

Aspectos filosóficos del derecho comercial colombiano en el siglo XXI

Phylosophical aspects of commercial Colombian laws in the XXI century

*Maritza Osorio Gutiérrez**

Fecha de recepción: 4 de julio de 2017

Fecha de aceptación: 30 de enero de 2018

RESUMEN

El presente artículo de revisión bibliográfica estudia los fundamentos filosóficos del derecho comercial, los cuales permiten explicar la razón de su existencia y modo de operar, lo que ofrece al lector un acercamiento más profundo a esta rama del derecho.

Palabras clave: derecho comercial; fundamentos filosóficos; Aspectos; evolución.

ABSTRACT

This bibliographic review article studies the philosophical foundations of commercial law, which allow us to explain the reason for its existence and way of operating. Allowing the reader a deeper approach to commercial law.

Keywords: commercial laws; philosophical foundations; aspects; evolution.

* Abogada especialista en Derecho Comercial, egresada de la Universidad Libre de Colombia, seccional Barranquilla. Integrante vinculada con especialización al grupo Incom, categoría A ante Colciencias según Convocatoria 781 de 2017. Correo electrónico: mmog15@hotmail.com

INTRODUCCIÓN

Según Heráclito de Éfeso, “todo fluye, nada permanece” (citado por Hirschberg, 1997, p. 53), y lo mismo sucede con el derecho comercial, pues una de sus fuentes es la costumbre, que depende de la conducta comercial, que es variable.

Ahora bien, atendiendo a la explicación de la doctora Sandra Irina Villa Villa, “en realidad, el fortalecimiento de la actividad mercantil, evidenció los límites del Derecho Civil, de suerte que, resultó ser el empirismo —y no una medida legislativa— la respuesta a la ausencia normativa” (Villa, 2014, p. 19). La actividad mercantil se fortaleció por las relaciones interpersonales comerciales, originando la clase comerciante y la necesidad de regulación, pues lo involucrado en ellas era el patrimonio de las personas.

Lo afirmado en el párrafo anterior lleva a establecer el modo de operación de la filosofía en la actualidad. Al tenor de lo explicado por Virgilio Ruíz Rodríguez:

[...] a la ciencia clásica, le preocupaba [...] la causa eficiente, [...] el interés estaba puesto en explicarse el origen o causa de todo lo que existe [...].

Hoy en día, a la ciencia moderna, (a partir de Galileo) parece ser que no le preocupa tanto la causa eficiente, sino en más alto grado la causa final [...]. (Ruíz, 2009, p. 21)

El conocimiento filosófico indaga siempre sobre las causas de los fenómenos existentes, así, con *aspectos filosóficos del derecho comercial* se hace referencia a la causa de existencia y permanencia del derecho comercial.

Para lo cual se parte de la cotidianidad mercantil, pues esta entraña su función social, que permite el planteamiento de la base del derecho comercial, del modo en que la explica Marcel: “la misma sociedad se ha organizado de tal manera que funcionaliza al ser humano y lo reduce a su función de consumidor, productor, ciudadano, etc.” (citado por Kaufmann, 2013, p. 24).

Ahora bien, en lo que al derecho comercial se refiere, la funcionalización del ser humano implica que este, convertido en consumidor, productor, ciudadano, etcétera, realiza actos relevantes para el derecho comercial y que tienen impacto en lo que Marcel llama sus *funciones sociales cíclicas*, porque de estos roles se generan relaciones cuya necesidad de regulación hace que sean la base y fundamento explicativo de la normativa comercial.

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Es menester dilucidar la problemática acerca de los aspectos filosóficos del derecho comercial porque estos influyen directamente en la existencia de determinadas instituciones jurídicas, así como en su implementación, en el quehacer cotidiano del derecho comercial y del comercio.

2. HIPÓTESIS DEL TRABAJO

Se contempla la hipótesis según la cual los aspectos filosóficos del derecho comercial le dan sustento a su existencia y desarrollo, así como al establecimiento de sus instituciones, además de que le permiten la flexibilidad necesaria que legaliza e inserta fácilmente usos de forma dinámica en su cotidianidad.

Aunado a lo anterior, se sostiene que la conducta de la clase comerciante es el punto de partida del derecho comercial, y que las bases filosóficas del derecho comercial permiten explicar sus características particulares, pues son las que le dan vida.

3. ESTRATEGIA METODOLÓGICA

Del modo en que lo indica Meza, “Se concibe la investigación como un universo de procedimientos ordenados y prácticos utilizados para estudiar aspectos, hechos o fenómenos, por ello es indispensable que la metodología aplicada responda a la condición variable y evolutiva del objeto de la investigación” (Meza et ál., 2014, p. 11). Así las cosas, será la índole del tema abordado por medio del presente artículo de investigación la que determinará el tipo de metodología a usar, teniendo en cuenta su esencia.

Para este trabajo, se usarán diferentes métodos de investigación con el propósito común de llegar al conocimiento preciso. Se abordará el tema mediante investigaciones históricas, documentales, explicativas e inductivas, pues su material de estudio parte de lo hallado en textos que documentan la evolución del derecho mercantil.

Y es precisamente el análisis de las entrañas del derecho mercantil desde su surgimiento hasta llegar a la actualidad lo que permitirá comprender al lector la razón de ser del derecho comercial contemporáneo, con lo cual también podrá entender de mejor forma sus instituciones así como su desarrollo. La comprensión de los fundamentos filosóficos del derecho comercial se convierte

así en un instrumento que busca facilitar al estudiante el entendimiento de esta rama del derecho así como su aplicación en la vida práctica.

4. BREVE RESEÑA HISTÓRICA DEL DERECHO COMERCIAL

La necesidad de regular la actividad comercial fue lo que dio origen al derecho comercial. Pese a lo anterior, este no nació como una rama autónoma, sino que dependía del derecho civil, aunque, de manera oficial, se entiende su surgimiento en la Edad Media, del modo en que lo explican Madriñán de la Torre y Prada Márquez:

El derecho comercial surge como una rama diferenciada del derecho común al promediar la Edad Media. [...] En la época romana estuvo ausente por dos tipos de circunstancias, unas de índole meramente económica y otras relativas a la estructura jurídica:

a) Económicas. 1) Inicialmente, la actividad del ciudadano romano fue de tipo fundamentalmente agrícola. 2) La economía estuvo basada en la esclavitud [...].

b) De estructura jurídica. 1) Durante muchísimo tiempo, la actividad comercial fue desarrollada por personas que no tenían la calidad de ciudadanos romanos: los peregrinos. Correspondía al ius gentium la reglamentación de sus relaciones. 2) En la época en que el ciudadano de Roma se ocupó de aspectos mercantiles, se desarrollaba en el derecho romano el periodo específico de la cognitio extraordinem, caracterizado por las amplias facultades del pretor, quien en la aplicación del ius civile atemperaba sus formas rígidas con un amplio criterio de equidad y reconocimiento de la buena fe [...].

Esa adaptabilidad del derecho romano común, debida en parte al ius gentium, y, por otra, al derecho honorario o pretorio, hizo suficiente al sistema, sin necesidad de normas especializadas. (Madriñán y Prada, 2013, pp. 5-6)

Así las cosas, desde su comienzo, el derecho comercial demuestra sus formas particulares que lo hacen distinto a las demás ramas del derecho: “sencillez, adaptabilidad e injerencia de sus sujetos en su creación”, como lo evidencian Madriñán y Prada:

La solución provino de los propios comerciantes, quienes en sus continuas y crecientes relaciones fueron determinando prácticas uniformes que,

hechas públicas y reiteradas con el tiempo, generaron costumbres con poder suficiente para normar las relaciones mercantiles. Así surge desde un principio el derecho consuetudinario mercantil [...]. (Madriñán De la Torre y Prada Márquez, 2013, p. 7)

En sus inicios, el derecho comercial se estableció como rama del derecho y definió sus fuentes. En este momento, no existía ordenamiento codificado escrito regente de reconocida obligatoriedad para una comunidad que se debía someter a él, sino que existían conductas que en el sentir del comercio eran obligatorias.

El hecho antes señalado se explica porque, de manera primigenia en el derecho romano, la costumbre era fuente generadora del derecho, como indica Carlos Medellín:

A) La costumbre: [...] modos de vivir institucionalizados, pero no expresados conceptualmente, son el gran fundamento del ius civile primitivo [...]. La costumbre se distingue de un simple uso y requiere tres elementos: un comportamiento repetido, un carácter obligatorio y una antigüedad suficiente. Las costumbres romanas en la época de su pleno desarrollo buscaban regir todos los círculos de la vida social. Se encuentran [...] costumbres familiares [...], comerciales, etc. (Medellín, 2013, p. 24)

Así las cosas, en la Antigüedad y en la Edad Media se reconoció el valor legal de la costumbre mercantil, aspecto conservado en el derecho comercial al separarse del civil, regulando así los actos de comercio.

Después de la Edad Media, la actividad mercantil continuó en la Modernidad, época en la cual, según lo explica Jairo Medina Vergara:

Encontramos a partir de la Revolución Francesa el capitalismo liberal, que postula la no intervención del Estado en la economía, de manera que el mercado y la propiedad de los medios de producción se entregan totalmente al capital privado.

[...].

El Estado, por su esencia, es el llamado a elaborar la norma social y a encarnar el interés común; dirige y planifica en algunas oportunidades la iniciativa privada, por ello es también el Estado quien señala de manera definitiva las metas económicas y comerciales por lograr, así como los medios para conseguirlas. (Medina, 2013, pp. 11-12)

Entonces, ya en la Modernidad, se plantea la intervención estatal limitada al planteamiento de lineamientos generales que dominen las relaciones comerciales

y económicas, sin tocar las entrañas de la relación. Por ejemplo, el Estado definirá qué es un contrato y sus elementos, sin señalar de forma taxativa las minucias de los contratos, sino que serán las partes las encargadas de esas minucias.

5. DETERMINACIÓN DE LOS ASPECTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO COMERCIAL EN LA ACTUALIDAD JURÍDICA A PARTIR DE SUS CARACTERÍSTICAS

Los aspectos filosóficos del derecho comercial entrañan su alma, van a lo más profundo de él. Por eso, se precisa estudiar algunas de las características del derecho comercial, a partir de las cuales dichos aspectos se pueden determinar de manera más sencilla para el lector.

5.1. Características jurídicas del derecho comercial: se origina en la costumbre y es internacional

Aspecto filosófico que entraña: la circunstancia / la realidad es relacional / el derecho comercial proviene de la realidad / empirismo.

En la realidad social conductual del comercio nace, evoluciona y se sustenta el derecho comercial. Según lo explica Gioconda Secchi Rossini, citando a Ortega y Gasset en su tesis “La vida humana en el pensamiento de Ortega y Gasset. El hombre como novelista de sí mismo”: “Desde que nacemos nos encontramos con los usos. Estos constituyen lo que entendemos por ‘costumbre’ [...]. La costumbre es un tipo de comportamiento acostumbrado, habitualizado [...] es una conducta que realizamos con frecuencia y que se torna mecánica, automática” (Secchi, 2007, p. 24).

Ahora bien, el derecho comercial es social, por ello el comerciante desarrolla conductas repetitivas pero espontáneas, que se tornan obligatorias en las relaciones comerciales. De ahí la dependencia histórica del derecho comercial de la costumbre mercantil. Esto entraña un aspecto filosófico, pues la realidad tiene estructura dialéctica, esto significa que:

- La realidad es relacional, puesto que cada cosa es lo que es, por su relación con la totalidad.
- Los hechos son un precipitado o el resultado de un juego de relaciones, algunas conocidas y otras no.

- La realidad es procesal, pues no es fija ni está determinada para siempre. El proceso general y los procesos particulares están regidos por la contradicción, entendida esta como oposición de contrarios.

De esto podemos concluir que cada cosa asume la realidad total. Por eso decía Hegel que “lo verdadero es el todo” (Chávez, 2008, p. 194).

El planteamiento antes citado implica que el derecho comercial, al nacer de la realidad, es dialéctico, tal como lo explica la Cámara de Comercio de Bogotá (CCB):

Desde los albores del derecho comercial, la costumbre mercantil ha cumplido una función de innegable importancia en su formación y hoy sobrevive como orientadora del actuar de los comerciantes. Ella es casi imperceptible, porque hace parte de la cotidianidad [...]. Está presente en los contratos bancarios, en los negocios inmobiliarios [...] y, por lo general, en todos los asuntos del comercio. (CCB, 2011, p. 2)

Ahora bien, esa cotidianidad mercantil producto de la capacidad relacional del ser humano es espontánea y perceptible, originando la costumbre mercantil, con efectos orientadores. Este fenómeno se presenta incluso más allá de las fronteras nacionales, por eso es necesaria la regulación internacional del derecho mercantil desde sus diversas instituciones, como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o Uncitral).

Desde su constitución, la CNUDMI ha llegado a ser reconocida como el órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional [...] de composición universal, [se ha] dedicado a la reforma de la legislación mercantil a nivel mundial durante más de 50 años. La función de la CNUDMI consiste en modernizar y armonizar las reglas del comercio internacional. (CNUDMI, s.f.)

Esta modernización y armonización internacional se hace con el fin de lograr que los sujetos involucrados en la actividad comercial internacional tengan uniformidad normativa, algo que, en mucho, se debe a la costumbre.

Como explica Harold García en su tesis de grado “La costumbre mercantil en Colombia como fuente del derecho: un estudio sobre su teoría, práctica y uso a través de la jurisprudencia y la doctrina”: “En todo caso la costumbre no ha perdido aún su importancia, recordando en primera medida que las leyes primero fueron costumbres, que con el paso del tiempo pasaron a ser transcritas en legal forma [...]” (García, 2017, p. 22).

Lo anterior por cuanto la costumbre jurídica hace parte de la realidad del comerciante y afecta la regulación estatal y la internacional por el impacto de las relaciones comerciales, aspecto que permanece en la historia y permite originar nuevas regulaciones del derecho comercial que nacen de la realidad social, económica y relacional.

De la característica importancia de la costumbre para el derecho comercial también puede traerse a colación lo señalado por el filósofo José Ortega y Gasset, para quien la circunstancia “designaba [...] el entorno en que se desarrolla cada vivir humano [...]. El mundo del hombre es circunstancial, y dentro de la circunstancia ha de decidirse el hombre” (Chávez, 2008, p. 255). Aplicando esto al derecho comercial, la costumbre mercantil se desarrolla en un entorno, que es seguido por el comerciante, y que condiciona su actuar, afianzándola y posibilitando su capacidad de tener fuerza de ley.

Por otro lado, la misma circunstancia a que apunta Ortega y Gasset se traduce en la integración, pues como indica Ricardo Durán Vinazco: “[...] el desarrollo de los pueblos no se logra sin una base de integración económica, social y política de los Estados, partiendo del principio de la libertad” (Durán, 2005). Así las cosas, la realidad y la costumbre se desarrollan espontánea y libremente, amparadas por los Estados y demás sujetos internacionales que dan libertad a los comerciantes para que realicen sus operaciones y prácticas mercantiles, nutriendo así al derecho comercial.

5.2. Características jurídicas del derecho comercial: el derecho comercial tiene unos principios teóricos de los cuales emana

Aspecto filosófico que entraña: Paradigma.

Según explica Pedro Chávez Calderón, el paradigma “es el marco teórico de esa ciencia, ya que está constituido por los supuestos básicos, los principios teóricos y las leyes del campo de la ciencia gobernada por el paradigma” (Chávez, 2008, p. 326), es decir, que en el derecho comercial existen varios paradigmas que son sus principios teóricos, a saber:

1. Importancia de la costumbre como fuente formal del derecho comercial.
2. El concepto de comerciante.
3. El concepto de acto y operación mercantil (ver Código de Comercio).

4. Asociaciones y agremiaciones de comerciantes.
5. Internacionalización del derecho comercial.
6. El espíritu de la norma.
7. La uniformidad normativa.

Desde su génesis, el derecho comercial ha procurado la uniformidad, siendo esta uno de sus principios, del modo en que lo indica José Luis Jerez Riesco:

Las transacciones comerciales internacionales tienen lugar interactuando, en el desarrollo de las operaciones mercantiles, un complejo de idiosincrasias culturales, de modos y usos arraigados de difícil compatibilidad. Se impone, en aras de la eficacia y del sentido pragmático, la puesta en común de una serie de términos y abreviaturas donde la convergencia interpretativa sea posible. (Jerez, 2011, p. 63)

La anterior afirmación deja ver que para el derecho comercial es sumamente importante la uniformidad normativa, para lo cual debe ser entonces reflexivo y flexible, abierto al cambio. La reflexión que se realice en derecho comercial debe conllevar el estudio del espíritu de la norma, tal y como explica el doctor Jorge Oviedo Albán:

Resulta pertinente en este punto citar las palabras de Ducci Claro, quien al analizar el criterio histórico de interpretación legal, considera que lo que se debe buscar es “la intención o el espíritu objetivo de la ley y no la intención subjetiva del legislador”. (Oviedo, 2013, 91)

Así las cosas, es precisamente esa intención de la ley la que hace parte del paradigma conceptual del derecho comercial. El paradigma del derecho comercial se observa en su marco teórico, compuesto por la Constitución, la ley, la costumbre, la jurisprudencia, los principios generales del derecho, la doctrina y la flexibilidad normativa.

Lo anteriormente planteado respecto de la influencia del marco teórico de la ciencia del derecho comercial, que es su paradigma y que se convierte en el eje central sobre el cual este se estructura, halla respaldo en lo explicado por Luis Fernando Marín Ardila, citando a Morin, así:

Para Morin la naturaleza de un paradigma puede ser definida como la de promoción/selección de categorías rectoras o conceptos fundamentales de inteligibilidad, y la determinación de operaciones lógicas rectoras. Lo cual

significa que el paradigma es inconsciente, irriga al pensamiento consciente, lo controla y, en ese sentido, es también supraconsciente. (Marín, 2007, p. 220)

De tal modo que del análisis de las categorías rectoras y conceptos fundamentales del derecho comercial se establece cuáles son sus operaciones lógicas rectoras, y esto a su vez permite establecer el paradigma que determina su ejercicio consciente.

Entonces, la conducta de los comerciantes es el eje rector del derecho comercial, y ella es un paradigma del derecho comercial. Esto enseña otro paradigma, a saber: que el derecho comercial es derecho de clase porque se refiere al gremio específico de los comerciantes.

Así, todo lo que en derecho comercial ocurra se rige precisamente por esas relaciones comerciales: la búsqueda de la protección de las partes involucradas en la relación, el progreso económico, la génesis que el derecho comercial tiene en el preámbulo constitucional cuando se asegura que el objetivo es asegurar a sus integrantes la vida, honra y bienes, que es entonces el paradigma base de esta rama del derecho.

5.3. Característica del derecho comercial: el derecho comercial es ciencia

Aspecto filosófico que entraña: Racionalismo filosófico.

En su artículo titulado “El derecho como ciencia”, Silvana Mabel García indica:

La condición científica del derecho, no tiene aún consenso unánime y el debate entre los pensadores del derecho permanece vigente y con fuerza. Las dificultades en este tema se presentan desde el momento mismo en que se intenta explicitar el concepto y contenido de la “ciencia del derecho” pues la propia definición del objeto de la ciencia resulta controvertida. (García, 2011, p. 13)

No obstante lo anterior, la condición científica del derecho es posible teniendo en cuenta que es una ciencia social cuyo objeto de estudio es la regulación de la conducta humana. Luego, el derecho es ciencia por la existencia de la conducta humana que trasciende, permitiendo la creación del ordenamiento jurídico, de modo que genera nuevo conocimiento, y al nuevo conocimiento le añade la

directriz interpretativa, que es la que parte del espíritu normativo para futuras aplicaciones.

Ahora bien, del modo en que indica Miguel Rujana Quintero, citando a Marcuse: “La doctrina de que todo conocimiento humano, por su propio sentido, está referido a la praxis, fue uno de los elementos fundamentales de la filosofía antigua. Aristóteles pensaba que las verdades conocidas debían conducir a la praxis tanto en la experiencia cotidiana, como en las artes y las ciencias” (Rujana, 1998, p. 193).

Es decir, que el derecho comercial se basa en la praxis de los comerciantes, señala la conducta y la racionaliza, y la regula. Ahora bien, esa racionalidad del derecho comercial le da el carácter de ciencia, pues reúne las características de ser tal al tenor de lo explicado por Mario Bunge en cuanto al “inventario de las principales características de la ciencia fáctica”:

- 1) *El conocimiento científico es fáctico.*
- 2) *El conocimiento científico trasciende los hechos.*
- 3) *La ciencia es analítica.*
- 4) *La investigación científica es especializada.*
- 5) *El conocimiento científico es claro y preciso.*
- 6) *El conocimiento científico es comunicable.*
- 7) *El conocimiento científico es verificable.*
- 8) *La investigación científica es metódica.*
- 9) *El conocimiento científico es sistemático.*
- 10) *El conocimiento científico es general.*
- 11) *El conocimiento científico es legal.*
- 12) *La ciencia es explicativa.*
- 13) *El conocimiento científico es predictivo.*

14) *La ciencia es abierta.*

15) *La ciencia es útil. (Bunge, 1959, pp. 11-23)*

Se procederá a desglosar estas características, partiendo de la base de que el derecho comercial entraña el racionalismo como método, del modo en que se explica desde el punto de vista racionalista de Descartes, quien: “[...] rebate a aquellos filósofos que se imaginan que va a salir la verdad de sus propios cerebros, sin contar con la experiencia [...]” (Hirschberg, 1997, p. 30).

1) *El conocimiento científico del derecho comercial es fáctico:* depende de los hechos observados y ejecutados por la clase comerciante, que ha creado la necesidad de regulación. Claro ejemplo de esto es lo ocurrido en Colombia cuando nació la regulación sobre marcas, como lo explica la doctora Clara Carolina Cardozo Roa, en su tesis “La jurisprudencia mercantil de la Corte Suprema de Justicia entre 1887 y 1916”:

En 1900 el Gobierno nacional notó que cada vez eran más frecuentes las solicitudes de marcas pero no había un marco normativo que las regulara, por lo que expidió el decreto 217. El Gobierno justificó la expedición de esta norma con base en las siguientes consideraciones: 1.º Que son muy frecuentes las solicitudes que se elevan al Gobierno, referentes a la obtención del registro de las marcas de fábrica y de comercio. 2.º Que las leyes colombianas no señalan el procedimiento que debe seguirse para solicitar y hacer efectivo tal registro [...]; y 3.º Que mientras el Congreso legisla sobre la materia se hace preciso, a lo menos, reglamentar el procedimiento que haya de observarse para hacer la solicitud y despacharla [...]. (Cardozo, 2015, p. 22)

Resalta lo anterior que el derecho marcario nació debido a las frecuentes solicitudes que en su momento los comerciantes elevaban al Gobierno, es decir, lo fáctico eran las solicitudes presentadas en derecho marcario, y esto devino en la necesidad de crear norma reguladora de este asunto.

2) *El conocimiento científico del derecho comercial trasciende los hechos:* aspecto filosófico que entraña: realismo y mutabilidad.

Según explica Bunge, el conocimiento científico: “descarta los hechos, produce nuevos hechos y los explica. [...] Más aún, los científicos usualmente no aceptan nuevos hechos a menos que puedan certificar de alguna manera su autenticidad” (1959, pp. 11-12). Es decir, que constantemente hay producción y explicación de nuevos hechos.

La mutabilidad del derecho comercial se explica por los avances tecnológicos y por las conductas comerciales de los comerciantes que impactan en su regulación, por ejemplo, el comercio electrónico, que dio lugar a su regulación tanto a nivel nacional como internacional. Prueba de ello es la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996), que indica en su finalidad: “La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico tiene por objeto posibilitar y facilitar el comercio por medios electrónicos ofreciendo a los legisladores un conjunto de reglas internacionalmente aceptables encaminadas a suprimir los obstáculos jurídicos y a dar una mayor previsibilidad al comercio electrónico” (CNUDMI, 1996, párr. 1).

Así, trascienden los hechos del derecho comercial, pues la producción del nuevo hecho de comercio electrónico generó otro nuevo, su necesaria regulación.

Ahora bien, algo resulta importante destacar. Mario Bunge indica de manera textual: “descarta los hechos, produce nuevos hechos y los explica. [...]”. Es decir, que para producir nuevos hechos no es necesario descartar hechos, como ocurre en este caso, en que los hechos coexisten, pues a partir de un hecho previo se produce otro nuevo hecho. Así, aún existe el comercio tradicional presencial entre comerciante y consumidor, y coexiste con el comercio electrónico; entonces no se ha descartado el comercio físico y coexisten con él el nuevo hecho del comercio electrónico, su explicación y su regulación.

La anterior afirmación halla ejemplificación en la Ley 527 de 1999 de Colombia, “por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones”. Se observa en la exposición de motivos, de manera clara, que es adoptada por las obligaciones contraídas por el Estado colombiano en virtud de convenios y tratados internacionales.

Respecto a los antecedentes de esta iniciativa, vemos que fruto del acercamiento con los organismos internacionales interesados en el tema y de la investigación realizada por la Comisión Redactora del Proyecto, en donde tuvieron asiento representantes de organismos públicos y privados, se pudo concluir que las leyes modelos en el ámbito internacional son el instrumento adecuado para su incorporación al derecho interno.

Dentro de este grupo ya mencionado se encuentra la Ley Modelo de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional) sobre Comercio Electrónico, la cual sirvió de base para el presente proyecto. (Ley 527 de 1999)

Esta ley es ejemplo de la trascendencia de los hechos, porque primero se hicieron comercio electrónico y transacciones electrónicas (producción de un nuevo hecho), la CNUDMI los reguló en 1996 (producción de un nuevo hecho) y Colombia adoptó la normativa en el año de 1999 (producción de nuevo hecho). La explicación del nuevo hecho es dada en la propia ley, pues lo atribuye a la adopción de regulaciones en países de legislación avanzada y a la necesidad creada por la existencia del comercio electrónico.

Como explica el doctor Vicente Durán Casas en su artículo “Verdad y Justicia, dos conceptos con capítulo propio en la filosofía”: “Si Platón es considerado el padre del idealismo, Aristóteles debe serlo del realismo. Para él, la verdad no procede de las ideas, está en las cosas y en los hechos, y nosotros de algún modo lo que hacemos es extraerla y formularla en juicios organizados, que llamamos ciencias” (Durán, 2 de julio de 2015, p. 1).

Luego, la trascendencia de los hechos de la ciencia del derecho comercial influye en su creación normativa. Por lo anterior, el derecho comercial es realista, pues su verdad procede de la realidad de los actos del comerciante en sus relaciones comerciales, de los cuales el derecho extrae sus ideas y las formula en juicios organizados, generando la regulación.

3) *El conocimiento científico del derecho comercial es analítico*: según lo explica Mario Bunge: “La investigación científica aborda problemas circunscriptos, uno a uno, y trata de descomponerlo todo en elementos [...]” (1959, p. 12). Entonces, la problemática es el derecho comercial, que se descompone en conductas y sus regulaciones legales, y en el que la conducta influye en la confección de su regulación.

Ahora bien, como indica Descartes en su *Discurso del método*, refiriéndose a la aplicación del método analítico de búsqueda del conocimiento:

El método analítico toma por punto de partida el conocimiento buscado y retrocede, suponiendo órdenes de dependencia en los que ese conocimiento está incluido, hasta lograr la conexión con cadenas deductivas que son ya conocidas y evidentes. [...]. Este procedimiento es posible solo gracias al precepto del orden; pues este orden se observa a veces mejor al retroceder buscando conexiones de dependencia en sentido inverso al del orden deductivo, hasta lograr la conexión salvadora con verdades ya conocidas. (Descartes, 2009, p. 39)

Lo anterior implica que en ese conocimiento del derecho comercial deberá partirse, como efectivamente se hace, de sus principios, y debe realizarse la

estructuración del conocimiento en orden, para lograr su completa comprensión en el momento en que se vaya a reflexionar sobre él.

Por otro lado, el doctor Josep Lluís Blasco explica en su artículo “Método analítico y trascendental”:

Kant le llama “conocimiento trascendental” y la expresión, tomada con cautela, me parece razonable. Son [sic] fruto de una reflexión de la razón sobre su propia actividad y en esa reflexión la razón ha de establecer sus propias reglas de juego (sus propios límites) y someterse a ellos.

[...].

Parafraseando libremente a Kant podría afirmarse que tiene la razón el singular destino de tener que decidir sus propios ideales y fijar las normas que le permitan alcanzarlos. (Blasco, 1996, p. 54)

El conocimiento del derecho comercial debe presentarse en orden y debe ser producto de la reflexión de la razón sobre la propia actividad del derecho comercial, para así poder cimentar sus fundamentos y los principios de sus normas, de modo que la producción del conocimiento en el derecho comercial sea permanente y continua, a la par de sus normas que regulan la actividad mercantil en sociedad.

4) *La investigación científica en derecho comercial es especializada:* al tenor de lo explicado por Mario Bunge: “[...] no obstante la unidad del método científico, su aplicación depende, en gran medida, del asunto; esto explica la multiplicidad de técnicas y la relativa independencia de los diversos sectores de la ciencia. [...] La especialización no ha impedido la formación de campos interdisciplinarios [...]” (1959, p. 13).

Lo anterior implica, en primer lugar, que si bien hay unidad del método científico, su aplicación a la ciencia del derecho será especializada, y dentro de la ciencia del derecho deberá especializarse aún más, de acuerdo con la rama del derecho en que se vaya a emplear. Sin embargo, no puede perderse de vista que:

La función metódica que el pensar científico pretende realizar, se centra en una triple misión: la investigación del derecho, la sistematización de los conocimientos así adquiridos, y la exposición orgánica y armoniosa de los mismos. En otros términos, la función de conocimiento e interpretación del derecho, por un lado, y la de la aplicación del mismo derecho. (Valenzuela, 2009, p. 3)

Así las cosas, para el caso del derecho comercial, se investiga, se sistematiza mediante los resultados de grupos de investigación (artículos, ponencias, entre

otros) y documentos de Cámara de Comercio, con lo cual a su vez se exponen de manera orgánica y armoniosa los conocimientos, con lo que se interpreta el derecho, pero también se aplica a través de las herramientas creadas.

5) *El conocimiento científico en derecho comercial es claro y preciso*: acorde con lo explica Mario Bunge, el conocimiento científico: “[...] procura la precisión; nunca está enteramente libre de vaguedades, pero se las ingenia para mejorar la exactitud; nunca está del todo libre de error, pero posee una técnica única para encontrar errores y para sacar provecho de estos” (1959, pp. 13-14). Aludiendo a esta característica de la ciencia, se observa que funciona en doble vía: por un lado, están la claridad y la precisión propias del derecho comercial y, por otro, la claridad y la precisión propias del investigador. Así las cosas, en cuanto a la claridad y la precisión propias del derecho comercial, se tiene el ejemplo de la traducción comercial, la cual, según Roberto Mayoral Asensio:

[...] Se hace con distintas finalidades: (1) para que surta efecto legal (jurada) o (2) sin efecto legal (no jurada), con carácter meramente informativo. Se hace tanto directa como inversa.

[...].

El trabajo del traductor para un cliente empresario no se reduce habitualmente a un solo acto de traducción o comunicación sino que se desarrolla por un plazo indeterminado mientras duran las diferentes fases de una operación mercantil (propuesta, negociación, contratación, reclamaciones, seguimiento) [...]. (Mayoral, 2017, p. 70)

Así las cosas, en cuanto al derecho comercial, la claridad y la precisión son sumamente importantes, pues de ellas dependerá la ejecución y pacto de operaciones mercantiles. Por lo tanto, se necesita que todo en la operación mercantil sea absolutamente diáfano y transparente para que esta pueda ejecutarse sin adolecer de vicio alguno que impida su nacimiento a la vida jurídica o implique su posterior nulidad.

Ahora bien, en cuanto al aspecto científico del derecho, se tiene que, desde la misma confección de la normatividad comercial, esta debe ser clara y precisa para lograr su adecuada aplicación. Así mismo, en cuanto al investigador en derecho comercial, también debe trazar rutas claras por donde deberá conducirse la investigación que ejecutará, determinando las metas a que quiere llegar para poder tener estándares de medición.

6) *El conocimiento científico en derecho comercial es comunicable*: según explica Mario Bunge:

La comunicabilidad es posible gracias a la precisión; y es a su vez una condición necesaria para la verificación de los datos empíricos y de las hipótesis científicas. [...] deben ser comunicables en principio para que puedan ser considerados científicos. La comunicación de los resultados y de las técnicas de la ciencia no solo perfecciona la educación general sino que multiplica las posibilidades de su confirmación o refutación. (1959, p. 15)

En este orden de ideas, el derecho comercial también se comunica al público cuando el poder legislativo del país informa sobre la existencia de leyes comerciales que son obligatorias. En sus sentencias, las altas cortes indican al país el modo de interpretar las leyes comerciales y las cámaras de comercio de los diferentes lugares también comunican el conocimiento. Por ejemplo, cuando se declaran costumbres mercantiles a nivel de la ciudad en determinado sector del comercio, las cámaras de comercio las reconocen y publican en sus boletines públicos.

Por esto las cámaras de Comercio buscan el conocimiento de la conducta comercial generadora de derecho comercial, impulsando la investigación, pues, como explica en su tesis doctoral Trinidad Cristina Guerrero Jiménez:

El investigador comunica, no solo lo que le ha sido enseñado, sino su esfuerzo por mejorar la comprensión de aquello que le ha sido transmitido y por lo tanto retribuye a la sociedad la oportunidad que ha recibido al ejercitar su racionalidad [...]. Así, la generación de conocimiento científico es valiosa por la capacidad que tiene de desarrollar a la razón y no solo por su utilidad práctica al generar desarrollos técnicos que hacen más comfortable la vida del ser humano. (Guerrero, 2011, pp. 1-2)

Esta característica es fundamental, pues mejora la comprensión de las leyes del derecho comercial, permitiendo a la sociedad su racionalización y comprensión para acatarlas, y al comerciante y a los consumidores les permite también utilizar los desarrollos técnicos que hacen más confortables sus relaciones económicas.

La utilidad de esta característica se traduce en que es un medio de equilibrio en las relaciones entre comerciantes y entre comerciantes y consumidores, quienes pueden acudir a cámaras de comercio y también a órganos internacionales que poseen conocimiento en derecho comercial, como es el caso de la CNUDMI, en cuya página web se encuentra toda la información sobre los aspectos que no se comprendan.

7) *El conocimiento científico en derecho comercial es verificable*: según explica Mario Bunge, el conocimiento científico “debe aprobar el examen de la expe-

riencia [...], la comprobación de sus hipótesis involucra la experiencia [...]" (1959, p. 15). En el caso del derecho comercial, ocurre que, debido a que gran parte de él se genera a partir de la experiencia, es totalmente posible la comprobación de sus hipótesis a partir de la observación de la conducta de los comerciantes y demás personas que gracias a él se relacionan. Ahora bien, como lo explica el doctor Augusto V. Ramírez:

La principal diferencia entre conocimiento científico y filosófico es el carácter verificable de la ciencia, para lo que ella misma configura numerosas ramas especializadas. Otra es el hecho que [sic] en ciencia cualquier 'verdad' es susceptible de cambiar con cada nueva investigación. Lorenz resume esta característica del conocimiento científico así: "la verdad en ciencia, puede definirse como la hipótesis de trabajo que más le sirve para abrir el camino a una nueva hipótesis". (Ramírez, 2009, p. 219)

La anterior afirmación, entonces, permite establecer una dualidad que entraña esta característica científica del derecho comercial, pues, por un lado, es verificable, pero, por el otro, las verdades comprobadas pueden cambiar con cada nueva investigación. En el caso del derecho comercial, pueden cambiar con cada nuevo acontecimiento que tenga lugar en su materia de regulación, pues se trata de un derecho que se nutre directamente de lo que ocurra en la clase social comerciante, y, así las cosas, dependerá entonces de la conducta de esta clase para establecer su variación.

8) *El conocimiento científico en derecho comercial es metódico*: del modo explicado por Mario Bunge, "[...] la investigación procede conforme a reglas y técnicas que han resultado eficaces en el pasado pero que son perfeccionadas continuamente, no solo a la luz de nuevas experiencias, sino también de resultados del examen matemático y filosófico" (1959, p. 16). Así las cosas, en el derecho comercial ocurre lo mismo, porque plantea su investigación acorde a reglas y técnicas eficaces, perfeccionadas continuamente. No obstante, al ser una ciencia social, y como lo explica el doctor Joaquín Prats, sigue "la estrategia general de la ciencia para conseguir conocimiento (el método científico) aunque naturalmente deben aplicar metodologías específicas según cada caso" (Prats, 2012, p. 10).

Como en toda investigación, para poder obtener el conocimiento del derecho comercial es necesario realizar su obtención de manera metódica, sin embargo, debido a que es una ciencia social, no existe un método específico por medio del cual deba investigarse, lo que no quiere decir que no se apele a un método, sino que no existe un método obligatorio y único para poder realizar investigación en este contexto.

Es decir, que para estudiar el derecho comercial se recurrirá a sus diversas fuentes (ley, jurisprudencia, costumbre mercantil, entre otras) y se podrá acudir entonces a los métodos empíricos, como la observación, la medición, el experimento, el método dialéctico, el histórico y el sistémico, por medio de instrumentos tales como encuestas, entrevistas y cuestionarios. Esta situación plantea entonces una multiplicidad metódica y una multiplicidad instrumental, que, llegado el momento, facilitarán el estudio del derecho comercial tanto al investigador como al legislador, e incluso a las personas del común.

9) *El conocimiento científico del derecho comercial es sistemático*: según señala Mario Bunge, esta característica implica que “una ciencia no es un agregado de informaciones inconexas, sino un sistema de ideas conectadas lógicamente entre sí. [...] El fundamento de una teoría dada no es un conjunto de hechos sino, más bien, un conjunto de principios o hipótesis peculiares, y que procura adecuarse a una clase de hechos, es una teoría” (1959, p. 17).

Apelando a lo anterior, se tiene que la ciencia del derecho comercial presenta una doble vía: por un lado, las ideas propias del derecho comercial puro, como por ejemplo los conceptos de comerciante, establecimiento de comercio, entre otros, y, por otro lado, las ideas del derecho comercial conectadas con otras ramas del derecho con las que tiene relación y de las cuales se nutre para funcionar y existir. Por ejemplo, del derecho civil extracta su concepción de bienes, y este concepto a su vez es utilizado en derecho comercial para formular el concepto de establecimientos de comercio, del modo en que lo explica María Cristina Castro Hevas en su tesis para la obtención del título de abogada de los Tribunales de la República:

Este derecho se limitaba a ser un derecho privado de los negocios comerciales con la finalidad de que dieran lugar a prestaciones equitativas entre las partes. Hoy este núcleo histórico sigue siendo importante, pero abarca un concepto mucho más amplio que es el derecho económico, cuya finalidad es regular todo el funcionamiento del mercado, incluyendo las empresas oferentes y los consumidores demandantes y en el que se engloban no solo aspectos de derecho privado sino también de derecho público.

El factor que apunta a la evolución del derecho mercantil internacional es la globalización, la misma que se desarrolla con una creciente economía, desarrollo de nuevas tecnologías y modernos sistemas de comunicación con lo que nos da de resultado un mercado global de bienes, productos y más lentamente servicios. (Castro, 2015, p. 9)

Aludiendo a la tesis citada, se tiene entonces que el derecho comercial ha evolucionado, y que con él se encuentran conexas las ideas del derecho económico, en cuanto a la regulación del mercado y las relaciones entre los sujetos que se hallan en este, pero también las del derecho civil, de tal modo que el derecho comercial tiene ideas propias, como se explicaba anteriormente, pero también se relaciona con ideas de otras ramas jurídicas para nutrirse. Ahora bien, vale la pena indicar que los brazos conectores del derecho comercial no se limitan de manera exclusiva al aspecto jurídico, sino que además alcanzan otros campos del conocimiento, por ejemplo, la economía, que, del modo explicado por la doctora Castro, se conecta con el derecho mercantil mediante la globalización, pues se halla en constante crecimiento y necesita regulación.

10) *El conocimiento científico del derecho comercial es general*: siguiendo a Mario Bunge, el conocimiento científico “ubica los hechos singulares en pautas generales, los enunciados particulares en esquemas amplios. [...] El científico intenta exponer los universales que se esconden en el seno de los propios singulares” (1959, p. 18). En lo que al derecho comercial se refiere, esta característica de generalidad de su conocimiento implica una dinámica de razonamiento inductivo, toda vez que obtiene conocimientos generales a partir de premisas particulares, que en este caso son las conductas de los comerciantes.

Del modo explicado por Mateo Jaramillo Vernaza:

En el derecho mercantil contemporáneo las fuentes principales serán casi siempre tres: 1) el desarrollo de las costumbres mediante las cuales se instrumentalizan las actividades mercantiles; 2) la autonomía de la voluntad privada expresada en las formas contractuales más utilizadas en el ámbito comercial, y 3) la asimilación por parte de organizaciones internacionales de comerciantes y de sus tribunales de arbitramento, de reglas y principios aceptados por sus miembros. (Jaramillo, 2011, p. 158)

Ahora bien, las premisas particulares vendrían a ser la costumbre, la autonomía de la voluntad privada expresada en las formas contractuales y las reglas de los tribunales de arbitramento, de las cuales se desprende entonces la generalidad de ser una vía para resolver las diferentes controversias que se presenten en el seno de la clase de los comerciantes.

Debido a lo anterior, la generalidad vendrá a cubrir la particularidad y a establecer a la vez una guía para que funcione el derecho comercial, de manera tal que cubra las necesidades de la clase comerciante y de aquellos que con esta se relacionan en sus operaciones y actos de comercio.

Así las cosas, la característica de generalidad del conocimiento en derecho comercial conlleva establecer que su razonamiento es entonces de índole filosófica intelectualista, pues:

Además de las representaciones intuitivas sensibles [...] [están] los conceptos. Estos, en cuanto contenidos de conciencia no intuitivos, son esencialmente distintos de aquellas, pero están en una relación genética con ellas, supuesto que se obtiene de los contenidos de la experiencia. De este modo, la experiencia y el pensamiento forman juntamente la base del conocimiento humano. (Hessen, 1993, pp. 61-62)

Es decir, que el derecho comercial permite la extracción de la experiencia para formar conceptos, pues, para él, la experiencia del comerciante y el pensamiento del legislador y del investigador mediante la labor de las cámaras de comercio forman la base de su conocimiento, y por tanto la característica de generalidad del conocimiento en derecho comercial demuestra su intelectualismo filosófico.

11) *El conocimiento científico del derecho comercial es legal*: Mario Bunge explica que el conocimiento científico “busca leyes (de la naturaleza y de la cultura) y las aplica. El conocimiento científico inserta los hechos singulares en pautas generales llamadas ‘leyes naturales’ o ‘leyes sociales’” (1959, p. 18). Así, el conocimiento del derecho comercial necesariamente llega a la raíz de las cosas, pues busca regular la conducta del comerciante conociéndola a fondo, para después insertar esa conducta en pautas generales que la regulan. Por ejemplo, cuando el derecho comercial reguló uno de los títulos valores utilizados por el comerciante en sus negocios jurídicos, como fue el caso de la factura, mediante Ley 1231 de 17 de julio de 2008, en la exposición de motivos se indicó lo siguiente:

En efecto, el auge de situaciones nuevas y de necesidades del comercio, han [sic] provocado el surgimiento de novedosas formas de contratación y de relacionamiento entre los distintos actores del mercado, ante las cuales no puede quedarse atrás la normatividad. Es clara, entonces, la necesidad de un proyecto como este que busca ajustar la normatividad colombiana a la evolución cada vez más rápida en el mundo de los negocios, por lo menos en el tema de las facturas comerciales.

Adicionalmente, se pretende con el proyecto:

— *Garantizar la negociabilidad de las facturas de manera segura y eficaz.*

— *Disminuir la informalidad en el comercio.*

— Por tanto, disminuir la evasión fiscal.

— Brindarle seguridad a formas de contratación que están posicionándose de manera gradual en nuestro país, como es el factoring o compra de cartera.

— Con ello se le ofrece a los pequeños y medianos empresarios un mecanismo de financiación ágil y expedito, distinto a las formas tradicionales de financiación y crédito que manejan las instituciones financieras. (Congreso de la República de Colombia, 2008)

De lo citado atrás se colige entonces que efectivamente existían unos hechos singulares, como fueron el auge de situaciones nuevas y necesidades del comercio, entre otros factores mencionados en el citado aparte de la exposición de motivos del proyecto de ley que dio lugar al nacimiento de la actual Ley 1231 de 17 de Julio de 2008, por medio de la cual se reguló el título valor de la factura en Colombia, que sería entonces la generalidad que permitiría la regulación de esos hechos singulares.

Este actuar responde así a lo indicado por Sebastián Contreras:

En este sentido, además de ser necesaria por la generalidad e indeterminación de los preceptos naturales, la determinación existe porque hay materias que no están mandadas por la ley natural, sino que dependen de la prudencia del legislador (y de la conveniencia o inconveniencia de su regulación en razón del bien común particular) [...]; las normas positivas, para ser obligatorias, deben incorporar en sus disposiciones la justicia de la ley natural, porque son los principios naturales los que legitiman e imprimen racionalidad a las determinaciones del legislador. (Contreras, 2013, p. 44)

Ahora bien, de lo señalado por el articulista Contreras, se tiene entonces que el enunciado de Mario Bunge debe admitir una ligera reforma, pues no solo se trata de buscar leyes y aplicarlas o de insertar hechos singulares en pautas generales llamadas leyes naturales o leyes sociales, sino que además debe admitir este enunciado la posibilidad de creación de esas leyes, pues, como indica Contreras, “hay materias que no están mandadas por la ley natural, sino que dependen de la prudencia del legislador”.

12) *El conocimiento científico del derecho comercial es explicativo*: según Mario Bunge, el conocimiento científico “intenta explicar los hechos en términos de leyes y las leyes en términos de principios” (1959, p. 19). Esta característica guarda relación con la anterior en cuanto al medio de explicación de los hechos, el cual se realiza en términos de leyes, pero que va más allá por cuanto indaga y busca explicar las leyes en términos de principios.

Para el caso del derecho comercial, este toma de los hechos y estudia sus consecuencias jurídicas para así desarrollarse. Si bien no existe en la codificación escrita un decálogo de principios señalados taxativamente por el legislador, estos se infieren de la estructura de su regulación. Se hace necesario además comprender que debido a su relación con el derecho civil, ciertos principios del derecho comercial son compartidos con aquel.

A continuación, se señalan algunos de los principios del derecho comercial que permiten indicar su carácter explicativo, a manera de ilustración, pues esta temática es de tal alcance que ya requeriría un estudio exclusivo:

a) *Principio de la autonomía de la voluntad*: del modo en que lo explica Rafael Saavedra en su tesis de grado:

El derecho mercantil, como rama del derecho privado, se rige por el principio de autonomía de la voluntad y es con base en este que cuando las disposiciones legales no están revestidas de carácter imperativo, los sujetos pueden contrariarlas adoptando de forma voluntaria, expresa o tácitamente, un uso contra legem. Sánchez Calero sostiene que el uso se adapta mejor que la ley a las necesidades del tráfico mercantil, pero carece de claridad. (Saavedra, 2014, p. 25)

Significa lo anterior que el derecho comercial maneja el principio de autonomía de la voluntad, pero que este, a su vez, entraña una flexibilidad propia de sus formas, de tal modo que estas se adapten a los actos y operaciones comerciales en que se vean envueltos los comerciantes producto del ejercicio de su actividad.

b) *Principio de buena fe en materia comercial*: es un pilar rector de los actos y operaciones de comercio del comerciante, sujetos a leyes proferidas por la autoridad legislativa, la cual, a su vez, es regida por el principio de buena fe, protector de los comerciantes.

Según Lorena Carvajal Arenas:

Desde el punto de vista teórico, los códigos tienen su fundamento en el iusnaturalismo o en el derecho de la razón, el cual [...] perseguía deducir reglas generales o principios de derecho a partir de la racionalidad del ser humano [...]. En esta filosofía, la buena fe es vista como “derecho natural”, por lo tanto algunas normas imponen el deber de cumplir los acuerdos en buena fe y otras se refieren a la equidad como fuente de obligaciones. Estas normas son consideradas por los iusnaturalistas como universales y necesarias. [...].

En el Code Civil, así como en otros códigos de la esfera del civil law, la regla de la buena fe se ubica en una sección llamada “efecto de las obligaciones” (effects des obligations). (Carvajal, 2014, p. 356)

Ahora bien, la buena fe en derecho comercial se ve de dos modos, como principio del derecho, pues implica que el ejercicio del derecho comercial debe hacerse de buena fe, pero también como principio rector de lo que el derecho exige de la conducta del comerciante, y es que esta se practique de buena fe.

Así las cosas, la buena fe se convierte, a la vez, en un fundamento filosófico directo del derecho comercial, rector de la conducta del comerciante, lo que a su vez conlleva la necesaria aplicación de los postulados éticos de buena fe en las relaciones entre comerciantes, e involucra el aspecto filosófico de la moralidad, pues, como indica Demetrio López Santos:

La buena fe constituye un postulado básico, por cuanto representa una de las más frecuentes vías de irrupción del contenido ético-social en el orden jurídico general y en el campo contractual, en particular. [...] El ordenamiento jurídico exige este comportamiento de buena fe, no solo en lo que tiene de limitación y de veto a una conducta deshonestas, sino también en lo que tiene de exigencia positiva, prestando al prójimo todo aquello que exige una fraterna convivencia.

[...].

La buena fe es la adaptación al campo jurídico de un principio inherente a la conducta de los hombres en la esfera más amplia de todas sus relaciones, pero que ha sido preciso regular para que sea susceptible de tener efectos jurídicos, convirtiéndose así en una buena fe civil. (López, 2000, p. 7)

Así las cosas, filosóficamente hablando, la buena fe es parte del derecho natural, y por tanto del derecho comercial, pues determina la conducta del comerciante en sus relaciones mercantiles con otros y se refiere también a la moralidad del comerciante en sus relaciones comerciales.

Ahora bien, las relaciones entre derecho y moral, que afectan a todas las ramas del derecho, y entre ellas al derecho comercial, han sido tratadas por Kelsen, del modo en que lo explica en su tesis doctoral José Antonio Sendín Mateos:

La relación interna consiste en una delegación de un orden en el otro: o bien el derecho delega en la moral, o bien esta delega en aquel. En ambos casos el orden delegado incorpora contenidos del orden delegante [...]. Sin embargo, la relación más interesante desde el punto de vista del objetivo de este trabajo es la relación “externa”, pues da pie a la valoración moral del

derecho. Según Kelsen, el presupuesto de esa valoración es justamente que no haya confusión entre el derecho y la moral, esto es, que entre ambos no se haya producido una delegación a raíz de la cual su contenido sea coincidente, pues el enjuiciamiento moral solo se puede llevar a cabo cuando derecho y moral aparecen diferenciados. (Sendín, 2015, pp. 439-440)

Así las cosas, la moral le ha dado al derecho comercial contenidos de orden delegante, lo cual se ve expresado —por poner un caso— en la normatividad desarrollada por este para proteger al consumidor de actos abusivos del comerciante, los cuales tienen incidencia moral, así como en las conductas para proteger la libre competencia entre comerciantes, que van en procura de evitar la comisión de la trampa en esas relaciones de competencia.

Sobre los principios ya tratados, se tiene que cuentan con la característica de permear todo el derecho comercial, y son determinantes de su existencia, así como explicativos de sus razones de ser, por lo que los principios cumplen entonces dos funciones: la función explicativa de la norma en derecho comercial y la función reguladora del derecho comercial, pues con base en estos principios se elevará la normativa de este derecho.

13) *El conocimiento científico del derecho comercial es predictivo:* Mario Bunge explica que el conocimiento científico “trasciende la masa de los hechos de experiencia, imaginando cómo puede haber sido el pasado y cómo podrá ser el futuro. [...] La predicción científica [...] se funda sobre leyes y sobre informaciones específicas fidedignas, relativas al estado de las cosas actual o pasado” (1959, p. 20). Entonces, del derecho comercial, como ciencia, pueden predecirse sus tendencias a futuro, algunas de las cuales son: internacionalización, globalización, unificación y comunitarismo. Este fenómeno ya comenzó a verse en los países europeos, como lo explica Jaime Pintos-Santiago:

Es innegable que en el ámbito regional referido a la Unión Europea se ha producido y se sigue produciendo una unificación del derecho mercantil a través de los tratados constitutivos y del derecho comunitario derivado, lo que provoca que también en el ámbito interno del derecho mercantil nacional de los Estados miembros se produzca esa unificación del derecho mercantil. [...] Como es sabido al prevalecer en caso de conflicto el derecho comunitario en virtud del principio de primacía de este derecho, los Estados miembros están obligados a respetarlo y a hacerlo cumplir dentro de su ámbito territorial, estando obligados asimismo a adaptar la legislación interna al derecho comunitario a través de las directivas europeas. (Pintos-Santiago, J., 2014, p. 16)

En el anterior ejemplo, se observa la predicción de unificación normativa, una predicción válida que se fundamenta en la existencia de las leyes y en lo que sucede en la actualidad.

14) *El conocimiento científico del derecho comercial es abierto*: según Bunge, el conocimiento científico “no reconoce barreras a priori que limiten el conocimiento. [...] Siempre es concebible que pueda surgir una nueva situación (nuevas informaciones o nuevos trabajos teóricos) en que nuestras ideas [...] resulten inadecuadas en algún sentido” (1959, p. 21). Así, en el derecho comercial, surgen de manera constante nuevas situaciones, informaciones y trabajos teóricos, debido a que depende de la variable conducta humana del grupo comerciante.

El aspecto de apertura del conocimiento del derecho comercial nace de las propias entrañas del conocimiento, del modo en que lo explica Charles Van Doren:

Antes de Tales, la mayor parte del conocimiento que poseía la humanidad era práctico, consistente en reglas pragmáticas para conseguir el éxito en tareas [...]. La lenta acumulación de estos saberes prácticos, que se produjo a lo largo de miles de años [...] se aceleró conforme los curiosos griegos viajaban cada vez más lejos de su península envuelta de mar [...]. (Van Doren, 2008, p. 107)

Así las cosas, el conocimiento en derecho comercial aumentó debido a los viajes, pues permitieron que este se construyera con los usos de ejercicio del comercio, y con las reglas que surgieron desde el pragmatismo de la costumbre.

Por lo anterior, se tiene que desde el surgimiento del derecho comercial este era abierto, y que su conocimiento también lo era, pues es el mismo desarrollo abierto del comercio el que le permitió crecer ampliamente.

Ahora bien, esta característica continúa vigente en la actualidad, pues el derecho comercial no tiene barreras que limiten su conocimiento y permite ser modificado, si las situaciones comerciales lo ameritan. Evidencia de lo anterior es el advenimiento de la Ley 1116 de 2006 con el Régimen de Insolvencia Empresarial en Colombia, que abolió el anterior existente sobre el concordato que se encontraba en el Código de Comercio. Así, la magnitud de los procesos inconclusos en quiebra que pasaron a formar la problemática objeto de estudio indicó que era necesaria una reforma e implementación de una nueva ley que permitiera conjurar el caos de la lentitud procesal y lograr que estos procesos llegaran a feliz término.

15) *El conocimiento científico del derecho comercial es útil*: Mario Bunge indica que “la utilidad de la ciencia es consecuencia de su objetividad; sin proponerse

necesariamente alcanzar resultados aplicables, la investigación los provee a la corta o a la larga” (1959, p. 22). Así las cosas, el conocimiento del derecho comercial provee resultados aplicables al campo del comercio y a los comerciantes, de tal modo que el conocimiento científico contribuye en el proceso de retroalimentación del derecho comercial para que en él se genere la ciencia y se desarrolle.

El derecho comercial funcionaría científicamente como se ilustra en la figura 1:

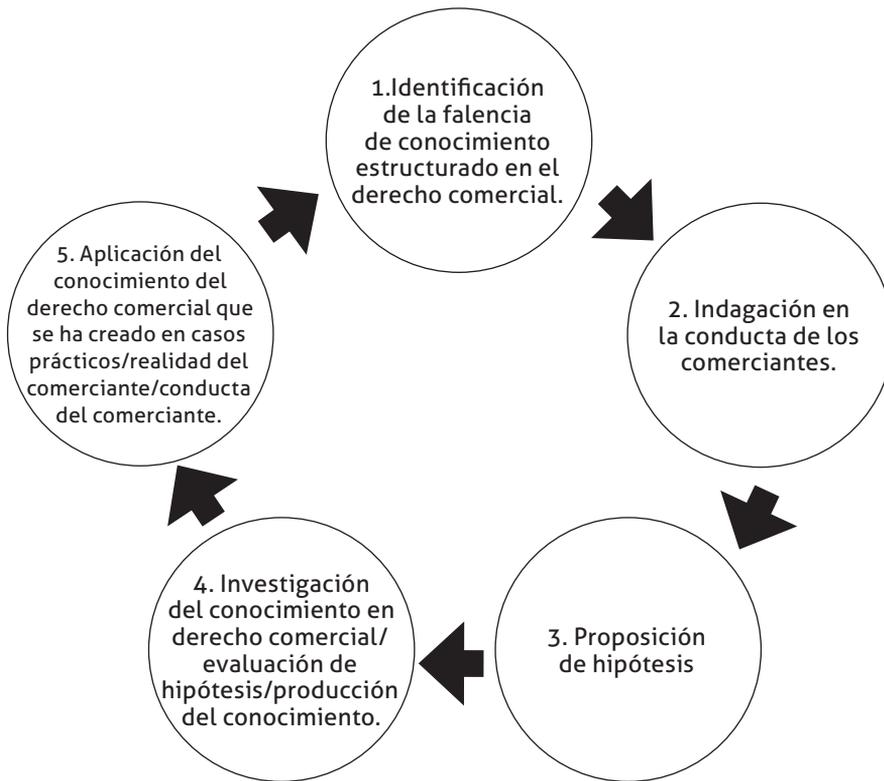


Figura 1. Funcionamiento científico del derecho comercial. (Elaboración propia)

Lo anterior se convierte en un proceso cíclico, porque aun cuando el conocimiento generado se aplique a la realidad del comerciante, dado que esta varía, ese conocimiento será siempre susceptible de ser falible, lo que generará la necesidad de identificar tal falencia y se ingresará nuevamente en el ciclo explicado en la figura.

Sebastián López Escarcena afirma sobre la investigación en derecho que:

No solo constituye la base del ejercicio de la profesión legal, sino que sirve de guía a cualquier persona que quiera o necesite interpretar y aplicar una o más normas jurídicas. Su utilidad es manifiesta o patente en la creación y modificación de estas a través del proceso legislativo, y en su interpretación y aplicación por medio del proceso judicial. El resultado de la investigación jurídica podrá tomar la forma de un manual o texto de estudio, de un comentario a una sentencia, o de una recensión a un libro. También podrá resultar en una monografía, en un artículo académico, en un ensayo o en un informe en derecho u opinión legal. En los cuatro últimos casos se requiere plantear una proposición razonada o tesis, estructurada en torno a un argumento central y orientada a hacer una contribución original. Esto es, decir algo que todavía no se ha dicho, o revisar desde una perspectiva distinta lo que ya se ha dicho. (López, 2011, p. 234)

Entonces, la investigación científica en derecho comercial tiene una utilidad ilimitada, pues la hacen y la usan los investigadores académicos y todos aquellos que ejercen el derecho comercial, desde el juez y el abogado litigante en el área procesal, en la cual se dirimen controversias de comercio donde se halle involucrado al menos un comerciante, hasta el mismo comerciante, que en cualquier momento puede acudir a las cámaras de comercio para recabar información previamente investigada por ella.

Además de lo anterior, la utilidad de la investigación en derecho comercial es de tal índole que permite que sus resultados sean de fácil acceso a quienes necesiten consultarlos, y, además, la investigación en derecho comercial —teniendo en cuenta que el derecho comercial es ciencia— tiene unos requisitos que buscan asegurar su calidad, actualidad y novedad, buscando afianzar también su utilidad actual y permanente para servir siempre.

Así las cosas, se tiene que el racionalismo filosófico que se observa en el derecho comercial se aplica en él a partir del mismo momento en que comienza a nacer el estudio que permitirá dar lugar a la norma jurídica, en la conducta del comerciante y en las relaciones comerciales, y es a partir de ese estudio que se procederá a crear derecho comercial, es este el estudio directo de la conducta humana del comerciante, por el cual el derecho comercial se crea y se transforma constantemente sin llegar a su destrucción.

5.4. Característica del derecho comercial: el derecho comercial permite su ejercicio al comerciante en libertad

Aspecto filosófico que entraña: libertad.

Como indica Savater al instruir sobre Locke:

La finalidad por la cual los hombres arman una asociación política es la de garantizar ciertos derechos personales que ya existían en el estado de la naturaleza, pero que no pueden ser suficientemente defendidos en ese estado. [...] el hombre está dotado de ciertos derechos fundamentales a la vida, a la libertad y a la propiedad, y [...] la finalidad del Estado es garantizar a las personas el goce de estos derechos [...] inalienables [...], el derecho a la propiedad se funda en el trabajo. Así cuando trabajamos añadimos algo a las cosas, y de ese modo nos transformamos en sus propietarios. (Savater, 2008, p. 113)

Partiendo de la premisa de Locke, inicialmente la libertad es un derecho personal que ha existido siempre, y además se ejerce en todas las esferas de la vida humana, una de las cuales vendría a ser la esfera del ejercicio del comercio y del derecho comercial. Es menester indicar que Locke ve la libertad y la propiedad como derechos fundamentales, alrededor de los cuales deberá girar la normativa.

Ahora bien, si se estudia el derecho comercial, entonces se tendrá que dentro de sus pilares fundamentales se encuentran precisamente estos dos: la libertad y la propiedad privada. Adviértase que el derecho comercial perdería su sentido si el ejercicio del comercio no fuera libre y si el libre comercio no fuera un derecho, y también perdería su eje si la propiedad no fuera un derecho fundamental que debe ser garantizado por el Estado, pero esto a su vez implica el ejercicio de la libertad mediante dos ejes, así:

5.4.1. El ejercicio del libre comercio y la globalización

Alejandro Chafuén, en su ensayo “La economía y la filosofía de la libertad”, indica: “Toda ciencia que estudie actos libres contribuye a la filosofía de la libertad en la medida que llegue a conclusiones correctas” (Chafuén, s.f., p. 182), Así, el derecho comercial contribuye de manera efectiva a la libertad porque estudia y promueve actos de ejercicio de libre comercio. Así las cosas, como indica el citado autor:

Partiendo de la premisa de que una relación entre personas debe ser voluntaria o involuntaria, es fácil concluir con Aristóteles que la libertad es violada solamente en los intercambios involuntarios. Cuando no se respeta el derecho humano a la propiedad privada de los bienes económicos, los actos voluntarios se circunscriben por la fuerza a todo acto que no necesita de bienes económicos. (Chafuén, s.f., p. 188)

En este orden de ideas, la libertad de ejercicio del comercio entraña el respeto a la propiedad privada de los bienes económicos y a los actos que se pueden ejercer sobre ellos.

El libre comercio es considerado en la actualidad un aspecto de suma importancia, toda vez que es a través de este que se pueden establecer los principios del progreso económico, social e incluso político. De tal suerte que el actual presidente de los Estados Unidos afirmó: “El comercio internacional y los mercados abiertos son necesarios” para el crecimiento económico y el empleo. También salió en defensa de la OMC, la cual es de una “importancia decisiva” (*El Nuevo Siglo*, 10 abril de 2017). Lo anterior indica que el progreso de la economía debe ser en completa libertad y en forma globalizada, y por tanto se necesita el libre comercio para que la economía pueda crecer.

Ahora bien:

La globalización, en el más amplio sentido de la palabra, puede entonces verse como inherente al proyecto de libre mercado. [...] La “apertura” del mercado mundial se convierte en la raison d’être del desarrollo [...]. Para Polanyi, la economía está normalmente insertada en las relaciones sociales; no es autónoma.

[...].

Se trata de un orden donde [...] las relaciones sociales sean insertadas en el sistema económico. (Como se cita en Munck, 2015, pp. 160-161)

Así las cosas, se tiene que este libre comercio se convierte en el alma del libre mercado, y a su vez, este libre y abierto mercado mundial es la razón de ser del desarrollo. Así, debido a que la economía está insertada en las relaciones sociales y no es autónoma, es normal que exprese la tendencia social en países capitalistas a la libertad, pues es mediante este orden económico que se puede lograr la globalización, debido a que entraña la apertura al mercado mundial.

5.4.2. El ejercicio de la libertad de empresa y la libre competencia

Ahora bien, en Colombia, se reconocen dos tipos de libertad económica, así:

La libertad de empresa y la libre competencia. Si bien las libertades económicas no son absolutas, estas solamente pueden ser restringidas cuando lo exija el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación y, en virtud de los principios de igualdad y razonabilidad que rigen la actividad legislativa, cualquier restricción de las libertades económicas debe (i) respetar el núcleo esencial de la libertad involucrada, (ii) obedecer al principio de solidaridad o a alguna de las finalidades expresamente señaladas en la Constitución, y (iii) responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. (Sentencia C-263 del 6 de abril de 2011)

Lo anterior permite advertir que, en lo que atañe al ejercicio del comercio, el derecho comercial indica unas libertades específicas que van de la mano con lo preceptuado en el preámbulo constitucional sobre garantizar el orden económico justo y en el artículo 2º de la Constitución en lo referente a los fines del Estado, como es el de promover la prosperidad general y garantizar la participación de todos en las decisiones que los afecten económicamente, así como proteger a las personas en sus bienes y demás derechos y libertades. Así, en Colombia, el ejercicio de la libertad económica es un pilar fundamental sobre el que se cimenta todo el ordenamiento jurídico.

6. DETERMINACIÓN DE LOS ASPECTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO COMERCIAL EN LA ACTUALIDAD JURÍDICA COLOMBIANA

El derecho comercial colombiano es un compendio normativo conformado por la Constitución Política, el Código de Comercio, la costumbre, el Código Civil, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, así como por fuentes doctrinarias y otras, entre las que primordialmente se encuentra la costumbre. Para entender sus aspectos filosóficos, es menester comprender que se desarrolla perteneciendo a un entorno en que ocurren situaciones particulares que son marco de su funcionamiento y entrañan determinados aspectos filosóficos, como se explica a continuación.

6.1. Comercio informal

Aspecto filosófico que entraña: dialéctica: la realidad es relacional / el derecho comercial proviene de la realidad.

En Colombia, el fenómeno del comercio informal se ha encontrado presente de una manera pronunciada debido a diversas causas, señaladas por Enrique

López Camargo en su artículo “El comercio informal en Colombia: causas y consecuencias”:

Cierre de empresas y consecuente despido de los trabajadores.

Bajos salarios que se pagan en Colombia.

El desplazamiento forzado por el conflicto interno.

Éxodo campesino a la ciudad por falta de garantías al sector agrario.

El desgobierno de las autoridades locales. (López, 2012, p. 112)

El comercio informal es de tal magnitud que ha desembocado en la necesidad de ser regulado, de lo cual están como evidencia los proyectos de ley 31 de 2011 y 23 de 2012 del Senado de la República, que buscan reglamentar la actividad del vendedor informal. Ambos proyectos son un esfuerzo por lograr la adaptabilidad de la normativa jurídica a la realidad fáctica comercial, y esto entraña el aspecto filosófico-axiológico, que ha comprendido la realidad como valor y por eso la costumbre mercantil producto del ejercicio del comercio informal es entendida como un determinante que amerita una regulación debido a su evidencia, además del hecho de la necesidad de regular la conducta humana.

Así, el tratadista Jairo Medina Vergara indica que:

Las normas deben consultar las características de este tipo especial de comercio, interpretando adecuadamente sus realidades y evitando en lo posible medidas represivas o restrictivas con las cuales no se soluciona el problema; el Estado debe impulsar y coordinar programas de capacitación, financiación y asistencia técnica a estos pequeños comerciantes. (Medina, 2013, p. 27)

De manera que acudir a la realidad para basarse en ella en la producción de las normas jurídicas es una manifestación del fundamento filosófico del derecho comercial:

¿Y de qué es de lo que toma nota el conocimiento de la experiencia jurídica? Pues de que existen normas de convivencia prescritas por la autoridad pública. Estas son normas de derecho positivo, y avanzando un paso más allá, habría que decir que estas normas expresan conductas posibles bajo la forma de una coordinación de facultades y deberes. Luego, la norma, bien entendida, es un esquema anticipatorio, aunque no predictivo, de modos posibles de relación entre personas, [como] sostiene Millas. (Cofre, 2012, p. 26)

Teniendo en cuenta la filosofía de Millas citada aquí, la norma expresa una conducta posible y es además un esquema anticipatorio, aunque no predictivo,

de modos posibles de relación entre personas. Este rasgo del derecho comercial permite comprender que existen dos aspectos filosóficos de la norma comercial: el primero, el fenómeno que se produce antes de la creación de la norma jurídica y que hace necesaria su regulación, y el segundo —al que se refiere el filósofo Millas—, que la norma se anticipa a la conducta.

En cuanto al comercio informal, es más común que ocurra el fenómeno antes de la creación de la norma jurídica, y que al existir, sea necesaria su regulación. Sin embargo, aun cuando en un primer evento la norma no es un esquema anticipatorio, pues se genera a raíz de los actos jurídicos que hacen necesaria su configuración, una vez hecha, la norma se anticipa a los casos venideros, porque se redacta de un modo general para que casos concretos encajen en ella, lo que lleva una vez más a la filosofía de Heráclito de Éfeso, que fue citada con anterioridad en este texto, y es que todo fluye, nada permanece, incluyendo las normas, pues dependen de la conducta humana, que es fluctuante.

6.2. El Estado social de derecho en relación con el derecho comercial

Aspecto filosófico que entraña: la acción y la axiología.

Colombia es un Estado constitucionalista, y es precisamente la Constitución la que indica en su artículo 1º: “Colombia es un Estado social de derecho [...]”. Lo anterior tiene unas implicaciones que permean sus instituciones jurídicas, entre ellas, el derecho comercial.

Rujana explica que “el Estado Social de Derecho se traduce primeramente, no en la configuración de un Estado (incluso en el nivel constitucional), sino en medidas legislativas concretas de corte social [...]” (Rujana, 1998, p. 503), por lo que en Colombia la propiedad privada es un derecho social, económico, político, etcétera, con función social, según el artículo 58 de la Carta Magna.

Los artículos 58, 60, 61, 62 y 64 a 66 de la Constitución Política de Colombia son una expresión de la protección constitucional de que goza la propiedad privada, y la Corte Constitucional, en Sentencia C-623 de 2015, explicó el alcance de ese derecho, así:

La Corte Constitucional ha expuesto que el artículo 58 de la Constitución, relativo a la propiedad privada como garantía Constitucional, contiene seis principios que delimitan el contenido de ese derecho:

“i) la garantía a la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles; ii) la protección y promoción de formas asociativas y solidarias de propiedad; iii) el reconocimiento del carácter limitable de la propiedad; iv) las condiciones de prevalencia del interés público o social sobre el interés privado; v) el señalamiento de su función social y ecológica; y, vi) las modalidades y los requisitos de la expropiación”. (Corte Constitucional, 30 de septiembre de 2015)

Así las cosas, la garantía de la propiedad privada proviene directamente de la Constitución Política de Colombia, convirtiéndose en una manifestación de la acción como base filosófica y como valor constitucional y del derecho comercial, pues, como señala Álvaro Carrera Carrera, “en el campo penal, siempre ha sido preocupación de primer orden la acción, final o causal, los elementos subjetivos de la conducta, etc. Pero este interés también es igualmente válido en el campo del derecho privado y aun del público” (Carrera, 2005, p. 20). Lo anterior se explica porque precisamente es mediante la conducta del ejercicio del dominio que se manifiesta este aspecto.

Continúa explicando el tratadista Carrera, refiriéndose a las fuentes de las obligaciones:

El autor civilista Fernando Hinestroza redefine tales fuentes como el negocio jurídico, el daño, el enriquecimiento sin causa y hechos jurídicos varios legalmente reglamentados. En estas fuentes es clara la presencia de la acción en las primeras indicadas, el negocio, el acto jurídico, el acto ilícito o daño para Hinestroza. Pero el enriquecimiento también significa una actitud, una acción pasiva, así sea de bloqueo de las acciones posibles para que los bienes adquiridos salgan del dominio del beneficiado. El sujeto asume una actitud de afortunado beneficiario, que puede llegar, incluso, al disfrute de los bienes logrados sin esfuerzo. (Carrera, 2005, pp. 20-21)

Entonces, se observa que las relaciones que surgen en el derecho comercial implican necesariamente una acción del comerciante generadora de obligaciones, y nacen mediante cualquiera de las fuentes de las obligaciones, en las que media el aspecto volitivo. Así las cosas, la propia acción llega a convertirse en materia de estudio filosófico, que viene a ser regulada por el Estado social de derecho desde su génesis, es decir, desde su ordenamiento jurídico fundamental: la Constitución Política.

Ahora bien, se destaca que la acción precisamente viene a ser la conducta mediante la cual se ejerce el derecho a la propiedad privada, que se manifiesta

variadamente en el campo del derecho comercial actual, con la compraventa tradicional, y, en la actualidad, en el ejercicio del derecho a la propiedad en el campo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (NTIC), tema sobre el cual Colombia tiene una incipiente regulación que requiere ser ajustada a las necesidades actuales.

En este campo, Colombia ha desarrollado una legislación que, aunque precaria, permite que el comerciante no esté absolutamente desprotegido: la Ley 527 de 1999, por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico, y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones.

En cuanto a este aspecto filosófico, se observa que el derecho comercial colombiano asienta sus bases en lo establecido en el ordenamiento constitucional, teniendo en cuenta en todo momento que se desenvuelve en un Estado social de derecho regulado constitucionalmente y que es de ese ordenamiento que parten los fundamentos axiológicos que le dan sustento a la ley comercial.

En ese orden de ideas, el derecho comercial colombiano comprende unos valores generales y unos valores específicos. Los generales son: “la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el orden político justo y la paz”, y como valores específicos se encuentran: “el conocimiento y la libertad, el orden económico y social justo” (Constitución Política de Colombia, 1991). Dentro de un marco jurídico, democrático y participativo, los valores específicos son la base de regulación del derecho comercial, por lo tanto, al estudiar la normatividad existente en esta rama del derecho, se advierte dicha escala de valores en su configuración, por ejemplo, el derecho a la propiedad privada, que se ve expresado en la normativa sobre empresas desde su creación hasta la liquidación, permite advertir en esa normativa el valor del trabajo, la justicia, y el orden económico y social justo. También se encuentra el ejemplo de la norma que regula lo relativo a la libre competencia, que es una expresión del valor específico para el derecho comercial del orden económico y social justo, en armonía con los valores generales de justicia, trabajo, igualdad y paz.

Así las cosas, la fundamentación axiológica del derecho comercial viene a ser inicialmente constitucional, pero con un desarrollo legal que permite entonces la estructuración de la norma jurídica, lo cual funciona como una ecuación muy sencilla: basta ver la norma jurídica para entender qué valor esconde en ella el derecho comercial.

6.3. Integración latinoamericana

Este aspecto tiene antecedentes desde los mismos tiempos independentistas, en los que ‘El Libertador’ Simón Bolívar imaginó una nación extensa, llamada La Gran Colombia, conformada por Colombia, Venezuela, Ecuador y Panamá. Este sueño continúa en la actualidad, basado de manera inicial en un sentir de carácter sociológico, un sentir de pueblo, político, pero con consecuencias económicas, como lo explica José Díaz Fernández en su tesis de grado:

El pensar es pensamiento latinoamericano cuando es un pensar desde la dominación, de la hegemonía y del imperialismo. La “formidable máquina de producción” del des-pensamiento, de la enajenación —para el marxista—, constituyen una fase del progreso de la economía política, “...etapa en que una economía feudal deviene, poco a poco, economía burguesa. Pero sin cesar de ser, en el cuadro del mundo, una economía colonial”. Recordando a José Martí: la colonia continuó viviendo en la república. Y, es desde esta comprensión de la colonialidad, la dominación, y el imperialismo, que la sucesión histórica que dio paso al capitalismo en Latinoamérica no culmina aun su fase colonial, sino que continuará su desarrollo como un colonialismo económico más.

Para este pensador, la dominación latinoamericana es resultado de una infraestructura económica que no es posible desconocer, como bien lo muestra en sus reflexiones que versan sobre la educación, en ellas señala: “No es posible democratizar la enseñanza de un país sin democratizar su economía y sin democratizar, por ende, su superestructura política”. El colonialismo y la dominación capitalista serán para Mariátegui un antagonismo de toda forma democrática de vida. (Díaz, 2014, p. 26)

Teniendo en cuenta la anterior cita, se tiene entonces que el proceso de integración latinoamericana parte del pensamiento latinoamericano de integración, en primer lugar política y después económica.

Los filósofos latinoamericanos entienden la integración económica como un conjunto de procesos que deben manejarse de la mano de la democratización, de tal suerte que esta democratización tiene impacto no solo en la economía, sino también en la política. Y es con este mismo espíritu que se realiza la Constitución Política. Para Colombia, la integración económica tiene dos vías: una internacional, con la comunidad latinoamericana, del modo indicado en el preámbulo constitucional, y otra que debe desarrollar el Gobierno en asocio con el capital empresario existente en el país.

El aspecto de integración con la comunidad latinoamericana se encuentra señalado en el preámbulo constitucional colombiano como un compromiso que adquiere el país y que debe permear a sus instituciones. Este aspecto es de más fácil desarrollo en cuanto al derecho comercial se refiere, por la propia naturaleza internacional de la actividad comercial, del modo en que previamente se ha estudiado en este documento.

Ahora bien, el aspecto de integración con la comunidad latinoamericana va de la mano con la internacionalización del derecho comercial, y suele adoptarse bajo los siguientes aspectos, al tenor de lo explicado por Germán Gama Chirolla y Alejandro García de Brigard en su tesis de grado:

(i) mediante la adopción de disposiciones que han nacido como leyes tipo en el seno de organizaciones internacionales; (ii) mediante la suscripción de tratados internacionales tanto de integración de mercados como de homologación legislativa y, (iii) mediante la aplicación de tratados internacionales de comercio no ratificados por Colombia y de costumbres internacionales y extranjeras. (Gama y García, 2005, p. 51)

Lo que lleva entonces a que la integración latinoamericana se inserte en el derecho comercial colombiano, pues la Constitución Política lo permite, y esto es posible debido a la naturaleza misma de las normas en derecho comercial colombiano, que son flexibles.

CONCLUSIÓN

El derecho comercial es práctico y nace de las entrañas mismas de la conducta del sector gremial comerciante, una clase social profundamente influyente en la regulación que provee el derecho comercial.

A lo largo del artículo se estableció que existen dos clases generales de aspectos filosóficos del derecho comercial: una, que se refiere a los aspectos filosóficos del derecho comercial propiamente dicho, que funcionan a nivel general, y otra, ya aterrizando en el caso colombiano, que funciona bajo las particularidades de la legislación nacional, sin dejar a un lado los principios generales, solo que en el caso colombiano estos ocurren más que todo por el tipo de configuración estatal del Estado.

Ahora bien, en ambos casos, se entendió que la conducta humana es un factor preponderante y definitorio de la regulación que existe en la actualidad en

derecho comercial, a tal punto que ella se convierte en una base filosófica que soporta este ordenamiento jurídico, y es a partir de ella que devienen las demás.

También se tocó lo atinente al establecimiento del derecho comercial como ciencia que parte del estudio de la sociedad. Si bien el derecho comercial es, tradicionalmente, un derecho de clase, se tiene que no solo el comerciante se ve afectado con su regulación, sino también el consumidor, en sus relaciones con el comerciante. Del modo en que se estableció en el artículo, el derecho comercial, al ser de génesis social, entraña una profunda relación con la sociedad, de tal modo que se debe a esta y a su aspecto relacional.

Aunque no es muy común estudiar la filosofía del derecho comercial, en este artículo se pretendió realizar un somero estudio de esta, con el objetivo de acercar al lector a la comprensión de dicha rama del derecho y de lograr que se deje a un lado esa tradición de ver el derecho comercial meramente como un derecho de clase comerciante, y que se comprenda que en todo momento la base del mismo son las relaciones de sociedad.

La razón de ser de este derecho radica en la realización de la libertad, de la integración económica, de la posibilidad que este tiene, a diferencia de los demás, de trascender fronteras y uniformar regulaciones. Es un derecho único, flexible, que además admite una mutabilidad rápida y eficiente para poder adaptarse a los cambios de la sociedad en que se desenvuelve.

Si bien muchos postulados filosóficos, en el momento de su redacción original, no fueron pensados para ser dirigidos directamente al derecho comercial ni al comercio, ocurre que muchos de ellos sirven para explicar sus bases filosóficas y con ello sus instituciones, pues no se trata de meras instituciones que se encuentran presentes sin una razón de ser, sino que cada institución tiene una historia de surgimiento y perfeccionamiento a lo largo del tiempo.

Al estudiarlo, se tiene que el derecho comercial posee efectivamente una filosofía que determina su manera de ser e incluso se ve condicionada por el comportamiento de la clase a la que rige, pues siempre es necesario tener en mente que es un derecho de clase y que, como tal, opera siempre regulando a la clase comerciante en el ejercicio de su actividad profesional.

El derecho comercial es, con certeza, el único en que la rapidez se combina de manera perfecta con la aceptación de la conducta del comerciante, todo en un marco de flexibilidad que no le quita el carácter de ciencia, pues se está ante la presencia de una ciencia especial, basada en la sociedad que la rodea y en la clase a la que regula, una ciencia flexible que, en caso de ser necesario, admite

reformas, y con todo esto no deja de tener un método de estudio ni de ser ciencia, sino que hace parte de este tipo de ciencia social, pues su laboratorio se encuentra precisamente en la sociedad y su objeto de estudio son los comportamientos que tienen las personas de la clase comerciante en la sociedad, para establecer así la manera como afecta con su actuar a la regulación.

Además de lo anterior, se estableció que este derecho reviste la característica de internacionalización, con lo que permite una amplitud de extensión a las regulaciones internacionales y a la globalización, lo que no es más que la expresión de su aspecto filosófico de libertad y búsqueda de integración con los demás países, para poder permitir así el amplio desarrollo del comercio, lo que deviene en prosperidad para las naciones.

REFERENCIAS

- Blasco, J. (1996). Método analítico y trascendentalidad. *Revista de filosofía*, 1(16), 41-56.
- Bunge, M. (1959). *La ciencia, su método y su filosofía*. Navarra: Editorial Laetoli.
- Cámara de Comercio de Bogotá (2011). *El ABC de la costumbre mercantil*. Bogotá: Excelsior Impresores.
- Cardozo, C. (2015). *La jurisprudencia mercantil de la Corte Suprema de Justicia entre 1887 y 1916*. (Tesis de maestría). Disponible en <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/10675/52409739-2015.pdf>
- Carrera, Á. (2005). *Filosofía del Derecho. De la dogmática al empirismo. Crítica de la ley*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.
- Carvajal, L. (2014). La buena fe mercantil en la tradición jurídica occidental. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, (36), 345-364.
- Castro, M. (2015). *La matrícula de comercio en la legislación ecuatoriana y su eficacia normativa*. (Tesis de grado). Disponible en <http://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/223/1/TUAAB048-2015.pdf>
- Chafuén, A. (s.f.). *La economía y la filosofía de la libertad*. Disponible en <http://www.hacer.org/pdf/Chafueno2.pdf>
- Chávez, P. (2008). *Historia de las doctrinas filosóficas*. México: Pearson Educación.

- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (s.f.). *Sobre la CNUDMI*. Disponible en http://www.uncitral.org/uncitral/es/about_us.html
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (1996). *Ley modelo sobre el comercio electrónico*. Nueva York: CNUDMI.
- Cofre, J. (2012). La filosofía jurídica de millas: naturaleza y fines del derecho. *Revista de derecho Universidad Católica del Norte*, 19(1), 21-37.
- Congreso de Colombia (21 de agosto de 1999). Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones. [Ley 527 de 1999]. DO: 43.673.
- Congreso de Colombia (2008). *Ponencia para segundo debate al proyecto de Ley 151 de 2007, Senado. Por la cual se fortalecen mecanismos de financiación para el micro, pequeño y mediano empresario, se crean las facturas comerciales como títulos valores, y se dictan otras disposiciones*. Disponible en <http://biblio.superfinanciera.gov.co/ABCD/bases/motivo/debates/LEY%201231%20DE%202008/GACETA%20DEL%20CONGRESO%20631.pdf>
- Congreso de los Estados Unidos de Colombia (26 de mayo de 1873). Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. [Ley 84 de 1873]. DO: 2.867.
- Constitución Política de Colombia (1991). Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>
- Contreras, S. (2013). Derecho positivo y derecho natural: una reflexión desde el iusnaturalismo sobre la necesidad y naturaleza de la determinación. *Kriterion: Revista de Filosofía*, 54(127), 43-61.
- Corte Constitucional de Colombia (6 de abril de 2011). Sentencia C-263. [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].
- Corte Constitucional de Colombia (30 de septiembre de 2015). Sentencia C-623. [MP Alberto Rojas Ríos].
- Descartes, R. (2009). *Discurso del método*. Buenos Aires: Ediciones Colihue.
- Díaz, J. (2014). *Filosofía política de la educación nuestroamericana: filosofía de la educación entre la dominación y la liberación de Latinoamérica*. (Tra-

- bajo de grado). Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/129768/Filosofia-politica-de-la-educacion-nuestroamericana.pdf?sequence=3>
- Durán, R. (2005). Derecho mercantil internacional de Gerardo José Ravassa Moreno. *Revista Iusta*, 1(22), 181-186.
- Durán, V. (2 de julio de 2015). Verdad y Justicia, dos conceptos con capítulo propio en la filosofía. *El Tiempo*. Disponible en <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16031875>
- El Nuevo Siglo (10 de abril de 2017). FMI, OMC y OCDE defienden libre comercio. *El Nuevo Siglo*. Disponible en <http://elnuevosiglo.com.co/articulos/04-2017-fmi-omc-y-ocde-defienden-libre-comercio>
- Gama, G. y García de Brigard, A. (2005). *La Constitución de 1991 frente al Código de Comercio: consecuencias, implicaciones y efectos de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 desde la perspectiva del derecho mercantil*. (Trabajo de grado). Disponible en <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TESIS%2031.pdf>
- García, H. (2017). *La costumbre mercantil en Colombia como fuente del derecho: un estudio sobre su teoría, práctica y uso a través de La jurisprudencia y la doctrina*. (Trabajo de grado). Disponible en <http://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14012/4/LA%20COSTUMBRE%20MERCANTIL%20EN%20COLOMBIA%20COMO%20FUENTE%20DE%20DERECHO%20%28DEFINITIVO%29.pdf>
- García, S. (2011). El derecho como ciencia. *Invenio*, 14(26), 13-38.
- Guerrero, T. (2011). *La generación de conocimiento científico en relación con sus efectos en la sociedad: análisis comparativo de la situación en España y México*. (Tesis doctoral). Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Hessen, J. (1993). *Teoría del conocimiento*. Bogotá: Gráficas Modernas.
- Hirschberg, J. (1997). *Historia de la filosofía. Antigüedad, Edad Media, Renacimiento*. Barcelona: Herder SA.
- Jaramillo, M. (2011). El derecho mercantil en el contexto transnacional: su relación con el procedimiento de inclusión. *Revista Análisis Internacional*, 1.
- Jerez, J. (2011). *Comercio internacional*. Madrid: ESIC Editorial.

- Kaufmann, S. (2013). La metafísica de la existencia humana de Gabriel Marcel. *Veritas revista de filosofía y teología*, 28, 65-84.
- López, D. (2000). La buena fe contractual. *Revista de Investigación Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 2(3), 9-27.
- López, E. (2012). El comercio informal en Colombia: causas y consecuencias. *In Vestigium Ire*, 5(1), 109-116.
- López, S. (2011). Para escribir una tesis jurídica: técnicas de investigación en derecho. *Ius et Praxis*, 17(1), 231-246.
- Madriñán, R. y Prada, Y. (2013). *Principios del derecho comercial*. Bogotá: Editorial Temis SA.
- Marín, L. (2007). La noción de paradigma. *Revista Signo y Pensamiento*, 26(50), 34-45.
- Mayoral, R. (2017). La traducción comercial. En Fuertes, P., *Problemas lingüísticos en la traducción especializada*. Valladolid: Universidad de Valladolid.
- Medellín, C. (2013). *Lecciones de derecho romano*. Bogotá: Legis.
- Medina, J. (2013). *Derecho comercial. Parte general*. 5ª ed. Bogotá: Editorial Temis SA.
- Meza, M. et ál. (2014). Propuesta metodológica investigativa para la recopilación de las costumbres mercantiles locales en la Cámara de Comercio de Sincelejo. *Advocatus*, 11.
- Munck, R. (2015). *Repensando América Latina. Desarrollo, hegemonía y transformación social*. España: Ediciones de Intervención Cultural.
- Oviedo, J. (2013). Una vez más sobre la aplicación de las normas civiles a las obligaciones y contratos mercantiles. *Revista de Derecho Privado*, 25, 81-107.
- Pintos-Santiago, J. (2014): *El derecho mercantil: evolución, concepto y reflexión a futuro de la disciplina*. (Trabajo de grado). Disponible en <https://previa.uclm.es/CU/csociales/pdf/documentosTrabajo/2014/2.pdf>
- Prats, J. (2012). *Las ciencias sociales en el contexto del conocimiento científico. La investigación en ciencias sociales. Apuntes*. Disponible en <http://www>.

ub.edu/histodidactica/images/documentos/pdf/prats%2oque%2oson%2olas%2occss.pdf

- Ramírez, A. (2009). La teoría del conocimiento en investigación científica: una visión actual. *Anales de la Facultad de Medicina*, 70(3), 217-224.
- Ruíz, V. (2009). *Filosofía del Derecho*. México: Instituto Electoral del Estado de México.
- Rujana, M. (1998). *Filosofía del Derecho. Ética, cultura y constitución*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Saavedra, R. (2014). *Análisis jurisprudencial: fundamentos del derecho mercantil, comerciante individual, auxiliares mercantiles y registro*. (Tesis de grado). Disponible en <http://biblio3.url.edu.gt/Tesario/2014/07/01/Saavedra-Rodrigo.pdf>
- Savater, F. (2008). *La Aventura del pensamiento*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana SA.
- Secchi, G. (2007). *La vida humana en el pensamiento de Ortega y Gasset. El hombre como novelista de sí mismo*. (Tesis de maestría). Disponible en http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2007/secchi_g/pdf/secchi_g.pdf
- Sendín, J. (2015). *La filosofía moral de Hans Kelsen*. (Tesis doctoral). Disponible en https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/133170/1/REDUCIDA_Filosof%C3%ADaMoralHansKelsen.pdf
- Valenzuela, F. (2009). Método científico y derecho mercantil. *Revista Estudios Jurídicos Segunda Época*, 9, 1-23.
- Van Doren, Ch. (2008). *Breve historia del saber. La cultura al alcance de todos*. España: Grupo Editorial Planeta.
- Villa, S. (2014). *Costumbres mercantiles en el distrito especial, industrial y portuario de Barranquilla*. Bogotá: Ediciones Universidad Libre.