Consulta en línea, redireccionada desde www.google.com. El profesor (Dr.) Ole Lando es el Presidente de la Comisión de Derecho contractual europeo. La Comisión Lando se le encomendó la tarea de redactar una ley modelo para los poderes judicial y legislativo de desarrollo del derecho contractual en los planos nacional y europea y como base para la armonización del Derecho contractual en la Unión Europea. Él es el destinatario de la Alexander von Humboldt Premio de Investigación de Relaciones Exteriores humanistas (de abril de 2001), dos daneses y un finlandés premio

contratos que eran utilizados en la Comunidad Europea, señalando los principios referidos a tales contrataciones, constituyéndose la misma en la más completa obra que hoy existe sobre el tema.

La dinámica del texto sugiere en este momento revisar las doctrinas económicas y comerciales desde la principalística para afianzar el evidente cambio de la tendencia que el derecho mercantil ha adquirido hoy en su aplicación, por que estas son el reflejo de las tendencias que el ser humano adopta frente a la solución de las necesidades con sus problemas y entratándose de doctrinas económicas se supone que la evolución en el campo comercial, es decir en el comportamiento de las relaciones mercantiles del hombre, la evolución tiene que responder a unos avances lógicos y jurídicos que permitan mantener la convivencia, máxime hoy cuando la tendencia es globalizada.

TEORIZACIÓN SOBRE LOS TIPOS DE ESTADO

El Derecho Mercantil como conducta humana, producto de la convivencia en sociedad, es un un comportamiento que debe ser regulado de acuerdo a las situaciones particulares, usos y costumbres de cada asociación humana, de cada Estado, pero indefectiblemente tiene que ser regulada. Es por ello, que se hace necesario revisar las teorías del Estado para desentrañar de las mismas de que manera considera tal postura la cuestión de la conducta mercantil. Cada Estado dentro de su organización la cual es producto de un liderazgo de identificaciones de orden humano que con razones o sin ellas has escogido una doctrina para aplicar la misma a su organización estatal. Estas no serán iguales y por lo tanto habrá estados que tienen un sistema en el derecho comercial y diferente a otros. La implicación directa de todo lo anterior es la creación de sistemas jurídicos independientes, cada uno intentando buscar la mejor aplicación de lo que esa comunidad piensa que es lo óptimo para el ejercicio del derecho comercial, convirtiéndose todo ello en obstáculo para la uniformidad en el derecho mercantil y de los principios que son el ejercicio entre manos como respuesta a la tendencia de la globalización.

ESTADO LIBERAL

para los logros científicos. Él es un miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado y de la correspondiente colaborador de UNIDROIT, Roma.

En la concepción liberal, el Estado es el servidor de la sociedad y así lo concibe LOCKE⁶³ al establecer que por consiguiente el grande y el principal fin que lleva a los hombres a unirse en estados y a ponerse bajo un gobierno, es la preservación de su propiedad, John Locke en el segundo tratado sobre el gobierno civil, Madrid 1994. Para lo cual el estado debe proveer al hombre de leyes, fijas conocidas y aceptadas por consentimiento; un juez publico e imparcial, con autoridad para resolver los pleitos entre los hombres, y por ultimo; instituir un poder que respalde la fuerza de tales sentencias cuando estas sean justas. Así, todo gobernante tiene el compromiso de velar mediante unas leyes adecuadas, encaminadas a la protección de esa propiedad, para que el individuo pueda desarrollarse libremente, y para evitar que al hacerlo, entre en conflicto con el uso de la libertad de los demás.

La tendencia que se genera para el Derecho Mercantil y lo relacionado con el factor economico dentro de esta teoria, consiste en una total permisividad de la gestion, del comportamiento del intercambio de bienes y servicios, motivo por el cual la norma, escasa por cierto, lo unico que pretende es establecer de manera incipiente cuales serian los campos en los que el ser humano, el asociado al Estado podria adelantar tal accion sin detenerse a regularlo, a orientarlo para precaver los conflicitos. Ya sabemos las lamentables consecuencias⁶⁴ que acarreo esta actividad contemplativa por parte del Estado frente a una circunstancia tan delicada como lo es la actividad mercantil; por el contario el Estado de Derecho si la regula dejando la organización de todo un sistema codificado que aparto estos comportamientos de la rama del derecho civil, conformando una nueva que es el dercho comeercial. Esto constituyo un avnace, pero conlleva una problemática cual era la surgida a partir de la incipienca de los asociados en la actividad comercial, quienes pasaron de la noche a la mañana de tener una actividad totalmente

63 www.genealogytoday.com/surname/finder.mv?Surname=Looke.HomePage consultada el 29 de febrero de 2008. Locke considera que el derecho más difícil que se dé en el estado de naturaleza es el de propiedad. Para defender estos derechos surge la sociedad, el derecho y la autoridad. La sociedad, a través de su ordenamiento jurídico, tiene su razón de ser en el garantizar la vida, la libertad y la propiedad de los individuos. La sociedad nace del consentimiento (contrato social) de los individuos que buscan proteger sus derechos naturales a la vida, a la libertad y a la propiedad. Pero el poder político, que los individuos ceden al Estado cuando éste nace, puede siempre ser reasumido por ellos. El Estado no tiene otro fin que el de velar por los individuos, por su bienestar y su propiedad, la cual no tiene derecho a enajenar. Y para amparar al individuo de una potencial exacerbación del poder estatal, Locke propugna la división equilibrada del poder político en legislativo y ejecutivo.

64 Cabrera Suarez Lizandro: Este acapite se refiere a la profundización de las desigualdades sociales.

liberal a tener un ejercicio totalmente contralado, lo cual se miró como el fuerte intervencionismo en la economía.

ESTADO DE DERECHO

Conocido en el idioma Francés como “Etat de Droit”; en el Alemán “Rechtstaat”; y en el Inglés “Legal State” o “rule of law”, se nomina a esta forma lo que nosotros sustantivamos propiamente como “Estado de Derecho”. Pero a pesar de la variedad en el lenguaje, se guarda una identidad en su significado, toda vez que la idea contenida en el mismo nos lleva a conocerlo como un concepto a través del cual las sociedades organizadas se oponen al modelo de Estado propuesto o, mejor, surgido con motivo de la Revolución Francesa que estuvo caracterizado con la célebre expresión “lesse fer, lesse passer”, propio del “Estado Gendarme”. Surge pues este modelo de Estado que se apega, por esencia al “derecho”, pero bajo unas condiciones inamovibles cuales son: a) El Imperio de la Ley; b) la separación de los poderes; c) legalidad de la administración; d) distribución del poder estatal en órganos y no en funcionarios.

El Estado de Derecho tiene entonces un reconocimiento teórico basado en unas características que lo distinguen clara y precisamente de otros tipos teóricos de Estado, tales como la creación de organismos de poder con autonomía para sus actuaciones los cuales deben ser institucionalizados y no en forma de personas, el nombramiento de los funcionarios según la norma, y sobre todo el respeto de los derechos inherentes al ser humano. Es decir, se trata del imperio del derecho a través de la taxativa aplicación de la norma⁶⁵.

ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Nogales (2008) en la elaboración de su marco teórico al respecto refiere: “La razón de ser de esta nueva concepción organizativa de un Estado posiblemente surge de reconsiderar el papel del individuo asociado frente al Estado que lo organiza. Ya no se trataba de la preocupación por encontrar justificación a la razón por la cual un Estado debía ser un ente superior al individuo mediante poder y autoridad para lograr su ordenamiento en la

⁶⁵ Disertación basada en Nogales, Rodríguez, Celso. Marco Teórico. Proyecto de investigación Concepto y fundamento de la vivienda en Colombia.

sociedad, si no que se trata de hacer valer a ese ser humano frente a la majestad del Estado. Con el Estado de Derecho era la norma la que, como un mecanismo, permitía el reconocimiento y defensa del derecho humano, pero esta elaboración que el legislador hacía de la misma, tomaba al hombre como un “conejiillo de pruebas” a quien con posterioridad de la validez de tales disposiciones se convertía en víctima de la misma. Para sofocar esa incómoda postura y a la postre injusta con el hombre mismo al concepto estado de derecho se le adicionó un calificativo: el de social. Se trata, entonces, de un Estado al que la norma lo rige, pero que para obtener como resultado la ley se parte incuestionablemente de factores humanos como son la dignidad, el respeto a la convivencia, la realidad de las necesidades humanas, etc., todo lo cual da un tinte más humano a la norma fría, al artículo ajeno a la circunstancia evidente de lo que el hombre es frente a su existencia en una nación. Una mirada al hombre bajo la óptica del Estado Social de Derecho impone, no solamente hacerlo desde el contexto legal, sino desde el ámbito natural, esto es, que el ser humano además de necesidades materiales provenientes del ejercicio de su existencia, también las tiene de tipo emocional, cultural, espiritual, ideológico, etc., que no por abstractas tienen menor valor que las primeras, pudiendo acuñar con todo esto el denominado principio de la “seguridad humana”, que estaba contemplado por los antiguos a través de los denominados brocardos universales de derecho, es decir lo que el profesor Valencia (2005) sostiene: “A perfilar el concepto de las reglas de derecho contribuyó también en amplia medida la distinción establecida por glosadores y comentaristas de los textos jurídico-romanos canónicos y recogida luego por los tratadistas de la materia de los siglos XVI, XVII Y XVIII, diferenciando las auténticas o legales, de las doctrinales o brocardos, del mismo modo que se distinguía, entre las compilaciones jurídicas medievales, las auténticas u oficiales, sancionadas como tales por el legislador de las que, carentes de autoridad legal, eran debidas a la iniciativa privada⁶⁶.” Bosquejando de manera genérica se puede afirmar que: la idea de lo “humano” invade el concepto Estado Social de Derecho, mientras la noción “hombre” lo hace frente al Estado de Derecho, tal afirmación encuentra respaldo en múltiples argumentos extractados del inteligenciamiento que sobre el tenor filosófico insinúa el concepto “ESTADO SOCIAL DE DERECHO”, lo que implica, por ejemplo, discurrir sobre la dimensión del hombre, no como “ser biológico”, sino como “ser humano”, ya que mientras en el primer supuesto el

⁶⁶ Valencia Restrepo Hernán, Nomoarquica, principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho. Editorial Temis. Bogotá 2005. Pág. 163, numeral 86

individuo como ente natural contempla unas exigencias, esto es, unas necesidades provenientes específicamente en orden a su materialidad, en la segunda contemplación, es decir el hombre como ser humano conlleva una complejidad dada la abstracción multifactorial de los elementos que la integran, así, por ejemplo: no solamente debe atenderse al hombre en su necesidad funcional biológica: nacer, crecer, reproducirse y morir, sino que tales exigencias materiales implícitamente conlleven una trascendencia que se evidencia en la calidad del nacimiento: el derecho debe preocuparse porque toda persona nazca en condiciones dignas, no es posible que el Estado desatienda a personas menos favorecidas para adelantar el ejercicio de tan elemental necesidad como es el nacimiento y más allá, debe protegerse la gestación como el principio fundamental que anima el resultado de un ser que tiene las condiciones para enfrentar una verdadera existencia; así mismo, debe evidenciarse el crecimiento del ser humano bajo circunstancias que correspondan a su condición de ser racional, proporcionándosele los medios para su estructuración física, mental y social; igual debe suceder con la reproducción y la muerte de este Ser por excelencia. Baste este análisis para evidenciar la diferencia objetiva entre el hombre como concepto biológico y el hombre como concepto humano”⁶⁷.

CONCLUSIONES

Una teoría o doctrina económica es una sistematización de principios o leyes económicas, que analizan la realidad y los fenómenos económicos que en ella ocurren, en forma integral. Aquellas que explican la realidad parcialmente no constituyen doctrinas sino solo pensamientos económicos. Una característica fundamental de las doctrinas económicas es que no surgen de la nada. Aparecen por la observación de la realidad, es decir, responden a un contexto social determinado.

"Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general"⁶⁸. Así como se

⁶⁷ Nogales, Rodríguez, Celso. Marco Teórico. Proyecto de investigación Concepto y fundamento de la vivienda en Colombia.

⁶⁸ Constitución Política de Colombia. Título I, De los Principios Fundamentales, Artículo 1 y 2. Editorial Leyer. Bogotá 2007

reseña en la Constitución Política de Colombia de 1991, el Estado debe entenderse como el agrupamiento social en un territorio determinado y reconocido, constituido bajo la legitimidad de un poder político público, que abarque normas respaldadas jurídicamente para mantener un orden social.

El Estado puede ser entendido como una organización de la sociedad, con elementos que hacen que no solo el gobierno y las autoridades manejen y controlen el poder, como en muchos casos se cree, sino que, por el contrario se establezcan parámetros y normas para que se logre establecer una convivencia armónica entre la libertad y el poder. La función judicial que es la encargada de manejar el derecho; es decir, se encarga de juzgar y, por medio de las leyes que se establezcan dentro de la constitución del Estado, buscar una solución a los conflictos que se presenten entre individuos o entre particulares y el Estado”.

El estudio y el desarrollo de la ciencia jurídica, debido a las complicaciones a lo largo de la historia y especialmente de la sociedad moderna, ha exigido tanto al Estado, como a los que hacen parte del sistema jurídico, numerables formas, métodos de cómo hacer que la justicia sea más rápida y efectiva. Esta búsqueda de salidas y variaciones en la norma, han generado un gran impacto social en la medida que no solo el Estado ha asumido la responsabilidad de mejorar la justicia, sino que cada individuo se ha hecho parte de esta gran tarea. Los principios no solo dependerán de la norma creada, sino fundamentalmente de la actitud enérgica y laboriosa de las partes que construyen un proceso, las cuales deben buscar siempre una justicia más humana.

El hombre desde los inicios de la historia de la humanidad, ha estado acompañado de una necesidad permanente de tener bienes y servicios que satisfagan sus necesidades, así no tuviera la conciencia de una actividad mercantil. Es allí, donde esta la génesis de los principios que enrutaron el comportamiento mercantilista que a través del tiempo ha ido evolucionando y que dada su importancia el hombre positivizó mediante unas normas que van desde un Estado caracterizado por la aplicación fría de la misma hasta el Estado moderno donde hay una alimentación práctica de la función social que debe cumplir la norma en el Estado.

La administración de justicia, legislar y ejecutar desde un Estado de Derecho a hacerlo desde un Estado Social de Derecho no es lo mismo, pues los principios tornan su objetivo hacia el fenómeno de ente comunitario y no de normas. Mirado así, el ámbito de lo

mercantil tiene que ser impactado con la tendencia anunciada, pues de no serlo se tornaría un elemento excluido del contexto que se propone tan novedosa figura.

REFERENCIAS

- Alexy, Robert, Teoría de los Derechos Fundamentales, Traducción de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- Austin M., Tomás " GUÍA No 3. MARCO TEÓRICO". 19 de julio de 2005.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA , T-531 de enero 20 de 1992
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, C-019 de enero 25 de 1993
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, C-067 de febrero 04 de 2003
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, C-112 de enero 21 de 1993
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, C-225 de mayo 18 de 1995
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, C-486 de octubre 28 de 1993
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, C-543 de octubre 01 de 1992
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, C-574 de abril 02 de 1992
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, C-599 de septiembre 03 de 1992
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, T-011 de enero 18 de 1993
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, T-097 de agosto 24 de 1994
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, T-296 de febrero 04 de 1994
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, T-442 de febrero 12 de 1992
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, T-516 de septiembre 15 de 1992
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, T-533 de mayo 05 de 1992
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, T-614 de mayo 12 de 1992
- Engels Friedrich, del origen de la familia, de la propiedad privada y el estado, editorial claridad, 2006
- Follari, Roberto A. 2002 Teorías Débiles: para una crítica de la deconstrucción y de los estudios *culturales*; Rosario Santa Fe; Homo Sapiens
- Hobbes, Thomas. Leviatán. La materia, forma y poder de un Estado Eclesiastico y Civil. Alianza Editorial. Madrid 1989.
- Martinez Coll, Juan Carlos. Manual Basico de Economia. La Economia de Mercado.Virtudes e inconvenientes. 1999.
- Marx, Karl. El Capital critica de la economia Politica. Siglo XXI Editores

- Robbins, L. C. 1932. An Essay on the Nature and Significance of Economic Science. London: Macmillan
- Rosseau, Jean Jacques. Del Contrato Social. Alianza Editorial, Madrid 1986
- Valencia, Restrepo Hernán. Nomoarquica, Prinsipialistica Jurídica o Filosofía y Ciencia de los Principios Generales del Derecho. Editorial Temis 2005

ARTÍCULO SIN EDITAR