

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PARANÁ
Programa de Pós-graduação em Direito

**BASES PARA UNA NUEVA TEORÍA GENERAL PARA EL DERECHO
COMERCIAL**

CURITIBA

2016

DENNIS JOSÉ ALMANZA TORRES

**BASES PARA UNA NUEVA TEORÍA GENERAL PARA EL DERECHO
COMERCIAL**

Tesis presentada al Programa de Pos-Graduación en Derecho, del Sector de Ciencias Jurídicas de la Universidad Federal de Paraná, como requisito parcial para la obtención del grado de Doctor.

Orientadora: Profesora Márcia Carla Pereira Ribeiro.

CURITIBA

2016



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
Programa de Pós-graduação em Direito

PARECER

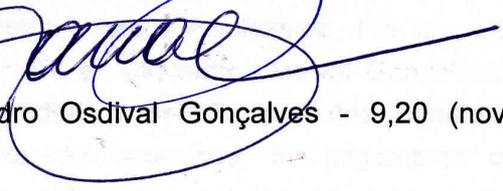
A Comissão Julgadora da Tese apresentada pelo doutorando **Dennis José Almanza Torres**, sob o título **BASES PARA UNA NUEVA TEORÍA GENERAL PARA EL DERECHO COMERCIAL**, após argüir o candidato e ouvir suas respostas e esclarecimentos, deliberou aprová-lo por unanimidade de votos, com base nas seguintes notas atribuídas pelos Membros:


Prof.ª Dr.ª Marcia Carla Pereira Ribeiro - 9,50 (nove inteiros e cinquenta centésimos)


Prof. Dr. Marcos Wachowicz - 9,30 (nove inteiros e trinta centésimos)


Prof. Dr. Francisco Cardozo de Oliveira - 9,20 (nove inteiros e vinte centésimos)


Prof. Dr. Paulo Roberto Ribeiro Nalin - 9,50 (nove inteiros e cinquenta centésimos)


Prof. Dr. Oksandro Osdival Gonçalves - 9,20 (nove inteiros e vinte centésimos)

Em face da aprovação, deliberou, ainda, a Comissão Julgadora, na forma regimental, opinar pela **concessão do título de Doutor em Direito ao candidato Dennis José Almanza Torres**.

É o parecer.

Curitiba, 4 de março de 2016.

A Diego y a Santiago, con
todo el amor, el cariño y la
admiración.

AGRADECIMENTOS

Agradezco a mi esposa Flor, y a mis hijos Diego y Santiago, por el incentivo, las energías, sus sonrisas y su paciencia durante este proficuo y agotador periodo de redacción de la tesis. Prometo, de ahora en adelante, recuperar el tiempo dejado.

A mis padres y a mis hermanos, por estar ahí, cuando los necesito, a veces un acto, un gesto o una opinión, fueron suficiente incentivo para continuar con nuestro proyecto (porque es nuestro).

A mi orientadora, la profesora Marcia Carla, quien, desde que fui cobijado en la hermosa Curitiba, siempre supo guiar y orientar sabiamente mis pasos académicos, espero que lo siga haciendo... siempre.

A los profesores a quienes tuve la dicha de conocer, escuchar y hacer amistad durante estos más de seis años que estuve vinculado a mi *alma mater* la Universidad Federal de Paraná. De quienes obtuve, además de su sapiencia, su amistad; en especial a los profesores, Nalin, Tatyana, Abili y Angela. A cada uno de Uds. un *muito obrigado* de corazón!

Al profesor Cesar Serbena, amigo y maestro, por darme la oportunidad de trabajar en su *grupo de pesquisa*, donde pude palpar la labor, las peripecias y las alegrías del investigador. *Obrigado professor Cesar!*

Al profesor Fernando Galindo, quien me recibió de la mejor manera durante mi estancia en Zaragoza-España. Gracias por los diálogos y por abrirme las puertas de su hogar, la Universidad de Zaragoza (y su biblioteca).

A los amigos que cultive a lo largo de estos años, tanto en el mundo académico como fuera de él; sus opiniones, consejos y apoyo hicieron más grata mi estancia en Curitiba.

No puedo dejar de agradecer al personal del ISULPAR, todos muy gentiles

y amables durante mi paso como docente de esta Universidad. Una mención especial a los profesores Bruno, Henry y Aknaton, con quienes compartimos, además de nuestra inclinación por la enseñanza, viajes divertidos, amenizados con diálogos proficuos y muy reflexivos.

A los alumnos que tuve el placer y la responsabilidad de enseñar durante este periodo. Definitivamente vuestros cuestionamientos y dudas fueron esenciales para la elaboración de este trabajo. Hoy con alegría veo como muchos de ustedes ingresan por la puerta grande al mundo de la abogacía.

Agradezco a los funcionarios del PPGD de la UFPR, a Ana María, Vanessa, Mauro, Laura, Cecilia y Rosana, por brindarme, además del apoyo académico muy necesario, vuestra amistad. *Obrigado!*

A los funcionarios de la biblioteca de derecho de la UFPR, sin su apoyo, atención y agrado, este trabajo no sería posible.

No puedo dejar de mencionar mi gratitud al *Conselho Nacional de Justiça* (CNJ) y al *Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico* (CNPq), por la beca concedida para participar como investigador en el proyecto e-justiça dentro del programa CNJ-Académico.

Finalmente, mi agradecimiento a los profesores que hoy evalúan mi trabajo, como siempre, quedo a la espera de sus valiosas críticas, pues sólo así, daremos los siguientes pasos...

Diego: Papá ¿Qué es esto?

Dennis: Son bigotes hijo

Diego: y ¿para qué sirven?

Dennis: ... ¿?

Al jurista que jamás ha salido de su propio sistema, le ocurre lo mismo que al pez del océano, que no puede darse cuenta del sabor del agua salada.

Francis Deak.

RESUMO

A dinâmica com que se desenvolve o comércio na atualidade obriga a revisar teorias gerais que permitam estudar e aplicar o direito comercial no contexto econômico e social em que deve atuar.

Fenômenos como a internacionalização do comércio ou a constitucionalização do direito, muito presentes em nossa sociedade, exigem realizar uma análise das chamadas fontes formais do direito comercial. Tanto os usos e práticas comerciais, quanto o conjunto de normas comerciais, inicialmente, devem ser analisados desde uma perspectiva histórico-descritiva, isto nos permite além de conhecer estas regras, verificar sua eficiência e efetividade no contexto de onde e quando foram criadas.

Considerando que atualmente as instituições – formais e informais – que fazem parte do direito comercial devem elaborar-se para satisfazer os objetivos do comércio e do comerciante, assim como para integrar-se na estrutura constitucionalizada do Estado, no presente trabalho realiza-se uma crítica à teoria geral da interpretação das normas jurídicas dominante no Direito contemporâneo, questionando sua ineficiência quando é utilizada para regular relações comerciais. Nesse ínterim, propõe-se a Análise Econômica do Direito como teoria para interpretar as regras e normas jurídicas comerciais.

PALABRAS-CHAVE. Direito comercial. Codificação. *Lex Mercatoria*. Estado Constitucional. Realismo Jurídico. Análise Econômica do Direito.

RESUMEN

La dinámica con la que se desarrolla el comercio en la actualidad, obliga a revisar teorías generales que permitan estudiar y aplicar el derecho comercial en el contexto económico y social donde debe actuar.

Fenómenos como la internacionalización del comercio o la constitucionalización del derecho, muy presentes en nuestra sociedad, exigen realizar un análisis de las llamadas fuentes formales del derecho comercial. Tanto los usos y prácticas comerciales, cuanto el conjunto de normas comerciales, en un inicio, deben ser analizadas desde una perspectiva histórica-descriptiva, esto permite además de conocer estas reglas, verificar su eficiencia y efectividad en el contexto donde y cuando fueron creadas.

Considerando que actualmente las instituciones – formales e informales – que hacen parte del derecho comercial deben elaborarse para satisfacer los objetivos del comercio y del comerciante, así como para integrarse en la estructura constitucionalizada del estado; en el presente trabajo se realiza una crítica a la teoría general para la interpretación de las normas jurídicas dominante en el Derecho contemporáneo, cuestionando su ineficiencia cuando es utilizada para regular relaciones comerciales. En ese ínterin, se propone al Análisis Económico del Derecho como teoría para interpretar las reglas y normas jurídicas comerciales.

PALABRAS CLAVE. Derecho comercial. Codificación. Lex Mercatoria. Estado Constitucional. Realismo Jurídico. Análisis Económico del Derecho.

ABSTRACT

The dynamics with which commerce is developed today obliges us to review general theories that allow us to study and apply commercial law in the economic and social context where it must act.

Phenomena such as the internationalization of trade or the constitutionalization of law, very present in our society, require an analysis of the so-called formal sources of commercial law. Both commercial uses and customs, as the set of commercial rules, at first, must be analyzed from a historical-descriptive perspective, this also allows to know these rules, to verify their efficiency and effectiveness in the context where and when they were created.

Considering that presently the formal and informal institutions forming part of commercial law must be developed to meet the objectives of the trade and the merchant as well as to be integrated into the constitutionalised structure of the state; In the present work a criticism is made to the general theory for the interpretation of the legal norms dominant in the contemporary Law, questioning its inefficiency when it is used to regulate commercial relations. In the meantime, the Economic Analysis of Law is proposed as a theory for interpreting commercial legal norms.

KEYWORDS: Commercial law. Legal realism. Constitutional state. Lex mercatoria. Law and economics.

LISTA DE SIGLAS Y ABREVIATURAS

AED	Análisis Económico del Derecho.
ALCA	Área de Libre Comercio de las Américas
BND	<i>Banco Nacional de Desenvolvimento</i>
BM	Banco Mundial
CAN	Comunidad Andina de Naciones.
CCb	Código Civil brasileiro.
CCo	Código Comercial Brasileiro
CCI	Cámara de Comercio Internacional.
CDC	Código de Protección y Defensa del Consumidor
CEE	Comunidad Económica Europea.
CF	Constitución Federal de la República de Brasil
CISG	<i>United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods</i>
CONUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.
CP	Código Penal brasileiro
CPC	Código Procesal Civil brasileiro.
CTN	Código Tributario Nacional
DL	Decreto Ley
EC	<i>Emenda Constitucional</i>
FMI	Fondo Monetario Internacional
HSE	Homologación de sentencia extranjera
INCOTERMS	<i>International Commerce Terms.</i>
ISP	<i>International Standby Practices.</i>

L&E	<i>Law and Economics</i>
LICC	Ley de Introducción al Código Civil brasileiro.
LINDB	Ley de Introducción a las normas del derecho brasileiro.
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
MERCOSUR	Mercado Comum del Sur.
OAB	Orden de abogados de Brasil.
OMC	Organización Mundial de Comercio
RUU	Reglas y Usos Uniformes relativos al Crédito Documentário.
STJ	Superior Tribunal de Justicia brasileiro.
STF	Supremo Tribunal Federal brasileiro.
UCP	<i>Uniform Customs and Practice for Documentary Credits.</i>
UE	Unión Europea
UNASUR	Unión de Naciones Suramericanas.
UNCITRAL	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado

SUMÁRIO

INTRODUCCIÓN	15
1. LA EVOLUCIÓN DE LAS INSTITUCIONES QUE REGULAN LA ACTIVIDAD COMERCIAL.....	28
1.1. Usos, prácticas y costumbres del comercio	28
1.2. El Derecho comercial en la Modernidad	37
1.2.1. Las primeras codificaciones: el Código Civil de Francia.....	39
1.2.2. El Código Comercial frances.....	43
1.3. Los actos de comercio y la teoría de la empresa	46
1.4. La crisis de la codificación y el surgimiento de nuevos focos normativos ...	53
1.5. Los microsistemas en el ordenamiento jurídico brasileiro.....	58
1.6. El proyecto para una codificación principiología en el derecho comercial brasileiro	61
2. LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO COMERCIAL.....	72
2.1. Globalización, comercio y estado.....	72
2.2. La transnacionalización del ordenamiento jurídico y el renovado enfoque del pluralismo jurídico	84
2.3. Los alcances de la nueva <i>lex mercatoria</i> como fuente del derecho y sus discordancias	90
2.4. El papel de la buena fe en las relaciones comerciales.....	96
2.5. Los nuevos actores del comercio globalizado.....	98
2.6. La integración de los usos y costumbres comerciales a la legislación brasileira	107
3. EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO CONTEMPORÁNEO.....	111
3.1. Cuestionamientos al formalismo positivista	111
3.2. La constitucionalización del derecho y el renovado Estado Constitucional	116
3.3. Convergencias y divergencias en torno a la doctrina del neoconstitucionalismo.....	124
3.4. La pluralidad de métodos de interpretación jurídica: algunas incidencias.	132
3.5. La recepción del constitucionalismo en la legislación brasileira y sus implicancias en el derecho privado	138
3.6. Contrariedades en la interpretación principiología del derecho privado ..	145
4. LA DINÁMICA DEL DERECHO COMERCIAL Y SUS POSIBLES CONVERGENCIAS CON TEORÍAS REALISTAS.....	149

4.1. Particularidades del derecho comercial que obligan a revisar teorías realistas para su interpretación	149
4.2. La rigidez del formalismo norteamericano	152
4.3. Surgimiento y consolidación de la escuela realista norteamericana	155
4.4. La senda de Holmes y la ingeniería social de Pound.....	160
4.5. La dinámica propuesta del Realismo Jurídico	164
4.6. La justificación de las decisiones judiciales en un contexto "realista"	167
5. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y EL DERECHO COMERCIAL CONTEMPORÁNEO.....	174
5.1. El Derecho y la Economía: la indisociable sociedad.....	174
5.2. La expansión del Análisis Económico del Derecho.....	178
5.3. Las variantes en el estudio del Derecho y la Economía: la vertiente positiva y la vertiente normativa	181
5.4. Los principales presupuestos del Análisis Económico del Derecho: racionalidad, eficiencia y normas como mecanismos de incentivos	184
5.4.1. La racionalidad económica en el contexto jurídico.....	185
5.4.2. El problema conceptual sobre la eficiencia.....	189
5.4.3. Las normas jurídicas como mecanismos de incentivos y las externalidades.....	193
5.4.4. Los costos de transacción.....	195
5.5. Consideraciones sobre el consecuencialismo en la aplicación de la ley... ..	197
5.6. Una propuesta a partir de la definición de eficiencia de la escuela de <i>New Haven</i>	201
5.7. Los contratos comerciales: críticas a partir del Análisis Económico del Derecho a posturas interpretativas en el derecho brasileño	205
CONCLUSIONES	223
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	229

INTRODUCCIÓN.

La Teoría General del Derecho tiene dos funciones claramente diferenciadas, por un lado intenta demostrar descriptivamente estructuras de razonamiento que están presentes y son aplicadas por quienes actúan en el entorno jurídico - muchas veces sin tener conocimiento exacto al respecto -; y por el otro, someter estos razonamientos a juicios con el fin de justificarlos o impugnarlos en base a modelos de razonamientos que los propios autores consideran suficientes y adecuados para continuar con sus actividades jurídicas-intelectuales.

El derecho comercial, entendido como aquella rama del derecho privado que se dedica a interpretar los actos y convenciones que son obra de los particulares, asienta su actuación en el respeto a la autonomía de la voluntad humana y en el velar por la ejecución leal de los compromisos contraídos.

En materia comercial, en el mundo occidental, actualmente se distinguen cuatro tipos de legislaciones:¹ (i) la del Reino Unido, donde no se cuenta con un Código Comercial, siendo las actividades comerciales disciplinadas por un conjunto de leyes (*statutes*), el *common law*, convenciones constitucionales y la práctica. (ii) La de Italia, donde, a partir de 1942, la materia comercial es regida por el Código Civil, existiendo también leyes especiales sobre sociedades anónimas, falencias, etc. (iii) La que rige en la mayoría de países de Europa Occidental y de América del Sur, donde se cuenta con un Código Comercial y también con leyes especiales sobre sociedades económicas, mercado de

¹ LOBO, Jorge. Publicização do Direito Comercial. In: COELHO, Fabio Ulhoa e outros. *Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial*, p. 52,53. Por su parte Olavarría Ávila clasifica las legislaciones comerciales conforme a tres categorías: (i) *Grupo latino*, inspirados en el Código de Comercio francés de 1807, entre estos se encuentran los Códigos de España, Bélgica, Italia, Chile, Argentina, Portugal, Holanda, etc. (ii) *Grupo germánico*: inspirados en el Código Alemán de 1900, entre los que se enmarcan los Códigos de Alemania, Polonia, Rumania, Hungría, Suiza, Turquía, Bulgaria, Japón, etc. (iii) *Grupo Anglo-sajón*: compuesto por países donde rige el "*common law*": Gran Bretaña y sus dominios y los Estados Unidos de Norteamérica. (OLAVARRÍA ÁVILA, Francisco. *Manual de Derecho Comercial*, p. 157).

capitales, falencias, etc. (iv) La de Francia, donde se tiene el Código de Comercio dividido en nueve libros, este texto trata de toda la materia comercial en general.

Los primeros actos de intercambio comercial en la edad antigua, así como su ascenso vertiginoso durante la edad media, permitieron delinear los primeros contornos del derecho comercial. Esta rama, por sus orígenes consuetudinaria y por las constantes transformaciones por las que atraviesa la sociedad, presenta entre sus características el *cosmopolitismo*, referido a la necesidad de intercambio entre los pueblos que sirve como base para la práctica comercial, siendo esta característica la que hizo que surgieran los usos y costumbres comunes a todos los comerciantes independientemente de su nacionalidad;² el cosmopolitismo también hizo posible que las principales instituciones del Derecho comercial como la letra de cambio, sociedades por acciones, la contabilidad, sean aceptadas por todos los países, siendo regulados en sus ordenamientos internos sin diferencias relevantes.

Otro aspecto, inherente e indisoluble al derecho comercial es la *onerosidad*, pues el objetivo del comerciante es la obtención de lucro, no se puede concebir actividad comercial gratuita.³ Este elemento es sumamente importante ya que está representado por la remuneración al profesional por sus actividades. La onerosidad también permite que esta actividad genere tributos.

El *informalismo* es otra de sus características. Como la actividad comercial es dinámica, los formalismos de la vida civil dificultarían la concretización de las transacciones mercantiles; esa agilidad del comercio obligó a cambiar el formalismo por la buena fe objetiva.

² Actualmente, por cuenta de esta característica, existen diversos tratados internacionales que buscan uniformizar las prácticas comerciales más utilizadas. Es el caso, por ejemplo, de la Convención de Ginebra que crea una ley uniforme para la letra de cambio y la nota promisorio, la Convención de Varsovia, que busca uniformizar las normas relativas al transporte aéreo internacional, o La Convención de Viena sobre compra y venta internacional de mercaderías (CISG), que entró a regir en Brasil a inicios del año 2014.

³ Al respecto Garo explica: "la finalidad principalísima del comercio es obtener una ganancia, utilidad o lucro es algo axiomático. De no ser así, no sería comercio, sino cualquier otra cosa". (GARO, Francisco. *Derecho comercial. Parte general*, p. 9)

El derecho comercial no se encuentra comprendido en un único texto, su contenido se encuentra dividido en diversas leyes especiales independientes unas de las otras.⁴ Estas a su vez comparten espacio con los usos y costumbres y el resto de fuentes del derecho, esto conlleva a que esta rama sea *fragmentaria*.

Finalmente, el derecho comercial actual es *progresivo*; ya que no conserva su fisonomía inicial ni su estructura originaria; con el transcurrir del tiempo ha sufrido diversas modificaciones; de igual forma se han creado reglas jurídicas nuevas que puedan ser compatibles con los progresos experimentados en la sociedad.⁵

Todas estas características inherentes a las relaciones comerciales, actualmente se ven afectados por dos procesos claramente diferenciados que alteran las estructuras de los ordenamientos jurídicos en los estados contemporáneos.

Por un lado un proceso de ámbito estatal llamado constitucionalización del derecho donde el poder político es sometido al derecho. Por el otro, de signo relativamente opuesto, un proceso de globalización, el cual debilita la estructura del Estado, ya que supone el sometimiento del poder político al económico y su ámbito. Ambos procesos, aparentemente no complementarios, constituyen el escenario donde viene actuando el derecho contemporáneo.

La Constitucionalización del derecho que se viene consolidando durante los últimos años en nuestro continente, requiere algunas premisas básicas para su implantación entre ellas la modificación del clásico Estado Liberal hacia un Estado Social donde, tanto la libertad, como la propiedad y otros principios fundamentales se orienten hacia un fin determinado: la dignidad de la persona.

⁴ Como es el caso de las leyes relativas a las sociedades comerciales, las relativas a la quiebra y reestructuración empresarial, a los títulos de crédito, a las obligaciones y contratos mercantiles, etc.

⁵ Por ello la evolución siempre rápida y constante del derecho mercantil, muy diferente a lo que sucede con el derecho civil. (OLAVARRÍA ÁVILA, Julio. *Manual de Derecho Comercial*, p. 61).

El ordenamiento jurídico brasileño adoptó claramente esta posición, la cual se refleja tanto en su Constitución Política de 1988 como en el resto de sus principales leyes. El Código Civil brasileiro de 2002 no es la excepción. Este código unificador del derecho privado, al igual que el Código Civil italiano de 1942, introdujo al derecho comercial dentro de su ámbito regulatorio con el título de Derecho de Empresa. A raíz de su *constitucionalización*, todos los institutos del derecho privado que conforman el código civil - propiedad, contrato y ahora empresa - deben ser interpretados en conformidad con lo establecido en la Constitución.

La constitucionalización del derecho, propició que teorías clásicas que buscaban identificar el contenido de una norma y prever la forma como es aplicada o interpretada, sean revisadas en base a este nuevo paradigma.

Esta interpretación no es tranquila y por lo general su utilización genera debates interesantes, pues los sistemas judiciales de los países que optaron por estos procesos basan sus actuaciones en teorías para la interpretación y aplicación de las normas donde, según algún criterio de justicia pretensiosamente racional y no voluntaria, elaboran justificativas teóricas y abstractas para la flexibilización de la ley en compatibilización con principios de contenido hasta cierto punto indeterminado.

Esta metodología torna inseguras las relaciones jurídicas comerciales, lo que conlleva al incremento de los costos de transacción que repercute en las arcas de los agentes económicos. Por lo tanto, resulta necesario, cuestionar los criterios que utiliza el legislador o el juzgador cuando crea, aplica o interpreta una norma comercial. Ello considerando el carácter no estático del Derecho Comercial, pues su transformación hasta alcanzar su contenido actual fue el resultado de una serie de factores económicos y políticos que se fueron dando, a lo largo de la historia, paralelamente al apareamiento de nuevas técnicas de comercialización.

En esa búsqueda, se ha tratado de encontrar una justificativa *ius filosófica* que sirva como base para la elaboración y aplicación de las normas comerciales, considerando la peculiaridad de su contenido y el entorno en el que actúan.

Nuestro trabajo tiene como objetivo sentar las bases para la elaboración de un marco teórico general para el derecho comercial, considerando sus instituciones y organizaciones, así como el fin al que estos deben estar orientados – reducción de costos.

Consideramos que este objetivo puede ser alcanzado si la teoría general que proponemos se asienta en el análisis económico del derecho, pues esta corriente contribuye significativamente para la comprensión de fenómenos sociales y auxilia en la toma racional de decisiones jurídicas.

Destacando las alteraciones teórico-prácticas, fruto de los nuevos enfoques del análisis económico del derecho, estas variantes, basadas en métodos de las ciencias económicas, proveen técnicas que pueden auxiliar al jurista a identificar, prever y explicar las consecuencias sociales de las decisiones asumidas *ex ante* y *ex post*.

Así, en principio, consideramos que el consecuencialismo que postula esta corriente, debe estar presente al aplicar o interpretar el conjunto de normas que regulan el Derecho comercial. Esta propuesta, obliga a inmiscuirnos en dos intervalos normativos: la producción primaria o legislativa y la producción secundaria que se desarrolla en sede jurisdiccional.

Las normas (comerciales o no), son las estructuras que limitan el poder de elección del agente, induciendo o desestimulando comportamientos,⁶ lo que conlleva a que estas, conjuntamente con la tecnología utilizada, modifiquen los costos de transacción afectando, positiva o negativamente la eficiencia

⁶ North las define como “las reglas de juego en una sociedad o, más formalmente, son las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana. Por consiguiente, estructuran incentivos en el intercambio humano, sea político, social o económico”. (NORTH, Douglass. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, p. 13).

económica.⁷ La existencia de esas reglas del juego – instituciones – al mismo tiempo que preestablecen reglas de conductas deseables o indeseables, conceden al sistema económico mayor previsibilidad.

Las reglas del juego, como una forma de imposiciones creadas por los humanos; se dividen en dos categorías, las instituciones formales y las instituciones informales. Las formales son aquellas que derivan de la estructura política del Estado, expresadas en las constituciones, leyes, códigos y otras iniciativas oficiales. Las informales son de diversas órdenes, como aquellas que derivan de los usos y costumbres, de la tradición y también de las normas auto-impuestas.

Las instituciones formales son el resultado de la elección deliberada de los actores. Por su parte, las informales son halladas en el día a día del comportamiento social de los individuos e incorporadas por procesos muchas veces no percibidos. Esta diferencia también es útil para entender la mudanza institucional.⁸

Las instituciones formales, en base a la jerarquía que mantienen cada uno de sus componentes (constitución, leyes, reglamentos y todo derecho escrito), deciden la estructura formal de derechos en el seno de un intercambio específico. Sin embargo, estas normas no consiguen regular completamente determinadas relaciones, allí las limitaciones informales, como la reputación, las normas de conducta aceptadas, los acuerdos y los convenios, tendrán a su cargo papeles principales en el convenio real. Esta interrelación, como explica North, hace que las instituciones formales e informales “constituyan una red interconectada que

⁷ Otro elemento sumamente importante en la determinación de los costos de transacción, son los costos de la información. En ese sentido se recomienda ver: NORTH, Douglass. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, p. 43.

⁸ Al respecto se recomienda revisar: AGUIRRE, Basilia y SZTAJN, Rachel. Mudanças institucionais. In: ZYLBERSZTAJN, Decio y SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito & Economia. Análise Económica do Direito e das Organizações*, p. 238-243.

mediante diversas combinaciones da forma a conjuntos de elección en varios contextos”.⁹

La ley, como institución formal que modera el comportamiento de los agentes y los conduce a objetivos socialmente deseados, asume un papel útil que busca corregir las fallas del mercado y crear un escenario donde se presuponga la existencia y funcionamiento de un mercado perfecto.¹⁰ En este sentido, como explican Cooter y Ulen, la ley asume dos enfoques; la primera denominada *teorema normativo de Coase*, que afirma que la ley debe estructurarse de tal forma que elimine los impedimentos para los acuerdos privados; y una segunda posición denominada *teorema normativo de Hobbes*, la cual indica que la ley debe tratar de minimizar el daño que ocasionaron las fallas del acuerdo privado.¹¹

Si las instituciones son las reglas de juego impuestas, que buscan la reducción de costos que derivarían de la libre acción maximizadora de los agentes frente a la racionalidad y al mercado imperfecto,¹² las organizaciones son “la representación de una construcción social en torno a la que individuos se agrupan con el objetivo de cumplir metas comunes”,¹³ definidas también como los jugadores, a quienes cabrá valerse de las oportunidades que las reglas de juego otorgan.

Estos grupos de individuos unidos por un propósito común pueden adoptar diversas modalidades: políticas, conformado por partidos políticos, el concejo municipal, los cuerpos reguladores, etc.; también pueden ser económicas,

⁹ NORTH, Douglass. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, p. 85,93.

¹⁰ PINZÓN CAMARGO, Mario. *Aproximaciones al Análisis Económico del Derecho*, p. 81.

¹¹ COOTER, Roberth y ULEN, Thomas. *Derecho y economía*, p. 128,129.

¹² Es así como North justifica la existencia de las instituciones. No obstante, otros autores exponen posiciones relativamente disimiles; así, “Existem três visões básicas a respeito: em primeiro lugar, há o entendimento de que instituições são produto da ação deliberada na busca da eficiência, visão não corroborada pela Nova Economia Institucional; em segundo lugar, há a percepção de North, de que instituições existem, principalmente, para reduzir a incerteza nas relações sociais e, finalmente, existe uma concepção, que aparece principalmente em Williamson, de que as instituições desempenham importante papel no que se refere à redução do conflito potencial existente na maioria, senão em todas, as relações sociais”. (AGUIRRE, Basilia y SZTAJN, Rachel. Mudanças institucionais. In: ZYLBERSZTAJN, Decio y SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito & Economia. Análise Económica do Direito e das Organizações*, p. 236,237).

¹³ PINZÓN CAMARGO, Mario. *Aproximaciones al Análisis Económico del Derecho*, p. 73.

formado por empresas, sindicatos, granjas familiares y cooperativas; sociales, conteniendo iglesias, clubs, asociaciones deportivas, etc.; y educativas, donde se incluyen las escuelas, universidades y centros de capacitación.

Es por ello que – como señala North – la teoría de las instituciones “está edificada partiendo de una teoría de la conducta humana combinada con una teoría de los costos de negociación. Cuando las combinamos podemos entender por qué existen las instituciones y qué papel desempeñan en el funcionamiento de la sociedad”.¹⁴

Las instituciones, al ser normas de comportamiento impuestas en un acuerdo orientado a la eficiencia, interfieren en las organizaciones. Por otro lado, como las organizaciones están compuestas por grupos de personas; estas interfieren en el proceso político tanto cuando eligen a sus representantes, como cuando, directamente por medio de estrategias producen efectos en el ámbito interno de los poderes constituidos (como el *lobby*). En consecuencia, existe una dupla influencia: de las instituciones en las organizaciones y de estas últimas en las instituciones.

Esta relación bimodal entre instituciones y organizaciones se concreta porque “organizaciones e individuos se acogen a los parámetros de comportamiento que establecen las instituciones, bien sea formales o informales, con el objetivo de disminuir los costos de transacción asociados con la incertidumbre y el costo del cálculo racional, para dar respuesta a los procesos de toma de decisiones”.¹⁵

Sin embargo, las instituciones no siempre son creadas con el objetivo de ser socialmente eficientes, sino, el fin de su creación por lo general es “servir los intereses de quienes tienen el poder de negociación para crear nuevas reglas”.¹⁶ Esta observación resulta preocupante, pues el derecho, al crear normas que

¹⁴ NORTH, Douglass. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, p. 43.

¹⁵ PINZÓN CAMARGO, Mario. *Aproximaciones al Análisis Económico del Derecho*, p. 74.

¹⁶ NORTH, Douglass. Desempeño económico en el transcurso de los años. In: *Economía: Teoría y práctica* N° 09, p. 130.

regulen las relaciones entre individuos, “deverá levar em conta os impactos econômicos que delas derivarão, os efeitos sobre a distribuição ou alocação dos recursos e os incentivos que influenciam o comportamento dos agentes econômicos privados”.¹⁷

Así, considerando la relación entre instituciones, costos de transacción y eficiencia, traemos a colación la reflexión de North: “

en los países del Tercer Mundo, los sistemas telefónicos que no funcionan, la dificultad o imposibilidad de conseguir partes de repuesto, las interminables interrupciones en la producción, las largas filas, el tiempo de espera para conseguir permisos y la variabilidad del producto son evidencias abrumadoras de que no existe una eficiente estructura institucional.¹⁸

Resulta importante para el derecho comercial, traer a colación la teoría de las instituciones, pues al adoptarse la premisa de que las organizaciones interfieren en las instituciones, sean estas formales e informales, en un constante proceso de *adecuación* de estructuras que interferirán en la promoción de conductas, lo que se debe buscar es que estas faciliten las relaciones negociales y disminuyan las incertezas, propiciando una reducción de los costos de transacción, actuando de forma auxiliar al desarrollo económico.

En base a lo explicado, en el presente trabajo se analizarán las instituciones – formales e informales – que regulan el derecho comercial contemporáneo, verificando si estos cumplen o no los presupuestos establecidos por el A.E.D. De no ser así, se buscará establecer pautas necesarias que auxilien al creador y aplicador del derecho a conseguir un actuar eficiente por parte de los operadores que se refleje en un bienestar social.

En el primer capítulo, revisaremos la evolución del derecho comercial, para ello, en un inicio destacamos la importancia de los usos y costumbres como pautas reguladoras del comercio, las mismas que antes de la consolidación de los

¹⁷ ZYLBERSZTAJN, Decio y SZTAJN, Rachel. Análise Económica do Direito e das Organizações. In: ZYLBERSZTAJN, Decio y SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito & Economia. Análise Económica do Direito e das Organizações*, p. 3.

¹⁸ NORTH, Douglass. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, p. 95.

Estados Modernos, reglaban eficientemente la práctica mercantil. Estos usos, al ser considerados por los agentes, impositivos, creaban condiciones para la realización de las actividades de intercambio, disminuyendo la posibilidad de incumplimiento del contrato y de litigios. La impositividad, aquella época, no derivaba del ejercicio de la fuerza del Estado, sino de la posibilidad de exclusión del comerciante de su grupo, riesgo impuesto con la finalidad de cohibir desvíos. Algo similar a lo que viene sucediendo en la actualidad, donde la *nueva lex mercatoria* viene imponiéndose como una especie de *soft law* que pretende regular el comercio desvinculada de los Estados.

Con los Estados asumiendo el monopolio de la Ley y de su aplicación, muchas de estas instituciones informales fueron incorporadas a diplomas normativos, especialmente códigos, teniendo a partir de este momento preponderado la búsqueda por la formulación de las instituciones formales.

Partiendo de la codificación napoleónica, se realizará una revisión histórica crítica de las normas comerciales, destacando el significado de la codificación en el contexto en el cual fue elaborado.

Asimismo, se abordará el proceso de “descodificación”, el cual marcó el inicio de un segundo momento originado por la dinámica con la que viene actuando el derecho – principalmente el comercial -, especialmente desde la segunda mitad del siglo pasado.

El abandono de la teoría de los actos de comercio y la posterior adopción de la teoría de la empresa es otro momento determinante en el desarrollo del derecho comercial, pues esto significó la inclusión en el código civil vigente, de las normas que regulan las actividades empresariales, siendo este uno de los temas que ha traído mayor discusión a estudiosos y juristas.

Un momento final por el que atraviesa el – ahora -, derecho empresarial brasilero, es sin duda la cuasi-inminente promulgación de un código comercial, esto nos obliga a detenernos en esta etapa para, en consonancia con nuestro entendimiento, pasar a analizar el proyecto de este nuevo cuerpo normativo.

En el capítulo segundo, revisamos la internacionalización del derecho, fenómeno que se viene consolidando a partir de la globalización comercial que predomina en nuestra sociedad. Tanto la globalización, como la propia internacionalización del ordenamiento jurídico obligaron a revisar los clásicos postulados donde se asentaba el derecho siglos pasados.

El abandono de la noción tradicional de sistema jurídico y de la jerarquía de sus normas es uno de los reflejos de este fenómeno. A raíz de ello, los nuevos sujetos comerciales, como los organismos internacionales, los grupos de empresarios y las empresas en si, adquirieron mayor trascendencia. Esto se refleja con el surgimiento de la nueva *lex mercatoria*, entendiéndose este, como un ordenamiento paralelo que goza de bastante aceptación entre la comunidad mercantil, justamente por la eficiencia que desbordan sus reglas. Claro esta, existe otro grupo que considera nada beneficiosa para la sociedad, el poder adquirido por estos sujetos y por ende, la trascendencia de sus reglas.

No obstante, es innegable la importancia que adquirieron figuras creadas por los comerciantes y sistemaizadas por sus gremios, las cuales son fundamentales para el desarrollo del comercio, especialmente en su entorno global.

Como el objetivo de nuestro trabajo, es sentar las bases para la elaboración de una nueva teoría general para el derecho comercial, en el tercer capítulo revisamos las tradicionales corrientes del pensamiento jurídico occidental y específicamente de la filosofía jurídica contemporánea, enfatizando nuestro estudio en el neoconstitucionalismo.

Para ello, en un inicio analizaremos el proceso que consolidó la constitucionalización del ordenamiento jurídico, cuales fueron sus presupuestos y la evolución del estado de derecho. Asimismo, considerando las características del derecho privado, se realizará un análisis crítico al proceso que culminó con su constitucionalización.

Actualmente las teorías que gozan de mayor aceptación por parte de creadores y/o aplicadores del derecho son el racionalismo y el empirismo. El primero de ellos concibe el derecho como norma, por su parte el empirismo lo concibe como un hecho.

Dentro de los racionalistas, rescatando sus diferencias, se encuentran autores como Kelsen, Bobbio, Bulygin y Hart. Asimismo, dentro de este grupo, pero manteniendo un posicionamiento antagónico se ubican Atienza, Nino, Calsamiglia, Zagrebelsky, Dworkin, Aarnio y Alexy.

Por otro lado, los empiristas tienen entre sus principales representantes a los realistas jurídicos y sus precursores como el segundo Jhering, Holmes o Pound, y algunos de sus herederos como Posner y Leiter. Esta corriente – realismo jurídico – será desarrollada en el tercer capítulo.

En este capítulo, luego de revisar el desarrollo histórico del realismo y examinar brevemente las principales tesis de sus representantes, se escudriñará en las características de esta corriente, y de su antagónica – el formalismo –, para luego sacar a la luz aspectos que demuestren sus deficiencias o virtudes cuando pretenden ser utilizados para examinar una relación jurídica comercial.

Todo ello considerando que tanto las teorías racionalistas cuanto las empiristas, deben permitir al aplicador o creador del derecho cumplir su función sin sacrificar la esencia de las actividades comerciales. En tal sentido, consideramos que el análisis económico del derecho puede tener un rol fundamental en esta tarea.

El último capítulo inicia describiendo las características más resaltantes del AED, en base a ello, se destaca el surgimiento de vertientes relativamente nuevas con características propias, las cuales vienen mudando la visión “clásica” que se tenía (y que algunas regiones aún mantienen) de esta corriente .

En un segundo momento pretendemos relacionar estas nuevas vertientes con lo establecido en la legislación brasilera, en especial, con los principios

constitucionales. De esta manera, tratar de adecuar criterios interpretativos diversos, en base a un objetivo común como es el crecimiento del comercio.

Finalmente, nos centramos en el contrato comercial, para explicar como debe realizarse el entendimiento y la interpretación de esta institución tan representativa del derecho comercial. Es decir, como esta nueva teoría general para el derecho comercial, debe ser utilizada cuando se está frente a una relación comercial.

Para concluir, debemos indicar que este no pretende ser un trabajo enmarcado dentro del derecho comparado, optamos por el ordenamiento jurídico brasileño como objeto de nuestro trabajo, porque consideramos que este es uno de los pocos, en nuestro continente, donde, por un lado, es más palpable el proceso de constitucionalización del derecho, y por el otro, es evidente el crecimiento del comercio como resultado de la globalización. Siendo así, las opiniones y conclusiones vertidas en esta investigación tendrían asidero en cualquier ordenamiento jurídico que reúna características similares.

1. EVOLUCIÓN DE LAS INSTITUCIONES QUE REGULAN LA ACTIVIDAD COMERCIAL.

1.1. USOS, PRÁCTICAS Y COSTUMBRES DEL COMERCIO.

Si bien el derecho comercial es una subdistinción del derecho privado, esta rama no está compuesta exclusivamente por normas de esta especie,¹⁹ en esta materia, “el monopolio del Estado en la elaboración del derecho ha cedido lugar a un sistema distinto que admite, más allá de la ley, otras fuentes no estatales de derecho”.²⁰ En consecuencia, el derecho comercial actual no comprende solamente el derecho legislado (código civil y leyes especiales), una de sus principales fuentes son los usos y las costumbres comerciales.²¹

A pesar de ser consideradas fuentes secundarias en relación al derecho legislado, ya que el Derecho consuetudinario ha quedado relegado a segundo plano por obra del legislador,²² mantienen un rol destacado en la regulación de la materia mercantil “dado o carácter dinâmico deste, a natureza professional das atividades em que se projeta e a natural lentidão com que o sistema legal responde às novas realidades”.²³ Además, “la imposibilidad de que los Códigos Mercantiles, incluso los más perfectos, llenen las exigencias siempre nuevas del

¹⁹ ASCARELLI, Tullio, *Panorama do Direito Comercial*, p. 4.

²⁰ GALGANO, Francesco. *La globalización en el espejo del derecho*, p. 46. Ver también: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A nova Lex mercatoria como fonte do Direito do comércio internacional: um paralelo entre as concepções de Berthold Goldman e Paul Lagarde. In: FIORATI, Jete Jane y MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Novas vertentes do Direito do comércio internacional*, p. 186.

²¹ SCHMIDT, Karsten. *Derecho Comercial*, p. 18,19. En el mismo sentido ver: FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos contratos empresariais*, p. 114. GARO, Francisco. *Derecho Comercial. Parte general*, p. 48. OLAVARRÍA ÁVILA, Julio. *Manual de Derecho Comercial*, p. 62. Al respecto Heinsheimer afirma: “Así aparece el Derecho de los comerciantes, sobre todo en su fase originaria, como fundamentalmente consuetudinario, incluso en aquellos países en que el Derecho civil ha sido ya objeto de codificación, cual sucede en todos los que se inspiraron en el Derecho romano” (HEINSHEIMER, Karl. *Derecho mercantil*, p. 03). Por su parte, Marzorati aclara que el sistema legal argentino no reconoce a la costumbre como fuente del derecho. “Los usos y costumbres no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieren a ellos (art. 17 C. Civil argentino)”. Asimismo, el autor argentino agrega: “No obstante ello, nuestro sistema legislativo no eleva a los usos y costumbres comerciales a la categoría de fuente material, hasta la ratificación de la Convención sobre Normas Uniformes para la Compraventa Comercial de Viena de 1980, que elevan a las costumbres o el uso, allí definidos, a la categoría de fuente de derecho”. (MARZORATI, Osvaldo, *Derecho de los negocios internacionales*, p. 12,13).

²² HEINSHEIMER, Karl. *Derecho mercantil*, p. 11.

²³ BERTOLDI, Marcelo y RIBEIRO, Márcia Carla. *Curso avançado de direito comercial*, p. 48.

comercio, hace que el uso siga conservando un importante papel como fuente del Derecho mercantil moderno”.²⁴

Los usos comerciales surgen espontáneamente cuando el hábito de un comerciante es transferido a otros, quienes lo adoptan convirtiéndolo en regla para ese grupo, estos, en un inicio son locales, luego regionales y finalmente usos internacionales.²⁵

Garo, define a los usos como “la repetición constante, conciente y continuada de actos voluntarios, ya sea por parte de los individuos – individuales – , ya por una colectividad – generales o costumbres jurídicas –.”²⁶ Los usos de los mercaderes se tornan reglas implícitas de la relación jurídica para la cual nacieron, solo si son una práctica uniforme, constante y por un periodo de tiempo.²⁷

Al nacer espontáneamente de la praxis comercial, los usos y costumbres pasan por una “selección natural”, de tal forma que se imponen y prevalecen aquellas que tienden a resolver con mayor eficiencia los problemas adaptándose al funcionamiento del mercado. En razón a ello se configura un repertorio de experiencias bien sucedidas que permiten una mayor previsibilidad en el comportamiento de los participantes de la relación comercial, transformando el mercado en un repositorio de “memorias de jugadas”.²⁸

Las reglas nacidas de la práctica comercial fueron denominadas *Lex Mercatoria o ius mercatorium*, un derecho de los comerciantes o de profesionales desvinculados de las normas legales del Estado.²⁹

Durante la Edad Media estos usos y prácticas conformaron un verdadero derecho “paraestatal” que hacía parte de la pluralidad de fuentes que

²⁴ URÍA, Rodrigo, *Derecho mercantil*, p. 15.

²⁵ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, p. 53.

²⁶ GARO, Francisco. *Derecho Comercial. Parte general*, p. 48.

²⁷ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, p. 53,54.

²⁸ FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos contratos empresariais*, p. 116.

²⁹ MAGALHÃES, José Carlos de y TAVOLARO, Agostinho Tofoli. Fontes do Direito do comércio internacional: a lex mercatoria. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Direito do comércio internacional. Aspectos fundamentais*, p. 58, ver también: GALGANO, Francesco. Lex Mercatoria. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Económico e Financeiro*, nº 129, p. 224. MELO, Jairo Silva. *Contratos Internacionais e cláusulas hardship*, p. 37.

caracterizaba al derecho medieval. Recordando que fue en este periodo cuando el Derecho comercial adquirió su configuración como ente jurídico autónomo,³⁰ “diferenciado de la ley civil tanto en lo que respecta a los términos de las relaciones jurídicas que disciplina, como a la fisonomía de su estructuración total, su metodología, etc.”.³¹

La separación entre el Derecho civil y el comercial, se dio por el surgimiento y consolidación de las prácticas comerciales³² a partir de la construcción de institutos nacidos de la insuficiencia del derecho común y del rechazo de los comerciantes a las normas del Derecho Canónico que inviabilizaban el ejercicio del comercio, (este se basaba en fundamentos del cristianismo originados en su mayoría en el Antiguo Testamento hebraico), pues este último contenía diversas prohibiciones, entre ellas vetaba el cobro de intereses y las ganancias derivadas del intercambio.³³

Asimismo, otro obstáculo que frenaba el desarrollo del comercio fue la preeminencia del feudo agrario. Como la vida económica medieval giraba en torno a la tierra, el cultivo de la tierra para el campesino consagraba una especie de servidumbre hacia el terreno donde trabajaba, “era servo da gleba”, por su parte el *status* del señor feudal estaba sentado en el feudo agrario. En ese contexto, el surgimiento de la clase burguesa, urbana, libre de vínculos de vasallaje y clientela, exigía la construcción de un nuevo derecho que regule tanto las actividades personales y familiares cuanto sus actividades económicas.³⁴

En líneas generales, el periodo medieval presentaba características contrarias al crecimiento del comercio,³⁵ predominaba la inseguridad jurídica y

³⁰ MEDINA VERGARA, Jairo. *Derecho Comercial. Parte general*, p. 8. En el mismo sentido ver: DE SOLÁ CAÑIZARES, Felipe. *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, p. 18. OLAVARRÍA ÁVILA, Julio. *Manual de Derecho Comercial*, p. 65.

³¹ GARO, Francisco. *Derecho Comercial. Parte general*, p. 14.

³² BLANCO CONSTANS, Francisco. *Estudios elementales de Derecho Mercantil*, p. 76.

³³ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. O futuro do direito comercial no Brasil. In: *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*, n° 153/154, p. 17,18.

³⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *A civilização capitalista*, p. 76,77.

³⁵ Justamente la *lex mercatoria* surgió como respuesta a los derechos feudales, que con sus innumerables privilegios entrababan las relaciones comerciales de la época. (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A nova Lex mercatoria como fonte do Direito do comércio internacional: um paralelo

social, el Estado Medieval - cuya concepción era diferente a la del Estado Moderno - era débil, tanto por la pluralidad de fuentes del derecho, por la influencia de la iglesia en todos los sectores de la sociedad y por la carencia de producción normativa por parte del Estado.

El insuficiente poder coercitivo del Estado, agregado a la carencia de estructura y la falta de estímulo para el desarrollo de actividades económicas comprometían el desarrollo del comercio, llegando incluso a prever la extinción de la clase mercantil en el Medievo, pues no existían las condiciones mínimas para el desarrollo de sus actividades.³⁶

Este escenario desfavorable para la actividad mercantil, hizo necesaria la actuación urgente de los hombres de negocios, quienes empezaron a reunirse en las corporaciones de oficio, donde compartían sus experiencias, métodos y sus costumbres.³⁷ Fue en las ciudades donde los comerciantes se organizaron con fines netamente mercantiles, con ello “rindieron un inmenso servicio a la ciencia del derecho comercial, pues perfeccionaron e inventaron instituciones que subsisten aún en nuestros tiempos”.³⁸

Las corporaciones conocidas como *guildas*,³⁹ tenían entre sus objetivos auxiliar a sus miembros, en principio ordenándolos en grupos (herrereros, sastres, boticarios, comerciantes, etc.); para luego, elaborar y aplicar reglas deontológicas (leyes y estatutos) y sus respectivas sanciones. Las *guildas* imponían penas pecuniarias, e incluso, por la gravedad de la conducta de sus miembros, estos

entre as concepções de Berthold Goldman e Paul Lagarde. In: FIORATI, Jete Jane y MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Novas vertentes do Direito do comércio internacional*, p. 187).

³⁶ ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. *Codificação e não codificação: do paradigma moderno ao direito de empresa*, p. 51,52.

³⁷ GARO, Francisco. *Derecho Comercial. Parte general*, p. 7.

³⁸ DE SOLÁ CAÑIZARES, Felipe. *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, p. 13

³⁹ Las denominaciones de estas agrupaciones, variaban conforme el país donde estaban localizadas; en Italia tenían nombres diversos, en Francia eran llamadas *corps de métier*, con *jurandes* y *maîtrises*; en Alemania e Inglaterra *Ghildes*.

eran expulsados de la localidad, lo que representaba la imposibilidad de ejercer el oficio en esa localidad.⁴⁰

Las corporaciones eran dirigidas por miembros elegidos dentro del grupo, obedecían una *carta de derechos* emitida por el soberano y sus normas y estatutos propios, tenían patrimonio propio constituido por las contribuciones de los asociados, impuestos y multas, además de las contribuciones de miembros de otras localidades que venían a realizar sus actividades a una determinada plaza.⁴¹

Las corporaciones de los comerciantes, gobernadas por los cónsules,⁴² tenían como objetivo restablecer las condiciones para que el comercio vuelva a desarrollarse; eso lo conseguirían retomando su poderío, defendiendo sus intereses y dignidad, y manteniendo el orden y la paz entre sus miembros.⁴³

También se buscaba la unificación de las prácticas de los mercaderes, de tal forma que reglas que eran válidas en determinada región, sean válidas también en otros territorios. Fue así como surgió el derecho de los comerciantes o *ius mercatorum*.⁴⁴ La unificación de estas reglas pretendía dotar de un tratamiento jurídico claro y uniforme para que la clase de los comerciantes tenga la seguridad

⁴⁰ MEDINA VERGARA, Jairo. Derecho comercial. Parte general, p. 9. Ver también: BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos internacionais*, p. 62. Dentro de sus diversas funciones, las siguientes eran las más destacadas: designaban los oficiales que las representarían en las ferias y mercados; establecían sus propios ordenamientos; bregaban por la seguridad de las vías de comunicación y proveían a su mejoramiento; mandaban cónsules al exterior para proteger a sus asociados; cumplían oficios de piedad religiosa y civil; socorrían a los pobres, enfermos y miembros despojados o arruinados; tenían un patrimonio inmobiliario y un depósito para la custodia de las mercaderías; cubrían los gastos con las contribuciones de sus componentes, con donaciones y peajes, los réditos del pesaje público, multas, etc. (GARO, Francisco. *Derecho Comercial. Parte general*, p. 7)

⁴¹ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos internacionais*, p. 62.

⁴² DE SOLÁ CAÑIZARES, Felipe. *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, p. 13. Los cónsules, al tomar posesión de su cargo, leían una declaración de propósitos donde se detallaba la labor que realizarían, así como las reglas y los principios que se proponían poner en práctica. Estos documentos eran archivados en la sede de la corporación, cuando eran numerosos, se les compilaba sistemática y cronológicamente evitando contradicciones. Las compilaciones fueron llamados *Estatutos*. (GARO, Francisco. *Derecho Comercial. Parte general*, p. 13)

⁴³ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos internacionais*, p. 62. Los Cónsules “se encargaban de proteger a los asociados, organizaban y supervigilaban los mercados y las ferias. Además administraban justicia, decidiendo las contiendas que surgían entre los asociados basándose en la equidad solamente”. (OLAVARRÍA ÁVILA, Julio. *Manual de Derecho Comercial*, p. 66).

⁴⁴ ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. *Codificação e não codificação: do paradigma moderno ao direito de empresa*, p. 53,54.

de que las actividades económicas que se realice, será válida y eficaz en otros ámbitos.

La diferencia entre las reglas que conformaban el *ius mercatorum* y aquellas reglas locales, feudales, reales o eclesiásticas, giraban en torno a cinco aspectos fundamentales: (i) Tenían como característica la transnacionalidad, (ii) tenían un origen común basado en la fidelidad a las costumbres mercantiles, (iii) los encargados de su aplicación no eran los jueces comunes, sino los comerciantes por medio de sus corporaciones o de las cortes que se establecían en las grandes ferias, (iv) el proceso era rápido e informal, (v) se enfatizaba la libertad contractual y la decisión de los actos *ex aequo et bono*.⁴⁵

De la misma forma, una de las principales innovaciones en los negocios mercantiles, guarda relación con la nueva formalidad de los contratos, pues estos ya no estaban más revestidos de solemnidades rígidamente formales (celebrados ante el notario o autoridad eclesiástica), sino, tenía preeminencia el consenso, la palabra de los contratantes. En base a ello surgieron nuevas modalidades contractuales como el contrato de seguros, el contrato de cambio, los contratos de crédito, etc.

Asimismo, fue en la Edad Media donde se desarrolló la “*commenda*” y aparecieron instituciones comerciales que hasta hoy tienen vigencia, como las sociedades colectivas, la sociedad en comandita, la letra de cambio, el seguro, los libros de contabilidad y el Registro del comercio.⁴⁶

Estas nuevas modalidades necesitaban una regulación ágil y adaptable a las nuevas circunstancias. Es por ello que las prácticas y usos del comercio nacidas casi todas de su aplicación y uso reiterado entre la sociedad internacional de los comerciantes, adquirieron gran relevancia como reglas que disciplinan el

⁴⁵ MAGALHÃES, José Carlos de y TAVOLARO, Agostinho Tofoli. Fontes do Direito do comércio internacional: a lex mercatoria. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Direito do comércio internacional. Aspectos fundamentais*, p. 59,60

⁴⁶ DE SOLÁ CAÑIZARES, Felipe. *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, p. 14. Ver en el mismo sentido: BLANCO CONSTANS, Francisco. *Estudios elementales de Derecho Mercantil*, p. 76.

derecho comercial.⁴⁷ Estos usos y prácticas mercantiles tradicionales estaban plasmados en los estatutos escritos propios.

Estas figuras nuevas y las técnicas innovadoras, fueron surgiendo conjuntamente con la reapertura del comercio mediterráneo a partir del siglo XII y con el desarrollo periódico de ferias en varias ciudades europeas.⁴⁸

Las ferias tuvieron un papel relevante en diversos campos durante la Edad Media, en el aspecto económico, además de generar riquezas a través del intercambio de materias primas y productos acabados, contribuyeron al desarrollo de actividades bancarias y de cambio, pues

las costumbres adoptadas en aquellas ferias que formaron en su pleno florecimiento un domicilio cambiario para todo el comercio de Europa, un centro habitual para la conclusión y la liquidación de los negocios, contribuyeron grandemente a perfeccionar el derecho de cambio, a tutelar la circulación de las mercancías, a difundir el uso de arreglar las cuentas por medio de compensaciones periódicas y a proteger los derechos de los acreedores con un procedimiento ejecutivo rápido y riguroso (de hora in horam) cuyos beneficios se comunicaron más tarde a todo el comercio.⁴⁹

Los estatutos, las normas y los usos que se creaban y consolidaban en las ferias, formaron un cuerpo doctrinario y jurisprudencial que con el transcurrir del tiempo adquirieron la fuerza de *verdaderas leyes* destinadas a regular las relaciones entre comerciantes.⁵⁰ Estas normas fueron fundamentales para el crecimiento del comercio, así, como señala North: “El crecimiento de formas de intercambio más complejas a fines de la Edad Media e inicios de la Europa

⁴⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A nova Lex mercatoria como fonte do Direito do comércio internacional: um paralelo entre as concepções de Berthold Goldman e Paul Lagarde. In: FIORATI, Jete Jane y MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Novas vertentes do Direito do comércio internacional*, p. 186. Resaltando que la variedad de fuentes del derecho en el orden jurídico medieval reflejaba la no exclusiva función del Estado como ente legitimado para emanar comandos legales.

⁴⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *A civilização capitalista*, p. 78-80. Ver en el mismo sentido: MEDINA VERGARA, Jairo. *Derecho Comercial. Parte general*, p. 8,9. DE SOLÁ CAÑIZARES, Felipe. *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, p. 14.

⁴⁹ MEDINA VERGARA, Jairo. *Derecho Comercial. Parte general*, p. 10.

⁵⁰ GARO, Francisco. *Derecho Comercial. Parte general*, p. 14

moderna fue posible debido a una diversidad de instituciones informales tales como los primeros códigos de conducta mercantil”.⁵¹

Asimismo, el papel de las ferias trascendió lo netamente económico, pues culturalmente las ferias posibilitaban el intercambio de informaciones, conocimientos, costumbres y hábitos entre personas de diferentes grupos.⁵²

También se instituyeron Tribunales de Mercaderes (jurisdicción consular),⁵³ que resolvían las cuestiones surgidas entre los asociados, administrando justicia en base a los usos y costumbres del comercio⁵⁴ y a los estatutos. Excepcionalmente se utilizaban las opiniones de los jurisconsultos.⁵⁵

Los cónsules, que eran los encargados de juzgar las causas comerciales,⁵⁶ buscaban emitir decisiones con rapidez, sin formalidades procesales preestablecidas. La formula tradicional fue “*simpliciter et de plano ac sine strepitu et figura iudicii*”.⁵⁷

La concurrencia de los litigantes a los Tribunales se realizaba sin la presencia de abogados o procuradores. Cuando no era necesario mayor debate para solucionar el conflicto, el magistrado lo resolvía sin mayor trámite, casi de inmediato; su sentencia, por lo general era definitiva, sin embargo, para los casos complejos donde se concedía apelación, este era resuelto por los *sobrecónsules*, que era un tribunal formado por comerciantes elegidos por sorteo. Si existía

⁵¹ NORTH, Douglass. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, p. 61.

⁵² Los comerciantes – explican Magalhães y Tavolaro - “deslocavam-se para as grandes feiras, os grandes mercados e os portos principais, levando, além de suas mercadorias, seus usos e costumes, que foram incorporados às regras das diferentes cidades e portos, adquirindo, em virtude do comercio oceânico, principalmente em Veneza, Genova, Marselha, Barcelona, Amsterdam e as cidades da Liga Hanseática, um verdadeiro caráter cosmopolita”. (MAGALHÃES, José Carlos de y TAVOLARO, Agostinho Tofolli. Fontes do Direito do comércio internacional: a lex mercatoria. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Direito do comércio internacional. Aspectos fundamentais*, p. 59). Ver en el mismo sentido: BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos internacionais*, p. 63.

⁵³ OLAVARRÍA ÁVILA, Julio. *Manual de Derecho Comercial*, p. 66.

⁵⁴ URÍA, Rodrigo. *Derecho Mercantil*, p. 4. *Secundum bonos veteres usos*, explica Blanco Constans (BLANCO CONSTANS, Francisco. *Estudios elementales de Derecho Mercantil*, p. 77)

⁵⁵ GARO, Francisco. *Derecho Comercial. Parte general*, p. 15.

⁵⁶ Eran los jueces de los comerciantes (DE SOLÁ CAÑIZARES, Felipe. *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, p. 13).

⁵⁷ GARO, Francisco. *Derecho Comercial. Parte general*, p. 15. Traducido al portugués: “Mais simples, sem estrépito ou aprimorada forma jurídica”

diferencia entre la sentencia de primera y segunda instancia, el Consejo General de los comerciantes, hacia el papel de tercera instancia, resolviendo en forma definitiva el conflicto planteado.⁵⁸

En las ferias, donde los litigios entre comerciantes eran frecuentes, estos eran resueltos por Árbitros escogidos entre los cónsules o mercaderes más antiguos o prestigiosos de cada grupo o nacionalidad. Ellos administraban justicia en base a la *Lex mercatoria*.⁵⁹ Resulta importante agregar que, el derecho internacional privado mercantil, se gesta a raíz de la extensión de la jurisdicción consular, ya que la jurisdicción de los cónsules se extendían fuera de los límites de las ciudades donde se localizaban las corporaciones, aplicándose también, a pedido de las partes, en las factorías y colonias del extranjero que guardaban dependencia con la corporación principal. Así nació la extraterritorialidad de dicha justicia.⁶⁰

Es por estos acontecimientos que las primeras nociones de derecho comercial surgieron en la Edad Media,⁶¹ como consecuencia de la insuficiencia del derecho común, para satisfacer las necesidades en materia jurídica del comercio de esa época.⁶² Además fue en ese periodo cuando aparecieron y se perfeccionaron instituciones que hasta la fecha se mantienen vigentes.

Las ciudades italianas fueron la cuna del derecho comercial, las primeras *normas* comerciales fueron aquellos usos y costumbres registrados en las *Consuetudines* de Genova (siglo XI), *Consuetudines usos* de Pisa (siglo XII), *Liber consuetudinum* de Milan, etc.⁶³

Tal vez la ausencia principal en este periodo está referida a una aportación científica pues el derecho comercial de esa época no era obra de jurisconsultos, sino, se trataba netamente de un derecho consuetudinario, creado y aplicado por

⁵⁸ GARO, Francisco. *Derecho Comercial. Parte general*, p. 15.

⁵⁹ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos internacionais*, p. 63

⁶⁰ GARO, Francisco. *Derecho Comercial. Parte general*, p. 15,16.

⁶¹ GARO, Francisco. *Derecho Comercial. Parte general*, p. 13.

⁶² MALAGARRIGA, Carlos. *Tratado elemental de Derecho Comercial*, p. 5.

⁶³ GARO, Francisco. *Derecho Comercial. Parte general*, p. 17.

los propios comerciantes,⁶⁴ inspirados para su creación y modificación constante en las exigencias de la poderosa industria que ejercían.⁶⁵

Los primeros estudios que buscaban otorgarle al derecho comercial un carácter científico son encontrados en el siglo XIV, en las obras de Bartolo, Baldo, Bartolomé de Saliceto, Paolo de Castro y Alejandro Tartagna, quienes empezaron a discutir, entre otros temas, la validez de los pactos nudos y de la equidad en materia mercantil, la excepción del Senado consulto macedoniano, la licitud del contrato de cambio, etc.; todo ello en base a preceptos del Derecho romano y del Derecho canónico y valiéndose de fórmulas lógicas romanísticas y escolásticas, en conformidad con lo que pregonaba la filosofía predominante.⁶⁶

1.2. EL DERECHO COMERCIAL EN LA MODERNIDAD.

Siglos después, en la Edad Moderna, el derecho comercial pasó por una gran transformación, debido principalmente a la evolución de los hechos políticos y sociales que sucedían en el mundo civilizado.⁶⁷

A partir del siglo XIV, los preceptos de la Edad Media que se llegaron a imponer, empezaron a ser combatidos como consecuencia de las nuevas formas de entender la ciencia y el derecho. A partir de esa época, el ser humano y su racionalidad conformaban el eje sobre el cual giraba todo el conocimiento.⁶⁸

El nuevo papel que asumió el Estado es fundamental para entender la configuración del derecho comercial en la modernidad y épocas siguientes, pues si bien en el Medioevo, la clase de los mercaderes creó y aplicó su propio derecho por la inercia del Estado como ente regulador, este escenario cambio

⁶⁴ DE SOLÁ CAÑIZARES, Felipe. *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, p. 20. Se trataba de un derecho consuetudinario, profesional y corporativo afirma Malagarriga (MALAGARRIGA, Carlos. *Tratado elemental de Derecho Comercial*, p. 7)

⁶⁵ GARO, Francisco. *Derecho Comercial. Parte general*, p. 14.

⁶⁶ BLANCO CONSTANS, Francisco. *Estudios elementales de Derecho Mercantil*, p. 9,10.

⁶⁷ OLAVARRÍA ÁVILA, Julio. *Manual de Derecho Comercial*, p. 70

⁶⁸ Los Modernos rechazaban los preceptos medievales por considerar que “na Idade Média o ser humano estava privado da luz da razão e era submetido à impostura religiosa que lhe impunha dogmas a serem seguidos e o impedia de extrair a real verdade dos fatos”. Al respecto ver: ALVES, Giovanni Ribeiro Rodrigues. *Codificação e não codificação: do paradigma moderno ao direito de empresa*, p. 30 – 44.

drásticamente en la edad moderna, donde el Estado pasó a ser el único ente legitimado para crear derecho y hacerlo valer.⁶⁹

Tanto en países adheridos al *Common law* como en aquellos donde predominó la Codificación, el Estado asumió esta responsabilidad. Así en Inglaterra, a partir del siglo XVII el uso de la *lex mercatoria* fue restringiéndose, las Cortes del Almirantado y otras Cortes especializadas tuvieron su jurisdicción limitada, la *lex mercatoria*, como prácticas y costumbres comerciales debían ser probadas en cada caso. Lord Mansfield, en el famoso caso Pillans vs. Microp decidió que las reglas de la ley de los comerciantes era materia jurídica que debía ser resuelta por los Tribunales, dejando de ser solamente usos y costumbres. De esta manera pasaron a integrar el *Common law*.⁷⁰

Por otro lado, las legislaciones nacionales continentales mercantilistas promovieron la consolidación del derecho comercial y simultáneamente marcaron el fin de la *lex mercatoria* con la promulgación de los Códigos del siglo XIX.⁷¹ Estos textos incorporaron varios de sus preceptos en sus códigos y leyes, lo que conllevó a tener un cuerpo normativo nada cosmopolita y distante de la realidad.⁷²

A partir de allí, las relaciones comerciales, especialmente las internacionales, y los problemas que de estas derivan, fueron sometidos al derecho nacional de cada país, lo que de cierta forma limitó el desarrollo del

⁶⁹ ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. *Codificação e não codificação: do paradigma moderno ao direito de empresa*, p. 61, ver también: GALGANO, Francesco. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, econômico e financeiro*, n° 129, p. 224. No obstante, debe recordarse que las bases teóricas iniciales de la cultura jurídica monista se pueden encontrar en obras de autores como Hobbes y en el desarrollo del Estado-Nación unificado. (WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito*, p. 185).

⁷⁰ MAGALHÃES, José Carlos de y TAVOLARO, Agostinho Tofolli. Fontes do Direito do comércio internacional: a *lex mercatoria*. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Direito do comércio internacional. Aspectos fundamentais*, p. 60.

⁷¹ Al respecto, explica Blanco Constans: "todos los legisladores se apresuran a reunir las disposiciones mercantiles diseminadas, ya en leyes varias, ya en las costumbres, y no parece sino que una vez más todos se ponen de acuerdo al redactar los Códigos modernos, cuando no se encuentran en ellos sino diferencias de detalle". (BLANCO CONSTANS, Francisco. *Estudios elementales de derecho mercantil*, p. 77).

⁷² MAGALHÃES, José Carlos de y TAVOLARO, Agostinho Tofolli. Fontes do Direito do comércio internacional: a *lex mercatoria*. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Direito do comércio internacional. Aspectos fundamentais*, p. 60.

comercio causando insatisfacción a los mercaderes.⁷³ Problemas como decisiones arbitrarias – y nada prácticas – de los tribunales nacionales, quienes en lugar de solucionar el conflicto, contribuían con acentuarlo, obstaculizaron el desarrollo del comercio.⁷⁴

A pesar de ello, resulta importante tener en consideración el apoyo y la colaboración de los operadores comerciales cuando se elaboraron las leyes comerciales, esto permitió dotar de cierta “flexibilidad” a los códigos, muestra de ello es lo establecido en el artículo 121 del derogado código comercial brasileiro de 1850, donde se resalta la importancia de las prácticas, usos y costumbres de las diferentes plazas, como parámetros para la interpretación y complemento de los contratos.⁷⁵

1.2.1. Las primeras codificaciones: El código civil de Francia.

Cuando se elaboró el Código de Napoleón, el Estado moderno, se reconocía como el único legitimado para producir el derecho y esto lo realizaba a través del proceso de codificación que buscaba consolidarse, tornándose desde esa época, el centro del ordenamiento jurídico. La autoridad legislativa que ostentaban los grandes Estados monárquicos impedía la producción de fuentes consuetudinarias, por ello el derecho comercial creado por los comerciantes, es reemplazado por un derecho comercial creado por el Estado.⁷⁶

La codificación fue la expresión del modelo racionalista que buscaba mejorar el orden jurídico y así acabar con la confusión e inseguridad que imperaba en la Edad Media. Tener como sustento la racionalidad permitía darle la base

⁷³ STRENGER, Irineu. *Direito do comercio internacional e lex mercatória*. p. 60.

⁷⁴ MAGALHÃES, José Carlos de y TAVOLARO, Agostinho Tofoli. Fontes do Direito do comércio internacional: a lex mercatoria. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Direito do comércio internacional. Aspectos fundamentais*. p. 60.

⁷⁵ SZTAJN, Rachel. Codificação, decodificação, recodificação: a empresa no Código Civil Brasileiro. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, econômico e financeiro*, n° 143, p. 12,13.

⁷⁶ DE SOLÁ CAÑIZARES, Felipe. *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, p. 22.

necesaria para su consagración y, a su vez, presuponía que este texto era comprensible para toda persona.⁷⁷

Los orígenes del proceso de codificación se remontan al iluminismo y al jus-racionalismo que influenciaron el pensamiento en los Estados absolutistas de Europa a partir del siglo XVIII.⁷⁸ Este proceso continuo años posteriores alcanzando su mayor expresión en el Código Civil de Francia.⁷⁹

Fue justamente la Revolución Francesa la que preparó el terreno para la consolidación del proceso de codificación al eliminar las desigualdades que existían en Francia y al liberar a las fuerzas políticas sociales e ideológicas que se encontraban reprimidas por la sociedad tradicional propia al *ancien régime*.⁸⁰

El *Code Frances*, fue fruto de los principios provenientes del derecho natural y de la convicción iluminista en la capacidad del hombre para crear reglas generales y comunes destinadas a regular todo tipo de relaciones. Este texto,

⁷⁷ ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. *Codificação e não codificação: do paradigma moderno ao direito de empresa*, p. 40.

⁷⁸ Debemos dejar claro que históricamente, y a partir de las características de las obras codificadas y de sus diferentes concepciones, se pueden reconocer tres posiciones que buscan explicar el surgimiento y la evolución de los Códigos: El primero sostiene que los códigos surgieron hace más de dos mil años antes de cristo, en el Medio oriente con los códigos de Lipit-Istar, Hamurabi, Hittie y el Código Ur-Nammu, este último en Mesopotania. Posteriormente los códigos tuvieron su apogeo en Roma con la elaboración de los *códices*; luego, en la Edad Media hubo un periodo de relativa desaceleración en razón de la poca cantidad de códigos producidos. Finalmente, fue en la edad Moderna, donde, a raíz del pensamiento racionalista moderno, los códigos entraron en vigencia en toda Europa. Una segunda posición sostiene que los Códigos nacieron en la Antigua Roma, alrededor del siglo III d.C. Los romanos pretendían reunir de manera organizada, diversos textos jurídicos en un único documento, los textos más representativos de esa época fueron el Codex Gregoriano, el Codex Hergemoniano y posteriormente, en el siglo IV, el Codex Theodosiano, estos textos representaban una reunión organizada de las leyes y de su interpretación, lo que los diferenciaba de las antiguas obras mesopotánicas. Una tercera línea es defendida por autores como David, Wieacker, Marques, Fachin, Andrade, Pellet, entre otros; para ellos, los códigos nacieron solamente en la Edad Moderna, estos textos representaban una reordenación sistemática y original de la materia jurídica, estaba formado por axiomas lógicamente concatenados y tenía como base el pensamiento racionalista del ser humano. A partir de allí, se sostiene que la concepción de Código que predomina en la actualidad nació a partir de la modernidad. (ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. *Codificação e não codificação: do paradigma moderno ao direito de empresa*, p. 14-25).

⁷⁹ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo jurídico*, p.65. Para DE SOLÁ CAÑIZARES, la época de las codificaciones comienza con los Códigos de Napoleón, concretamente con el Código civil (DE SOLÁ CAÑIZARES, Felipe. *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, p. 37).

⁸⁰ ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *Da codificação. Crônica de um conceito*, 71,72.

señala Merryman, refleja correctamente la ideología de la Revolución Francesa, resumida en una frase: “La glorificación del estado nacional”.⁸¹

Otros autores, señalan que este Código se caracterizó por ser individualista y burgués, conteniendo “un espíritu de transacción entre la tradición francesa y las ideas revolucionarias”.⁸²

La codificación, entendida por algunos como el fin del periodo de pluralidad de ordenamientos en la esfera estatal,⁸³ es el resultado de un largo proceso de evolución del derecho francés. Como explica Freitas Pedro: “O movimento da codificação representou o desenvolvimento dos ideais liberais na busca de monossistema, protegendo a propriedade, buscando a ideia de subsunção do fato à norma em que o Código Civil seria capaz de tutelar todos os fatos sociais”.⁸⁴

Su influencia fue enorme a partir de 1804, ello debido a ser la más moderna codificación existente en Europa a inicios del siglo XIX y, principalmente, por el carácter antifeudal, igualitario y centralizador que poseía, pues al final “nunca antes haviam sido reconhecidos de forma plena, ante a lei, o cidadão e as minorias. É precisamente esse caráter antifeudal que lhe dá a conotação revolucionaria tão favorável a sua difusão”.⁸⁵

Durante el siglo XIX, la codificación del derecho privado se consolidó en diversos países de Europa. Francia incorporó en su ordenamiento jurídico al Código Civil de Napoleón de 1804 y al Código de Comercio de 1807; España, hizo lo propio con el Código de Comercio de 1829; Italia por su parte, el Código de Comercio de 1882, y Alemania, los Códigos de Comercio de 1897 y Civil de 1900.

Con las conquistas napoleónicas, Francia dominó gran parte de Europa, tornando al Código civil francés, prácticamente un código europeo. Solamente en

⁸¹ MERRYMAN, John Henry. *La tradición romano canónica*, p. 62.

⁸² DE SOLÁ CAÑIZARES, Felipe. *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, p. 87.

⁸³ Lo que representaba una característica del periodo medieval.

⁸⁴ FREITAS PEDRO, Fabio Anderson de. As diretrizes teóricas do Código Civil brasileiro de 2002 e o neoconstitucionalismo. In: *Revista dos Tribunais*, n° 101, vol. 925, p. 78. Ver también: WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura para o direito*, p. 185.

⁸⁵ ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *Da codificação. Crônica de um conceito*, 71,72.

1814 con la derrota de Napoleón, algunos países retoman procesos legislativos anteriores, como los alemanes, donde el pandecteísmo se vino consolidando con el objetivo de elaborar el Código Civil alemán.⁸⁶

El Código, en la Modernidad, es entendido como un complejo normativo dotado de un espíritu sistémico y de totalidad que busca representar una renovación política e ideológica en la historia.⁸⁷

El Código civil alemán o *Bürgerliches Gesetzbuch* (B.G.B.), resultado de diversos debates y modificaciones, fue aprobado y publicado el 18 de agosto de 1896 para entrar en vigor en 1900. Este texto es considerado un código del liberalismo económico, ello en razón de la orientación de sus normas, hacia personas que necesitaban amplio margen de libertad y reducida protección estatal.

El B.G.B. no fue para Alemania lo que el Código francés representó para Francia, ello tal vez, porque el primero fue más una consecuencia tardía del liberalismo en lugar de sus cimientos, toda vez que cuando este apareció, “a hora e a vez do liberalismo e do positivismo já estavam passando”.⁸⁸

El Código civil francés y el B.G.B. no fueron las únicas codificaciones europeas, sin embargo ellas representan el apogeo de este periodo, cada cual según los modelos históricos-jurídicos al que pertenecían.

Tanto el Código Civil francés de 1804 como el alemán de 1896, se diferencian de otros cuerpos de legislación sistemática que abarcan grandes áreas del derecho, como el Código Civil de California o el Código Mercantil Uniforme adoptado en todas las jurisdicciones norteamericanas, principalmente por la *ideología* que los caracteriza. El código Napoleónico es de carácter esencialmente revolucionario, racionalista y no técnico, ya el Código Civil alemán de 1896 (en vigor desde 1900) tenía una orientación histórica, científica y profesional. Mientras

⁸⁶ ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *Da codificação. Crônica de um conceito*, 83.

⁸⁷ ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. *Codificação e não codificação: do paradigma moderno ao direito de empresa*, p. 40.

⁸⁸ ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *Da codificação. Crônica de um conceito*, 89,90.

los otros códigos, explica Merryman “no son de ordinario rechazos del pasado; no tratan de abolir todo el derecho preexistente en su campo, sino de perfeccionarlo y, excepto cuando entre en conflicto con sus propósitos específicos actuales, de complementarlo.”⁸⁹

No obstante, el Código civil francés no contenía disposiciones que regulen el comercio, la tradición francesa siempre mantuvo la diferencia entre el derecho civil y el derecho comercial, esta separación se arrastra desde las Ordenanzas especiales durante el antiguo régimen, es por ello que la codificación francesa se inició manteniendo el dualismo en el derecho privado, reglamentando el derecho comercial en un Código distinto al Código civil.⁹⁰

1.2.2. El Código comercial francés.

El primer distanciamiento entre el derecho civil y el comercial se remonta a los siglos XII a XVI,⁹¹ en esos años, en las ciudades medievales se observaba la presencia de un sistema de derecho comercial en conexión y en contraste con el derecho romano-canónico vigente. Este corpus juris substancial e internacionalmente uniforme en el campo mercantil, estaba conformado por normas elaboradas en las corporaciones mercantiles y aplicadas por los tribunales de justicia consular y los usos y costumbres de los comerciantes.⁹² Este primigenio *sistema de derecho comercial* resulta fundamental para entender las diferencias que existen entre las fuentes del derecho comercial contemporáneo y las del derecho común.⁹³

⁸⁹ MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica Romano-canónica*, p. 60-70.

⁹⁰ DE SOLÁ CAÑIZARES, Felipe. *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, p. 37.

⁹¹ CARBONELL O'BRIEN, Esteban. *Elementos de Derecho Comercial*, p. 10. Cabe indicar que para autores como Medina Vergara, el derecho comercial se desarrolla de forma independiente al derecho civil, adquiriendo un carácter autónomo, revistiendo un sentido netamente profesional, a partir del siglo XI. (MEDINA VERGARA, Jairo. *Derecho comercial. Parte general*, p. 9).

⁹² Sin dejar de mencionar el surgimiento de los primeros institutos originados casi todos de la utilización del mar como principal medio de comunicación. Allí se puede encontrar el origen de los seguros por medio del préstamo de cambio marítimo (ASCARELLI, Tullio, O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado. In: *Revista de Direito Mercantil Econômico e Financeiro*, n° 114, p. 238,239).

⁹³ También su contenido es causa de su distinción, ya que el derecho comercial de este periodo giraba en torno de un polo normativo formado por el cambio y el mercado.

A finales del S. XVI, con la finalidad de consolidar un mercado nacional, las fuentes del derecho comercial fueron incorporadas al derecho común conformado por las órdenes emitidas por la realeza. Si bien la especialización de la justicia se mantuvo, (tribunales compuestos por comerciantes donde se toma como criterio para su aplicación la calificación de comerciantes) ahora hacia parte del derecho en general donde la autoridad real imponía una disciplina minuciosa y publicista que constituyó la parte predominante del ordenamiento comercialista, como se observa en las Ordenanzas Francesas de Luis XIV.⁹⁴

Luis XIV, por iniciativa de Colbert, promulgó dos Ordenanzas, una para el comercio terrestre en 1673, donde ya se observan las características modernas del derecho comercial como la equidad, la uniformidad, la rapidez y la universalidad;⁹⁵ y otra para el comercio marítimo en 1681, esta última supero en importancia a la anterior ya que sirvió de base para la redacción del Código francés de 1807, y para el Código comercial brasilero de 1850, como lo señala la comisión que redactó dicho texto.⁹⁶

Ambas ordenanzas se transformaron en leyes generales para el comercio mercantil, dejando sin contenido a construcciones anteriores creadas en base a la consolidación de los usos y costumbres comerciales.⁹⁷ Estas ordenanzas eran compilaciones ordenadas, extensas y previsoras. Existía muy poca similitud entre estos textos y el Código de Comercio Francés o Código de Napoleón.⁹⁸

⁹⁴ ASCARELLI, Tullio. O desenvolvimento histórico do direito e o significado da unificação do direito privado. In: *Revista de Direito Mercantil Econômico e Financeiro*, p. 239,240. En el mismo sentido ver: OLAVARRÍA ÁVILA, Julio. *Manual de Derecho Comercial*, p. 136. Vale indicar que durante este periodo surgió la sociedad anónima, la cual, por sus características, fue de suma importancia para los planes expansionistas y de colonización, donde era necesario grandes aportes económicos con disminución de riesgos (COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial. Direito de empresa*, p. 30).

⁹⁵ OLAVARRÍA ÁVILA, Julio. *Manual de Derecho Comercial*, p. 72.

⁹⁶ OLAVARRÍA ÁVILA, Julio. *Manual de Derecho Comercial*, p. 72.

⁹⁷ MALAGARRIGA, Carlos. Tratado elemental de derecho comercial, p. 7. Ver en el mismo sentido: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. O futuro do direito comercial no Brasil. In: *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*, n° 153/154, p. 19.

⁹⁸ GARO, Francisco. *Derecho Comercial. Parte general*, p. 19.

El Código de comercio francés,⁹⁹ que surgió a raíz de la abolición de los gremios y corporaciones,¹⁰⁰ fue redactado con bastante rapidez, por una comisión de juristas conformada por siete miembros. Este texto fue promulgado por leyes distintas. Entró en vigor por ley de 15 de septiembre de 1807, formando el Código de Comercio el 1 de enero de 1808.¹⁰¹

Con la codificación de las leyes mercantiles

deu-se a sistematização dos usos e costumes, dos estatutos e das ordenanças, sob a inspiração do liberalismo como doutrina econômica e dos princípios fundamentais de liberdade e igualdade da Revolução Francesa como doutrina política, que redundaram, no campo jurídico, nos dogmas da autonomia da vontade, do consensualismo e da força obrigatória dos contratos, subsistindo a liberdade individual do comerciante como mola propulsora da atividade mercantil.¹⁰²

Este cuerpo de leyes, mantenía un formato similar al que tenía el Código civil; estaba dividido en cuatro libros y estos en títulos conteniendo 648 artículos numerados. Los libros trataban sobre el comercio en general, el comercio marítimo, las quiebras y bancarrotas y la jurisdicción comercial.¹⁰³

El Código de comercio francés fue arduamente criticado en su época¹⁰⁴ especialmente por la doctrina nacional (francesa). Las principales críticas estaban dirigidas a su falta de originalidad y “espíritu de innovación,” pues este texto sentó sus bases en el derecho comercial que existía en el antiguo régimen, sin considerar que se estaba en una Francia distinta “una Francia que había destruido

⁹⁹ Inspirado en los principios de igualdad proclamados por la Revolución Francesa (MONTROYA MANFREDI, Ulises. *Derecho Comercial*, p. 10).

¹⁰⁰ MALAGARRIGA, Carlos. *Tratado elemental de derecho comercial*, p. 8.

¹⁰¹ DE SOLÁ CAÑIZARES, Felipe. *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, p. 38.

¹⁰² LOBO, Jorge. Publicização do Direito Comercial. In: COELHO, Fabio Ulhoa e outros. *Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial*, p. 61.

¹⁰³ DE SOLÁ CAÑIZARES, Felipe. *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, p. 38. En el mismo sentido ver: GARO, Francisco. *Derecho Comercial. Parte general*, p. 19. OLAVARRÍA ÁVILA, Julio. *Manual de Derecho Comercial*, p. 137.

¹⁰⁴ Según explica Malagarriga, “El Código de Comercio francés era breve, pues no comprendía más que 648 artículos y se ha dicho de él que en comparación al Código Civil es una obra mediocre, mal planeada, de redacción inhábil y en todo caso, arcaica”. (MALAGARRIGA, Carlos. *Tratado elemental de derecho comercial*, p. 8).

definitivamente la clase social para la cual aquel derecho comercial había sido construido”.¹⁰⁵

Este diploma constituía una recopilación del derecho comercial del pasado, sin considerar las grandes innovaciones del siglo XIX.¹⁰⁶ Los diversos fenómenos económicos que se dieron durante este siglo, como el advenimiento del maquinismo, la aplicación a la industria, de los grandes descubrimientos, la concentración de capitales en las sociedades anónimas, el desarrollo de los negocios en bolsa; hicieron que este cuerpo de leyes sea calificado como insuficiente para regular el comercio, siendo necesaria la intervención frecuente de poderes públicos para facilitar su ejercicio o para prevenir abusos o fraudes.¹⁰⁷

Otra de las críticas hacia el Código de comercio y en general hacia todo el proceso de codificación mercantil, estaba referida a la pérdida de la uniformidad de las reglas mercantiles a nivel internacional por su positivización en los códigos, esta pérdida ocurría a pesar del esfuerzo por parte de grupos de comerciantes quienes buscaban unificar reglas de materias específicas como letras de cambio, sociedades, cheques, etc.¹⁰⁸

El código de comercio francés impuso un sistema de normas objetivamente aplicables, siendo indiferente quienes son los sujetos que realizan el acto.¹⁰⁹

1.3. LOS ACTOS DE COMERCIO Y LA TEORÍA DE LA EMPRESA.

La disciplina privada de la economía, en la mayoría de sistemas de nuestro continente - incluido el brasileño -, encuentra sus orígenes en dos sistemas, el francés o teoría de los actos de comercio y el italiano o teoría de la empresa.¹¹⁰

¹⁰⁵ DE SOLÁ CAÑIZARES, Felipe. *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, p. 38.

¹⁰⁶ DE SOLÁ CAÑIZARES, Felipe. *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, p. 38.

¹⁰⁷ OLAVARRÍA ÁVILA, Julio. *Manual de Derecho Comercial*, p. 137,138.

¹⁰⁸ OLAVARRÍA ÁVILA, Julio. *Manual de Derecho Comercial*, p. 135.

¹⁰⁹ ASCARELLI, Tullio. *O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado*. In: *Revista de Direito Mercantil Econômico e Financeiro*, p. 241,242

¹¹⁰ Los actos de comercio que mantienen una noción objetiva y la teoría de la empresa, evidentemente subjetiva. (OLAVARRÍA ÁVILA, Julio. *Manual de Derecho Comercial*, p. 177).

El sistema francés fue anterior al italiano, sus orígenes se remontan a la entrada en vigor del *Code de Commerce de 1807*, caracterizado como instrumento de objetivación del tratamiento jurídico de la actividad mercantil. Para el sistema francés las actividades económicas se congregan en dos grupos con sub-regímenes propios, el civil y el comercial.

Bajo el código comercial francés de 1807, el derecho comercial dejó de estar dirigido solamente a la clase de profesionales reunidos en corporaciones propias, pasando a regular el conjunto de actos que podrían ser practicados por cualquier ciudadano, tenga o no la condición de comerciante.¹¹¹

La teoría de los “actos de comercio” desarrollada por la doctrina francesa, tiene como base lo establecido en el artículo 631 del mencionado código, el mismo que señala que la jurisdicción comercial es competente, no solamente en disputas entre comerciantes, sino “en los relativos a los actos de comercio entre cualesquiera personas”.¹¹² De igual forma los artículos 632 y 633 señalan cuales son los actos de comercio terrestre y cuales los del comercio marítimo,¹¹³ para, a partir de este criterio, determinara cuales se someterán a la Competencia de los Tribunales de Comercio, siendo irrelevante la condición de las personas que realizan la actividad.

La teoría objetiva se basa en “la existencia de determinados actos con naturaleza propia, distintos de los actos de la vida civil, que son los actos de comercio y que constituyen la materia específica del derecho comercial”.¹¹⁴

La objetivación contenida en este cuerpo de leyes, puede ser entendida en un duplo sentido, conforme explica Ascarelli:

¹¹¹ URIA, Rodrigo, *Derecho mercantil*, p. 5. Ver también: COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito comercial. Direito de empresa*, p. 28.

¹¹² Al respecto, el artículo 631 señala: “Los tribunales conocerán:

¹⁰ De todas contestaciones relativas a contrataciones y transacciones entre negociantes, mercaderes y banqueros.

²⁰ Entre todas personas, contestaciones relativas a los actos de comercio”.

¹¹³ MALAGARRIGA, Carlos. *Tratado elemental de derecho comercial*, p. 9.

¹¹⁴ MONTOYA MANFREDI, Ulises. *Derecho comercial*, p. 10.

como elaboração de regras objetivamente aplicáveis, independentemente das características subjetivas; ou como elaboração de regras objetivamente voltadas para um interesse geral de progresso econômico e não dirigidos à tutela de intereses e categorías, justamente por esta razão, objetivamente aplicáveis aos atos, independentemente das qualificações do sujeito.¹¹⁵

De esta manera, en principio, las normas comerciales están dirigidas a una categoría de actos y no a una determinada categoría de personas (quienes realicen actos comerciales, así la actividad mercantil no sea ejercida profesionalmente).¹¹⁶

Asimismo, la objetivización del derecho comercial está relacionada no solamente con el sentido de igualdad de los ciudadanos, sino también con el fortalecimiento del estado nacional frente a grupos corporativos.

Bajo estas características y debido a la influencia del Código de Napoleón (tanto el civil de 1804, como el comercial de 1807), en varios países del occidente adheridos a la tradición romanística, la teoría de los actos de comercio se impuso.¹¹⁷

La objetivización del sistema se acentuó durante el siglo XIX con el Código italiano de 1882.¹¹⁸ Este texto sanciona todos los actos bilaterales en la ley comercial, incluso si solamente uno de los actos que lo componen es comercial.

¹¹⁵ ASCARELLI, Tullio. *O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado*. In: *Revista de Direito Mercantil Econômico e Financeiro*, p. 242.

¹¹⁶ MONTOYA MANFREDI, Ulises. *Derecho comercial*, p. 10.

¹¹⁷ COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito comercial. Direito de empresa*, p. 31. El Código de comercio Frances fue adoptado en Bélgica y Holanda en 1811, en Mónaco en 1818, Luxemburgo en 1811, Grecia en 1835, Turquía en 1850, República Dominicana en 1884 y Haití en 1887. Asimismo, este Código influyo en diferente medida en varios otros textos como el Código español de 1829, y mediante este, los códigos posteriores en América latina, el de Portugal de 1833, el código albertino de 1843, el mismo que modificado pasó a ser el Código Italiano de 1865, y en general todos los códigos de comercio promulgados en el siglo XIX. (DE SOLÁ CAÑIZARES, Felipe. *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, p. 39). En el mismo sentido: MALAGARRIGA, Carlos. *Tratado elemental de derecho comercial*, p. 9.

¹¹⁸ Este texto fue aprobado por las dos Cámaras en 1882, entrando en vigor el 1º de enero de 1883. (GARO, Francisco. *Derecho Comercial. Parte general*, p. 20).

El Código italiano que regulaba cada acto de comercio inter-vivos en varios países,¹¹⁹ sirvió de modelo a muchos otros diplomas,¹²⁰ al ser catalogado como uno de los códigos mejor concebidos y más técnico del mundo.¹²¹

Sin embargo, resulta interesante traer a colación lo observado por Montoya Manfredi, quien afirma que la teoría objetiva del derecho comercial tuvo que sobrellevar innumerables dificultades, la mayoría derivadas de la imposibilidad en precisar la naturaleza de los actos de comercio, lo que fue un impedimento para elaborar un concepto unitario de ellos.

Los Códigos del siglo pasado que adoptaron esta teoría, optaron por incluir en su contenido los actos que consideraban comerciales, sin existir, en ocasiones, fundamento que sustente esta inclusión,¹²² pues incluso eran considerados actos de comercio, las actividades comerciales que se realizaban de forma aislada. Esto, hasta cierto punto contradice la idea de comercio, la cual supone una actividad habitual con carácter de profesionalidad, y no un acto ocasional o aislado.¹²³

Esta teoría también fue adoptada en el Brasil con la promulgación del Código comercial de 1850, habiendo perdurado hasta el año 2002, donde, con la entrada en vigor del Código civil se revoca parcialmente el diploma antes señalado. El Código civil del 2012, inspirado en el Código civil italiano de 1942, trajo consigo la teoría de la empresa.

A inicios del siglo pasado, la división de la disciplina privada de la economía ya causaba preocupación a sectores de la doctrina italiana, argumentos como la

¹¹⁹ Siempre y cuando, estos actos estén fuera del ámbito de la agricultura, la cual, por el tradicionalismo patrimonial que mantenía, se oponía al comercio y a la industria.

¹²⁰ ASCARELLI, Tullio. *O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado*. In: *Revista de Direito Mercantil Econômico e Financeiro*, p. 241,242

¹²¹ GARO, Francisco. *Derecho Comercial. Parte general*, p. 20.

¹²² MONTOYA MANFREDI, Ulises. *Derecho comercial*, p. 10. En el mismo sentido ver: OLAVARRÍA ÁVILA, Julio. *Manual de Derecho Comercial*, p. 178.

¹²³ MONTOYA MANFREDI, Ulises. *Derecho comercial*, p. 11.

aplicación de reglas comerciales a no comerciantes (consumidores), preveían el fin de la autonomía del derecho comercial.¹²⁴

En ese escenario, surge el Código Civil italiano de 1942. Con este nuevo diploma unificador de la legislación peninsular de derecho privado, surge el sistema italiano o teoría de la empresa.

Este texto, reúne en un único documento normas del derecho comercial, civil y laboral, pues el Código Italiano trae consigo la construcción de una noción teórica que pretendía eliminar las diferencias en el tratamiento a las disciplinas comerciales y civiles;¹²⁵ es decir, el derecho comercial en Italia pierde su autonomía legislativa, reemplazada por un unitario Código civil.¹²⁶ Es por ello que el Código civil italiano constituye el mejor ejemplo de la supuesta unificación de derecho privado.¹²⁷

No obstante, con anterioridad, en 1881 fue divulgado el Código Suizo, este texto reglamentó las obligaciones civiles y comerciales en un único código,¹²⁸ sin embargo, la carencia de una construcción teórica conllevó a que este documento sea catalogado como una simple reunión de leyes por tratarse de una unificación más de forma que de fondo.¹²⁹

Asimismo, un precedente referido a la unificación de las obligaciones y que por lo general es olvidado por los autores, fue la propuesta que presentó Teixeira de Freitas a su gobierno en 1867; el jurista brasilero propuso unificar el Derecho privado redactando un único código donde no se establezca la diferencia entre

¹²⁴ COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito comercial. Direito de empresa*, p. 33.

¹²⁵ Actualmente aún se mantiene la disputa respecto a la unificación, o no del derecho privado, al respecto se recomienda revisar: (BLANCO CONSTANS, Francisco. *Estudios elementales de Derecho Mercantil*, p. 90-99)

¹²⁶ GALGANO, Francesco. *Lex Mercatoria*, In: *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*, n° 129, p. 226.

¹²⁷ GARO, Francisco. *Derecho Comercial. Parte general*, p. 20.

¹²⁸ MALAGARRIGA, Carlos. *Tratado elemental de derecho comercial*, p. 29.

¹²⁹ "No se trató de una innovación que obedeciera a principios doctrinales, sino que fue más bien una cuestión de oportunidad". (DE SOLÁ CAÑIZARES, Felipe. *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, p. 44)

derecho civil y comercial “de suerte que Freitas fue el verdadero fundador del movimiento de unificación del derecho privado”.¹³⁰

Fueron razones políticas las que incitaron la elaboración del Código italiano, como explica Waisberg, “o governo fascista decidiu juntar o direito do trabalho e o direito comercial no Código Civil de modo a mostrar que não havia uma lei protetiva da burguesia em detrimento dos trabalhadores e de superação dos ditames da economia liberal”.¹³¹ De esta manera se pretendía aproximar las finalidades del derecho comercial con los objetivos del Estado.¹³²

Los actos de comercio como núcleo conceptual del derecho comercial, ceden paso a la empresa. La empresa es definida como la actividad que tiene como objetivos la obtención de lucro ofreciendo al mercado bienes o servicios que son el resultado de la organización de los factores de producción.¹³³ De allí se destaca el profesionalismo del comerciante, pues,

Las operaciones mercantiles se realizan en serie, van encadenadas unas a otras, y para realizar esa gran masa de operaciones peculiar del comercio moderno es necesario desarrollar una actividad continua y permanente, no ocasional ni aislada o eventual, y esa actividad sólo puede desplegarla quien disponga al efecto de una organización adecuada, es decir, *el empresario*.¹³⁴

La teoría de la empresa supera al sistema francés, ya que no divide los emprendimientos en categorías – civil y comercial – para someterlos a regímenes distintos, sino ambos están sometidos a un solo régimen, exceptuando algunas determinadas actividades.

¹³⁰ DE SOLÁ CAÑIZARES, Felipe. *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, p. 43.

¹³¹ WAISBERG, Ivo. O Projeto de Lei n. 1.572/2011 e a autonomia do Direito Comercial. In: COELHO, Fabio Ulhoa. *Reflexões sobre o projeto do Código Comercial*, p. 75.

¹³² ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. *Codificação e não codificação: do paradigma moderno ao direito de empresa*, p. 48.

¹³³ MONTROYA MANFREDI, Ulises. *Derecho comercial*, p. 12. En el mismo sentido: COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito comercial. Direito de Empresa*, p. 33. Esta definición deriva de lo estipulado en el artículo 2.082 del Código Civil italiano de 1942, el cual define al empresario como: “aquele que exercita profissionalmente uma atividade econômica organizada com o fim da produção ou da troca de bens ou de serviços”. (BERTOLDI, Marcelo M y RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*, p. 31).

¹³⁴ URÍA, Rodrigo. *Derecho mercantil*, p. 6.

Asquini, fue uno de los principales propulsores de esta teoría, para el profesor italiano, la empresa era un “*fenômeno econômico poliédrico*”, conformado por cuatro facetas o perfiles, los cuales hacen referencia a determinados conceptos jurídicos.¹³⁵ Así, tiene un perfil subjetivo, conformado por el empresário; un perfil funcional que hace referencia a la actividad; un perfil patrimonial u objetivo referido al establecimiento o hacienda y un perfil corporativo el mismo que se refiere a la organización que conforman el empresario, los prestadores de servicios y sus colaboradores en función a un fin común.¹³⁶ De esta manera, uno de los principales aportes de Asquini, fue especificar el concepto jurídico de “empresa”, relegando la polisemia que permeaba a este término.

Otro de los autores que contribuyó con esta teoría en el Brasil fue Bulgarelli, su posición sentaba sus bases en la empresarialidad, entendida esta como “la actividad de producir organizadamente”.¹³⁷ Esta actividad era realizada por un sujeto, el “empresario”; solamente a partir de allí derivó el concepto de empresa, dejando de lado la noción económica de empresa como fenómeno.¹³⁸

Finalmente, autores como Ulhoa Coelho, advierten que esta teoría se adecúa más a la realidad del capitalismo superior, pues el trato diferente que se da a las actividades económicas, no tiene como núcleo el género de las actividades, sino su importancia económica. “Por isso é apropriado entender a elaboração da teoria da empresa como o núcleo de um sistema novo de disciplina privada da atividade econômica e não como expressão da unificação dos direitos comercial e civil”.¹³⁹

El Código, fue relevante como parámetro regulador de las relaciones privadas durante un largo periodo, sin embargo, a raíz de los conflictos armados

¹³⁵ ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômica e Financeira*, N° 104, p. 110.

¹³⁶ ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômica e Financeira*, N° 104, p. 123.

¹³⁷ BULGARELLI, Waldirio. *A teoria jurídica da empresa: análise jurídica da empresarialidade*, p. 202.

¹³⁸ BULGARELLI, Waldirio. *A teoria jurídica da empresa: análise jurídica da empresarialidade*, p. 115.

¹³⁹ COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito comercial. Direito de empresa*, p. 34.

suscitados durante la primera mitad del siglo XX, como explica Irti, el derecho atravesó un período de profundas modificaciones, es así que “apenas en el transcurso de unas décadas, la sociedad ya no se reconoce en la escala de valores y de modelos propuestos por la burguesía liberal”.¹⁴⁰ El derecho no podía ignorar la presencia de los nuevos grupos que surgían, ni sus necesidades y problemas. En gran medida estas demandas fueron cubiertas por las leyes especiales. En vista de ello, el Código civil sale del centro del sistema de relaciones privadas, disciplinando supuestos de hecho más amplios y generales.¹⁴¹

1.4. LA CRISIS DE LA CODIFICACIÓN Y EL SURGIMIENTO DE NUEVOS FOCOS NORMATIVOS

Si bien es indudable la relevancia histórica del Código, ya que por medio de este, “Napoleão (...) tratou de encontrar mecanismos legais para controlar as relações entre particulares”,¹⁴² el estudio del Derecho durante este periodo se realizó mediante el método exegético, ello implicaba desmerecer la necesidad apremiante de sistematizar la doctrina. Asimismo, los tratadistas de esa época restaban importancia al elemento económico que en el comercio se descubría.¹⁴³

Es por ello que la estática y discordancia entre este texto y la realidad fueron justificativas para que juristas abandonen esta corriente. Geny en Francia, fue el primero en reaccionar contra la doctrina y el método exegético,¹⁴⁴ su posición estuvo basada en el pensamiento de Adickes (1872). Este fue el punto de

¹⁴⁰ IRTI, Natalino. *La edad de la descodificación*, p. 21.

¹⁴¹ IRTI, Natalino. *La edad de la descodificación*, p. 22,23.

¹⁴² Continua Sztajn: “Para tanto, nada melhor do que códigos, estruturas normativas completas, claras e que impediam os juízes de fazer leis, eliminar costumes locais e privilégios de classes”. (SZTAJN, Rachel. *Codificação, decodificação, recodificação: a empresa no código brasileiro*. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômica e Financeira*, N° 143, p. 12).

¹⁴³ BLANCO CONSTANS, Francisco. *Estudios elementales de Derecho Mercantil*, p. 117.

¹⁴⁴ El autor francés señala: “pronto se percibe el vicio capital del sistema, que es el de inmovilizar el derecho y cerrar el camino al desarrollo de toda idea nueva. De atenernos a las conclusiones del método tradicional, toda cuestión jurídica debe resolverse mediante las soluciones positivamente consagradas por el legislador. De esta suerte se permanece forzosamente y para todo en la situación en que nos encontrábamos en el momento mismo de aparecer la ley. Y cualquiera que sea la evolución posterior de las situaciones o de las ideas, falta autorización para traspasar el horizonte que el legislador descubrió en la época en que dictó la regla”. (GENY, Francisco. *Métodos de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*, p. 57).

partida para el análisis crítico de la suficiencia del derecho escrito, esto porque era - y es – imposible prever en textos legales todas las situaciones que la complejidad opulenta de la vida social combina; esto conlleva a la incompletitud del texto,¹⁴⁵ pues como afirma Saleilles, un código siempre tendrá lagunas.

La revolución metodológica que defendía Saleilles fue importante porque valorizó el papel del jurista y reintrodujo a la doctrina como fuente indirecta del derecho; desde entonces la crítica al derecho vigente irrumpió en el mundo jurídico.¹⁴⁶

El fenómeno de la codificación, así como los formalismos característicos de las dogmáticas jurídicas del siglo XIX y de inicios del siglo XX, fueron una manifestación del papel que tuvo el Estado en el derecho.¹⁴⁷ En la actualidad, diversos acontecimientos sociales, políticos y económicos, instauran una crisis del Estado–nación. El derecho no es ajeno a este fenómeno.

La crisis de la soberanía estatal se manifiesta por medio del desplazamiento del Código del centro del derecho privado para una realidad fragmentada, tanto por el incremento de normas supranacionales conformadas por tratados, convenciones, pactos internacionales y reglamentos de mercados regionales, como por el surgimiento de nuevos focos normativos.¹⁴⁸

La descodificación del derecho que empezó con la segunda post-guerra caracterizándose por “una cotidiana y penetrante conquista de territorios por parte

¹⁴⁵ Al respecto Freitas Pedro elucida: “o Código Civil não tem o condão de prever todas as condutas humanas, o que em espécie de fato é impossível a qualquer ordenamento que venha edificado em um sistema sem flexibilidade. A final, o ser humano está em constante transformação, quer seja pelo implemento de novas tecnologias que são diuturnamente buscadas, quer seja pela relativização de condutas morais que ao longo do tempo sofreram sensíveis alterações.” (FREITAS PEDRO, Fabio Anderson de. As diretrizes teóricas do Código Civil brasileiro de 2002 e o neoconstitucionalismo. In: *Revista dos Tribunais*, nº 101, p. 80).

¹⁴⁶ GOMES, Orlando. A evolução do direito privado e o atraso da técnica jurídica. In: *Revista Direito GV*, nº 1, p. 125.

¹⁴⁷ LLANOS, M. Leonor Suárez. El sueño de la codificación y el despertar del derecho. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 29, p. 226.

¹⁴⁸ AHUMADA, María Ángeles. Neoconstitucionalismo y constitucionalismo (A propósito de “Constitucionalización y Neoconstitucionalismo” de Paolo Comanducci). In: COMANDUCCI, Paolo, AHUMADA, Maria Angeles y LAGIER, Daniel Gonzales. *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, p. 146)

de las leyes especiales”,¹⁴⁹ en un inicio fue atribuida a los cambios legislativos introducidos en el ámbito de la Comunidad Europea, cuando los primeros tratados destinados a la unificación del derecho europeo, pasaron a enunciar principios de competencia, de libre mercado y de espacios económicos; estos tratados generaron leyes especiales principalmente en el campo empresarial.

La descodificación que viene a ser el proceso de proliferación de leyes especiales extrañas a los códigos, “é fruto das mudanças sócio-econômicas e políticas e de uma certa rigidez dos códigos novecentistas”.¹⁵⁰ Esto explica el origen nada pacífico de estos microsistemas, los cuales “no son el producto de un convenio de la reflexión tranquila de los legisladores que expresan un consenso sustancial; más bien son transacciones forjadas entre intereses especiales (...) en la arena legislativa”.¹⁵¹

Las leyes especiales, o *microsistemas legislativos*,¹⁵² “son leyes surgidas alrededor de los códigos que regulan algunas de las materias tratadas por los artículos de los propios códigos”,¹⁵³ “por vezes, acabam trazendo consigo uma interdisciplinaridade e uma maior, por assim dizer, mobilidade legislativa”.¹⁵⁴

Cuando la penetración de las leyes especiales y por ende, la descodificación va en ascenso, el código asume el papel de un derecho residual, donde solo se recurrirá, cuando la ley especial no contenga alguna disposición

¹⁴⁹ IRTI, Natalino. *La edad de la descodificación*, p. 33.

¹⁵⁰ SZTAJN, Rachel. Codificação, decodificação, recodificação: a empresa no código Civil Brasileiro. In: *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*, n° 143, p. 13.

¹⁵¹ MERRYMAN, John Henry. *La tradición romano canónica*, p. 283.

¹⁵² Los microsistemas son desarrollados ampliamente por Natalino Irti en su obra *La Edad de la Descodificación*, Barcelona: José Maria Bosch, 1992. Dentro de sus explicaciones, el autor italiano señala: “las leyes, que todavía se suelen denominar ‘especiales’, sustraen poco a poco materias enteras o grupos de relaciones a la disciplina del código civil, constituyendo *micro-sistemas de normas*, con lógicas propias y autónomas”. (IRTI, Natalino, *La Edad de la Descodificación*, p. 32). Estos cambios tornan necesaria una reorganización de las fuentes del derecho, en especial de la rama comercial, de sus normas y de sus criterios de interpretación. Al respecto se recomienda revisar: TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados micro-sistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.) *Problemas de Direito Civil*, p. 4-5.

¹⁵³ MERRYMAN, John Henry. *La tradición romano canónica*, p. 282. Estas leyes no son complementos del Código, ya que compiten con él, muchas veces, en condiciones ventajosas.

¹⁵⁴ BERTOLDI, Marcelo y RIBEIRO, Márcia Carla. *Curso avançado de direito comercial*, p. 47.

específica.¹⁵⁵

La descodificación pone en evidencia la inviabilidad originaria de los códigos como leyes completas y cerradas, pues las codificaciones tal y como fueron planteadas en el siglo XIX, no atienden más las demandas de la sociedad.¹⁵⁶

Esta inviabilidad de los Códigos como normas completas está referida a los presupuestos filosóficos y metodológicos de la codificación decimonónica, excluyendo otro tipo de codificación, como por ejemplo la que actualmente se viene dando en la Unión Europea. De la misma forma, esta inviabilidad no elimina la posibilidad de crear recopilaciones o repertorios que reúnan disposiciones, reglas, principios y normas aplicables a actividades comerciales.¹⁵⁷

En razón a ello, actualmente, los sistemas legislativos mercantiles difieren de un Estado a otro pudiendo ser: (i) *de leyes especiales*, donde estos textos son emitidos de manera aislada, no manteniendo conexión orgánica una con la otra, lo que facilita la reforma sin necesidad de quebrar alguna unidad orgánica; (ii) *de compilación*, que consiste en una reunión material de leyes sin unidad orgánica, siendo una simple agregación o yuxtaposición de diversas normas; (iii) *de codificación*, el cual supone un cuerpo de normas orgánicamente dispuestas sobre determinadas relaciones intersubjetivas, que responden a una técnica y sistemática propias.¹⁵⁸

Como la regulación de la actividad comercial siempre exigió una estructura normativa adaptable a diversos factores como las constantes alteraciones del mercado, el perfeccionamiento continuo de los sistemas de administración de las

¹⁵⁵ MERRYMAN, John Henry. *La tradición Romano canónica*, p. 284.

¹⁵⁶ Ahumada señala que esta disolución de las características del “civil law” o “derecho codificado”, se debe también por la irrupción de las constituciones normativas y la consiguiente “constitucionalización” del derecho. (AHUMADA, María Ángeles. Neoconstitucionalismo y constitucionalismo (A propósito de “Constitucionalización y Neoconstitucionalismo” de Paolo Comanducci). In: COMANDUCCI, Paolo, AHUMADA, Maria Angeles y LAGIER, Daniel Gonzales. *Positivism jurídico y neconstitucionalismo*, p. 145)

¹⁵⁷ BALIÑO, Juan Pablo Pampillo. *La descodificación del derecho mercantil en México*, p. 25,26.

¹⁵⁸ MONTOYA MANFREDI, Ulises. *Derecho Comercial*, p. 30.

empresas,¹⁵⁹ y al desarrollo tecnológico de los bienes de consumo; el derecho empresarial actual necesita mecanismos bastante flexibles que permitan adaptaciones y actúen facilitando la realización de negocios.¹⁶⁰ En varios aspectos, el derecho positivo no cumple estos requisitos, pues la rigidez de sus normas no acompaña la dinámica de los negocios, dificultando su concretización.¹⁶¹

De la misma forma, el incremento de las actividades comerciales transfronterizas, especialmente en las economías más desarrolladas, convirtieron al derecho empresarial actual en un derecho desnacionalizado y cosmopolita cuyo ámbito territorial de aplicación alcanza al mundo entero, es por ello que los ordenamientos jurídicos se vieron en la necesidad de buscar una armonización que conduzca a la elaboración de normas y reglas comerciales sofisticadas y perfeccionadas, lo que significó distanciarse del derecho legislado.¹⁶²

Estas razones, explican el por qué, actualmente, la ley estatal comparte espacio con el creciente aumento de los usos locales, las costumbres internacionales, las leyes extra-estatales, los tratados internacionales, el derecho cooperativo de la integración, el arbitraje, los contratos auto-regulados, entre otros.¹⁶³ Así

la estatalidad del derecho, que era una premisa esencial del positivismo jurídico del siglo pasado, es puesta en tela de juicio y la ley se retrae con frecuencia para dejar sectores enteros a regulaciones de origen diverso, provenientes bien de sujetos públicos locales, en conformidad con la descentralización política y jurídica que marca de forma característica la estructura de los

¹⁵⁹ Por ejemplo el *Supply chain management*.

¹⁶⁰ Recordando que el comercio, “desde el punto de vista económico, implica negociar, vender, proveer, adquirir, intercambiar, concertar, distribuir, intermediar, producir, prestar servicios y todas las demás operaciones especulativas que apunten organizadamente (empresa) al lucro o provecho económico”. (MEDINA VERGARA, Jairo. *Derecho comercial. Parte general*, p. 5)

¹⁶¹ “La celeridad de las operaciones mercantiles reñía con la lentitud que significaba la modificación de las leyes civiles y exigía, por lo tanto, un derecho flexible que se amoldase a las necesidades cambiantes de las relaciones comerciales”. (MONTROYA MANFREDI, Ulises. *Derecho Comercial*, p. 32).

¹⁶² Abriendo espacio a tendencias *descodificadoras* del derecho. (BALIÑO, Juan Pablo Pampillo. *La descodificación del derecho mercantil en México*, p. 22,23.

¹⁶³ LORENZETTI, Ricardo. *Razonamiento judicial. Fundamentos de Derecho privado*, p. 47.

Estados actuales, bien de la autonomía de los sujetos sociales colectivos, como los sindicatos de trabajadores, las asociaciones de empresarios y las asociaciones profesionales.¹⁶⁴

1.5. LOS MICROSISTEMAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO BRASILEÑO.

La historia del Derecho comercial brasileño - como explica Ulhoa Coelho -, se inicia en 1808, con la apertura de sus puertos decretada con la Carta Regia del 28 de enero de 1808. A este documento, se sumaron el *Alvará* del 1 de abril, que permitía el libre establecimiento de fábricas y manufacturas, el del 23 de agosto que creó el Tribunal de la Real Junta de Comercio, Agricultura, Fábricas y Navegación, y el del 12 de octubre que creó el Banco de Brasil. Todas estas normas estaban orientadas a facilitar el comercio con Inglaterra.¹⁶⁵

Posteriormente en 1822, luego de haberse desvinculado políticamente de Portugal, frente a la carencia de legislación comercial propia, la Asamblea Constituyente y Legislativa del Imperio Brasileño, determinó la aplicación de las leyes portuguesas que regían cuando D. João VI retornó a Portugal; de esta manera, en principio, el Código Comercial napoleónico, el portugués y el español fueron las primeras normas disciplinadoras de la actividad económica.¹⁶⁶ Solamente en 1850, frente a los reclamos de comerciantes y juristas, por la lagunosa y contradictoria normatividad comercial, el Emperador D. Pedro II aprobó el Código Comercial Brasileño,¹⁶⁷ El mismo que estaba dividido en tres partes: *Del*

¹⁶⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho ductil. Ley, derechos, justicia*, p. 39.

¹⁶⁵ COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial. Direito de empresa*, vol. 1, p. 37.

¹⁶⁶ COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial. Direito de empresa*, vol. 1, p. 37. En el mismo sentido ver: OLAVARRIA AVILA, Julio. *Los Códigos de Comercio Latinoamericanos*, p. 245. Respecto a las otras materias, debemos indicar que: "a Lei de 20 de outubro de 1823 estatuiu que vigorassem no Império as Ordenações Filipinas, Leis e Decretos promulgados pelos reis de Portugal até 25 de abril de 1821, enquanto se não organizasse um novo Código ou não fossem especialmente alterados". (MIRANDA, Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, p. 66).

¹⁶⁷ La redacción final fue aprobada por la Cámara de Diputados el 22 de marzo de 1850 y el Código se promulgó por Ley N° 556, de 25 de junio de 1850 siendo publicado el 1° de julio de ese mismo año para entrar a regir el 1° de enero de 1851. Previamente se elaboró el esbozo de José da Silva Lisboa en 1832 y un proyecto de 1834. Cabe indicar que este texto, al basarse en otros Códigos europeos, influyó fuertemente sobre el Argentino de 1857 y a través de este sobre el

*comercio en general, Del comercio marítimo, y De las quiebras; y un título único subdividido en dos capítulos: De los Tribunales y juicios comerciales y Del orden del juicio en las causas comerciales.*¹⁶⁸

Este texto que al ser parcialmente revocado¹⁶⁹ adquirió la calidad de fuente derecho comercial,¹⁷⁰ se inspiró directamente en los Códigos de Portugal, España y especialmente en el *Code de Commerce* de Napoleón trasladando para Brasil el sistema francés de la disciplina privada de la actividad económica.

La transición al sistema italiano fue demorada, esta se realizó solamente con la aprobación del Código Civil de Miguel Reale en el año 2002.¹⁷¹ Sin embargo, como sostienen Bertoldi y Ribeiro, antes de la promulgación de este diploma, ya era posible vislumbrar una aproximación al sistema italiano.¹⁷²

La promulgación del Código civil del 2002, inspirado en el Código civil italiano, representó la adopción expresa de la teoría de la empresa al revocar parcialmente el Código comercial inspirado en el sistema objetivo de los actos de comercio.¹⁷³

Actualmente, el derecho legislado comercial brasileiro, se encuentra plasmado en diferentes cuerpos legales; en principio el Código Comercial (Ley N° 556 de junio de 1850) y su Reglamento. De igual forma, en el Libro II de la Parte Especial del Código Civil del 2002 titulado Derecho de empresa, este texto regula

Uruguayo de 1866 y el Paraguayo de 1870. (OLAVARRIA AVILA, Julio. *Los Códigos de Comercio Latinoamericanos*, p. 245-247).

¹⁶⁸ DE SOLÁ CAÑIZARES, Felipe. *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, p. 40.

¹⁶⁹ Actualmente sólo está en vigor la Segunda Parte referida al Derecho Marítimo.

¹⁷⁰ BERTOLDI, Marcelo y RIBEIRO, Marcia Carla. *Curso avançado de direito comercial*, p. 46.

¹⁷¹ COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito comercial. Direito de empresa*, p. 40-42.

¹⁷² Diversas leyes especiales permiten verificar el sistema que adoptó el derecho brasileiro, entre ellas, la Ley 8.078/90 (Código de defensa del consumidor, art. 3°), ley 6.404/76 (Ley de Sociedades por Acciones, Art 2, &1°) y la ley 8.934/94 que dispone sobre el registro público de las empresas mercantiles y actividades afines (Art. 2°). (BERTOLDI, Marcelo y RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*, p. 31).

¹⁷³ Como se observa en el propio documento, donde, en el artículo 966 se define al empresario en los siguientes términos: "Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa".

los bienes y las relaciones jurídicas relacionadas al ejercicio de las actividades de los empresarios.

Además de las normas del Código comercial y las normas pertinentes del Código civil, el legislador brasileiro elaboró diversas leyes que modificaron y/o complementaron estas leyes, entre estas destacan: (i) la recuperación judicial y extrajudicial de las sociedades empresariales pasaron a ser reguladas por la ley Nº 11.101 de fecha 09 de febrero del 2005; anteriormente este tema ya había sido regulado por el Decreto Ley Nº 7.661 del 21 de junio de 1945, el mismo que sustituía el capítulo referido a las quiebra empresarial (*falência*). (ii) La parte referida a las sociedades fue ampliada por el Decreto Nº 3.708 de fecha 10 de enero de 1919, el cual introdujo en el ordenamiento las reglas para las sociedades por cuotas de responsabilidad limitada; (iii) Las sociedades anónimas o compañías actualmente son reguladas por la Ley Nº 6.404 del 15 de diciembre de 1976, la misma que sustituyó al Decreto Ley Nº 2.627 de fecha 26 de setiembre de 1940, del cual sólo están vigentes los artículos del 59 al 79; (iv) el Título XVI del Código Comercial, que regulaba las letras de cambio, notas promisorias y créditos mercantiles, fue sustituido por el Decreto Nº 2.044, del 31 de diciembre de 1908, hoy alterado por el Decreto Nº 57.663, de 24 de janeiro de 1966, el mismo que introdujo la Ley Uniforme de Ginebra; y por la Ley Nº 5.474, de 18 de julio de 1968, que creó las “*duplicatas de faturas*”. (v) Asimismo, la Ley Nº 9.279, de fecha 14 de mayo de 1996, integró al derecho comercial el tema de la propiedad industrial, regulando varios elementos de la empresa y del comercio.¹⁷⁴

De esta manera, la materia comercial que antes estaba concentrada en el Código Comercial al ser disciplinada en diversas leyes especiales, basadas en principios diferentes de los que corresponden a las normas codificadas,¹⁷⁵ adquirió cierta flexibilidad.

Es en ese contexto y teniendo como sustento cierta obsolescencia de las

¹⁷⁴ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*, p. 51,52.

¹⁷⁵ Estas leyes, en ocasiones son incompatibles con el Código, difiriendo ideológicamente con lo establecido en el texto. Al respecto ver: MERRYMAN, John Henry. *La tradición romano canónica*, p. 282.

normas comerciales, la evolución de la economía y las nuevas dimensiones sociales y políticas del país, es que actualmente se viene tramitando en el Congreso Nacional brasileiro la elaboración de un nuevo diploma comercial.

En el entender de algunos autores, es necesario que “se elabore uma legislação compatível com o nosso desenvolvimento”. Así, las últimas mudanzas,

justificam, pois, uma completa renovação legislativa, que já ocorreu no direito civil e que esta sendo realizada no processo civil, do processo penal e do direito penal. Propõe-se agora, que também aproveamos um Código Comercial ou Empresarial, abrangendo o direito societário, os contratos comerciais, os títulos de crédito e as soluções para a crise da empresa.¹⁷⁶

1.6. EL PROYECTO PARA UNA CODIFICACIÓN “PRINCIPIOLÓGICA” EN EL DERECHO COMERCIAL BRASILERO.

La importancia de un Código radica en la preeminencia que tiene este texto como fuente del Derecho. Actualmente, explica Olavarria Ávila, son reconocidas tres clases de leyes comerciales: en primer lugar los códigos de comercio, en seguida las leyes especiales que regulan la materia mercantil, y finalmente las disposiciones de otros códigos que regulan relaciones comerciales.¹⁷⁷

En Brasil, las normas comerciales que conforman su legislación se encuentran contenidas en el Código Civil, Código comercial y en un número considerable de leyes especiales.

Para algunos autores, esta regulación resulta incompleta y desfasada ya que el paradigma del derecho comercial fue profundamente alterado haciendo surgir un derecho comercial absolutamente diferente del derecho comercial conocido y estudiado antiguamente, debido a ello, afirma Wald, “formou-se um consenso quanto à necessidade de rever alguns regimes jurídicos, como o da

¹⁷⁶ WALD, Arnoldo. O Código Civil e o projeto do Código Comercial. In: COELHO, Fabio Ulhoa e outros. *Reflexões sobre o projeto de Código Comercial*, p. 25,26.

¹⁷⁷ OLAVARRÍA ÁVILA, Julio. *Manual de Derecho Comercial*, p. 97.

sociedade limitada, de introduzir a governança corporativa e de aprimorar a legislação falimentar e a da recuperação da empresa”;¹⁷⁸ con ese objetivo, se han propuesto diversas soluciones legislativas, desde revisiones al Código Civil, hasta la elaboración de *miscrosistemas* que traten sobre diversos temas del derecho empresarial.

Es bajo esos criterios que se viene tramitando en el Congreso Nacional brasileiro el Proyecto de Ley N° 1.572/2011 que instituye el nuevo Código Comercial, teniendo como rasgo distintivo el carácter principiológico que se le atribuye.

Según justifica el autor del proyecto,

o que define certo diploma legislativo como principiológico é a centralidade conferida aos princípios, compatível com a mudança de paradigma. O fundamento da proposta é a necessidade de se romper o isolamento do direito comercial, no ambiente da argumentação por princípios consolidada após a Constituição de 1988. Enunciados os princípios do direito comercial pelo direito positivo, tornam-se inevitavelmente matéria de reflexão obrigatória dos comercialistas, proporcionando a mais rápida assimilação pelos advogados, magistrados e demais operadores: uma via rápida para recoser o esgarçado tecido dos valores caros à disciplina juscomercialista.¹⁷⁹

Coelho explica que estos principios están dirigidos, en un primer momento, al legislador; a él le corresponde en el ejercicio de su competencia escoger la regla más adecuada entre las alternativas que tiene, para la concretización de determinado principio. Solamente si los legisladores no “legislan” al respecto, los destinatarios de estos principios serían los jueces. Con ello “o empresário terá, (...) o critério legal único para nortear a organização de sua empresa em face de determinado principio”.¹⁸⁰ De esta manera, las decisiones judiciales serán

¹⁷⁸ WALD, Arnaldo. O Código Civil e o Projeto de Código Comercial. In: COELHO, Fabio Ulhoa e outros. *Reflexões sobre o projeto de Código Comercial*, p. 26.

¹⁷⁹ COELHO, Fabio Ulhoa. Os princípios do Direito Comercial no Projeto de Código Comercial. In: COELHO, Fabio Ulhoa y otros. *Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial*, p. 109.

¹⁸⁰ COELHO, Fabio Ulhoa. Os princípios do Direito Comercial no Projeto de Código Comercial. In: COELHO, Fabio Ulhoa y otros. *Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial*, p. 115.

previsibles otorgando mayor coherencia y seguridad al sistema jurídico, adecuándose a las necesidades del siglo XXI.¹⁸¹

En este contexto, surge la inevitable interrogante ¿Es necesario elaborar un nuevo Código Comercial? Aparentemente, con la tentativa de unificar la legislación privada por medio del Código civil del 2002 surgieron diversos problemas al momento de aplicar las normas de esta rama: los contratos civiles y mercantiles – para algunos juristas y jueces – pasaron a tener la misma teoría general, ignorando la distinción que existe entre uno y otro, esto conlleva a que contratos comerciales fuesen analizados con los mismos criterios con los que se analiza un contrato civil.¹⁸²

Se debe tener presente que al analizar una relación privada o intervenir en ella, no se debe dejar de lado las consideraciones sobre la naturaleza del contrato, la naturaleza de los contratantes y los impactos potenciales que deriven de la decisión interventora. Ello en ocasiones era ignorado por el juzgador, a raíz de la unificación del derecho civil y comercial en el Código Civil del 2002 y de la promulgación de la Constitución de 1988.

Ahora bien, así planteada esta iniciativa parece interesante, pues permitiría evitar decisiones judiciales perniciosas, tal vez por ello esta propuesta ha sido respaldada por destacados juristas de esta rama así, Wald sostiene: “Cabe-nos reestruturar o regime legal que lhe é aplicável [ao direito empresarial] e dar-lhe a adequada sistematização e coerência. (...) a aprovação de um novo Código Comercial ou Empresarial nos parece o caminho mais lógico e eficaz”.¹⁸³ En el

¹⁸¹ WALD, Arnoldo. O Código Civil e o Projeto de Código Comercial. In: COELHO, Fabio Ulhoa y otros. *Reflexões sobre o projeto de Código Comercial*, p. 30.

¹⁸² Valladao realiza una crítica interesante al respecto, él atribuye esta confusión o desconocimiento del derecho comercial, a la carente preparación de los juristas, así: “Outro pretexto é o de que a unificação do Direito das Obrigações teria gerado um desconhecimento do Direito Comercial, tanto por parte dos juristas, como dos demais profissionais do Direito, sobretudo dos juízes. Isso é absolutamente falso. O que tem acarretado a ignorância do Direito Comercial é o contínuo empobrecimento do ensino jurídico no País, com a proliferação incontrolada de Faculdades de Direito. Estão aí os exames da OAB, do Ministério Público e da Magistratura para comprová-lo”. (VALLADÃO, Erasmo. O “antiprojeto” de novo código comercial, In: *Revista jurídica consulex*, nº 400, p. 33).

¹⁸³ WALD, Arnold. O Código Civil e o Projeto do Código Comercial. In: COELHO, Fabio Ulhoa e outros. *Reflexões sobre o projeto de Código Comercial*, p. 30.

mismo sentido Cândido, afirma: “Temos necessidade – e esta condição o Projeto de Código Comercial atende, de modo pleno – de um diploma contemporâneo, que mais coordene que propriamente sistematize a matéria regulada”.¹⁸⁴ En sentido similar Pleti arguye: “é possível asseverar que o advento de um novo Código Comercial propiciará significativo avanço nesse campo da Ciencia Jurídica”.¹⁸⁵

No obstante, también nos deparamos con otro grupo, quienes objetan esta propuesta, en este sentido Lobo afirma:

sou de opinião que, ao realizar uma revisão da legislação comercial em vigor, apenas e tão somente reunindo algumas matérias em um código, ao invés de empreender uma profunda e radical reforma, inspirada em novos paradigmas, o Projeto de Código Comercial, em discussão na Camará dos Deputados, não atende, data máxima vênia, às necessidades e aos anseios da sociedade brasileira (...).¹⁸⁶

En el mismo sentido se manifiesta Pargendler, quien explica:

O ambicioso projeto de criação de um novo Código Comercial (...) prescinde de um diagnostico preciso dos males que o novo diploma buscaria corrigir. Limita-se, ao contrario, a referir à necessidade de ‘recoser os valores esgarçados do direito comercial’ e incrementar a ‘segurança jurídica’ sem qualquer analise teórica ou empírica apta a fundamentar tanto o diagnostico do problema como a relação de causa e efeito entre o remédio proposto e os males constatados.¹⁸⁷

Dentro de las diversas críticas, destacan las que afirman que “os princípios gerais de Direito Comercial decorrem da realidade prática em que estão inseridas as relações empresariais, de modo que a positivização de tais princípios poderá gerar o ‘engessamento’ deste ramo do Direito, impedindo a evolução e a criação

¹⁸⁴ CÂNDIDO, Vicente. Os Princípios Constitucionais e a Exploração da Atividade Econômica. In: COELHO, Fabio Ulhoa y otros. *Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial*, p. 165

¹⁸⁵ PLETI, Ricardo Padovini. Tendências Modernas do Direito Societário In: COELHO, Fabio Ulhoa y otros. *Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial*, p. 422

¹⁸⁶ LOBO, Jorge. Publicização do Direito Comercial. In: COELHO, Fabio Ulhoa y otros. *Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial*, p. 65.

¹⁸⁷ PARGENDLER, Mariana. O Direito Societário em ação: analise empírica e proposições de reforma. In: *Revista de Direito Bancario e do Mercado de Capitais*, vol. 59, jan-mar/2013, p. 220.

de novos princípios”, por lo tanto “a sistematização de todos os princípios num único diploma trará morosidade à evolução das práticas comerciais”.¹⁸⁸

Por otro lado, una observación bastante incisiva es la que realiza Erasmo Valladao, el professor paulista, reclama la ausencia de algún tipo de debate prévio sobre el Proyecto del nuevo código comercial, así:

Sem um anteprojeto que tivesse sido discutido pelas classes interessadas, o documento jogado às carreiras contra o Parlamento, de uma espantosa mediocridade, de um desleixo e descaso a toda prova, está sendo enfiado pela nossa goela para satisfazer interesses outros que não os da Nação. Trata-se, na verdade, de um “projétil”! Desfchado contra todos nós.¹⁸⁹

Estas críticas reclaman un mayor debate con la finalidad de evitar la sanción de normas que tengan un efecto contrario al deseado, afectando el desarrollo del comercio.

A estas observaciones, se suma la manifestación hecha publica en mayo del 2013, donde 61 destacados juristas expresan su rechazo a este nuevo diploma, entre los principales críticas señalan “o texto do Projeto transita entre o irrelevante, o tecnicamente equivocado e o imprevisível (...) salta aos olhos a falta de precisão do texto, que baralha conceitos e acaba por obscurecer o que há muito é certo.” No obstante, continúan los doctrinadores,

A falta de precisão, todavia, não é o principal defeito do Projeto de Código Comercial. Seu vício mais grave é a adoção de soluções muito particulares, cuja aplicação nunca foi submetida ao teste da realidade, em qualquer país que seja. Regras novas são benvindas, desde que responsavelmente formuladas. Infelizmente,

¹⁸⁸ SADDI, Jairo. Codificando o Direito Bancário e o Mercado Financeiro. In: COELHO, Fabio Ulhoa y otros. *Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial*, p. 44. En el mismo sentido Carbonell O’Brien señala: “los principios no son estáticos sino que por el contrario son mutables, abiertos al cambio conforme a lo que el hombre y los negocios, evolucionen conjuntamente con esta rama del derecho”. (CARBONELL O’BRIEN, Esteban. *Elementos del Derecho comercial*, p. 70,80)

¹⁸⁹ VALLADÃO, Erasmo. O “antiprojeto” de novo código comercial. In: *Revista jurídica consulex*, n° 400, p. 32,33.

no que tem de original, o texto do Projeto de Código Comercial é precipitado, vago e, não raro, contraditório.¹⁹⁰

Entonces surge la pregunta “este CCom responde às necessidades da empresa brasileira do século XXI?”.¹⁹¹ Varios son los artículos criticados que dan una respuesta negativa a esta interrogante,¹⁹² sin embargo, a seguir, solamente serán abordados algunos de estos, los mismos que a manera de ejemplo, demuestran lo afirmado.

Así, los Artículos 4° y 7°, referidos a los principios generales del derecho comercial, específicamente a la función social de la empresa plantean lo siguiente:.

Artículo 4°: “São princípios gerais informadores das disposições deste Código: I – liberdade de iniciativa; II – liberdade de competição; III – função social da empresa”.

A su vez el artículo 7° explica: “A empresa cumpre sua função social ao gerar empregos, tributos e riqueza, ao contribuir para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, ao adotar práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeitar os direitos dos consumidores, desde que com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita”.

Del tenor de estas dos normas, en un primer momento, se observa el intento en otorgar contenido al principio de la función social de la empresa, para ello se recurre a determinadas funciones que este debe cumplir en la sociedad. Allí surge nuestra primera interrogante, ¿es necesaria esta definición?, o, ¿considerando que estamos inseridos en una economía de libre mercado y

¹⁹⁰ Manifesto: Pela rejeição do Projeto de Código Comercial – PL 1.572/11. Disponible en: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI178410,11049-Especialistas+manifestamse+contra+Codigo+Comercial>. Acceso en: 27/08/2015.

¹⁹¹ TIMM, Luciano Benetti. Precisamos de um Novo Código Comercial. In: COELHO, Fabio Ulhoa. *Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial*, p. 89.

¹⁹² Para una mayor ilustración en este sentido, se recomienda ver: VALLADÃO, Erasmo. O “antiprojeto” de novo código comercial, In: *Revista jurídica consulex*, n° 400, p. 34-36.

principalmente en un Estado Constitucional, donde la *Carta Magna* establece los límites para la actividad privada, esta norma no tendría mayor relevancia?.

En segundo lugar se hace referencia a derechos colectivos que se deben respetar (medio ambiente, consumidores), ¿no existe ya legislación especial que proteja estos derechos?.

Si bien esta aparente “duplicidad” de normas e intentos en definir algunos principios no ocasionarían mudanzas sustanciales; de allí surgen situaciones, esta vez sí perjudiciales, como es el caso de lo señalado en el artículo 317 del mencionado texto referido a la posibilidad de anulación del negocio jurídico. Así, el proyecto señala: “O Ministerio Publico e os demais legitimados podem pleitear a anulação do negocio juridico, provando o descumprimento da função social.”

En este caso, la evidente vaguedad semántica en su redacción otorga un alto grado de discrecionalidad a los órganos del Estado para, si así lo estiman, pleitear la anulación del negocio jurídico, pues “Função social é um conceito legal indeterminado, de conteúdo ainda totalmente controverso”.¹⁹³ Este dispositivo causaría serios riesgos a las relaciones contractuales entre empresarios,¹⁹⁴ lo cual, resulta evidentemente perjudicial para el comercio.

El principio de la función social, señalan Yeung y Timm, “é absolutamente alienígena à natureza das atividades econômicas empresariais, é mal definido, dúbio e inteiramente sujeito a interpretações pessoais e arbitrariedades de cada julgador sobre o tema”, esto genera un gran aumento en el nivel de inseguridad y, en consecuencia, potencializa los costos de transacción en la economía.¹⁹⁵

¹⁹³ VALLADÃO, Erasmo. O “antiprojeto” de novo código comercial, In: *Revista jurídica consulex*, nº 400, p. 35.

¹⁹⁴ YEUNG, Luciana y TIMM, Luciano Benetti. Uma análise econômica do projeto para o novo código comercial brasileiro. In: GONÇALVES, Oksandro, et al. *Direito e economia entre o Peru e Brasil. Alcances da sua institucionalidade jurídica-econômica*, p. 348.

¹⁹⁵ YEUNG, Luciana y TIMM, Luciano Benetti. Uma análise econômica do projeto para o novo código comercial brasileiro. In: GONÇALVES, Oksandro, et al. *Direito e economia entre o Peru e Brasil. Alcances da sua institucionalidade jurídica-econômica*, p. 347. El aumento de los costos de transacción, como fue comprobado por economistas renombrados, es un obstáculo para el desarrollo del país.

Como alerta Sztajn, “o uso de palavras que não tem significado técnico-jurídico, a mera reprodução de normas estrangeiras e inovações inadequadas comprometeram a função primordial das normas: corrigir incentivos, reduzindo os custos sociais (*social costs*) e as externalidades negativas”.¹⁹⁶ En tal sentido, cuando se realicen reformas a los textos legislativos, es necesario verificar si esta alteración generará o no impacto en los incentivos.¹⁹⁷

En efecto, el aumento de inseguridad que se observa en el tenor de este nuevo código, generaría cinco impactos directos:

(i) aumento no numero de litígios judiciais questionando a função social das empresas; (ii) queda na abertura de empresas, por tornar mais incertos o ambiente de negócios e a decisão dos investidores (não é claro quando uma empresa poderá ser questionada sobre a sua função social e, eventualmente, ter seu negocio anulado); (iii) aumento no fechamento de empresas que não cumprirem com suas funções sociais; (iv) aumento nos custos privados de “precaução” em um ambiente juridicamente mais inseguro; (v) e queda no valor do mercado de empresas de capital aberto já existentes, pelo aumento das incertezas geradas aos investidores.¹⁹⁸

Considerando que las leyes son elaboradas para regular comportamientos, en consecuencia, cuando nos referimos a leyes comerciales, como afirman Yeung y Timm, “esses comportamentos a serem regrados são aqueles dos agentes econômicos no âmbito do mercado, isto é, aquele espaço público onde são

¹⁹⁶ SZTAJN, Rachel. O que se perdeu na tradução. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, econômico e financeiro*, nº 153/154, p. 8.

¹⁹⁷ No debe olvidarse una de las principales funciones de los operadores jurídicos como es “identificar externalidades (ou possíveis indutores de externalidades) relevantes e encontrar os remédios para conter seus efeitos negativos”. (SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: A redistribuição de direitos no novo código civil. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, econômico e financeiro*, nº 133, p. 8). Asimismo, salvando las diferencias, resulta pertinente recordar la reflexión de North, cuando señala: “transferir las reglas políticas y económicas formales de las exitosas economías de mercado de Occidente a economías del Tercer Mundo y de Europa del Este no es condición suficiente para un buen desempeño económico.” (NORTH, Douglass. Desempeño económico en el transcurso de los años. In: *Economía: Teoría y práctica*. Nº 09, p. 136).

¹⁹⁸ YEUNG, Luciana y TIMM, Luciano Benetti. Uma análise econômica do projeto para o novo código comercial brasileiro. In: GONÇALVES, Oksandro, et al. *Direito e economia entre o Peru e Brasil. Alcances da sua institucionalidade jurídica-econômica*, p. 348,349.

trocados bens e serviços, seguindo leis básicas e elementares da economia”,¹⁹⁹ el nuevo cuerpo de normas traería consecuencias negativas, desfavorables y desincentivadoras para el comercio.

Asimismo, la insuficiencia de este texto se hizo evidente, a raíz de las 194 emendas de las que fue objeto durante estos más de treinta meses de tramitación en el Congreso. De igual forma, el Proyecto de ley 1572/2011 ya paso por una alteración en la división de sus libros.²⁰⁰

Finalmente, el 22 de noviembre del 2013, el Senado Federal también inicio el proceso legislativo de un nuevo Código Comercial, a través del Proyecto de Ley 487/2013. Este proyecto que busca la promulgación de un nuevo Código Comercial está compuesto por 1102 artículos.²⁰¹

Así, la pertinencia de un Código Comercial, en tesis, resulta interesante siempre que el objetivo sea separar las actividades empresariales de otras ramas del derecho, y si al recodificar se busca “repor as normas dentro de parâmetros de racionalidade”,²⁰² además siempre y cuando no se ignore lo propuesto por North: “la función de las normas es facilitar el intercambio político o económico”.²⁰³

No obstante, y por lo expuesto, no concordamos con lo propuesto en el proyecto de ley que busca la promulgación de un nuevo código comercial, consideramos que, dadas las características del derecho empresarial, resulta de

¹⁹⁹ YEUNG, Luciana y TIMM, Luciano Benetti. Uma análise econômica do projeto para o novo código comercial brasileiro. In: GONÇALVES, Oksandro, et al. *Direito e economia entre o Peru e Brasil. Alcances da sua institucionalidade jurídica-econômica*, p. 329.

²⁰⁰ En un inicio el Proyecto de Ley (PLC) 1572 estaba conformado por 670 artículos, divididos en cinco libros que contenían las siguientes materias: “Livro I – Da Empresa; Livro II – Das sociedades empresárias; Livro III – Das obrigações dos empresários; Livro IV – Da crise da empresa e Livro V – Das disposições finais e transitórias.”

²⁰¹ El proyecto en mención, está compuesto por los siguientes libros: “PARTE GERAL: Livro I – Do Direito comercial; Livro II – Da pessoa do empresário; Livro III – Dos bens e da atividade do empresário e Livro IV – Dos fatos jurídicos empresariais. PARTE ESPECIAL: Livro I – Das sociedades; Livro II – Das obrigações dos empresários; Livro III – Do Agronegócio; Livro IV – Do Direito Comercial Marítimo e Livro V – Do processo empresarial. PARTE COMPLEMENTAR: Livro Único – Das disposições finais e transitórias”.

²⁰² SZTAJN, Rachel. Codificação, decodificação, recodificação: a empresa no Código Civil Brasileiro. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, econômico e financeiro*, n° 143, p. 15.

²⁰³ NORT, Douglass. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, p. 67.

mayor importancia y necesidad, elaborar un marco teórico renovado, el cual permita adaptar el derecho a las constantes mudanzas sociales y económicas.

Esta nueva teoría general, además de servir como base para la creación, interpretación y aplicación de normas mercantiles, debe permitir la reducción de los costos de transacción para los agentes, propiciando que las actividades comerciales sean más eficientes. De igual forma debe permitir prever y sopesar las probables consecuencias de las decisiones jurídicas o políticas públicas dentro del contexto legal, político, social, económico e institucional en el cual serán implementadas.²⁰⁴

De esta manera el aplicador del derecho, dejará de lado la – en palabras de Bullard – “esquizofrénica jurisprudencia de conceptos”, la misma que impide a los jueces considerar “los efectos e impactos económicos de las decisiones judiciales, en especial su efecto en inversión y en reducción de costos de transacción”.²⁰⁵

Todo esto, teniendo en consideración la advertencia de Merryman, quien hace referencia a la transformación por la que viene atravesando la tradición del *civil law*, donde se observa, por un lado la declinación de los códigos civiles y por el otro el ascenso del constitucionalismo.²⁰⁶ Estas tendencias – continua Merryman – “asociadas a la ‘descodificación’ [y] la ‘constitucionalización’ (...), de la tradición del derecho civil parecen irreversibles”.²⁰⁷

Adicionalmente, en la actualidad, son pocas las naciones cuyas actividades comerciales se limitan al mercado local. Todos los países se mantienen vinculados comercialmente, sea en mayor o menor medida, lo que provoca que ordenamientos diferentes estén en constante contacto.²⁰⁸ Es por ello que el crecimiento de las relaciones comerciales tanto nacionales cuanto internacionales

²⁰⁴ Al respecto: GICO, Ivo Jr. Introdução ao direito e economia, In: TIMM, Luciano Benetti. *Direito e economia no Brasil*, p. 11.

²⁰⁵ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*, p. 83.

²⁰⁶ Además del surgimiento del federalismo europeo.

²⁰⁷ MERRYMAN, John Henry. *La tradición romano canónica*, p. 281,282.

²⁰⁸ MARZORATI, Osvaldo. *Derecho de los negocios internacionales*, p. 12.

propician dos características muy importantes del derecho comercial actual, como son el informalismo y el cosmopolitismo.

2. LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO COMERCIAL

2.1. GLOBALIZACIÓN, COMERCIO Y ESTADO.

Durante gran parte del siglo XX, las relaciones entre los individuos y lo público se establecía con base en el modelo Keynesiano-Westfaliano, el cual tiene como elemento definitorio el principio de territorialidad del Estado que sostiene que las discusiones sobre la justicia deben realizarse necesariamente dentro del marco estatal.²⁰⁹

Desde finales del siglo pasado, la intensificación de las interacciones transnacionales, que se reflejan en la internacionalización de los sistemas productivos y las transacciones financieras, la diseminación de imágenes a través de medios de comunicación en masa, las tecnologías de la información y el desplazamiento de personas como turistas, trabajadores emigrantes y refugiados, consolidaron el fenómeno llamado globalización.²¹⁰

No existe consenso sobre lo que representa la globalización,²¹¹ el término en si mantiene una ambivalencia interna, pues además de englobar varios fenómenos, los efectos que produce en diferentes áreas (social, jurídico,

²⁰⁹ BERNAL PULIDO, Carlos. La posición de América Latina en el contexto de la globalización. In: *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, n° 58, p. 311.

²¹⁰ BOAVENTURA DE SOUSA, Santos. *Globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, p. 37. En el mismo sentido ver: MELO, Jairo Silva. *Contratos internacionais e cláusulas hardship*, p. 18. COSTA, Patricia Ayuba da y MUNIZ, Tânia Lobo. Estado e comercio internacional: convergências e divergências. In: *Scientia Iuris: revista do curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL*. Vol 01, n. 01, p. 220.

²¹¹ “É um conceito plurívoco” afirma Faria, “Desde a última década, esse conceito tem sido amplamente utilizado para expressar, traduzir e descrever um vasto e complexo conjunto de processos interligados.” (FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*, p. 59). Por su parte Carbonell señala: “a dicha omnipresencia no le sigue la correspondiente omnicomprensión. Es decir, con frecuencia se habla de la globalización sin saber exactamente a qué se está haciendo referencia”. (CARBONELL, Miguel. *Globalización y derecho: siete tesis*. In: *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. N° 56, p. 157) “No existe consenso en torno al tema” – Afirma Cadena Afanador – “sobre ella hay abundante literatura, quizá demasiada, y se presenta como un fenómeno novedoso, que cuando se identifica, es criticado por unos y alabado por otros, pero incomprendido por la mayoría”. (CADENA AFANADOR, Walter René. *La Nueva Lex Mercatoria: Un caso pionero en la globalización del Derecho*. In: *Papel político* N° 13, p. 102). Por su parte Comparato señala: “Não há, a rigor, nenhuma precisão conceitual no uso do vocabulário” (COMPARATO, Fábio Konder. *A civilização capitalista*, p. 250).

económico, etc.), son disimiles. En algunos casos genera procesos de desigualdad, asimetrías y procesos de exclusión; asimismo, facilita la comunicación y el intercambio económico y cultural, así como la circulación de personas. Es por ello que, la globalización como todo fenómeno de orden social tiene beneficiados y afectados.²¹²

Según afirma Vieira, sus fundamentos se encuentran en trabajos de Friedrich von Hayek y Milton Friedman,²¹³ los cuales fueron cristalizados en el Consenso de Washington,²¹⁴ donde se resume la planilla neoliberal que debe ser aplicada como antídoto a la inflación, a la ineficiencia del Estado y a las fragilidades del mercado, especialmente en los países periféricos.²¹⁵

Giddens define la globalización como “una intensificación de las relaciones sociales mundiales que relacionan entre ellos las localidades distantes, haciendo realidad que los eventos locales sean diseñados por los sucesos que ocurren a miles de kilómetros de distancia y viceversa”.²¹⁶

Por su parte para Stiglitz la globalización es

²¹² CADENA AFANADOR, Walter René. La Nueva Lex Mercatoria: Un caso pionero en la globalización del Derecho. In: *Papel político* N° 13, p. 103.

²¹³ Este último de la Universidad de Chicago.

²¹⁴ El consenso de Washington, un conjunto de principios favorables al mercado, en la actualidad, aún es bastante criticado, pues sus programas de ajuste estructural como: liberalizar el comercio y las finanzas, dejar que los mercados determinen los precios, acabar con la inflación y privatizar; serían impuestos de forma rigurosa sobre las sociedades más vulnerables. Sobre estas y otras críticas, se recomienda: CHOMSKY, Noam. *El beneficio es lo que cuenta. Neoliberalismo y orden global*, p. 20-26.

²¹⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. Realinhamento Constitucional. In: VIEIRA, Oscar Vilhena y SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Global*, p. 17. De forma extendida, las principales recomendaciones de la doctrina neoliberal son: “(i) Redução acentuada dos poderes do Estado na regulação da vida econômica e também dos direitos sociais, a fim de assegurar, segundo se garantia, maior eficiência na atividade empresarial. (ii) Privatizações em massa de empresas, mesmo nos setores de infraestrutura (energia, transportes e comunicações), bem como no setor de serviços públicos. (iii) Generalizada abolição dos regulamentos administrativos em matéria econômica, mesmo nos setores em que tradicionalmente tais regulamentos sempre existiram, como crédito, câmbio, seguros, mercado de capitais, circulação internacional e capitais e comercio exterior. (iv) Mudanças na política financeira estatal, com a eliminação dos déficits públicos, a redução da carga tributaria (substituída em grande parte pela emissão de empréstimos públicos) e a supressão de subsídios estatais a certas atividades econômicas”. (COMPARATO, Fábio Konder. *A civilização capitalista*, p. 248)

²¹⁶ GALGANO, Francesco. *La globalización en el espejo del derecho*, p. 31.

la integración más estrecha de los países y los pueblos del mundo, producida por la enorme producción de los costes de transporte y comunicación, y el desmantelamiento de las barreras artificiales a los flujos de bienes, servicios, capitales, conocimientos y (en menor grado) personas a través de las fronteras. La globalización ha sido acompañada por la creación de nuevas instituciones [y] es enérgicamente impulsada por corporaciones internacionales que mueven no sólo el capital y los bienes a través de las fronteras, sino también la tecnología.²¹⁷

En sentido similar Boaventura de Souza la define como "el proceso a través del cual una determinada condición o entidad local engrandece su ámbito a todo el mundo, y cuando lo consigue, adquiere la capacidad de designar como locales las condiciones o entidades rivales".²¹⁸

Por su parte, Comparato centra su opinión en sus efectos, así

alguns atribuem-lhe o significado de unificação da humanidade, graças ao estabelecimento de um sistema mundial de comunicações, pelas vias de transporte e pela internet. Nesse sentido, enfatizado pelos ideólogos neoliberais, tratar-se-ia de um extraordinário benefício do capitalismo. Outros preferem salientar, pelo emprego da palavra, o surgimento de um mercado mundial.²¹⁹

Organismos internacionales como el Fondo Monetario Internacional (FMI), también se han pronunciado al respecto, para este organismo, la globalización

es la interdependencia económica creciente del conjunto de los países del mundo, provocada por el aumento del volumen y la variedad de las transacciones transfronterizas de bienes y servicios, así como de los flujos internacionales de capitales, al tiempo de la difusión acelerada y generalizada de la tecnología.²²⁰

De esta manera, aspectos tanto económicos como tecnológicos constituyen los principales elementos de este fenómeno polifacético, que se manifiesta en lo

²¹⁷ STIGLITZ, Joseph. *El malestar en la globalización*, p. 45.

²¹⁸ BOAVENTURA DE SOUSA, Santos. *Globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, p. 56.

²¹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *A civilização capitalista*, p. 250.

²²⁰ Fondo Monetario Internacional. Disponible en: <https://www.imf.org/external/np/exr/ib/2002/esl/031502s.htm>. Acceso en: 07/05/2014.

económico, en las relaciones sociales, la política, la cultura, la religión y en el campo jurídico.²²¹

Si bien durante las últimas décadas, la globalización contemporánea, con todas sus particularidades se viene imponiendo velozmente²²² repercutiendo directamente en la economía interna de los Estados e influenciando en su formación cultural²²³ fue a raíz de la tendencia a la interacción y el intercambio entre los diversos grupos humanos que acompañaron el desarrollo de la civilización desde sus inicios que este fenómeno surgió.²²⁴

Los grandes imperios de la Antigüedad y su afán expansionista, el intercambio comercial entre oriente y occidente y la llegada de los europeos a América fueron acontecimientos que envolvieron aspectos económicos, sociales, culturales y políticos que representan una primigenia forma de globalización.²²⁵

²²¹ BOAVENTURA DE SOUSA, Santos. *Globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, p. 39. Carbonell por su parte señala que no existe una, sino varias globalizaciones cada una con su lógica propia y manteniendo su ritmo particular, existe por ejemplo la globalización de las comunicaciones, la globalización financiera y la cultural. (CARBONELL, Miguel. *Globalización y derecho: siete tesis*. In: *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. N° 56, p. 158). Desde una perspectiva de política económica y de las repercusiones de la globalización en los sistemas políticos de los estados nacionales, se recomienda ver: BECK, Ulrich. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Barcelona: Paidós, 1998. STIGLITZ, Joseph. *El malestar en la globalización*, Madrid: Taurus, 2002.

²²² Para Costa y Muniz, la evolución tecnológica que se inició a partir de 1980, fue fundamental para que la globalización alcance el grado de desarrollo, e interdependencia entre sus actores, que actualmente la caracterizan. (COSTA, Patricia Ayuba da y MUNIZ, Tânia Lobo. *Estado e comercio internacional: convergências e divergências*. In: *Scientia Iuris: revista do curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL*. Vol 01, N° 01, p. 221).

²²³ MELO, Jairo Silva. *Contratos Internacionais e cláusulas hardship*, p. 18.

²²⁴ Al respecto ver: SEGOVIA, Alfredo Riquelme y HULAUD, Michelle León. *La globalización Historia y Actualidad*. Ministerio de Educación de Chile, p. 11-14. En sentido similar ver también: FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas inconclusos: Os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*, p. 41.

²²⁵ Estos cambios en la antigüedad provocaron sucesivos periodos de modernización económica, cultural y jurídica. Asimismo, la interacción entre el desarrollo de la cartografía, el dominio de las técnicas de navegación y la evolución del conocimiento científico en general, fueron factores determinantes para proyectos como los grandes descubrimientos y la expansión ultramarina de Portugal y España a partir de finales del siglo XV; así como para las nuevas formas manufactureras que se desarrollaron en Florencia, Génova, Milán, Venecia y otras ciudades del norte de Italia en el siglo XVI. De la misma forma influyeron en la formación de un sistema internacional de pagos basado en letras de cambio entre banqueros y comerciantes, haciendo posible el establecimiento de rutas globales de comercio, la explotación sistemática de oro y de plata de las Américas, el inicio de un amplio y complejo proceso de colonización y expansión territorial, la llegada de la

Una segunda onda globalizadora se dio durante la Segunda Revolución Industrial (S. XIX). El desarrollo de los medios de transporte, la creación de nuevas tecnologías y la utilización de la energía eléctrica en los procesos de producción, dieron como resultado un incremento en las relaciones económicas internacionales. Al crecimiento del comercio se sumaron las grandes corrientes migratorias tanto a nivel internacional (Europa - América) como a nivel local (rural – urbana).

El proceso globalizador, con sus dimensiones actuales empezó a imponerse finalizada la segunda guerra mundial (1945); sin embargo, solamente en la década del setenta del siglo pasado este proceso consiguió acelerar su expansión llegando a abarcar casi el planeta entero. Fueron tres los factores principales que facilitaron este proceso: (i) la revolución tecnológica, (ii) la libertad de circulación del dinero como resultado de las onerosas transacciones comerciales mundiales y (iii) el acceso a la información desde cualquier canto del planeta.

Para Feitosa este movimiento, gira en torno a dos ejes primordiales, la integración de la economía y la liberalización de los mercados. Los acontecimientos que iniciaron este nuevo proceso fueron: la salida de los Estados Unidos del sistema Bretton Woods (1971), la crisis petrolera del Oriente Medio (1973) y la liberalización de los mercados financieros ingleses (1980).²²⁶

Este proceso, en la actualidad, no es homogéneo ni simétrico, sino dispar y cargado de tensiones dialécticas inherentemente contradictorias; lo que implica, no la desaparición del Estado, sino “un debilitamiento de su poder hacia el interior

civilización europea a los extremos de Asia y la formación de estructuras decisorias dotadas de una capacidad de organización para controlar el entorno social y político en el cual se realizaba la acumulación de capital a escala mundial. (FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*, p. 60)

²²⁶ FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*, p. 37.

y el exterior para permitir el fortalecimiento de los intercambios y las comunicaciones transnacionales".²²⁷

Según Boaventura de Sousa, existen diversas formas de globalización, las cuales aparecen junto a formas nuevas o renovadas formas de localización.²²⁸ Conforme la clasificación que realiza el autor portugués, existen cuatro formas de globalización (i) localismo globalizado,²²⁹ (ii) globalismo localizado,²³⁰ (iii) cosmopolitismo²³¹ (iv) la herencia común de la humanidad²³². De estos – afirma

²²⁷ BERNAL PULIDO, Carlos. La posición de América Latina en el contexto de la globalización. In: *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, n° 58, p. 315.

²²⁸ BOAVENTURA DE SOUSA, Santos. *Globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, p. 55.

²²⁹ Consiste en el proceso por el cual un fenómeno local es globalizado con éxito. Usualmente la globalización de prácticas locales se origina en el centro del sistema mundial, es decir en los países más poderosos, y son después expandidas y diseminadas a los países periféricos o del tercer mundo como le llaman algunos. En realidad, dice Boaventura, un localismo globalizado es "un proceso cultural mediante el cual una cultura local hegemónica se come y digiere, como un canibal, otras culturas subordinadas". Como ejemplo tendríamos ciertas operaciones mundiales de las empresas transnacionales, la transformación de la lengua inglesa en lengua franca, la globalización de la comida rápida o la música popular norteamericanas, o la adopción mundial de las leyes de propiedad intelectual norteamericana sobre software para computadoras.

²³⁰ Consiste en el impacto específico de las prácticas e imperativos transnacionales en las condiciones locales, las cuales son desestructuradas y reestructuradas con el fin de responder a estos imperativos. Estos globalismos localizados incluyen: enclaves de libre comercio; deforestación y deterioro masivo de los recursos naturales para pagar la deuda externa; uso turístico de los tesoros históricos, los lugares y ceremonias religiosas, las artes y artesanías, la vida salvaje; conversión de la agricultura de subsistencia en agricultura orientada a la exportación como parte del "ajuste estructural" etc.

²³¹ La jerarquía del sistema mundial y las relaciones de poder e interdependencia que éste implica se desenvuelven en formas complejas. Las formas de dominación prevalentes no excluyen la posibilidad de que los Estados-nación subordinados, las regiones, las clases y grupos sociales y sus aliados, se organicen transnacionalmente en defensa de intereses percibidos como comunes y usen en su provecho las posibilidades para la interacción transnacional creadas por el sistema mundial. Tal organización está destinada a contrarrestar los efectos dañinos de las formas hegemónicas de globalización y se desarrolla a partir de la conciencia de nuevas oportunidades de creatividad y solidaridad transnacionales, creadas por la intensificación de las interacciones globales. Las actividades cosmopolitas incluyen, entre otros, los diálogos y las organizaciones Sur-Sur; las organizaciones laborales mundiales (la Federación Mundial de Sindicatos y la Confederación Internacional de Sindicatos de Libre Comercio); la filantropía transnacional Norte-Sur; las redes internacionales de servicios jurídicos alternativos; las organizaciones de Derechos Humanos; la ONG con agencias transformativas; los movimientos literarios y artísticos en la periferia del sistema mundial que buscan valores alternativos, no imperialistas, etc.

²³² La idea detrás de este concepto es que hay entidades naturales que pertenecen a la humanidad entera y que todos los pueblos tienen derecho a opinar y participar en el manejo y la distribución de sus recursos. Cinco elementos son asociados usualmente con el concepto de herencia común de la humanidad: inapropiabilidad; manejo por parte de todos los pueblos; participación internacional en los beneficios obtenidos de la explotación de los recursos naturales; uso pacífico incluyendo libertad de investigación científica en beneficio de todos los pueblos; y conservación para las generaciones futuras. Aquí, por ejemplo, están involucradas cuestiones ambientales como la

Boaventura - los países centrales se especializan en los localismos globalizados, mientras que a los países periféricos se les impone como única alternativa el ser receptores de globalismos localizados.²³³

Por su parte Carbonell explica que la globalización genera no solamente prácticas supranacionalizadoras, sino también efectos disgregadores al interior de cada estado nacional, es decir, además del desvanecimiento de fronteras políticas e incluso físicas entre los países, también se observa formas de desmembración del Estado por medio de movimientos secesionistas, o a través de mayores demandas de autonomía política de las regiones e incluso por reivindicaciones multiculturalistas; este retorno a los localismos, conlleva al surgimiento de un complejo y singular fenómeno llamado “*glocalización*”.²³⁴

Convivir con el fenómeno de la globalización e incentivarla usufructuando sus beneficios, y a la vez tratar de encontrar fórmulas que impidan que los aspectos negativos que emana, afecten el necesario equilibrio en los países afectados sin restringir el necesario intercambio que permea la política internacional actual, es un desafío que actualmente discuten legisladores, juristas, economistas, ejecutivos y todo aquel que directa e indirectamente se ve afectado por este nuevo orden mundial.²³⁵

Lo cierto es que la globalización alienta el surgimiento de nuevos temas, comportamientos poco usuales, actividades económicas atípicas, conglomerados políticos inéditos y otros variados eventos que carecen de regulación jurídica.²³⁶

Es por ello que la globalización ha evidenciado, tanto en América Latina como en el resto del mundo, que las posibilidades que tienen los individuos de

protección de la capa de ozono, la Antártida, los océanos; la exploración de espacio exterior, la luna y otros planetas; las luchas contra la proliferación del armamento de destrucción masiva, etc.

²³³ BOAVENTURA DE SOUSA, Santos. *Globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, p. 57.

²³⁴ CARBONELL, Miguel. Globalización y derecho: siete tesis. In: *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. N° 56, p. 159,160.

²³⁵ MELO, Jairo Silva. *Contratos internacionais e cláusulas hardship*, p. 20.

²³⁶ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Teoria do Direito e globalização econômica. In: VIEIRA, Oscar Vilhena y SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Global*, p. 83.

vivir una vida buena, no dependen solamente del Estado, sino de procesos que superan sus fronteras territoriales, de procesos supraestatales, internacionales o incluso, no estatales.²³⁷

Sin embargo, para algunos, la globalización aparenta consagrar el triunfo del mercado y de su lógica sobre las culturas y sobre los sistemas sociales en general. Este fenómeno trae consigo la idea de minimización de acción del Estado y de libertad total al capital internacional, y es justo allí donde radica su principal crítica, pues este fenómeno multifacético parece “instrumentalizar em todos os campos da ação humana, uma mentalidade voltada à satisfação dos postulados da economia de mercado, com imensos prejuízos para um enorme contingente social excluído de seus efeitos benéficos”.²³⁸

Ello porque los pilares que reflejan la vigencia y consolidación de este proceso durante las últimas décadas, están orientados hacia un entorno comercial y de la producción, sin descuidar el aspecto financiero y tecnológico.

La globalización comercial viene a ser una especie de “quiebre con el pasado”, cuya novedad, en relación a procesos comerciales acentuados después de la segunda guerra mundial que consistían en una expansión del comercio internacional favorecida por la disminución de las barreras aduaneras, es la expansión planetaria de la organización productiva. No debe olvidarse que cuando primaba la economía industrial, la producción era siempre nacional, los mercados internacionales solamente participaban como proveedores de materia prima y como centros de colocación de productos terminados. Los mercados globales de

²³⁷ BERNAL PULIDO, Carlos. La posición de América Latina en el contexto de la globalización. In: *Revista de la Facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, n° 58, p. 313.

²³⁸ FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*, p. 37. Frente a ello, Carbonell sostiene que: “La globalización sería en muchos aspectos, una construcción ideológica, susceptible no solamente de un valoración en términos de eficiencia económica, sino también y sobre todo sujeta a un enjuiciamiento ético” (CARBONELL, Miguel. Globalización y derecho: siete tesis. In: *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. N° 56, p. 161). Existe abundante bibliografía que critica la globalización y sus efectos, dentro de estos, destacamos tres textos: BOAVENTURA DE SOUSA, Santos (Org.) *A globalização e as Ciências Sociais*. São Paulo: Cortez, 2011; KLEIN, Naomi. *La doctrina del shock*. Barcelona: Paidós, 2012 y CHOMSKY, Noam. *El beneficio es lo que cuenta*, Barcelona: Austral, 2014.

la actualidad no solo comprenden la circulación de mercaderías más allá de las fronteras nacionales,

circula, aun antes que la mercancía, el *know-how*, las licencias de producción, los contratos de *joint venture* que perfeccionan la colaboración productiva entre empresas de países lejanos. Sobre todo en ámbitos transnacionales se desplaza y se ramifica. La misma organización productiva y de distribución se desplaza y ramifica al ámbito internacional.²³⁹

No obstante, se debe tener en cuenta la observación de Sierralta, quien señala que este proceso de internacionalización del comercio, que engloba una serie de políticas liberales que ignoran el sentimiento de grupo, de lealtad primaria a un espacio geográfico y humano; hace desaparecer el sentido de solidaridad social, y esto surge como resultado principalmente de lo que representa la competencia, entendida esta como “el desplazamiento de uno o de varios por la gestión o el esfuerzo del otro”.²⁴⁰

Asimismo, una de las principales consecuencias de la globalización de la producción llevada a cabo por las empresas transnacionales, es el surgimiento de una nueva política económica centrada en el mercado. Con ello el papel central del Estado-nación como unidad privilegiada de la iniciativa económica, social y política se vio perdido. Esta fue una de las importantes mudanzas en el sistema interestatal que ocasionó este proceso,²⁴¹

Estas alteraciones en el campo político y jurídico, derivadas de la economía contemporánea hacen que “os estados nacionais enfrentem dificuldades crescentes para neutralizar os efeitos de fatores externos e para atuar como

²³⁹ GALGANO, Francesco. *La globalización del derecho*, p. 32.

²⁴⁰ SIERRALTA, Anibal. *Contratos de comercio internacional*, p. 9.

²⁴¹ BOAVENTURA DE SOUZA, Santos. *Globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, p. 40,41. Al respecto, agrega Bernal Pulido: “La globalización ha implicado la pérdida, en un grado elevado, del control que tiene el Estado sobre su propia economía. La Economía de cualquier Estado puede verse afectada por desestabilizaciones repentinas, ocasionadas por la huida de capitales o por decisiones adoptadas por parte de las transnacionales, sin que los órganos de gobierno interno puedan adoptar medidas enteramente eficaces para paliar los efectos negativos de una crisis”. (BERNAL PULIDO, Carlos. La posición de América Latina en el contexto de la globalización. In: *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, n° 58, p. 316).

reguladores do sistema financeiro domestico e globalizado, por meio de seus mecanismos político-normativos internos (...).²⁴²

Así, el fenómeno de la globalización económica, comercial, financiera y de la producción, colisiona frontalmente con la metáfora del Estado como pirámide escalonada de normas, en cuyo vértice aparece el sistema jurídico como conjunto de normas que organizan el aparato estatal, designando competencias y disciplinando el ejercicio del poder, y en cuya base está ubicada la sociedad, donde las relaciones económicas y las actividades productivas son regidas por reglas del derecho civil y comercial.²⁴³

La globalización desfigura completamente la noción de sistema jurídico, entendido este a partir de sus características clásicas como son la unicidad, la estatalidad de sus fuentes, la jerarquía de las normas, la completitud del ordenamiento y la coherencia, “vê-se a crescente substituição da ‘pirâmide’ normativa kelseniana por séries normativas dispostas na forma de ‘teias de aranha’ emaranhadas, descentralizadas e, em larga medida, surgidas apenas para estabelecer premissas de decisões flexíveis”.²⁴⁴ En razón a ello, el derecho que surge con la globalización no tiene mayor afinidad con la concepción formal de sistema, inclinándose necesariamente a la línea del pluralismo jurídico.

Al respecto, – aclara Campilongo – si la teoría del derecho, además de las características sistémicas del ordenamiento jurídico, analiza aspectos referentes a la estructura decisoria del sistema y adiciona la noción de contingencia como característica fundamental del derecho actual, la incompatibilidad sistémica, operacional, decisoria o funcional, entre el derecho positivo y la globalización dejaría de existir.²⁴⁵

²⁴² FARIA, José Eduardo. *O Estado e o direito depois da crise*, p. 34.

²⁴³ FARIA, José Eduardo. *O Estado e o direito depois da crise*, p. 42,43.

²⁴⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Teoria do Direito e globalização econômica. In: VIEIRA, Oscar Vilhena y SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Global*, p. 80,81.

²⁴⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Teoria do Direito e globalização econômica. In: VIEIRA, Oscar Vilhena y SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Global*, p. 81.

Recordando que fue justamente durante el siglo XX, cuando el Estado se consolidó como la unidad política e institucional en la cual vivían los seres humanos. En su versión original, con innovaciones implantadas a partir de la Revolución Francesa, el Estado tenía el monopolio del poder y de los medios de coerción, la autoridad central y sus agentes podían controlar lo que sucedía en el territorio del país. Esta fase de desarrollo del Estado, alcanzó su límite en la década del sesenta del siglo pasado.²⁴⁶

Hasta finales del siglo XX, los poderes políticos y jurídicos se imponían de forma incontrastable sobre los capitales financieros. Es en el transcurso del siglo XX para el siglo XXI, con la desterritorialización de los mercados, la flexibilización de los paradigmas técnico-productivos, el surgimiento de los grandes conglomerados industriales y la unificación de los espacios mundiales de circulación de capitales, que el Estado nacional, como instancia de mediación política y legal, empezó a debilitarse; su papel como mecanismo de determinación de horizontes colectivos y parte de su poder normativo fueron disminuyendo.²⁴⁷

Actualmente, conforme explica Espanha,

Ao Estado contrapõe-se uma sociedade que parece produzir normas sem necessitar de mediação oficial; à unidade do Estado contrapõe-se a dispersão de centros de poder normativo; às Nações, distintas e isoladas, contrapõe-se a ‘sociedade global’ de

²⁴⁶ HOBBSAWM, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*, p. 40,41. Actualmente el Estado, afirma Hespánha: “passa a ser frequentemente considerado como uma instituição obsoleta e portadora de interesses paroquiais por oposição a novas formas globalizadas de organização política que, pelo aumento de sua dimensão, conseguiram garantir formas de regulação mais liberal dos interesses locais e, pelo aumento da concorrência entre pontos de vista, capazes de opções normativas mais racionais”. (HESPANHA, Antonio Manuel. *Pluralismo jurídico e Direito democrático*, p. 48)

²⁴⁷ FÁRIA, José Eduardo. *O Estado e o direito depois da crise*, p. 38. Una crítica mayor, referida a la influencia de la globalización en el rol que cumple o debería cumplir el Estado, lo realiza Hobsbawm, para él: “Temos uma economia mundial em rápida globalização, baseada em empresas privadas transnacionais que se esforçam ao máximo para viver fora do alcance das leis e dos impostos do Estado, o que limita fortemente a capacidade dos governos, mesmo os mais poderosos, de controlar as economias nacionais. Com efeito, graças à prevalência da teologia do mercado livre, os Estados estão, na verdade, abandonando muitas das suas atividades diretas tradicionais – serviços postais, policia, prisões e mesmo setores importantes das Forças Armadas – em favor de empresas privadas com fins lucrativos”. (HOBBSAWM, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*, p. 41).

todas as nações, ultrapassando as fronteiras dos Estados e pouco atenta ao recorte oficial das fronteiras; à unidade de cada um dos vários dos direitos, contrapõem-se direitos com diversos centros autônomos produtores de normas, desprovidos de coerência, sobrepostos, combinando normas de validade apenas local com outras que valem a um nível translocal, global.²⁴⁸

La constante y reiterada transnacionalización del campo jurídico permite observar una constante dispersión de marcos legales nacionales, lo que sucede simultáneamente con la asimilación y reunión de cuerpos jurídicos internacionales.²⁴⁹ Todas estas reorganizaciones socioeconómicas, alteran las bases del derecho contemporáneo, haciendo necesaria la construcción de nuevos paradigmas; por ejemplo en lo referido a los sujetos de los derechos fundamentales (grupos vulnerables o derechos de las minorías) y también en lo referido a la organización y funcionamiento de los poderes públicos, considerando nuevos niveles de gobierno.²⁵⁰

Estos fenómenos modifican las tradicionales relaciones jurídicas que existen dentro del Estado, pues los espacios tradicionalmente reservados al derecho positivo y a la política legislativa no coinciden más con su espacio territorial.²⁵¹

La pérdida del poder regulador del Estado trae consigo, como consecuencia, la transferencia de este poder a otras instancias internacionales como el Banco Mundial (BM), el Fondo Monetario Internacional (FMI), la organización Mundial del Comercio (OMC) y las empresas transnacionales, quienes toman decisiones contando con la participación política efectiva de los

²⁴⁸ HESPANHA, Antonio Manuel. *Pluralismo jurídico e Direito democrático*, p. 18.

²⁴⁹ “Parecen estarse borrando o al menos difuminando las fronteras entre el derecho nacional y el derecho internacional. Cada vez son más los puntos de intersección y cada vez más las necesidades de los juristas de manejarse con soltura en los dos niveles normativos”. (CARBONELL, Miguel. Globalización y derecho: siete tesis. In: *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. N° 56, p. 168).

²⁵⁰ CARBONELL, Miguel. Globalización y derecho: siete tesis. In: *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. N° 56, p. 160.

²⁵¹ Hespanha señala que la globalización, especialmente la comercial, conllevaría hacia la formación de un orden jurídico supranacional, con tendencia a que este orden sea global. (HESPANHA, Antonio Manuel. *Pluralismo jurídico e Direito democrático*, p. 25).

representantes de cada país, no obstante, ello está supeditado a la participación de los representantes en las deliberaciones. En el caso de los países de América Latina, esta participación es cuestionada a raíz de su poca influencia y de la inequidad en estos organismos, esto conlleva a ser solamente destinatarios del derecho de la globalización, mas no autores.²⁵²

2.2. LA TRANSNACIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y EL RENOVADO ENFOQUE DEL PLURALISMO.

La transnacionalización del campo jurídico es un elemento constitutivo del proceso de globalización; se refiere a cualquier circunstancia donde se determine que alteraciones en el derecho estatal de un país fueron influenciados decisivamente por presiones internacionales formales o informales de otros Estados, agencias internacionales u otros actores internacionales.²⁵³ Estas mudanzas traen a colación la necesidad de una reestructuración radical de las Ciencias Jurídicas.²⁵⁴

La transnacionalización del derecho, parece revelar que los estados soberanos, por potentes que sean, no mantienen más esa soberanía que ostentaban siglos anteriores, pues “A economia global (...) produz um efeito gravemente perturbador sobre as estruturas jurídicas e políticas dos Estados, frustra-lhes, a política econômica, exautora-lhes as leis.”²⁵⁵

El derecho estatal, de naturaleza convencional, histórica y mutable, que tiene como objetivo principal regular las actividades de las personas, y que por

²⁵² BERNAL PULIDO, Carlos. La posición de América Latina en el contexto de la globalización. In: *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, n° 58, p. 315.

²⁵³ BOAVENTURA DE SOUZA, Santos. *La Globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, p. 63,64.

²⁵⁴ CADENA AFANADOR, Walter René. La Nueva Lex Mercatoria: Un caso pionero en la globalización del Derecho. In: *Papel político* N° 13, p. 103

²⁵⁵ GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria*. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, econômico e financeiro*. Vol. 129, p. 228. La economía global se diferencia del antiguo comercio internacional, la internacionalización estaba referida solamente al mercado de colecta de materias primas y a la colocación de los productos terminados; mientras que en la economía global no solamente las mercaderías circulan fuera del país, sino existe un desplazamiento y ramificación de la propia organización productiva y distributiva.

regla general ha sido (y es) positivista, local y formal;²⁵⁶ por lo general se ve influenciado por un conjunto desterritorializado de principios y reglas que se manifiestan a través de fórmulas tales como “principios generales”, principios de equidad”, “principios de buena fe”, “usos mercantiles internacionales”, etc.²⁵⁷

El debilitamiento del papel del Estado y la intensa actividad de los sujetos que actúan en el comercio nacional e internacional, hicieron posible el desarrollo de estas reglas y “principios” que disciplinan el comercio, como resultado de su reiterado uso y aplicación.²⁵⁸

De esta manera se observa una crisis en el modelo normativo estatizante, lo que se traduce en la necesidad del surgimiento de orientaciones prácticas y teóricas, insurgentes y paralelas que cuestionan y superan el reduccionismo dogmático positivista representado por la ideología monista centralizadora del Estado. Una respuesta a ello, es el traer nuevamente a discusión el paradigma del *pluralismo*, el mismo que trae un referencial epistemológico capaz de adaptarse a las profundas transformaciones sociales y económicas propias de las sociedades políticas pos-industriales y de las sociedades de industrialización tardía.²⁵⁹

²⁵⁶ CADENA AFANADOR, Walter René. La Nueva Lex Mercatoria: Un caso pionero en la globalización del Derecho. In: *Papel político* N° 13, p. 104.

²⁵⁷ Por lo general, es la comunidad internacional la encargada de elaborar estas regulaciones y principios acordes con la dinámica de la sociedad actual. Entre estos destacan: Las Cumbres de Río y Tokio sobre Medio Ambiente, Los Protocolos de Ginebra sobre Derechos Humanos, el Tribunal Penal Internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano, La Unidroit, La Convención de Viena sobre la Compra y Venta Internacional de Mercaderías; y muchos otros más.

²⁵⁸ MAGALHÃES, José Carlos de y TAVOLARO, Agostinho Tofolli. Fontes do Direito do comércio internacional: a lex mercatoria. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Direito do comércio internacional. Aspectos fundamentais*, p. 54. En el mismo sentido, explica Melo: “diante de fatores como a crescente complexidade das novas relações comerciais (...) houve um impulso significativo na produção legislativa dos Estados, ocasionando uma diversificação jurídica interna, que fez os operadores do comércio internacional buscarem meios alternativos para assegurar bilateralmente a preservação das condições estabelecidas entre os mesmos, quando da contratação internacional, não ficando sujeitos rigidamente às jurisdições dos distintos sistemas jurídicos aos quais as partes contratantes integravam”. (MELO, Jairo Silva. *Contratos Internacionais e cláusulas hardship*, p. 17)

²⁵⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. p. 170. Ver también CAMPILONGO, Celso Fernandes. Teoria do Direito e globalização econômica. In: VIEIRA, Oscar Vilhena y SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Global*, p. 78.

En sentido contrario a la concepción unitaria, homogénea y centralizadora que pregona el monismo, la concepción teórica y doctrinaria del pluralismo establece “a existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais com particularidade própria, ou seja, envolve o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si”. Esto conlleva a que este fenómeno sea analizado desde diversas perspectivas, es decir a partir de concepciones filosóficas, sociológicas, políticas, económicas y jurídicas.²⁶⁰

El pluralismo jurídico representa la existencia simultánea de una pluralidad de ordenamientos jurídicos distintos²⁶¹ (ordenamientos normativos “generales” (Códigos), “especiales” (leyes microsistemicas) y usos y costumbres de determinados grupos sociales), cada uno con vida propia, relacionados o no entre si, que pugnan por delimitar sus campos de actuación, de donde derivan múltiples manifestaciones, especialmente en el campo del derecho comunitario, derecho indígena y en los microsistemas especiales, en particular los que se forman en las ramas del derecho contractual y comercial.²⁶² De esta manera, el principal núcleo para el cual converge el pluralismo jurídico es la negación de que el Estado sea la fuente única y exclusiva de todo el Derecho.²⁶³

²⁶⁰ Asimismo, pueden observarse varias modalidades de pluralismo, a partir de la meta en común que tienen como es el debilitamiento o exclusión del Estado y la valorización de las instancias sociales intermediarias. A partir de estos criterios, el pluralismo puede tomar formas antiguas, tradicionales, conservadoras, liberales, modernas, progresistas, radicales, críticas, etc. (WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. p. 171,172,177)

²⁶¹ Determinar si los ordenamientos de los grupos, (sean estos grandes o pequeños) que conforman la sociedad, son jurídicos o no, es un tema en discusión. Nosotros nos adherimos a la posición de Bobbio quien afirma: “Não me deterei a precisar se estes ordenamentos menores são também jurídicos ou não. São considerados jurídicos pela teoria institucional, que se limita a pedir como requisito da juridicidade um mínimo de organização. A questão de serem ou não jurídicos não tem, na presente discussão, relevo particular”. (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 170).

²⁶² Wolkmer, define al pluralismo jurídico “como a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais” (WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. p. 219).

²⁶³ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. p. 183.

La primera generación pluralista, bastante relacionada a los antropólogos del Derecho y a los juristas de corrientes críticas del derecho, buscaba otorgar voz a las órdenes jurídicas que habían sido subalternizadas por el poder del Estado, especialmente a los grupos indígenas o a aquellos grupos minoritarios que hacían parte de la sociedad.

Esta forma de pluralismo es frecuente en sociedades coloniales y pos-coloniales, las cuales, *per se*, comprenden una variada diversidad étnica-cultural. En estas colectividades, el Estado pretende mantener la hegemonía del Derecho oficial, extendiéndolo incluso a las nuevas poblaciones sometidas, como una forma de conservar la situación colonial o la unidad nacional.²⁶⁴

Una segunda etapa de este pluralismo, mantiene un fuerte contenido político, busca tornar el derecho nacional, permeable a órdenes jurídicas globales, nascidas todas ellas de las diversas esferas de la globalización (globalización de los negocios, libre mercado, etc.). Lo que pretende este tipo de pluralismo, es, en esencia, la sumisión del derecho nacional a órdenes normativas de tipo corporativo, hegemonizadas por grupos de intereses circunscritos al control democrático.²⁶⁵

Por su parte Wolkmer, señala que este fenómeno jurídico, hasta el día de hoy recorrió dos fases bien marcadas. La primera, llamada historicismo jurídico, justifica la existencia de varios ordenamientos jurídicos, basado en la existencia de varias naciones en el mundo, cada uno de estos, con su propio ordenamiento estatal, interdependientes entre ellos.

²⁶⁴ HESPANHA, Antonio Manuel. *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático*, p. 71.

²⁶⁵ “Finalmente, un tercer momento señalado por Hespánha, está referido al reconocimiento en el ámbito nacional, de órdenes normativas que provienen de valores universalizados como los derechos humanos, los derechos de las comunidades nativas, el equilibrio ecológico, la libertad de expresión, etc. Estas órdenes de valores internacionales, pueden complementar las órdenes normativas nacionales, o, por el contrario, cuando estén en conflicto con el derecho nacional, provocan relaciones complejas entre lo global, lo nacional y lo local.” (HESPANHA, Antonio Manuel. *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático*, p. 71).

La segunda fase, llamada institucional, explica que los ordenamientos jurídicos, no necesariamente son del mismo tipo (estatal) y están contrapuestos al Derecho universal único, sino estos ordenamientos son variados. Así, Bobbio explica que es llamado institucional “porque a sua tese principal é a de que existe um ordenamento jurídico onde existe uma instituição, ou seja, um grupo social organizado”.²⁶⁶

En líneas generales, el pluralismo jurídico cuestiona la tradicional teoría que sustenta que el Estado es la única y exclusiva fuente de Derecho, pues “prioriza-se a produção normativa multiforme de conteúdo concreto gerado por instâncias, corpos ou movimentos organizados semi-autônomos que compõem a vida social”.²⁶⁷

A finales del siglo XX, el imperante liberalismo, fue determinante para otorgar una nueva connotación al pluralismo, ya que el rango de productores autónomos de normas sociales, era reclamado para los grupos que surgieron en el ambiente de los negocios y en otros sectores de la sociedad.²⁶⁸

Frente a este cambio de paradigma, surgen diversas interrogantes, especialmente las que buscan develar el papel que le corresponde al derecho en este mundo globalizado, pues como señala Hespanha “lidar com o direito de hoje, descreve-lo, ensinar a trabalhar com ele, fazer a sua teoria, implica tomá-lo como ele de facto é nos nossos dias.”²⁶⁹ .

Al respecto, José Eduardo Faria, propone cinco posibles escenarios que surgirían a partir de la interacción entre el derecho y la globalización: (i) *Un Estado mundial y un derecho global*: De esta manera se busca valorizar un proceso de convergencia, armonización y unificación de las legislaciones nacionales en campos específicos. Crear en el aspecto económico-financiero, una autoridad

²⁶⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 163, ver también: WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito*, p. 188.

²⁶⁷ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico Fundamentos de uma nova cultura no Direito*, p. 183.

²⁶⁸ HESPANHA, Antonio Manuel. *Pluralismo juridico e Direito democrático*, p. 47.

²⁶⁹ HESPANHA, Antonio Manuel. *Pluralismo juridico e Direito democrático*, p. 19.

mundial con poder de policía y capacidad de arbitraje supranacional; y progresivamente el establecimiento de una Constitución mundial. (ii) *Un Estado fuerte con su regulación normativa*: Basado en expansión de las legislaciones nacionales. Así, solamente la intervención controladora y reguladora de los gobiernos atendería las demandas de empleo y bienestar social en un periodo de acentuado desequilibrio financiero, también permitiría restablecer el equilibrio a corto y largo plazo en materia de políticas públicas y planeamiento económico. Asimismo, el Estado en base a políticas públicas buscará fortalecer la capacidad productiva en los sectores prioritarios para el desarrollo. (iii) *Un Gobierno mundial y derecho sin Estado*: Un Derecho mundial producido básicamente por entidades internacionales, órganos intergubernamentales y organismos supranacionales. Un sistema de gobierno al margen o exterior al derecho positivo tradicional, con una dinámica jurídica autónoma en relación a los poderes públicos. (iv) *Bloques comerciales y "multisoberanía"*: Profundización institucional de los bloques de integración comercial y de los procesos de regionalización, teniendo como paradigma la Unión Europea. La construcción institucional, jurídica, política y administrativa que intentaría conjugar la diferenciación y la integración. El resultado final sería una unión política-institucional. (v) *Globalización económica y pluralismo jurídico*: Expansión de los sistemas privados de gobierno de la actividad económica, sin colisionar con el derecho positivado por el Estado. Ningún régimen normativo debe ser dominante ni incompatible con el orden jurídico estatal. Existiría un derecho sustantivo de hecho que actúe en paralelo al derecho positivado por el Estado. Un modelo de derecho con diferentes actores que lo conforman y con distintas fuentes de producción normativa e imposición jurídica.

De estos cinco posibles escenarios, los dos últimos serían los más factibles pues estos tienen como objetivo desvincular al Estado de sus funciones controladoras, reguladoras, directoras y planeadoras en el ámbito económico; sustituyendo la tradicional rigidez jerárquica de los códigos y leyes por la

diversidad y flexibilidad normativa y el surgimiento e implantación de diferentes órdenes normativas en los mismos espacios geopolíticos.²⁷⁰

Esto ya se viene observando actualmente en el campo empresarial, pues hay quienes afirman que la nueva *lex mercatoria*, está resurgiendo²⁷¹ como un derecho transnacional de los negocios, siendo considerado una especie de “tercera cultura” o “cultura global”, independiente de las diversas culturas jurídicas nacionales, ocupando un lugar privilegiado frente a estas, y en ocasiones, “pretendiendo estar acima da legislação interna dos Estados”.²⁷²

Este nuevo “derecho comercial despolitizado”, asociado sólo a la dinámica del mercado, parte de la tesis que afirma que “las normas que regulan la actividad comercial pueden ser producidas de una manera totalmente particular, fuera de la sedes de mediación política donde se forman las normas de derecho.”²⁷³

2.3. LOS ALCANCES DE LA NUEVA LEX MERCATORIA COMO FUENTE DE DERECHO Y SUS DISCORDANCIAS.

El crecimiento del proceso de internacionalización del comercio incide directamente en el derecho interno, afectándolo y alterándolo; es por ello que juristas promuevan “o reconhecimento de uma autonomia comercial que

²⁷⁰ FARIA, José Eduardo. *O Estado e o direito depois da crise*, p. 63,64.

²⁷¹ COSTA, Patricia Ayub da y MUNIZ, Tânia Lobo. Estado e comercio internacional: convergências e divergências. In: *Scientia Iuris: revista do curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL*. Vol 01, n. 01, p. 223.

²⁷² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A nova Lex mercatoria como fonte do Direito do comércio internacional: um paralelo entre as concepções de Berthold Goldman e Paul Lagarde. In: FIORATI, Jete Jane y MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Novas vertentes do Direito do comércio internacional*, p. 201. Sin embargo esta posición es bastante discutida, especialmente para los que actúan en el sistema del *Commom Law*. Al respecto se recomienda ver: Santos, Boaventura de Souza. *Globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, p. 110,111.

²⁷³ GALGANO, Francesco. *Lex Mercatoria*, In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, econômico e financeiro*, ano 42, v.29, p. 226. Continúa Galgano: “Quien se rebela contra la idea de un derecho no estatal y demuestra no poder concebir otro derecho que no sea el dictado por ley del Estado, olvida que el derecho es una realidad mucho más antigua que el Estado-nación y que nuestra civilización jurídica ha prosperado sin el mismo durante diecisiete de los diecinueve siglos de su existencia, desde el segundo siglo después de Cristo, que fue el siglo de Ulpiniano, el siglo de la primera elaboración sistemática del derecho, hasta la víspera de las codificaciones modernas (...)”. (GALGANO, Francesco, *La globalización en el espejo del derecho*, p. 41,42).

supostamente pudesse crescer independentemente dos sistemas nacionais do Direito”.²⁷⁴

El deseo de universalizar el derecho mercantil, propició que los usos y costumbres adquieran gran relevancia al ser considerados “parámetros” para la interpretación de las normas comerciales. Esta es la razón por la cual los mercaderes, con mayor frecuencia, opten por sistemas privados de reglas que permiten concretar sus operaciones en el menor tiempo posible y con menores costos de transacción.²⁷⁵

Esto es frecuente, porque el derecho nacional “no ha respondido a cabalidad las exigencias hechas por los nuevos actores internacionales, impulsándolos a buscar alternativas”.²⁷⁶ Galgano destaca lo afirmado cuando explica que

el advenimiento de la sociedad postindustrial no reclama (...), profundas reformas legislativas y que el cuadro que abarca el derecho codificado permanece inmutable en sustancia. Pero éste queda inmutable porque ya no son las leyes sino otros los instrumentos relevantes mediante los cuales se llevan a cabo las innovaciones jurídicas.²⁷⁷

²⁷⁴ STRENGER, Irineu, *Direito do Comercio Internacional e lex mercatória*, p. 62.

²⁷⁵ SZTAJN, Rachel. Codificação, decodificação, recodificação: a empresa no código Civil Brasileiro. In: *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*, nº 143, p. 13. Resulta interesante transcribir la reflexión de Olavarría Ávila: “los usos mercantiles no han cesado de ejercer su poderosa influencia aún después de la codificación, subordinados a la ley, es cierto, pero siempre a la vanguardia de la misma y siguiendo de cerca todo progreso, toda nueva forma y las múltiples combinaciones del tráfico, siendo en la mayoría de las veces los primeros en regular las nacientes relaciones jurídicas”. (OLAVARRÍA ÁVILA, Julio. *Manual de Derecho Comercial*, p. 62). Respecto a los costos de transacción, este es un concepto de microeconomía que se refiere básicamente a aquellos costos en que se incurre por llevar a cabo el intercambio de un bien o servicio y por vigilar el cumplimiento de lo convenido. Este concepto será desarrollado con mayor amplitud en los capítulos siguientes.

²⁷⁶ CADENA AFANADOR, Walter René. La Nueva Lex Mercatoria: Un caso pionero en la globalización del Derecho. In: *Papel político* Nº 13, p. 109; en el mismo sentido ver: MAGALHÃES, José Carlos de y TAVOLARO, Agostinho Tofoli. Fontes do Direito do comércio internacional: a lex mercatoria. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Direito do comércio internacional. Aspectos fundamentais*, p. 61). FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos contratos empresariais*, p. 116.

²⁷⁷ GALGANO, Francesco. *La globalización en el espejo del derecho*, p. 40.

En ese contexto, durante la década del sesenta del siglo XX, Berthold Goldman, deparándose con las dificultades que se suscitaban en el campo comercial y observando la existencia de un derecho *costumbrista* internacional, trajo a discusión para los juristas, la doctrina de la *nueva Lex mercatoria*, entendida esta como una teoría nacida de las prácticas comerciales internacionales, libertada y desvinculada de cualquier frontera estatal; dando inicio así al estudio de las reglas que gobiernan el comercio internacional.²⁷⁸

Actualmente la *nueva lex mercatoria*, se consagra como un derecho transnacional de los negocios. Este ordenamiento,²⁷⁹ definido como "o conjunto de procedimientos que possibilita adequadas soluções para as expectativas do comércio em geral e do comercio internacional em particular, sem conexões necessárias com os sistemas nacionais e de forma jurídicamente eficaz",²⁸⁰ está formado por un conjunto de normas elaboradas por diversas entidades privadas y organizaciones internacionales, cláusulas, contratos tipo y decisiones arbitrales; que actúan sin relación con algún ordenamiento jurídico estatal.²⁸¹ Siendo este

²⁷⁸ FIORATI, Jete Jane. *Direito do Comercio Internacional*. p. 31. ; MAGALHÃES, José Carlos de y TAVOLARO, Agostinho Tofolli. *Fontes do Direito do comércio internacional: a lex mercatoria*. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Direito do comércio internacional. Aspectos fundamentais*, p. 61.

²⁷⁹ Baptista utiliza esta denominación para referirse a la *Lex Mercatoria*, basado en la definición de ordenamiento jurídico propuesta por Bobbio. (BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*, p. 64).

²⁸⁰ STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex-mercatoria*. p. 78,145. Las definiciones atribuidas a la *Lex mercatória* son variadas, así, Magalhães y Tavalora explican "Segundo Goldmann (...) é um conjunto de princípios e regras costumeiras, espontaneamente referidos ou elaborados no quadro do comercio internacional, sem referencia a um sistema particular de lei nacional. Schmitthoff a considera como princípios comuns de leis relacionados aos negócios comerciais internacionais, ou regras uniformes aceitas por todos os países; Langen a considera como regras do jogo do comercio internacional; enquanto Goldstajn a identifica como o corpo de normas que regem as relações internacionais de natureza de direito privado, envolvendo diferentes países". (MAGALHÃES, José Carlos de y TAVOLARO, Agostinho Tofolli. *Fontes do Direito do comércio internacional: a lex mercatoria*. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Direito do comércio internacional. Aspectos fundamentais*, p. 61)

²⁸¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A nova Lex mercatoria como fonte do Direito do comércio internacional: um paralelo entre as concepções de Berthold Goldman e Paul Lagarde. In: FIORATI, Jete Jane y MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Novas vertentes do Direito do comércio internacional*, p. 187; ver también: BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*, p. 63; HESPANHA, Antonio Manuel. *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático*, p. 96. No debe desconsiderarse la observación de Galgano, quien, con base en el origen de estas reglas afirma: "La actual *lex mercatoria*, aunque dotada de algunos elementos de significativa originalidad, puede todavía considerarse como preponderante expresión de la civilización jurídica occidental. Pero esta marca de origen actual refleja el predominio hoy vigente de las empresas occidentales y de los valores culturales que ellas

último punto, materia de bastante discusión y crítica, pues resulta difícil determinar el tipo de relación y jerarquía que mantendría con el derecho común.²⁸²

Además de la observación señalada, surgen críticas que giran en torno a tres aspectos: (i) La *lex mercatoria* no es una ley pues carece de base metodológica y sistema legal que la soporte. Asimismo no cuenta con una autoridad estatal que obligue al cumplimiento de sus preceptos; (ii) es vaga, incompleta e incoherente, pues solo un número reducido de principios generales comunes se extienden a los sistemas jurídicos predominantes en el mundo entero; (iii) la flexibilidad de la *lex mercatoria* permitiría la emisión de decisiones diferentes para cada caso en particular, a pesar de que los casos sean semejantes.²⁸³

Así, la aceptación de la *nueva lex mercatoria* como derecho autónomo, desvinculado de las funciones estatales, no es nada pacífica,²⁸⁴ autores como Hespanha afirman que “Este desenho não corresponde a uma justiça consensual e estabilizadora, mas antes a uma justiça corporativa e egoísta, cega (ou mesmo irritante) em relação aos interesses mais gerais, responsáveis pela estabilização das relações comunitárias”,²⁸⁵ por lo tanto, existiendo un conflicto entre normas jurídicas deberían de prevalecer las que presenten un mayor grado de validez, ello

llevan consigo y difunden en el mundo”. GALGANO, Francesco. *La globalización en el espejo del derecho*, p. 46.

²⁸² HESPANHA, Antonio Manuel. *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático*, p. 97. Además de estas, Cadena Afanador, hace mención a ocho críticas, enfocadas, tanto en su estructura, cuanto en su formación, validez y relacionamiento, estas son: su generalización e imprevisibilidad, su fragmentariedad e inoperatividad, la falta de genuina universalidad, su relativa legitimidad, su ausencia de rigor y de motivación, la carencia de autonomía afectiva, su dilución y el hecho de no ser un ordenamiento jurídico. (CADENA AFANADOR, Walter René. *La Nueva Lex Mercatoria: Un caso pionero en la globalización del Derecho*. In: *Papel político* N° 13, p. 106,107).

²⁸³ MAGALHÃES, José Carlos de y TAVOLARO, Agostinho Tofolli. *Fontes do Direito do comércio internacional: a lex mercatoria*. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Direito do comércio internacional. Aspectos fundamentais*, p. 65.

²⁸⁴ Al respecto Lorenzetti afirma: “Esta penetración en los Derechos nacionales produce tanto beneficios como grandes riesgos y problemas en relación a la soberanía nacional”. (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Razonamiento Judicial. Fundamentos de Derecho Privado*, p. 46). En el mismo sentido ver: MAGALHÃES, José Carlos de y TAVOLARO, Agostinho Tofolli. *Fontes do Direito do comércio internacional: a lex mercatoria*. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Direito do comércio internacional. Aspectos fundamentais*, p. 65. No obstante— Afirma Baptista — las críticas y el debate predominaban en la década del 80 del siglo pasado, actualmente esta idea es aceptada pacíficamente, pues no es necesario realizar un juicio de valor sobre este sistema, sino posicionarlo en su justa dimensión. (BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*, p. 63).

²⁸⁵ HESPANHA, Antonio Manuel. *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático*, p. 99.

en razón al consenso que sirvió de base para su creación; pues – afirma Hespanha –, las normas que provienen de órganos democráticamente legitimados deben tener una consideración privilegiada de cara con otras normas cuya condición de validez no sea claramente determinada.²⁸⁶

En sentido similar, Mazzuoli explica: “há os que defendem a estrita vinculação da nova Lex mercatoria ao direito interno estatal, sob pena de se conceder parte da soberania do Estado às mãos invisíveis de uma inconstante comunidade de comerciantes, que faz a lei de acordo com suas conveniências e necessidades particulares”,²⁸⁷ continúa el profesor Mazzuoli:

para a *Lex mercatoria* ser considerada um ‘sistema jurídico’, deve ser ela ‘positivada não só pela jurisprudência, mas também por tratados ou leis nacionais’. Um comercio internacional ‘com regras criadas diretamente pelos atores, sem conteúdo necessariamente jurídico, torna-se alvo de especulações político-econômicas e financeiras’.²⁸⁸

No obstante, otros autores afirman que este antiguo campo jurídico transnacional emergente, al ser aceptado y acatado por empresarios – generalmente internacionales –, no genera inseguridad o dilución conceptual, pues quienes la utilizan la conocen, identificándose con su campo de aplicación y su desarrollo.²⁸⁹

Por su parte Baptista señala: “O caráter anacional da lex mercatória, ou sua classificação como direito interestatal parece predominar hoje, à revelia do

²⁸⁶ HESPANHA, Antonio Manuel. *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático*, p. 142.

²⁸⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A nova Lex mercatoria como fonte do Direito do comércio internacional: um paralelo entre as concepções de Berthold Goldman e Paul Lagarde. In: FIORATI, Jete Jane y MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Novas vertentes do Direito do comércio internacional*, p. 221. En el mismo sentido Magalhães y Tavolaro explican: “os tribunais nacionais não a aceitam como corpo de leis alternativo a ser aplicado em um litigio. Acatando-a, estaria o Estado abdicando de parte de sua soberania em favor de mãos invisíveis de uma comunidade de mercadores em constantes mudanças”. (MAGALHÃES, José Carlos de y TAVOLARO, Agostinho Tofolli. *Fontes do Direito do comércio internacional: a lex mercatoria*. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Direito do comércio internacional. Aspectos fundamentais*, p. 62).

²⁸⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A nova Lex mercatoria como fonte do Direito do comércio internacional: um paralelo entre as concepções de Berthold Goldman e Paul Lagarde. In: FIORATI, Jete Jane y MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Novas vertentes do Direito do comércio internacional*, p. 220.

²⁸⁹ Al respecto ver: CADENA AFANADOR, Walter René. La Nueva Lex Mercatoria: Un caso pionero en la globalización del Derecho. In: *Papel político* N° 13, p. 108.

pensamiento positivista legalista de origen kelseniana, e é recebida como um ordenamento jurídico”.²⁹⁰

En sentido similar, haciendo referencia a este *nuevo derecho*, Lorenzetti explica:

la ley no surge de la práctica social nacional sino de las costumbres y la burocracia internacional, lo cual provoca tensiones profundas en el seno de las sociedades. En muchos casos, los ciudadanos las aceptan; en otros, las rechazan claramente y en muchos supuestos las ignoran. En definitiva, la eficacia de la ley depende exclusivamente del consenso social que alcance y no de la autoridad de la cual emana.²⁹¹

Dentro de los resultados positivos atribuibles al surgimiento y consolidación de la nueva *lex mercatoria* – siguiendo a Cadena Afanador –, podemos destacar los siguientes: (i) Es uno de los principales esfuerzos para reacomodar las ciencias jurídicas a las transformaciones por las que viene atravesando el mundo entero. (ii) Proporciona una alternativa ágil y efectiva en contraposición con los complejos procedimientos de los derechos locales. (iii) Garantiza la prelación del principio de la autonomía de la voluntad en la contratación comercial y (iv) ofrece una vía para que las empresas corporativas dejen de tener como límite las fronteras del Estado, permitiendo su expansión.²⁹²

Este proceso se viene construyendo a través de la consolidación de principios generales del derecho, usos, costumbres, reglas y procedimientos que gobiernan las relaciones contractuales y comerciales a nivel global, las mismas que sirven como parámetros para la interpretación de los acuerdos comerciales, especialmente de los contratos.

Estos principios y reglas, por razones históricas y económicas están relacionados con la buena fe objetiva,²⁹³ esta refuerza la preeminencia que

²⁹⁰ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*, p. 64.

²⁹¹ LORENZETTI, Luis Ricardo. *Razonamiento judicial. Fundamentos de Derecho Privado*, p. 48,49.

²⁹² CADENA AFANADOR, Walter René. La Nueva Lex Mercatoria: Un caso pionero en la globalización del Derecho. In: *Papel político* N° 13, p. 112,113.

²⁹³ CARBONELL O'BRIEN, Esteban. *Elementos de Derecho Comercial*, p. 7

mantiene la autonomía de la voluntad de las partes dentro de este conjunto de reglas.

De forma similar, los usos y costumbres utilizados por los comerciantes para facilitar sus actividades, se asientan en la buena fe, pues esta permite concretar sus negocios con mayor previsibilidad y confianza.

2.4. EL PAPEL DE LA BUENA FE EN LAS RELACIONES COMERCIALES

Conviene resaltar la diferencia entre la buena fe objetiva y la subjetiva, pues en ocasiones son usadas indistintamente. Así, para Noronha, la buena fe subjetiva es un estado psicológico que hace que una persona crea que es titular de un derecho que verdaderamente no tiene, sin embargo esta apariencia genera un estado de confianza subjetiva que permite alimentar expectativas que cree legítimas.²⁹⁴ La buena fe objetiva por su parte, es un deber de actuar de acuerdo con determinados patrones socialmente recomendados, de corrección, honestidad y lealtad para no frustrar la confianza de la contraparte.²⁹⁵ Así, tanto la buena fe subjetiva como la objetiva tienen un sustrato común, que es la tutela de la confianza.²⁹⁶

Por su parte, para Martins Costa la buena fe subjetiva lleva en consideración la intención, la conciencia individual de las partes contratantes de actuar conforme el derecho aplicable, debiendo el juez llevar en consideración el estado de conciencia del sujeto de la relación jurídica, su estado psicológico, su íntima convicción. En relación a la buena fe objetiva es un modelo de conducta social, un parámetro o *standard jurídico*, según el cual cada persona debe ajustar la propia conducta a ese parámetro, aplicando esto en el caso concreto frente a la situación actual de las personas envueltas, llevando en consideración su *status*

²⁹⁴ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa fé, justiça contratual*, p. 132.

²⁹⁵ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa fé, justiça contratual*, p. 136.

²⁹⁶ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa fé, justiça contratual*, p. 132.

personal y cultural. Derivan de la buena fe objetiva principios como la responsabilidad y la tutela de la confianza legítima.²⁹⁷

Para Forgioni, la buena fe subjetiva está relacionada a un “estado de conciencia” o convencimiento individual de obrar conforme al derecho. La buena fe objetiva está relacionada a *standards* de comportamientos esperados del hombre activo y probo.²⁹⁸

De esta manera, la buena fe relevante para fines de interpretación de los negocios comerciales, es la objetiva, pues permite la objetivización de la conducta esperada por la otra parte, y consecuentemente aumenta el grado de certeza y previsibilidad presentes en el mercado.

De la buena fe objetiva derivan también reglas ampliamente utilizadas por los diversos organismos encargados de la regulación internacional en materia mercantil, especialmente los referidos a la prudencia y a la diligencia, entendidas estas no a partir del *bonus vir pater familiae*, sino a partir del comportamiento de un comerciante basado en su honestidad y en el conocimiento y respeto hacia reglas de lealtad profesional.²⁹⁹

Las reglas utilizadas por los comerciantes y por los organismos que regulan internacionalmente la actividad mercantil, que hacen parte de la nueva *lex mercatoria*, como los *Incoterms*, o las *Reglas y Usos Uniformes relativos al Crédito Documentario*, son innovaciones jurídicas creadas por los propios operadores del tráfico comercial.³⁰⁰ Estas, a su vez, por su reiterada utilización, parecieren han

²⁹⁷ COSTA, Judith Martins. *Princípios informadores do contrato de compra e venda internacional na Convenção de Viena de 1980*. In: *Revista de informação Legislativa* nº 126, p.120.

²⁹⁸ FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil Brasileiro. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Vol. 130, p. 28.

²⁹⁹ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*, p. 68.

³⁰⁰ Como son las corporaciones jurídicas internacionales como la Cámara Internacional de Comercio de París (CCI), las organizaciones internacionales gubernamentales como la CNUDMI, la OMC y no gubernamentales como la UNIDROIT, el Arbitraje Internacional y las asociaciones profesionales de abogados

conseguido armonizarse dejando de lado tecnicismos e idiosincrasias jurídicas, desplazando al derecho positivo, en lo que estos regulan.³⁰¹

2.5. LOS NUEVOS ACTORES DEL COMERCIO GLOBALIZADO.

La sociedad actual, con su complejidad y organización en red, donde no se admiten más estructuras organizadas y rígidas, es el espacio ideal para el desarrollo de la nueva *lex mercatoria*.

Contribuye bastante en esta progresión, la influencia de la llamada “sociedad civil”, la misma que está compuesta por grupos de intereses económicos, culturales, éticos, religiosos, etc. La comunidad mercantil, participa activamente en la sociedad civil, los diversos grupos que hacen parte de esta comunidad, tienen como puntos comunes el interés por el comercio, la actuación de los comerciantes en el mercado global y la búsqueda de lucro y ganancias.³⁰² La efectividad de sus reglas no es impuesta por el Estado sino por los propios integrantes de las corporaciones formada en cada uno de estos sectores.³⁰³

Así, actualmente el Estado no es más el único actor de las relaciones comerciales e internacionales, comparte escenario con otros sujetos como las organizaciones no estatales y las empresas privadas. Estas últimas constituyen un potente factor de propagación de las prácticas y de los modelos contractuales uniformes auxiliando en la formación de la nueva *Lex Mercatoria*, tan universal cuanto fue la *Lex Mercatoria* de la era pre-industrial. A dicho ordenamiento jurídico de la *bussines community* se le reconocía su carácter originario y supranacional así como su extensión, abarcando toda la aldea global.³⁰⁴

Entre los organismos que se dedicaron a crear un sistema de reglas para el comercio, destaca el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado

³⁰¹ CADENA AFANADOR, Walter René. La Nueva Lex Mercatoria: Un caso pionero en la globalización del Derecho. In: *Papel político* Nº 13, p. 112.

³⁰² BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*, p. 65.

³⁰³ MAGALHÃES, José Carlos de y TAVOLARO, Agostinho Tofolli. Fontes do Direito do comércio internacional: a lex mercatoria. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Direito do comércio internacional. Aspectos fundamentais*, p. 62.

³⁰⁴ GALGANO, Francesco. Lex Mercatoria. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, econômico e financeiro*. Vol. 29, p. 228.

(UNIDROIT). Esta organización intergubernamental independiente fundada en 1926, cuya sede está localizada en Roma (Italia), fue creada con la finalidad de examinar y mejorar las vías y métodos que buscan modernizar y armonizar el Derecho Privado, en especial el Derecho Comercial.³⁰⁵ La UNIDROIT implantó, por ejemplo, los Principios Generales sobre los Contratos Comerciales Internacionales conformada actualmente por 185 artículos distribuidos en capítulos que versan sobre la formación, validez, interpretación, contenido, incumplimiento, compensación, cesión de créditos, transferencia de obligaciones y prescripción. Estas reglas establecen criterios básicos, como la libertad contractual, los límites al *pacta sunt servanda*, la buena fe y la lealtad negocial, entre otros.³⁰⁶

Estos principios, elaborados por un equipo privado calificado, en suma, ofrecen un conjunto de pautas para la celebración de contratos internacionales desprovista de influencias regionales. En su preámbulo, se establece que los principios allí presentes instituyen reglas generales que pueden ser aplicadas a los contratos internacionales siempre que las partes (i) hubiesen optado por este texto como reglas para regular su contrato, (ii) hubiesen acordado que su contrato sea orientado por los principios generales del derecho, la *Lex mercatoria*, o expresiones semejantes o (iii) no eligieron el derecho aplicable al contrato.³⁰⁷

A pesar del esfuerzo por parte de este organismo, como las normas que emite son generales, no aborda figuras comerciales específicas o contratos con particularidades. Para completar estas deficiencias, grupos de comerciantes se

³⁰⁵ SIERRALTA, Anibal. *Contratos de comercio internacional*, p. 69.

³⁰⁶ SIERRALTA, Anibal. *Contratos de comercio internacional*, p. 140.

³⁰⁷ “PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010

PREÁMBULO (Propósito de los Principios)

Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales. Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos.

Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la “lex mercatoria” o expresiones semejantes.

Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato.

Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme.

Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional.

Estos Principios pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales”.

reunieron en organismos privados con la finalidad de elaborar reglas para facilitar el intercambio de mercaderías entre sus integrantes. De estas reuniones, la más importante es la que ocurre en la Cámara de Comercio Internacional de Paris (CCI).³⁰⁸

La CCI es la entidad de representación de la comunidad empresarial internacional, habiendo sido fundada en 1919, agrupando representantes de categorías empresariales de diversos países. Esta entidad, además de destacar por su participación en la creación de cláusulas y reglas uniformes que son utilizados en el comercio internacional (cobranzas documentarias, cartas de crédito, *incoterms*), también destaca por su Tribunal de Arbitraje. La CCI, además de contar con comités nacionales de los diversos países que de ella participan, cuenta también con órganos de administración centrales que funcionan en Paris.³⁰⁹ Esta entidad, actualmente tiene un papel importante a nivel mundial al facilitar las negociaciones comerciales con la emisión de diferentes reglas para tornar más viable el comercio.

Entre las diversas elaboraciones de la CCI, merece destacar, tanto por su perfeccionamiento, como por el crecimiento en su utilización, el crédito documentario.

Esta institución relativamente nueva, de naturaleza jurídica *sui generis*,³¹⁰ definida como: “a operação pela qual o banco de acordo com instruções do comprador de uma mercadoria, se compromete a pagar, por este, ao terceiro

³⁰⁸ El papel de la CCI, a partir de su creación en 1920 fue determinante para la revitalización de la *lex mercatoria*. (MAGALHÃES, José Carlos de y TAVOLARO, Agostinho Tofolli. Fontes do Direito do comércio internacional: a *lex mercatoria*. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Direito do comércio internacional. Aspectos fundamentais*, p. 61)

³⁰⁹ SALOMÃO NETO, Eduardo. As operações de crédito documentário, as cartas de crédito e as *comfort letters*. In: *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro* N° 123, p. 24.

³¹⁰ En ese sentido: MAYA, Rômulo. Da natureza jurídica do crédito documentário confirmado e irrevogável. In: *Revista forense*, vol. 249, p. 411; BAPTISTA, Luiz Olavo. O crédito documentario. In: *Revista de Direito Público* N° 63, p. 233. Martins considera a esta figura como: “[o] instituto autônomo, inconfundível com qualquer outro existente em qualquer ordenamento nacional”. (MARTINS, Ricardo José. Aspectos do crédito documentario. In: *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro* N° 110, p. 137).

vendedor, contra a entrega dos documentos, o respectivo preço”,³¹¹ se caracteriza por su flexibilidad, su autonomía y su irrevocabilidad.

El Crédito documentario, operación bancaria típica del derecho del comercio internacional, utilizado también en el comercio interno, constituye una figura autónoma, que tiene como objetivo disminuir los riesgos y otorgar seguridad a las partes envueltas en la operación, las cuales se encuentran en espacios distantes con sistemas jurídicos diferentes.³¹²

Esta figura, producto de un fenómeno económico particular que consiste en el pago de una obligación y en la entrega de un bien material representado por documentos específicos, es de difícil regulación en el ordenamiento jurídico interno de un país. En consecuencia, las dificultades legislativas y la falta de coherencia y uniformidad por parte de la jurisprudencia hicieron necesaria la elaboración de reglas internacionales para regularlo.³¹³

El crédito documentario no se subordina a las normas legales,³¹⁴ su marco regulador está en las reglas consuetudinarias, las cuales, a través de los años, se consolidaron en la práctica bancaria internacional y fueron sistematizadas con la edición de las Reglas y Usos Uniformes Relativos al Crédito Documentario (RUU).

Estas reglas, elaboradas por la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI), son una de las mayores expresiones de la nueva *lex mercatoria*,³¹⁵ en tal sentido, al no tener fuerza de ley, adquieren la calidad de directrices de los bancos para regular el mecanismo del crédito documentario.

Debido principalmente a las contribuciones y sugerencias de entidades bancarias de diversos países, estas reglas se perfeccionan periódicamente, con la

³¹¹ ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*, p. 127.

³¹² SIERRALTA, Anibal. *Operaciones de Crédito Documentario*, p. 53.

³¹³ CARVALHO de MENDONÇA, José Javier. *Tratado de direito comercial brasileiro*, Livro IV, p. 221.

³¹⁴ MAGALHÃES, José Carlos de y TAVOLARO, Agostinho Tofoli. Fontes do Direito do comércio internacional: a *lex mercatoria*. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Direito do comércio internacional. Aspectos fundamentais*, p. 63.

³¹⁵ ALMANZA TORRES, Dennis José. *Comercio Internacional & Crédito Documentário*, p. 144.

intención de disminuir o eliminar las posibles incertidumbres, dudas o desaciertos que podrían presentarse durante su aplicación.

A pesar de las frecuentes revisiones, siempre estuvieron presentes situaciones no contempladas en el texto o difíciles de solucionar con la reglamentación que estaba vigente. Tales eran los entabes que, utilizando las RUU en su versión 500 (*Brochure 500*), aproximadamente el setenta por ciento de los documentos presentados en esta operación eran rechazados en la primera presentación debido principalmente a la falta de concordancia entre estos y lo estipulado en la carta de crédito.

Frente a esta situación, se hizo imprescindible una última revisión a fin de mantener esta figura como medio de pago reconocido en el comercio internacional. La CCI encargó esta labor a la Comisión de Técnicas y Prácticas Bancarias, y recomendó tener en consideración la evolución de diversos sectores de la sociedad, entre ellos el financiero, el de transportes y los seguros; además de revisar el estilo y el lenguaje con el que este documento fue redactado. Con ello se buscó facilitar su comprensión y disminuir los problemas, producto de su aplicación.³¹⁶

Luego de casi tres años de labor de la CCI, en abril de 2006, se aprobó la *Brochure 600*, que entró en vigencia en julio del año 2007. Esta nueva reglamentación consiguió reducir de 49 para 39 la cantidad de artículos que orientan las negociaciones realizadas al amparo de la carta de crédito.³¹⁷ La reducción se debió principalmente a la eliminación de situaciones repetitivas y en algunas situaciones, innecesarias. Asimismo, importantes alteraciones fueron adicionadas, como la introducción de artículos que contenían definiciones e interpretaciones.

Estas modificaciones permiten a los participantes de la negociación elucidaciones definitivas respecto a la carta de crédito, contrariamente a lo que

³¹⁶ Cfr. Câmara de Comércio Internacional. *Costumes e Práticas Uniformes da CCI relativos aos Créditos Documentários versão. 2007*, p. 3

³¹⁷ ALMANZA TORRES, Dennis José. *Comercio Internacional & Crédito Documentário*, p. 152.

sucedía con las reglas anteriores, las cuales permitían que se realice una interpretación ambigua de algunos artículos, lo que creó situaciones perjudiciales a la negociación.

Si bien la función principal de esta figura es otorgar seguridad a las partes y disminuir los riesgos en las transacciones comerciales, también trae una función financiera.³¹⁸ Esta función, bastante útil y necesaria en la actualidad consiste en servir como medio de pago y como instrumento de financiación.

Otras de las principales expresiones de los usos y prácticas en el comercio internacional, constituyen sin lugar a duda los *Incoterms*, estos Términos Comerciales Internacionales (*International Commercial Terms*), fueron publicados en 1936 por la CCI con la finalidad de padronizar expresiones mercantiles utilizadas por los comerciantes, de forma a evitar mal entendidos, desacuerdos y cualquier otra situación que pudiera dificultar la concretización de una transacción comercial.³¹⁹

Los *Incoterms*, son considerados actualmente “un conjunto de normas para la interpretación de terminologías con el fin de realizar una negociación internacional entre un comprador y un vendedor de bienes y servicios”.³²⁰

Estas reglas tienen la función de definir los deberes y obligaciones asumidos por el importador y por el exportador en una operación comercial internacional. En cada transacción comercial realizada cada término determina de forma clara el momento en que las obligaciones son transferidas del exportador al importador, de esta manera no cabe más la posibilidad de una interpretación errónea o diferente de la declarada por las partes, lo que conlleva a una disminución de problemas de interpretación de las condiciones acordadas y un incremento de la seguridad y efectividad de los negocios internacionales.³²¹

³¹⁸ SIERRALTA, Anibal. *Operaciones de Crédito Documentario*, p. 53.

³¹⁹ BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantís*, p. 216-219.

³²⁰ GOULART, Monica Eghrari. A convenção de Viena e os *Incoterms*. *Revista dos Tribunais*, p. 73.

³²¹ TORRANO, Olavo Marchetti. *Incoterms – Termos Internacionais de Comercio*. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues de. (Coord.) *Direito do Comercio Internacional*, p. 269. Asimismo, Goulart explica cuales serían los principios jurídicos que orientan estos términos comerciales: (i) Las reglas

Con la finalidad de adaptarse a los cambios ocurridos en las últimas décadas, a consecuencia de la modernización de los transportes, de las operaciones de embarque, de los tipos de navíos, de los embalajes, del seguro, del movimiento de carga en los puertos y aeropuertos, y principalmente por el propio incremento de las actividades exportadoras e importadoras, los *Incoterms* pasaron por siete revisiones; estas se realizaron en los años 1953, 1967, 1976, 1980, 1990, 2000 y 2010, siendo esta última la que entró en vigor en enero del año 2011.

La versión actual está formada por 11 términos agrupados en 4 grupos, estos son: (i) Grupo “E” Partida: EXW-*Ex Works*; (ii) Grupo “F” Transporte principal por cuenta y riesgo del comprador: FAS-*Free Alongside Ship*, FOB-*Free on Board*, FCA-*Free Carrier*; (iii) Grupo “C” Transporte principal por cuenta del vendedor: CFR-*Cost and Freight*, CIF-*Cost, Insurance and Freight*, CPT-*Carriage Paid to*, CIP-*Carriage and Insurance Paid to*; (iv) Grupo “D” Llegada: DAT-*Delivered at Terminal*, DAP-*Delivered at Place*, DDP-*Delivered Duty Paid*.³²²

Los *Incoterms* no actúan como leyes o normas impositivas, su utilización o adopción es resultado de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, siendo que sus efectos solamente recaen entre las partes que participan del negocio jurídico. Consecuentemente, al ser “usos del comercio internacional”, deben compartir espacio con el resto de reglas y normas pertinentes; destacando de entre estas, las pautas de orden convencional; específicamente, la Convención de Viena como fuente de regulación en materia de compra y venta internacional de mercaderías.

Los orígenes de la Convención de Viena son hallados a finales de 1920, cuando la UNIDROIT decide elaborar un proyecto de ley uniforme sobre la

de los *Incoterms*, buscan definir, con mayor precisión, las obligaciones de las partes; (ii) Estas reglas fueron establecidas considerando las prácticas más comunes del comercio internacional con el fin de poder ser adoptadas por el mayor número de contratantes; (iii) en el supuesto en el que los usos acusen divergencias notables con los anteriormente practicados, se mantiene el principio del precio estipulado en el contrato concluido con base en el último *Incoterm* revisado. (GOULART, Monica Eghrari. A convenção de Viena e os *Incoterms*. In: *Revista dos Tribunais*, nº 856, p. 74).

³²² Al respecto se recomienda ver: DEL CARPIO, Rómulo Francisco Vera. *Carta de Crédito e UCP 600 comentada*. p. 179-195.

compraventa internacional. Este trabajo fue enviado a la Sociedad de Naciones para su difusión y aprobación, siendo publicado un texto revisado en 1939.

Luego de interrupciones debido a los conflictos armados del siglo pasado, los trabajos fueron retomados en la Haya en 1951, siguieron a ello diversas Convenciones que dieron lugar a los siguientes documentos: (i) La Convención de la Haya 1955 que buscaba unificar reglas de soluciones de los conflictos de leyes. (ii) La Convención de la Haya 1958 sobre la ley aplicable a la transferencia de propiedad en la compraventa internacional. (iii) La Convención de la Haya 1958 sobre la competencia de los tribunales nacionales elegidos por las partes de un contrato para resolver sus divergencias. (iv) La Convención de la Haya de 1964 que promulgo la Ley Uniforme sobre la formación de los contratos de compra y venta internacional de bienes muebles corpóreos (LUFC). (v) La Convención de la Haya de 1964 que promulgo la Ley Uniforme aplicable a los contratos de compraventa internacional de bienes muebles corpóreos (LUVI). (vi) La Convención de Viena de 1980 sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías³²³ que revocó las dos anteriores siendo aprobada por 62 países.³²⁴

Esta Convención, aceptada por varios estados y ratificada recientemente por el gobierno brasilero,³²⁵ actualmente es el más importante de todos los Acuerdos internacionales relacionados a la compraventa internacional, siendo considerada la más viable y completa en esa materia, pues además de permitir que se reduzca el margen de inseguridad que contornea este tipo de

³²³ *United Nations Conventions on Contracts for the International Sale of Goods – Convention des Nations Unies sur les Contrats de Vente Internationale de Merchandise.*

³²⁴ ALMANZA TORRES, Dennis. *Comercio internacional & crédito documentario*, p. 38,39. La Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías es el resultado de la Conferencia diplomática que tuvo lugar en Viena, del 10 de marzo al 11 de abril de 1980, convocada por la resolución de fecha 16 de diciembre de 1978 emitida por la Asamblea General. (MARZORATI, Oswaldo. *Derecho de los negocios internacionales*, p. 48.). Este cuerpo normativo, dada su importancia, sólo es comparable a dos grandes diplomas de derecho privado: (i) Las Convenciones de Ginebra de 1930 y 1931 sobre Títulos de Crédito, y la Convención de la ONU sobre reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros, suscrito en Nueva York en 1958. (GAMA Jr., Lauro. A convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias – 1980. In: WALD, Arnold (Coord.) *Revista de Arbitragem e mediação*, Nº 9, p. 135).

³²⁵ Hasta la fecha esta Convención ha sido ratificada por 79 países, siendo Brasil el 79º estado-parte que ratificó este Acuerdo.

operaciones,³²⁶ reduce los costos de transacción al facilitar el intercambio de productos entre los intervinientes.³²⁷

Este instrumento jurídico, supo armonizar las diversas perspectivas e intereses de los operadores comerciales. Asimismo, logro conciliar estructuras políticas de países con ordenamientos, sistemas y costumbres disímiles, rompiendo las barreras jurídicas presentes durante las diversas etapas por las que atraviesa el contrato.³²⁸

Cabe indicar que las normas emanadas de este Acuerdo, cuando son integradas al ordenamiento interno, no sustituyen los preceptos vigentes en el país, sino complementan la legislación en vigor.³²⁹ En tal sentido, transcribimos la reflexión de Saavedra, quien afirma que “tenemos una doble legislación para los contratos de compraventa: la del Código civil, para las compraventas nacionales y la de la Convención de Viena, para las compraventas internacionales”.³³⁰

La Convención se divide en cuatro partes principales, estas son: el ámbito de aplicación y las disposiciones generales (artículos 1° a 13), la formación del contrato (artículos 14 a 24), la compraventa de mercaderías (artículos 25 a 88) y las disposiciones finales (artículo. 89 a 101).

³²⁶ SIERRALTA, Aníbal. *Contratos de comercio internacional*, p. 141.

³²⁷ GAMA Jr., Lauro. A convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias – 1980. In: WALD, Arnold (Coord.) *Revista de Arbitragem e mediação* Nº 9, p. 135. En el mismo sentido se manifiestan Saavedra y Viscasillas: “hasta el momento, el más grande suceso registrado con respecto a la unificación o armonización del derecho lo constituye la disciplina de la compra venta internacional, contenida en la Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercadorías de 1980”. (SAAVEDRA, José Leyva y VISCASILLAS, Pilar Perales. La formación del contrato en la Convención de Viena de 1980. *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Nº.53, p. 863).

³²⁸ El éxito de la Convención se debe, entre otros, al número elevado de países que se adhirieron, a su rol en la práctica contractual, a la jurisprudencia abundante que confirma la efectividad de su aplicación, a su influencia sobre otros instrumentos y al interés que ha suscitado en la doctrina del mundo entero. (WITZ, Claude. Os vinte e cinco anos da Convenção das Nações Unidas sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias: Balanço e perspectivas. In: VIEIRA, Jacyr de Aguiar (Org.) *Estudos de Direito Comparado e de Direito Internacional Privado*, p. 414).

³²⁹ GOULART, Monica Eghrari. A convenção de Viena e os *Incoterms*. *Revista dos Tribunais* Nº 856, p. 72.

³³⁰ SAAVEDRA, José Leyva y VISCASILLAS, Pilar Perales. La formación del contrato en la Convención de Viena de 1980. In: *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Nº.53, p. 867.

Como se puede observar, tanto los *Incoterms* y el Crédito Documentario, como la Convención de Viena, poseen naturaleza jurídica distinta, sin embargo, estos tres instrumentos buscan la unificación del derecho material, pues su convivencia en el mundo jurídico y de los negocios, se da de manera pacífica, complementándose el uno al otro.³³¹ Ello se debe a que ambos – Convención y nueva *Lex mercatoria* – surgieron a partir de la necesidad de disminuir los riesgos y costos causados por la incerteza en los negocios. Los tres parten de la idea que pretende retomar la antigua noción de *Lex mercatoria* medieval, donde los tribunales aplicaban reglas comunes que se sobreponían a las reglas locales con la finalidad de facilitar el crecimiento del comercio.³³²

2.6. LA INTEGRACIÓN DE LOS USOS Y COSTUMBRES A LA LEGISLACIÓN BRASILEIRA.

La integración de la nueva *lex mercatoria* (usos y prácticas comerciales) al ordenamiento jurídico brasileiro, se realiza a través del artículo 4 de la *Lei de Introdução ao Direito Brasileiro* (LINDB),³³³ y por medio del artículo 113 del Código Civil.³³⁴ De esta forma, la legislación considera los usos y costumbres fuentes formales del derecho, tanto en forma normativa – cuando la ley obliga a su aplicación, ya que constituye el contenido de una disposición legislativa que establece expresamente que en vista de ciertos supuestos descritos, correspondería su utilización –, como en forma interpretativa – para completar las cláusulas dudosas u oscuras en los contratos, estando tácitamente consideradas como una parte integral del negocio.³³⁵

³³¹ Como afirma Fradera: “a CISG tem vários pontos em comum com a *lex mercatoria*”. (FRADERA, Vera. A contribuição da CISG (Convenção de Viena sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional). Para a atualização e flexibilização da noção de contrato no direito brasileiro. In: WALD, Arnold (Coord.) *Revista de Arbitragem e Mediação*, año 9, v.34, p. 47).

³³² DOLGANOVA, Iulia y LORENZEN, Marcelo Boff. O Brasil e a Adesão à Convenção de Viena de 1980 sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias. *Revista Fórum CESA*, Nº 10, p. 2. Disponível em: <<http://www.cisg-brasil.net/doc/idolganova1.pdf>>. Acesso en: 06 abr. 2013.

³³³ En tal sentido, el artículo 4 de la LINDB señala: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

³³⁴ Por su parte el artículo 113 del CCB. explica: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

³³⁵ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. O uso das cartas de crédito comerciais como instrumento de garantia. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, Nº 15, p. 57. Cabe

Igualmente la Ley Brasileira de Arbitraje (Ley 9.307/96), en su artículo segundo, autoriza a las partes a elegir el derecho aplicable al contrato materia del arbitraje, permite también la utilización de principios, reglas y usos y costumbres del comercio internacional.³³⁶

Finalmente, la ley que regula el Registro Público de las Sociedades Mercantiles y las Actividades Conexas (Ley 8.934/94), en su artículo octavo, VI; y su reglamento, el Decreto N ° 1.800/96, establecen que las Juntas de Comercio son responsables por el asentamiento de los usos y prácticas comerciales.³³⁷

Cabe indicar que, a pesar de ser esta una obligación de las Juntas Comerciais, esto no quiere decir que sólo los usos y prácticas que las Juntas consideran tendrán valor, pueden existir otras prácticas utilizadas por los comerciantes que no estén registradas, estas también se consideran fuentes subsidiarias del Derecho.³³⁸

Si bien, tanto la doctrina como la legislación nacional establecieron criterios de aplicación del derecho legislado y de los usos y costumbres en el sistema jurídico, estos criterios, por su rigidez, muchas veces otorgan soluciones injustas y equivocadas en relación a los problemas que buscan resolver,³³⁹ razón por la cual,

mencionar que el Código Comercial brasileiro derogado, contemplaba específicamente estas situaciones en los arts. 131 y 133, donde se hacía referencia a la posibilidad de reconocer la existencia de Institutos de Derecho Mercantil, originados a partir de las costumbres, siempre y cuando no existan restricciones al respecto. Así el artículo 131 indicaba: “Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: (...) 4 - o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras”. En sentido similar el artículo 133 señala: “Omitindo-se na redação do contrato cláusulas necessárias à sua execução, deverá presumir-se que as partes se sujeitaram ao que é de uso e prática em tais casos entre os comerciantes, no lugar da execução do contrato”. (Código Comercial brasileiro de 1850).

³³⁶ Al respecto el inciso segundo del mencionado artículo señala: “Poderão também as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais do direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais do comércio”. (Lei de Arbitragem 9.307/96).

³³⁷ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. Vol. 1, p. 55.

³³⁸ BERTOLDI, Marcelo y RIBEIRO, Márcia Carla. *Curso Avançado de Direito Comercial* 5 ed. rev. e atual., p. 48.

³³⁹ Este problema ya fue advertido por Ascarelli, cuando afirmaba: “A tarefa da interpretação não pode ser substituída pelo continuo recurso à obra legislativa, que perde o seu caráter quando chega a ficar hipertrófica, ou quando perigosamente passa a exercer uma função interpretativa que é ao contrario, privativa da jurisprudência auxiliada pela doutrina, do juiz auxiliado pelos advogados”. (ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*, p. 220).

estando frente a una pluralidad de fuentes del Derecho Comercial, los criterios de aplicación deben estar orientados a buscar soluciones concretas. Al respecto Ascarelli explica:

Princípios [gerais e casuísticos] e institutos devem ser entendidos no seu real alcance, cumprindo descobrir, debaixo do necessário tecnicismo das teorias dogmáticas, o sentido econômico e social; os casos particulares, há que resolvê-los consoante uma orientação e um princípio de caráter geral e consoante.³⁴⁰

En conclusión, es así como la *nueva lex mercatoria*, como institución informal que busca reducir los costos de transacción, a pesar de sus críticas, surge como una alternativa jurídica que pretende otorgar respuestas a determinados retos que surgen en la actualidad para el derecho de los negocios, el cual actúa en un entorno ampliamente calado por la globalización e interdependencia.³⁴¹ Asimismo, la aplicación de estas reglas que se adecuan de manera más eficiente al comercio, representa la aplicación del teorema de Coase: “facilitam-se soluções mais eficientes e afastadas do direito estatal”.³⁴²

Finalmente – como explica Forgioni –, los usos y costumbres “geram legítimas expectativas de atuação, probabilidades de comportamento; presume-se que as partes comportar-se-ão de acordo com o modelo usual, de maneira que cada agente é capaz de planejar sua jogada (...) com maior margem de segurança”.³⁴³

Sin embargo, lo expresado en este capítulo, no significa que las reglas de juego de una sociedad estan compuestas exclusivamente por instituciones

³⁴⁰ ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*, 219.

³⁴¹ Otra de las figuras bastante utilizadas, que hacen parte de la llamada nueva *lex mercatoria*, es el Arbitraje. Esta figura es un claro ejemplo del distanciamiento voluntario de la fuerza del Estado por parte de los sujetos que deciden someterse a este medio alternativo de solución de conflictos, pues “o vencido que não acatar os mandamentos do laudo arbitral, de tal corporação será automaticamente excluído, ante a falta de credibilidade e de confiabilidade que passará a caracterizá-lo perante os demais atores do comercio internacional.” (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A nova Lex mercatoria como fonte do Direito do comércio internacional: um paralelo entre as concepções de Berthold Goldman e Paul Lagarde. In: FIORATI, Jete Jane y MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Novas vertentes do Direito do comércio internacional*, p. 200).

³⁴² ARAUJO, Nadia de. Uma visão econômica do Direito Internacional Privado: Contratos Internacionais e Autonomia da Vontade. In: TIMM, Luciano. *Direito e Economia no Brasil*, p. 441.

³⁴³ FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos contratos empresariais*, p. 117,118.

informales, también están las instituciones formales compuestas por leyes escritas (Constituciones, códigos, etc.) las cuales deben actuar y tienen prioridad, frente a las instituciones informales.

Dentro de estas reglas formales se incluyen las reglas políticas y judiciales, las reglas económicas y los propios contratos. Su jerarquía determina el costo por su alteración, así “típicamente las constituciones están ideadas para que resulte más costoso alterarlas que las leyes estatutarias, del mismo modo que es más costoso alterar leyes estatutarias que contratos individuales”.³⁴⁴

Esto último es absolutamente relevante para el derecho comercial, más aun si este debe actuar en un estado constitucionalizado.

³⁴⁴ NORTH, Douglass. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, p. 66,67.

3. EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO COMERCIAL CONTEMPORANEO.

3.1. CUESTIONAMIENTOS AL FORMALISMO POSITIVISTA.

El formalismo “mecánico” o “lógico deductivo” al estilo del positivismo jurídico, es una característica de los países adheridos al sistema romano-germánico.

El positivismo jurídico, como corriente filosófica que pretende sentar bases para la interpretación de las normas jurídicas tiene como uno de sus principales postulados la afirmación de que es justo solamente lo que es comandado, por el hecho ser comandado. Una norma sólo es justa cuando es válida,³⁴⁵ de tal forma que la validez viene a ser la convalidación de la justicia.³⁴⁶

La idea de derecho adoptada por los positivistas tiene dos trazos definitorios, el primero, explica que el derecho es un fenómeno social creado y modificado por los actos humanos – tesis de las fuentes sociales del derecho –, y el segundo, destaca el tema de la separación entre el derecho y la moral – tesis de la separación conceptual entre derecho y moral.³⁴⁷

La dogmática positivista, en su versión “tradicional”, fue instituyéndose durante el siglo XIX, como resultado de las propuestas de la *Escuela de la*

³⁴⁵ Respecto a la determinación de la validez de una norma, un fuerte segmento defiende la tesis que sostiene que una norma es válida cuando pertenece al sistema jurídico en el momento cuando el Juez toma su posición; no obstante Eugenio Bulygin discrepando de esta postura, señala que la validez de la norma jurídica, está referida a su aplicación al caso, en tal sentido sería válida solamente si se aplicaría al caso en concreto. (BULYGIN, Eugenio. *Tiempo y Validez*. In: BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y Derecho*, p. 195-214).

³⁴⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoría da norma jurídica*, p. 59. A raíz de ello, señala Alexy, la teoría positivista, sólo cuenta con dos elementos decisivos: “el elemento de la decisión de la autoridad y el elemento de la efectividad social”. (ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*, p. 44.).

³⁴⁷ AGUILO REGLA, Josep. Sobre la Constitución del Estado Constitucional. In: *El Derecho en Acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del Derecho*, p. 90,91. Los positivistas defienden la llamada tesis de la separación; según esta, el derecho es conceptualmente independiente de la moral, existiendo entre estos dos, solamente relaciones empíricas, es decir contingentes. Al respecto ver: ALEXY, Robert y BULYGIN, Eugenio. *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral*, p. 41,42.

Exegesis Francesa,³⁴⁸ alcanzando su configuración científica más acabada en la *Teoría Pura del Derecho* de Hans Kelsen.

Según explica Bobbio, cinco fueron las razones principales que justificaron el surgimiento de esta Escuela, estas son: (i) la codificación, pues existiendo un código, resulta más cómodo resolver una controversia recurriendo a este cuerpo normativo, dejando de lado otras fuentes del derecho, (ii) la mentalidad de los juristas dominada por el principio de autoridad; con la codificación la voluntad manifestada del legislador, representa seguridad y completitud, restando a los operadores obedecer lo que emitió “el soberano”, (iii) la doctrina de la separación de poderes, la cual en líneas generales, es el fundamento ideológico de la estructura del estado moderno, en base a ello, el juez no podría crear derecho pues invadiría la función del legislativo, (iv) el principio de la certeza del derecho, de esta manera se puede tener un criterio seguro de conducta conociendo solamente las consecuencias de su comportamiento, esta certeza sólo es garantizada cuando existe un cuerpo de leyes, y (v) la presión que ejercía el régimen de Napoleón en los centros de enseñanza superior para que se enseñe solamente el derecho positivo dejando de lado otras teorías del derecho.³⁴⁹

De estas cinco, destaca la fe en la omnipotencia del legislador, pues en base a ella, se redujo la función del jurista a la interpretación de los textos legales; su actitud crítica y el esfuerzo para cualquier tarea constructiva estaban canceladas y anuladas,³⁵⁰ ya que:

o carácter peculiar da escola da exegese é a admiração incondicional pela obra realizada pelo legislador através da codificação, uma confiança cega na suficiência das leis, a crença definitiva de que o código, uma vez emanado, baste completamente a si mesmo.³⁵¹

³⁴⁸ En esta corriente predominaba el rígido formalismo jurídico.

³⁴⁹ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito*, p. 79-81. Esta escuela que tenía como uno de sus principales postulados el culto al texto escrito; tiene entre sus principales representantes a: Alexandre Duranton, Charles Aubry y Frédéric Charles Rau, Jean Ch. F. Demolombe, Troplong, entre otros.

³⁵⁰ GOMES, Orlando. *A evolução do direito privado e o atraso da técnica jurídica*. In: *Revista Direito GV*, n° 1, mayo 2005, p. 124.

³⁵¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. p. 277.

Además del positivismo exegético, son diversas las variantes que esta corriente adoptó, así, las diversas características de esta escuela permiten reunirlos en tres grupos: como método para el estudio del derecho, como teoría del derecho y el positivismo como ideología.³⁵²

El positivismo jurídico actualmente es blanco de diversas críticas y opiniones contrarias, principalmente por las “dos posiciones iusnaturalistas más interesantes del siglo XX” Fuller e Radbruch, representadas por Dworkin y Alexy respectivamente.³⁵³ Debido a los cuestionamientos y teniendo como base las aproximaciones Anglosajones, José Juan Moreso, partiendo de la caracterización de la tesis de las fuentes sociales y de la separación entre derecho y moral, revela la existencia de tres grandes formas de positivismo jurídico: (i) el positivismo duro o excluyente, (ii) el positivismo blando o incluyente y, (iii) el positivismo jurídico axiológico o normativo.³⁵⁴

El positivismo jurídico blando o incluyente explica que, así los sistemas jurídicos desarrollados dependan de criterios morales, estos no son necesarios, pues la regla de reconocimiento de estos sistemas introduce junto con los criterios relacionados a su origen, criterios morales de identificación.³⁵⁵ El primero en referirse a esta corriente fue Genaro Carrió, para el profesor argentino, incluso si la regla de reconocimiento incluye criterios morales, continúa siendo jurídica, no por el hecho de estar de acuerdo con la moral, sino por estar conforme a la regla de reconocimiento.³⁵⁶ Al respecto Moreso explica: “cuando el derecho usa conceptos morales densos o remite a determinadas pautas de moralidad, no

³⁵² En relación a las características de esta corriente, se recomienda revisar: BOBBIO, Norberto. *O Positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito*, p. 131-133.

³⁵³ ATIENZA, Manuel y MANERO Juan Ruiz. *Para una teoría postpositivista del derecho*, p. 135. Cabe indicar que, si bien el ilustre profesor de Harvard Ronald Dworkin dejó de existir hace poco, sus ideas se encuentran vigentes y gozan de gran aceptación entre sus seguidores.

³⁵⁴ ATIENZA, Manuel y MANERO Juan Ruiz. *Para una teoría postpositivista del derecho*, p. 137.

³⁵⁵ ATIENZA, Manuel y MANERO Juan Ruiz. *Para una teoría postpositivista del derecho*, p. 140. Entre los principales defensores de esta posición está el jurista español José Juan Moreso.

³⁵⁶ CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre lenguaje y derecho*, p. 228 y ss.

convierte con ello en parte del Derecho las normas morales, sino que dichas pautas devienen jurídicamente aplicables para los órganos de aplicación”.³⁵⁷

Esta forma de entender el positivismo, también está registrada en el *Postscriptum* de Hart, donde el autor inglés, explícitamente, acepta que: “la regla de reconocimiento puede incorporar, como criterios de validez jurídica, la conformidad con principios morales o valores sustantivos”, y por ello es que su doctrina es llamada *positivismo suave*.³⁵⁸

Por otro lado, los seguidores del positivismo axiológico (o normativo), aseveran que el derecho no debería incluir criterios morales para su identificación. Atria y Hierro, son dos de sus principales exponentes; para el primero de ellos, como el derecho es un producto artificial basado en la autoridad, para evitar que la argumentación moral tenga un papel en la argumentación jurídica sin perder la autonomía del razonamiento jurídico, los jueces deben partir del respeto a la ley, es decir, adherirse a normas previamente dadas, y no como sostiene el neoconstitucionalismo, la legislación debe subordinarse a la constitución.³⁵⁹

Finalmente, los defensores del positivismo exclusivo, entre ellos Eugenio Bulygin y Joseph Raz, sostienen que el derecho se identifica sin recurrir a criterios morales. Para el primero de ellos el juez debe solucionar un caso conforme a la regla, es decir, debe aplicar al caso individual la solución predeterminada en la regla para el caso genérico correspondiente, sin que circunstancia alguna pueda autorizar a considerar que el caso en cuestión pueda constituir una exención

³⁵⁷ MORESO, José Juan. Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 23, p. 113.

³⁵⁸ HART, H.L.A. *Post scriptum al Concepto del Derecho*. BULLOCH, Penelope e RAZ, Joseph (Editores), p. 26. Asimismo, López Sánchez y Aguilera Portales explican: “Hart, aún inscrito en la tradición analítico-positivista, llega a afirmar que la separación entre Derecho y moral, no implica que el derecho carezca de un mínimo de contenidos morales y precisamente este contenido mínimo moral ofrece legitimidad al derecho. Por tanto, existe un fundamento y un contenido mínimo ético del Derecho. En este sentido, Derecho y Moral son esferas diferentes en ciertos aspectos, pero esto no indica que están separados radicalmente entre sí. En el mismo sentido, existe una conexión necesaria, continua y natural entre derecho y moral partiendo del supuesto de su interrelación práctica.” (AGUILERA PORTALES, Rafael y LÓPEZ SANCHEZ, Rogelio. Interpretación judicial y principios jurídicos fundamentales en el estado democrático y social de derecho. In: *Interpretación y razonamiento jurídico*, p. 420).

³⁵⁹ ATIENZA, Manuel y MANERO Juan Ruiz. *Para una teoría postpositivista del derecho*, p. 143.

implícita a la regla. Si no se da la subsunción o esta fuere controvertida, el Juez goza de discrecionalidad absoluta, sin interferencia del derecho, para el ejercicio de su poder.³⁶⁰

Así, en líneas generales, lo que caracteriza a todas las grandes teorías del positivismo jurídico desde el siglo XX³⁶¹ es, el entendimiento de las normas jurídicas como directivas de conducta que son el resultado de otros actos de prescripción.

Las consecuencias de esta caracterización, afirman sus críticos, son el descuido de su dimensión valorativa, y el negligenciar aquellas normas jurídicas que no son el resultado de actos de prescripción, sino de actos de reconocimiento por parte de las autoridades normativas. Estas observaciones resultan obvias, pues dos son los caracteres que según el positivismo configuran el concepto del derecho: la separación conceptual entre derecho y moral y el carácter convencional del derecho.³⁶²

Probablemente su autocomprensión orientada a una descripción libre de valoraciones del sistema jurídico, se deba en gran medida, a la falta de comunicación durante el siglo pasado entre el discurso práctico general y la dogmática jurídica.³⁶³

Otro punto que es considerado por sus críticos, como representativo – y por ende inaplicable – del positivismo, es el que parte de la famosa locución “la ley es la ley”, en el sentido de que la justificación de una decisión jurídica, en última instancia, se descubre en la orden pronunciada por un superior, lo que significa que la justicia, sería tal, simplemente, porque provendría de la orden de un sujeto. Sin embargo, Pozzolo explica que esta locución debe ser leída según el contexto histórico en el que fue expresada, así,

³⁶⁰ Al respecto ver: ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, p. 237,238.

³⁶¹ Teorías como las de Kelsen, Ross, Carrió, Hart, Alchourron y Bulygin.

³⁶² GARCIA AMADO, Juan Antonio. *Iusmoralismo(s). Dworkin, Alexy, Nino*, p. 9.

³⁶³ ATIENZA, Manuel y MANERO Juan Ruiz. *Para una teoría postpositivista del derecho*, p. 146-148.

en el ámbito de una sociedad constitucional- democrático-pluralista tal locución puede leerse, también, en el sentido opuesto, es decir, en la perspectiva de un garantismo legislativo. Si se considera que la autonomía de las personas es un valor, y si se concibe el derecho como una suerte de ‘mal necesario’ con la principal función de resolver conflictos que se producen en la comunidad, se puede entender la locución ‘la ley es la ley’ como garantía contra las imposiciones morales de quien sea.³⁶⁴

Todos estos aspectos, en el entender de Atienza, impedirían que el positivismo pueda ser una teoría capaz de actuar dentro del derecho del Estado Constitucional, pues el enfoque del derecho exclusivamente como sistema y no como práctica social restringiría esta posibilidad.³⁶⁵ Estas limitaciones, posibilitaron el surgimiento de nuevas corrientes (o pos-positivismos) basadas en componentes axiológicos, prácticos (la razón práctica), o sociales, los cuales actualmente gozan de gran aceptación en los Estados Constitucionales, como lo explica Carcova:

¿La actividad jurisdiccional está fundamentalmente determinada por parámetros puramente lógico-metodológicos o, al contrario, resultan más significativos en su desarrollo aspectos empíricos, vinculados con la realidad social y los sistemas de valores; aspectos que muestran a un juez situado, es decir, a un juez en el mundo, que ha abandonado la torre de cristal y que, por lo tanto, resulta atravesado por todas las problemáticas que lo definen, primero como ser humano y luego como ser social, en un tiempo y lugar determinados?³⁶⁶

3.2. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO Y EL RENOVADO ESTADO CONSTITUCIONAL.

Concluida la segunda guerra mundial, en varios países de Europa occidental y del mundo entero, se dieron importantes cambios en el campo

³⁶⁴ POZZOLO, Susana. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 21, p. 351,352.

³⁶⁵ Al respecto, Atienza explica: “El derecho ha de verse como una práctica social compleja consistente en decidir casos, en justificar esas decisiones, en producir normas, etc. (...) el Derecho no es simplemente una realidad que está ya dada de antemano, sino una actividad en la que participa y que el jurista teórico ha de contribuir a desarrollar”. (ATIENZA, Manuel y MANERO, Juan Ruiz. *Para una teoría postpositivista del derecho*, p. 152).

³⁶⁶ CARCOVA, Carlos María. ¿Qué hacen los jueces cuando juzgan? (Enfoques plurales sobre la interpretación del derecho y la hermenéutica judicial). In: *El Derecho en acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del derecho*, p. 209.

jurídico, dentro de estos, dos fueron los más importantes: el primero, netamente estructural, la constitucionalización del derecho, y desde una perspectiva doctrinal, la afirmación del neoconstitucionalismo.³⁶⁷ Ambos son recíprocos, ya que el uno favorece y sustenta al otro.³⁶⁸

El primero de ellos, que refleja lo sucedido en los países de Europa continental a partir de la segunda mitad del siglo XX, está referido al proceso mediante el cual el derecho es “impregnado”, “saturado” o “embebido” por la Constitución: “un derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos”.³⁶⁹ Este renacimiento del Derecho Constitucional conllevó a la reconciliación entre el derecho y la moral, postura que había sido cuestionada por el positivismo jurídico.³⁷⁰

Cabe señalar que la simple existencia de una Constitución en el sistema jurídico no supone la existencia de un ordenamiento jurídico constitucionalizado. El constitucionalismo como ideal normativo es diferente a la categoría descriptiva de una constitución, así como explica Tushnet: “Existen muchas naciones con constituciones escritas que no tuvieron un constitucionalismo”³⁷¹.

La “Constitución”, debe ser analizada a partir de dos acepciones. En una acepción amplia, “Constitución” hace referencia a la estructura de un Estado, a la organización de los poderes de decisión colectiva de una comunidad, en

³⁶⁷ Atria, resaltando la importancia de este fenómeno señala: “Un nuevo fantasma recorre Europa – el fantasma del neo-constitucionalismo. Los poderes de la cultura jurídica europea han entrado en una santa alianza no para exorcizarlo sino para defenderlo e incluso exportarlo: jueces y abogados, académicos y profesores de derecho, intelectuales italianos y filósofos alemanes”. (ATRIA, Fernando. La ironía del positivismo jurídico. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 27, p. 118).

³⁶⁸ COMANDUCCI, Paolo. Constitucionalización y neoconstitucionalismo. In: COMANDUCCI, Paolo, AHUMADA, María Ángeles y LAGIER, Daniel González. *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo*, p. 85.

³⁶⁹ COMANDUCCI, Paolo. Constitucionalización y neoconstitucionalismo. In: COMANDUCCI, Paolo, AHUMADA, María Ángeles y LAGIER, Daniel González. *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo*, p. 86. En el mismo sentido ver: ATRIA, Fernando. La ironía del positivismo jurídico. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 27, p. 119.

³⁷⁰ AGUILERA PORTALES, Rafael y LÓPEZ SÁNCHEZ, Rogelio. Interpretación judicial y principios jurídicos fundamentales en el Estado Democrático y Social de Derecho. In: *Interpretación y razonamiento jurídico*, p. 413.

³⁷¹ TUSHNET, Mark. *Constitucionalismo y Judicial Review*, p. 66

consecuencia, bajo este análisis, cualquier sistema jurídico tendría una Constitución.³⁷²

En una acepción más restricta, la Constitución supone dos requisitos adicionales: una declaración de derechos y una organización que se base en principios que pregonan la separación de poderes. Bajo estas características solamente existirían constituciones en los Estados de Derecho.³⁷³

Cabe indicar que el “Estados de Derecho”, en su versión primigenia, tenía como una de sus características, el considerar solamente un valor y una sola dirección, ambos en beneficio del desarrollo organizacional del Estado. “El valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos. La dirección es la inversión de la relación entre poder y derecho que constituía la quintaesencia del *Machtstaat* y del *Polizeistaat*: no más *rex facit legem*, sino *lex facit regem*”.³⁷⁴

Actualmente, la expresión “Estado de Derecho”, ha sufrido algunas variaciones desde su acepción más genérica,³⁷⁵ esto permite diferenciarlas en dos sentidos, como explica Costa,

³⁷² ATIENZA, Manuel. Constitucionalismo, globalización y derecho. In: *Interpretación y razonamiento jurídico*, p. 19,20

³⁷³ ATIENZA, Manuel. Constitucionalismo, globalización y derecho. In: *Interpretación y razonamiento jurídico*, p. 19,20.

³⁷⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, p. 21.

³⁷⁵ Referida a la idea de un “Estado sometido al Derecho”. Asimismo, esta expresión – Estado de Derecho – es observada por Zagrebelsky, para él: “Semejante concepto es tan abierto que todas las épocas, en función de sus exigencias, han podido llenarlo de contenidos diversos más o menos densos, manteniendo así continuamente su vitalidad”. Esto llevó a que incluso regímenes totalitarios sean calificados como Estados de Derecho, pues su voluntad expresada en la ley positiva, actuaba para imponer el derecho positivo en las diversas relaciones sociales y frente a probables fracturas en la sociedad producidas por actos ilegales. En tal sentido: “El calificativo de Estado de derecho se habría podido aplicar a cualquier situación en que se excluyese, en línea de principio, la eventual arbitrariedad pública y privada y se garantizase el respeto a la ley, cualquiera que esta fuese. Al final, todos los “Estados”, por cuanto, situaciones dotadas de un orden jurídico, habrían debido llamarse genéricamente “de derecho”. Llegaba a ser irrelevante que la ley impuesta se resolviese en medidas personales, concretas y retroactivas; que se le hiciera coincidir con la voluntad del Führer, de un Soviet de trabajadores o de Cámaras sin libertades políticas, en lugar de con la de un Parlamento libre; que la función desempeñada por el Estado mediante la ley fuese el dominio totalitario sobre la sociedad, en vez de la garantía de los derechos de los ciudadanos.” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, p. 21-23).

em um primeiro sentido, o Estado submetido ao direito é simplesmente um Estado que deve exprimir a sua vontade na forma de direito, sem que disso derive alguma destinação funcional ou qualquer vínculo de conteúdo em sua ação; em um segundo sentido, a submissão do Estado ao direito é, ao contrario, justificada e valorizada em nome de uma visão, substancialmente comprometida com o conteúdo, do ser humano e da sociedade.³⁷⁶

El paso del estado de derecho - o estado legislativo, como también es llamado - al Estado Constitucional de Derecho, es resultado del fenómeno llamado *constitucionalismo*.³⁷⁷ Este fenómeno, que en esencia significa “limitação do poder e supremacia da lei”.³⁷⁸ de manera general se refiere “à teoria ou movimento doutrinário que estabeleceu a necessidade e garantiu a existência de limites jurídicos ao exercício do poder político, e, conseqüentemente, estruturas de garantia da liberdade por meio de técnicas e mecanismos de limitação do poder”.³⁷⁹

En tal sentido, el espacio que ocuparía la constitución en el constitucionalismo moderno es el espacio del poder moderado y del gobierno limitado, surgiendo en oposición a las formas absolutas de poder.

El constitucionalismo contemporáneo, antes de consolidarse como tal, atravesó diversas etapas, distinguiéndose tres momentos: el constitucionalismo liberal, el constitucionalismo social y el constitucionalismo contemporáneo.³⁸⁰

El constitucionalismo liberal que surgió a fines del siglo XVIII, se caracterizó por la creación de constituciones escritas cuyo objetivo principal era establecer un equilibrio entre poder y libertad.

³⁷⁶ COSTA, Prieto. Estado de Direito e Direitos do sujeito: o problema dessa relação na Europa moderna. In: FONSECA, Ricardo Marcelo y SEELAENDER, Aírton Cerqueira Leite. (Org.) *Historia do Direito em perspectiva. Do Antigo Regime à Modernidade*, p. 58.

³⁷⁷ Al respecto ver: REDONDO, María Cristina. El paradigma constitucionalista de la autoridad jurídica. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 34, p. 245-264.

³⁷⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, p. 27.

³⁷⁹ ROSSI, Amélia Sampaio. *Neoconstitucionalismo. Ultrapassagem ou releitura do Positivismo Jurídico?*, p. 133.

³⁸⁰ ROSSI, Amélia Sampaio. *Neoconstitucionalismo. Ultrapassagem ou releitura do Positivismo Jurídico?*, p. 135.

Estas constituciones tenían como prioridad establecer mecanismos que permitan contener el poder y consecuentemente reafirmar la garantía de las libertades. Las primeras constituciones, sin embargo, carecían de eficacia normativa, siendo solamente cartas políticas de recomendaciones y orientaciones. Esto se explica por el surgimiento de Códigos en esa época, los mismos que, además de proteger la libertad individual, también protegían derechos como el de propiedad y el patrimonio, los cuales son un reflejo del desarrollo del capitalismo en aquel momento.³⁸¹

Diversos hechos, tanto sociales, como políticos y económicos que se dieron en los siglos XVIII, XIX e inicios del XX, hicieron necesaria una readaptación del constitucionalismo “para tentar sanar algunas das patologias geradas pela própria modernidade”.³⁸²

Es en ese contexto y conjuntamente con la crisis por la que atravesó el modelo liberal del Estado, que apareció un nuevo modelo de constitucionalismo, el constitucionalismo social.

Las constituciones de estos Estados, que mantienen una orientación en sentido opuesto a la minimización de la acción del Estado y a la libertad general al capital internacional, son el resultado de reorganizaciones estatales que se dieron a inicios del siglo pasado, con la consolidación del “Estado social”.

Esta forma estatal sentó sus bases en los principios cardinales del Estado liberal: la libertad y la separación de poderes; sin embargo estas nociones fueron modificándose por la propia dinámica de la sociedad, ya que la ideología entonces reinante - el “viejo” liberalismo -, no conseguía solucionar los agudos problemas económicos de las clases proletarias en la sociedad de ese entonces.³⁸³ La idea

³⁸¹ ROSSI, Amelia Sampaio. *Neoconstitucionalismo: Ultrapassagem ou Releitura do Positivismo Jurídico?*, p. 136.

³⁸² ROSSI, Amelia Sampaio. *Neoconstitucionalismo: Ultrapassagem ou Releitura do Positivismo Jurídico?*, p. 139.

³⁸³ El estado liberal que sirvió de base para la consolidación de los derechos fundamentales, tuvo sus cimientos en las grandes revoluciones racionalistas del siglo XVIII, especialmente en la Revolución Francesa y en su documento la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (Además de ello, no puede desconsiderarse la Magna Carta, el *Bill of Rights* y el *Instrument of*

de libertad que trajo consigo la revolución Francesa estaba referida específicamente a la libertad de la burguesía. “Essa liberdade lhe era indispensável para manter o domínio do poder político, e só por generalização nominal, (...) se estendia às demais classes.”³⁸⁴

Es el estado social entonces, el resultado de un proceso de transformación del Estado Liberal como consecuencia de los problemas de justicia social, resentimientos y crisis económicas por las que atravesaba este dominante Estado liberal.³⁸⁵ El nuevo “modelo” de Estado, conserva su adhesión al sistema capitalista, principio cardinal al que no renuncia, lo que denota su permeabilidad al liberalismo “onde o Estado avulta menos e a sociedade mais”, es decir con hegemonía de la sociedad y mayor abstención del Estado. En consecuencia, la sociedad liberal para sobrevivir tuvo que adecuarse a nuevos parámetros de la democratización progresiva de la ciudadanía, caracterizados por términos participativos, consensuales y pacíficos.³⁸⁶

Es así que el Estado social, busca actuar como un Estado coordinador y colaborador que apacigüe la lucha de clases y promueva entre los individuos la

Government de los Ingleses, y las Cartas Coloniales y el pacto Federativo de Filadelfia de los Americanos). Estos movimientos sociales, además de quebrar las estructuras de las instituciones feudales y las jerarquías que caracterizaban las organizaciones del pasado, buscaban construir, bajo consignas de libertad, igualdad y fraternidad una *polis* para todo el género humano. Las premisas y divisiones necesarias para cumplir este propósito fueron: la promulgación de Constituciones del llamado estado de derecho y decretar los códigos de la sociedad civil. Es así como el Estado Liberal se fue creando en base a la separación de poderes y las Declaraciones de Derechos. (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, p. 30,31.).

³⁸⁴ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, p. 44.

³⁸⁵ No es posible – ni recomendable – ordenar cronológicamente, bajo criterios históricos, los tipos de Estado que realmente existieron, a no ser de manera auxiliar para un mejor entendimiento del estado contemporáneo. La posibilidad de tipos de estados dispuestos en sucesión cronológica, haciendo evidente las características del Estado de cada época, se basa en que todo hecho histórico, contiene, además de su semejanza con otros, un elemento individual que los hace diferentes a los demás. A estas particularidades se llega por medio de métodos científicos. “Mediante esse isolamento consegue-se excluir grande parte do individual e, relacionando-se o particular com o geral, faz-se ressaltar este último. Por esse mesmo critério, pode-se procurar, de início, o conhecimento dos Estados particulares, descrevendo suas singularidades, tanto por seus aspectos histórico-políticos, quanto pelos jurídicos” (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, p. 68,69).

³⁸⁶ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, p. 33,37.

justicia social y la paz económica. Esta visión de Estado está contenida jurídicamente en el constitucionalismo democrático.³⁸⁷

El constitucionalismo social, que surgió a raíz de estas modificaciones, se caracteriza “por acolher os direitos de segunda geração ou dimensão que se realizam por meio da atuação Estatal e que intentam a realização da igualdade material e da justiça social”. De esta manera, estos textos dejan de tener como prioridad y exclusividad el establecimiento de límites al poder, pasando a prescribir normas que protejan otros derechos.

Este modelo de constitucionalismo no ignora las diferencias que existen entre los individuos, por el contrario, trata de mitigar estas disimilitudes especialmente en la dimensión social y económica, de esta manera, el derecho a la propiedad y la libertad contractual encuentran sus límites en el principio de la función social, pues el paradigma del Estado Social promueve una reducción de las autonomías individuales conforme se asiente el papel interventor y regulador del Estado con el objetivo de alcanzar una sociedad más igualitaria.³⁸⁸

Si bien una de las grandes novedades del siglo XX fue el retorno al primer plano del discurso jurídico en razón del constitucionalismo social,³⁸⁹ en el periodo entre las dos guerras mundiales, aún se observaron constituciones positivistas, las cuales fueron utilizadas como sustento para la instalación de regímenes autoritarios como el fascismo y el nacional socialismo.

Fue justamente a raíz de la segunda guerra mundial que el “Direito constitucional já havia iniciado uma redefinição de seus traços característicos com vistas a se identificar com uma constelação de valores considerados fundamentais, entre eles, o respeito e a realização da pessoa humana na sua

³⁸⁷ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, p. 186,187.

³⁸⁸ ROSSI, Amelia Sampaio. *Neoconstitucionalismo: Ultrapassagem ou Releitura do Positivismo Jurídico?*, p. 141.

³⁸⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Raciocínio jurídico e economia*. In: *Revista de Direito Público de Economia - RDPE*, N°. 8, p. 152.

especial dignidade de ser e amar”.³⁹⁰ De la misma forma, este nuevo constitucionalismo, propone, entre sus objetivos, garantizar y expandir derechos individuales, entre ellos: “derechos al debido proceso (...), a la igualdad, a la libertad de asociación, de movimiento, de expresión y de creencia; y a la educación, el trabajo, la salud y la seguridad económica”.³⁹¹

El Estado Constitucional actual donde se cuenta con un ordenamiento jurídico constitucionalizado posee una Constitución colmada de derechos, la cual condiciona a la jurisprudencia, al legislativo y a otros actores políticos, así como a la sociedad en general.³⁹²

El principio de supremacía de la constitución que tiene como característica principal la relación de superioridad y subordinación en la que se encuentran el resto de normas hace que “en el estado Constitucional, para ser válida, una norma tiene que no contradecir la Constitución, que no ir en contra de los principios y de los derechos fundamentales allí recogidos”,³⁹³ pues

suas normas são qualitativamente distintas e superiores às outras normas do ordenamento jurídico, uma vez que incorporam o sistema de valores essenciais à convivência social, devendo servir como parâmetro de confronto para todo o ordenamento jurídico, além de auxiliar a este como critério informativo e interpretativo validante.³⁹⁴

³⁹⁰ ROSSI, Amelia Sampaio. *Neoconstitucionalismo: Ultrapassagem ou Releitura do Positivismo Jurídico?*, p. 142,143.

³⁹¹ MERRYMAN, John Henry. *La tradición romano canónica*, p. 291.

³⁹² ATIENZA, Manuel. Constitucionalismo, globalización y derecho. In: *Interpretación y razonamiento jurídico*, p. 20, ver también: ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, p. 93. En el mismo sentido ver: REDONDO, María Cristina. El paradigma constitucionalista de la autoridad jurídica. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 34, p. 246.

³⁹³ ATIENZA, Manuel. Constitucionalismo, globalización y derecho. In: *Interpretación y razonamiento jurídico*, p. 20,21. Al respecto Zagrebelsky afirma: “La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución”. (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, p. 34). En sentido similar Fachin señala: “No Brasil, ao longo da história mais recente, o Código Civil perdeu para a Constituição a posição de centralidade da ordem jurídica privada”. (FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil. Sentidos, transformações e fim*, p. 63).

³⁹⁴ FACCHINI Neto, Eugenio. *Reflexões históricas evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 58.

De esta manera, la Constitución adquiere una finalidad que va más allá de la seguridad jurídica la misma que consiste en “a pretensão de justiça ou correção material”.³⁹⁵

Como la Constitución de los estados constitucionales no puede entenderse como un simple conjunto de reglas o pautas específicas de comportamiento, sino, es allí donde quedan estampados los enunciados que hacen referencia a principios y valores que orientan el ordenamiento jurídico, la configuración del derecho muda, esta se torna más dúctil e indeterminada en comparación con las constituciones del Estado de Derecho que predominaron durante el S. XIX.

Es en ese escenario que surge el neoconstitucionalismo, como una forma renovada de constitucionalismo que pretende incorporar valores y orientaciones políticas, en especial los que defienden la dignidad de la persona humana y los derechos fundamentales.³⁹⁶

3.3. CONVERGENCIAS Y DIVERGENCIAS EN TORNO A LA DOCTRINA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO.

El nuevo constitucionalismo, como teoría del derecho, que por lo general tiene como trasfondo ideal al iusnaturalismo, surgió como una teoría rival del positivismo jurídico que dominó durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX.³⁹⁷ Este “modelo involucra un cambio paradigmático en la concepción de la autoridad jurídica y del Derecho”, esto representa necesariamente el abandono o la modificación de la teoría positivista.³⁹⁸

³⁹⁵ ROSSI, Amelia Sampaio. *Neoconstitucionalismo: Ultrapassagem ou Releitura do Positivismo Jurídico?*, p. 143.

³⁹⁶ Respecto a la relación que existiría entre estos dos conceptos – dignidad de la persona y derechos humanos –, se recomienda ver: HABERMAS, Jürgen. *Sobre a constituição da Europa*, p. 7-18.

³⁹⁷ COMANDUCCI, Paolo. Constitucionalización y neoconstitucionalismo. In: COMANDUCCI, Paolo, AHUMADA, María Ángeles y LAGIER, Daniel González. *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, p. 89,90. En el mismo sentido ver: ATRIA, Fernando. La ironía del positivismo jurídico. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 27, p. 119.

³⁹⁸ REDONDO, María Cristina. El paradigma constitucionalista de la autoridad jurídica. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 34, p. 254.

Respecto a su origen, se pueden distinguir dos momentos, uno material, representado por el movimiento constitucional del siglo pasado que sentó sus bases, tanto en los textos fundamentales de la segunda posguerra en Alemania, Italia, España y Portugal, así como en las Resoluciones de sus respectivos Tribunales Constitucionales.³⁹⁹

El segundo momento, se dio entre fines del siglo pasado e inicios del presente, teniendo entre sus principales exponentes a los representantes de la Escuela Genovesa. Este grupo, donde destacan Paolo Comanducci, Ricardo Guastini, Susanna Pozzolo y Mauro Barberis, inicio la sistematización de este nuevo paradigma, destacando sus estudios que se contraponen al viejo y añejo paradigma del positivismo decimonónico y buscan replantearlo a partir de la concepción de un positivismo moderado como el que propone Bobbio.⁴⁰⁰

Fue Susana Pozzolo quien atribuyó la denominación de neoconstitucionalistas a un grupo de filósofos del derecho que comparten puntos en común respecto a ciertas tesis, como la especificidad de la interpretación constitucional.

Dentro de las características comunes, las más resaltantes atribuibles al pensamiento neconstitucionalista son los siguientes: (i) el ordenamiento jurídico no está conformado sólo de normas, sino también de principios, estos últimos se diferencian de los primeros tanto por su importancia o “peso” cuanto por su aplicabilidad. En la constitución – afirma Pozzolo –, los principios se encuentran en un número elevado, expresados en un lenguaje relativamente vago y con alto nivel de abstracción. (ii) Los principios no se aplican o interpretan con el clásico método de la subsunción, sino por medio de la ponderación o balanceo. (iii) Sostienen la tesis que pregona una penetración general del texto constitucional. La Constitución dejó de tener como objetivos solamente la distribución y la

³⁹⁹ AGUILERA PORTALES, Rafael y LÓPEZ SÁNCHEZ, Rogelio. Interpretación judicial y principios jurídicos fundamentales en el Estado Democrático y Social de Derecho. In: *Interpretación y razonamiento jurídico*, p. 413.

⁴⁰⁰ AGUILERA PORTALES, Rafael y LÓPEZ SÁNCHEZ, Rogelio. Interpretación judicial y principios jurídicos fundamentales en el Estado Democrático y Social de Derecho. In: *Interpretación y razonamiento jurídico*, p. 414.

organización de poderes, para presentar un contenido sustancial que condiciona la validez de las normas infraconstitucionales. (iv) Defienden la tesis favorable a la interpretación creativa de la jurisprudencia, siendo que ahora el juez debe interpretar el derecho conforme a las exigencias de justicia deliberadas para el caso.⁴⁰¹

Por su parte, Ferrajoli realizó una primera distinción entre dos formas de neoconstitucionalismo, “como una superación del positivismo jurídico en sentido tendencialmente iusnaturalista, o bien como su expansión o perfeccionamiento”. La primera concepción, etiquetada comúnmente de “neoconstitucionalista”, es la más difundida.⁴⁰²

El neoconstitucionalismo, como teoría del derecho, pretende describir los logros del proceso de constitucionalización, ello en base no solamente a la invasión de la constitución, sino

por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la presencia en la constitución de principios y no sólo de reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y a la aplicación de la ley.⁴⁰³

En tal sentido, el *neoconstitucionalismo*, tiene como objetivo primordial “concretizar los valores y principios constitucionales por medio de la interpretación y argumentación”.⁴⁰⁴

⁴⁰¹ POZZOLO, Susana. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho* N° 21, p. 340-343

⁴⁰² FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista y constitucionalismo principalista. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 34, p. 16. En razón de que el objetivo de este trabajo no es debatir respecto a la validez o preeminencia de alguna de las teorías neoconstitucionalistas, sino analizar la actuación del derecho privado en este contexto, se utilizará la versión más difundida de esta corriente.

⁴⁰³ COMANDUCCI, Paolo. Constitucionalización y neoconstitucionalismo. In: COMANDUCCI, Paolo, AHUMADA, María Ángeles y LAGIER, Daniel González. *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo*, p. 91.

⁴⁰⁴ AGUILERA PORTALES, Rafael y LÓPEZ SÁNCHEZ, Rogelio. Interpretación judicial y principios jurídicos fundamentales en el Estado Democrático y Social de Derecho. In: *Interpretación y Razonamiento Jurídico*, p. 412.

Cuando el neoconstitucionalismo se presenta como una ideología adquiere un ropaje diferente a la ideología del constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX, pues coloca en segundo plano su objetivo que consistía en limitar el poder estatal, para tener como prioridad garantizar los Derechos fundamentales. Esto lo consigue subrayando la importancia de los mecanismos institucionales que tutelan estos Derechos, así como exigiendo que las actividades de los poderes del Estado – en especial del legislativo y del judicial – estén directamente orientados a la concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previstos en la Constitución”.⁴⁰⁵ De esta manera el nuevo constitucionalismo, se nutre de una fuerte carga axiológica dejando de ser solamente normativo (como lo era el constitucionalismo tradicional) para mantener una estrecha vinculación con la moral.⁴⁰⁶

Como este “modelo axiológico de la Constitución concebida como norma”, se basa en un tipo de Constitución que contiene un conjunto de reglas jurídicas positivas que toman, justamente, la denominación de “Constitución” en razón de su contenido y no en razón del sujeto que redactó el documento,⁴⁰⁷ los principales promotores de esta corriente – Alexy, Campbell, Dworkin y Zagrebelsky – sostienen que “en los ordenamientos contemporáneos, se produce una conexión necesaria entre derecho y moral”.⁴⁰⁸

La dimensión normativa del derecho, bajo los parámetros de esta corriente, debe justificarse en la “razón”, pero esta “razón” es diferente a la iuspositivista, la cual se identificaba con la orden del soberano. La razón justificativa del neoconstitucionalismo, reside necesariamente en otra norma, en este caso, en la Constitución. Así, “si un juez recorre la cadena de competencia, partiendo de la

⁴⁰⁵ COMANDUCCI, Paolo. Constitucionalización y neoconstitucionalismo. In: COMANDUCCI, Paolo, AHUMADA, María Ángeles y LAGIER, Daniel González. *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo*, p. 96.

⁴⁰⁶ ROSSI, Amelia Sampaio. *Neoconstitucionalismo: Ultrapassagem ou Releitura do Positivismo Jurídico?*, p. 152,153.

⁴⁰⁷ POZZOLO, Susana. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 21, p. 342.

⁴⁰⁸ COMANDUCCI, Paolo. Constitucionalización y neoconstitucionalismo. In: COMANDUCCI, Paolo, AHUMADA, María Angeles y LAGIER, Daniel Gonzales. *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo*, p. 96.

norma aplicable al caso concreto, llegará a la carta constitucional. Pero esta última, si bien representa un límite interno al ordenamiento jurídico, contextualmente constituye un puente que permite el pasaje al discurso moral”.⁴⁰⁹ Bajo esta lógica, la justificación jurídica, en última instancia es moral.

Autores como Alexy y Dworkin son dos de los principales académicos que desarrollaron teorías no positivistas del derecho, para ellos, el derecho se debe entender como una práctica social o práctica interpretativa, y no solamente como un conjunto de reglas y principios.⁴¹⁰

Alexy explica que el concepto de derecho contiene un elemento de idealidad llamado *pretensión de corrección*, el cual respalda la existencia de una conexión conceptual entre derecho y moral.⁴¹¹ Bernal Pulido refuerza esta posición, afirmando que las normas jurídicas son una institucionalización de la corrección, pues como establecen que comportamientos son prohibidos, ordenados, permitidos o habilitados, pretenden institucionalizar lo que es correcto jurídicamente para cada caso posible.⁴¹²

Dworkin por su parte considera que las reglas que conforman el derecho tienen un sentido, sirven a determinados propósitos y valores que no hacen parte del derecho, sin embargo tienen primacía frente a las reglas por medio de las cuales se pretende implementarlas; lo que significa que el contenido y el alcance de las reglas deben interpretarse fundamentalmente según estos valores y propósitos.⁴¹³

⁴⁰⁹ POZZOLO, Susana. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 21, p. 342.

⁴¹⁰ ATIENZA, Manuel y MANERO, Juan Ruiz. *Para una teoría postpositivista del derecho*, p. 152.

⁴¹¹ Elucida Alexy: “La teoría de la pretensión sostiene que las normas jurídicas individuales y las decisiones judiciales, así como el sistema jurídico en su totalidad, necesariamente tienen una pretensión de corrección. Los sistemas de normas que no tienen esta pretensión, implícita o explícitamente, no son sistemas jurídicos”. (ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*, p. 61,62). En sentido similar, se recomienda ver: ATIENZA, Manuel y MANERO, Juan Ruiz. *Para una teoría postpositivista del derecho*, p. 166.

⁴¹² BERNAL PULIDO, Carlos. Normatividad y argumentación jurídica. In: *Interpretación y Razonamiento Jurídico*, p. 293.

⁴¹³ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 78,79. Ver también ATIENZA, Manuel y MANERO, Juan Ruiz. *Para una teoría postpositivista del derecho*, p. 230. Conviene destacar lo afirmado por Dworkin, quien destaca los momentos que suceden durante la interpretación jurídica.

De esta manera las teorías no positivistas respaldan la tesis de la conexión, buscando definir el concepto del derecho de forma tal que incluya elementos de la moral.⁴¹⁴

Esta tesis es bastante criticada. Sus detractores, en principio exigen que a estos estándares denominados principios se les debe de atribuir un significado, lo que conlleva a que los valores morales subyacentes tengan también un significado que permita realizar una lectura moral de los mismos, pues si se realiza un simple análisis lingüístico, los principios no tendrían nada que decir.⁴¹⁵

En sentido similar, Atria explica que las normas constitucionales que hacen parte del derecho constitucional, están referidos a principios morales y estos principios constitucionales, son aplicables como leyes ordinarias que deben ser interpretadas, no subsumiendo el caso individual en un caso genérico solucionado por normas generales, sino por medio de un proceso de ponderación y balance. “Esto lleva a una concepción del derecho guiada por un ‘pluralismo de principios’ y a una ciencia del derecho ‘líquida’ y ‘flexible’”.⁴¹⁶

Para el autor inglés, la interpretación consta de tres etapas: la primera “preinterpretativa” consiste en identificar el objeto interpretado, en este caso los materiales jurídicos o reglas positivas que conforman la práctica jurídica. Seguidamente, en la etapa “propriadamente interpretativa”, se busca el sentido de la práctica social; en el caso del Derecho, el sentido está guiado por los principios que permiten ver a la práctica como una unidad que sirve a ciertos valores y propósitos. Finalmente, la tercera etapa o “postinterpretativa” donde en base a criterios morales (principios) se determina que teoría sería la “mejor” para interpretar los materiales jurídicos. (VIDAL, Isabel Linfante. Apuntes para una teoría de la interpretación jurídica. In: *Pensar el Derecho. Ensayos de Teoría Jurídica Contemporánea*, p. 254).

⁴¹⁴ ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*, p. 44. Al respecto Dworkin afirma que el Derecho no podría estar conformado solamente por reglas, sino también por principios, los cuales pertenecerían al derecho por razones morales, en consecuencia no corresponde sostener la tesis que señala la existencia de una marcada diferencia entre Derecho y Moral (DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*, p.72. En relación a los *hard cases*, para los post-positivistas un caso es difícil cuando la solución no proviene directamente de la aplicación de una regla del sistema, sino esta debe buscarse como respuesta a una cuestión práctica, esta búsqueda debe realizarse por medio de una intensa actividad deliberativa y justificativa; por lo tanto, el aplicador del derecho no actúa con completa discrecionalidad, sino con sentido de responsabilidad. (ATIENZA, Manuel y MANERO, Juan Ruiz. *Para una teoría postpositivista del derecho*, p. 216).

⁴¹⁵ POZZOLO, Susana. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 21, p. 343.

⁴¹⁶ ATRIA, Fernando. La ironía del positivismo jurídico. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 27, p. 119.

Recordando que una de las tesis del positivismo jurídico destacada por Bulygin es la que afirma que una sentencia judicial es justificable según el derecho, sólo si en su contenido encontramos una secuencia lógica de normas y la descripción de un caso; en tal sentido, la justificación sería una operación lógica deductiva, la cual puede ser reconstruida como una inferencia lógica donde de un conjunto de premisas se llega a una conclusión que afirma que ciertas consecuencias jurídicas se aplican a un caso particular.⁴¹⁷

García Amado, en esa misma línea, hace referencia a la carga semántica que contienen los enunciados normativos, lo que conlleva a su necesaria interpretación, para luego razonar sobre los hechos y ver si son subsumibles bajo esa norma así interpretada.⁴¹⁸ Esto restaría las calidades axiológicas de los enunciados resaltando la subsunción de los hechos en la norma. Además, - agregar Pozzolo - “apoyar una interpretación moral que supere una dura aplicación, conduce a sobreponer el plano moral al jurídico”, esto, aparentemente no sería perjudicial si se tratase del “buen juez dotado de buen criterio”, sin embargo, el resultado sería negativo si se parte del “*bad man*”.⁴¹⁹

No obstante, concluyen los post-positivistas afirmando que actualmente la función del juez no consiste solamente en el “clásico proceso mecánico y rígido del silogismo y subsunción sin análisis”, la función del juez debe estar orientada por cláusulas valorativas o materiales, siendo este proceso el tránsito para un “constitucionalismo ético donde exista una necesaria conexión entre derecho y moral”.⁴²⁰

Finalmente, debe entenderse, según explica Guastini, que el proceso de constitucionalización no es un proceso bipolar (verdadero o falso), sino los

⁴¹⁷ BULYGIN. Eugenio. El conocimiento y la interpretación del Derecho. In: *El Derecho en Acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del Derecho*, p. 38.

⁴¹⁸ Al respecto se recomienda ver: GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Iusmoralismo(s). Dworkin, Alexy, Nino*, p. 137, 150 y ss.

⁴¹⁹ POZZOLO, Susana. Neocosntitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 21, p. 351.

⁴²⁰ AGUILERA PORTALES, Rafael y LÓPEZ SANCHEZ, Rogelio. Interpretación judicial y principios jurídicos fundamentales en el Estado Democrático y Social de Derecho. In: *Interpretación y Razonamiento Jurídico*, p. 422.

ordenamientos pueden estar más o menos constitucionalizados,⁴²¹ según cuales requisitos para tal y en qué medida sean cumplidas en aquel ordenamiento; para ello, el autor italiano señala siete condiciones que los ordenamientos deben cumplir, estas son (i) la rigidez de la constitución, (ii) la garantía jurisdiccional de la Constitución, (iii) la fuerza vinculante de la constitución, (iv) la “sobreinterpretación” de la constitución, (v) la aplicación directa de las normas constitucionales, (vi) la interpretación conforme las leyes y (vii) la influencia de la constitución sobre las relaciones políticas.⁴²²

Uno de los aspectos más relevantes de esta doctrina, son los cuestionamientos que impuso a premisas que se daban por establecidas en las nociones clásicas de Estado de Derecho, las cuales repercuten en temas sumamente importantes como son las reglas de interpretación de las normas jurídicas o los límites de la función de juzgar.⁴²³

Es por ello que – como afirman Aguilera Portales y López Sánchez – a mediados del siglo XX, y específicamente después de la segunda posguerra, resurgió el interés por el estudio de nuevas técnicas para la interpretación y argumentación.⁴²⁴

⁴²¹ Esta posición es compartida por Ahumada quien señala: “Los procesos de constitucionalización, según países, son más o menos rápidos, intensos y completos dependiendo de múltiples factores, sobre todo no jurídicos”. (AHUMADA, María Ángeles. Neoconstitucionalismo y constitucionalismo (A propósito de “Constitucionalización y Neoconstitucionalismo” de Paolo Comanducci). In: COMANDUCCI, Paolo, AHUMADA, Maria Angeles y LAGIER, Daniel Gonzales. *Positivismismo jurídico y neconstitucionalismo*, p. 142).

⁴²² GUASTINI, *La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/22/11.pdf> p. 154-163.

⁴²³ AHUMADA, María Ángeles. Neoconstitucionalismo y constitucionalismo (A propósito de “Constitucionalización y Neoconstitucionalismo” de Paolo Comanducci). In: COMANDUCCI, Paolo, AHUMADA, Maria Angeles y LAGIER, Daniel Gonzales. *Positivismismo jurídico y neconstitucionalismo*, p. 126. La importancia de la interpretación incluso es destacada por Pound cuando afirma: “Pero de la misma manera que el más rígido de los códigos necesita el recurso de la ‘interpretación’ y de la ‘aplicación’, con todo lo que estas palabras tratan de ocultar, para poder ajustarse al carácter fluido de la vida (...)”. POUND, Roscoe. *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, p. 8).

⁴²⁴ AGUILERA PORTALES, Rafael y LÓPEZ SÁNCHEZ, Rogelio. Interpretación judicial y principios jurídicos fundamentales en el Estado Democrático y Social de Derecho. In: *Interpretación y razonamiento jurídico*, p. 407.

Este interés por el estudio de la interpretación se debe en gran medida a la relación directa que existe entre la interpretación de la ley y la concepción que se tiene del Derecho y de la jerarquía de sus fuentes.⁴²⁵

3.4. LA PLURALIDAD DE MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA: ALGUNAS INCIDENCIAS.

La locución “interpretación jurídica” no contiene un concepto unívoco,⁴²⁶ con este enunciado se denominan actividades de diversa naturaleza⁴²⁷ según los distintos intereses y perspectivas adoptados en el estudio del derecho.⁴²⁸ Su punto de partida, es definitivamente, la consideración del Derecho como fenómeno lingüístico, lo que no significa que el Derecho se reduzca al lenguaje, sino resalta la importancia del fenómeno lingüístico para su comprensión.⁴²⁹

Es frecuente, en nuestro medio, interrelacionar y no distinguir las diferencias entre la interpretación jurídica y la aplicación judicial del Derecho, esta, tal vez, es la causa por la que las teorías ocupadas del derecho le atribuyen diferente significado a la expresión, pues aquellas teorías que se han ocupado del

⁴²⁵ ASEFF, Lucía María. Los métodos interpretativos. In: *El Derecho en acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del Derecho*, p. 345.

⁴²⁶ ASEFF, Lucía María. Los métodos interpretativos. In: *El Derecho en acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del Derecho*, p. 346.

⁴²⁷ Para Portela, “la voz ‘interpretación’ es equívoca, por cuanto, además de su natural ambigüedad, establece una confusión que impide distinguir entre proceso y producto. Vale decir que muchas veces cuando decimos que nos ocuparemos de la ‘interpretación’ del Derecho, estamos significando que haremos referencia a la actividad de algunos sujetos u operadores, que tienen por misión justamente la de efectuar la tarea de elucidar, o sea, que trabajaremos con la idea de estudiar la actividad de quienes deben desentrañar el objeto a interpretar. Otras veces, en cambio, con la misma expresión pretenderemos hacer referencia al resultado del proceso así analizado y trabajaremos como si se tratara de explicar o justificar un producto, el objeto ya interpretado”. (PORTELA, Mario Alberto. Interpretación y aplicación del Derecho. In: *Pensar el Derecho. Ensayos de Teoría Jurídica Contemporánea*, p. 297)

⁴²⁸ VIDAL, Isabel Linfante. Apuntes para una teoría de la interpretación jurídica. In: *Pensar el Derecho. Ensayos de Teoría Jurídica Contemporánea*, p. 231. Como por ejemplo la sostenida por un grupo de positivistas, quienes parten de la diferenciación entre “norma” y “formulación normativa”, para señalar que la interpretación es el mecanismo, mediante el cual el juez “discrecionalmente” le otorga un significado a una formulación normativa. (GONZALES LAGIER, Daniel. Sobre el papel de los valores en la aplicación del derecho (A propósito de “Algunos problemas conceptuales relativos a la aplicación del Derecho”, de Paolo Comanducci). In: COMANDUCCI, Paolo, AHUMADA, María Ángeles y GONZALES LAGIER, Daniel. *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, p. 44).

⁴²⁹ VIDAL, Isabel Linfante. Apuntes para una teoría de la interpretación jurídica. In: *Pensar el Derecho. Ensayos de Teoría Jurídica Contemporánea*, p. 240.

Derecho desde un punto de vista aplicativo, como el realismo jurídico norteamericano y la teoría de la interpretación de Dworkin, “conciben a la interpretación como una actividad amplia que incluye la reconstrucción de todos los materiales jurídicos pertenecientes al sistema, con el objetivo de buscar una solución jurídica al problema en cuestión”.⁴³⁰

Por otro lado, las teorías interesadas en la perspectiva de las reglas generales, como la de Hart o de Joseph Raz, sostienen un concepto más restringido de interpretación, el cual “se limita a la tarea de precisar el significado de las normas legisladas”.⁴³¹

Para Guastini, la interpretación puede entenderse a partir de dos actividades bien diversas, por un lado, cuando es realizado por un órgano de aplicación del derecho, es un acto de voluntad que consiste en atribuirle un significado a un texto. Por otro lado, si se realiza por un tercero que no tiene interés en la materia, es un acto de conocimiento que consiste en descubrir el significado que un texto potencialmente contiene.⁴³²

Hace un tiempo atrás, los métodos tradicionales de interpretación no gozaban de flexibilidad alguna, lo que propiciaba, en ocasiones, injusticias evidentes; es por ello que filósofos y juristas han optado por ampliar los márgenes interpretativos, de tal manera que los órganos de aplicación puedan incurrir menos, en decisiones injustas.

Existen diversas interpretaciones posibles, según como se reduzca o amplifique el ámbito de indeterminación semántico de alguna de las palabras existentes en el enunciado interpretado.

Así, para Vernengo, los métodos interpretativos cumplirían dos funciones paralelas, serían “técnicas para esclarecer un mensaje normativo oscuro” y

⁴³⁰ VIDAL, Isabel Linfante. Apuntes para una teoría de la interpretación jurídica. In: *Pensar el Derecho. Ensayos de Teoría Jurídica Contemporánea*, p. 232.

⁴³¹ VIDAL, Isabel Linfante. Apuntes para una teoría de la interpretación jurídica. In: *Pensar el Derecho. Ensayos de Teoría Jurídica Contemporánea*, p. 232.

⁴³² GUASTINI, Ricardo. ¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?. In: *Pensar el Derecho. Ensayos de Teoría Jurídica Contemporánea*, p. 17.

también serían “técnicas socialmente prestigiosas para orientar al órgano en su tarea de especificación y concretización de las normas generales”.⁴³³

Para autores como Portela, no es cierto que algunas normas no requieran de interpretación, toda norma, por más clara que sea, debe ser necesariamente traducida y dotada de sentido.⁴³⁴

Los tradicionales métodos para interpretar las normas jurídicas, se han mantenido intactos desde décadas anteriores, estos son: el método exegético, el método histórico, el comparativo, el método científico o de la libre investigación científica, el método sociológico, la escuela libre de derecho, la jurisprudencia de conceptos, los métodos teleológicos y el método tópico retórico.⁴³⁵ A estas se agregaron otras posibilidades como la interpretación literal y la correctora.⁴³⁶

Otra clasificación toma como base los sujetos que realizan la interpretación, de esta forma, la interpretación sería judicial, autentica, operativa, doctrinal o científica, etc.⁴³⁷

Aseff resalta la importancia de tener un amplio repertorio de métodos de interpretación, pues será utilizado por el juzgador aquel que sea útil y permita una mejor resolución del caso concreto, siempre que se parta del presupuesto de un

⁴³³ VERNENGO, Roberto. *Curso de Teoría General del Derecho*, p. 411.

⁴³⁴ PORTELA, Mario Alberto. Interpretación y aplicación del Derecho. In: *Pensar el Derecho. Ensayos de Teoría Jurídica Contemporánea*, p. 302.

⁴³⁵ Al respecto y para un mayor esclarecimiento se recomienda ver: ASEFF, Lucía María. Los métodos interpretativos. In: *El Derecho en Acción. Ensayos sobre aplicación e interpretación del Derecho*, p. 360-367. En el mismo sentido: VERNENGO, Roberto José. *Curso de Teoría General del Derecho*, p. 412-415.

⁴³⁶ La literal se fundamenta en el significado ordinario de las palabras no admitiendo cualquier otro significado que no sea el literal. Por su lado la interpretación correctora, donde se localizan todas las otras interpretaciones distintas a la gramatical, busca completar las lagunas existentes en las situaciones fáctico-jurídicas donde se aplican las normas. Esta interpretación tiene dos variantes, aquella que restringe el significado literal de la norma – interpretación restrictiva –, y aquella que lo amplía – interpretación extensiva –. (AGUILERA PORTALES, Rafael y LÓPEZ SÁNCHEZ, Rogelio. Interpretación judicial y principios jurídicos fundamentales en el Estado Democrático y Social de Derecho. In: *Interpretación y razonamiento jurídico*, p. 409.)

⁴³⁷ VIDAL, Isabel Linfante. Apuntes para una teoría de la interpretación jurídica. In: *Pensar el Derecho. Ensayos de Teoría Jurídica Contemporánea*, p. 238.

juez cabal y honesto.⁴³⁸ Esta afirmación es discutida, en razón de la incerteza jurídica que causaría.

Esto es destacado por Vernengo, quien citando a Cossio, explica que el único y nada relevante objetivo que el juez alcanzaría utilizando indiscriminadamente alguno de estos métodos, será, “lograr la adhesión de un auditorio”.⁴³⁹

Entre las escuelas cuyo método interpretativo es bastante ecléctico, están la escuela del derecho libre, la escuela de la libre investigación científica, el realismo jurídico entre otros.⁴⁴⁰

Innovando en esta lista de clasificaciones, Haba propone una opción interpretativa basada en “recursos que ofrece el pensamiento de orientación *empírico-racional*”. Esta metodología consiste en una secuencia de cuatro momentos: (i) En principio, el *momento lingüístico-dogmático*, se traza un cuadro con las diversas interpretaciones que podrían ser aplicadas en concreto, de acuerdo con doctrinas jurídicas existentes; (ii) El momento *analítico-crítico*, donde se reconstruye el discurso de los preceptos de derecho invocados y de sus doctrinas develando la “gramática original” y las “trampas” de estos juegos lingüísticos; (iii) El *momento axiológico-teleológico*, donde se pretende delimitar la finalidad que el interprete señale como objetivo práctico de estos preceptos, considerando las jurídicamente posibles en su medio social; (iv) Momento *empírico-instrumental*, donde se escoge lo reconocido en (i) y (ii) como la interpretación más eficaz para poder realizar el objetivo (iii).⁴⁴¹

Esta modalidad de interpretación basada en consideraciones netamente empíricas, busca “ser un medio eficaz para conseguir realizar en la práctica

⁴³⁸ ASEFF, Lucia Maria. Los métodos interpretativos. In: *El Derecho en Acción. Ensayos sobre aplicación e interpretación del Derecho*, p. 353,354.

⁴³⁹ VERNENGO, Roberto José. *Curso de Teoría General del Derecho*, p. 417.

⁴⁴⁰ VERNENGO, Roberto José. *Curso de Teoría General del Derecho*, p. 415

⁴⁴¹ HABA, Enrique, Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial (Realismo jurídico como alternativa práctica al discurso normativista de los jueces). In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 25, p. 517-525.

determinado fin social bien delimitado”.⁴⁴² De esta manera las fundamentaciones realistas “presuponen aceptar una ética de la res-ponsabilidad de los propios jueces por buena parte de las consecuencias prácticas que acarrearán sus fallos”.⁴⁴³

Estos métodos proponen que una interpretación debe medirse por la bondad de las consecuencias sociales que produzca, o por los fines que la orienten. En esta línea -, afirma Vernengo - Roscoe Pound ha señalado que “la actividad de interpretación es análoga a un acto de ingeniería social, mediante el cual se ponen en movimiento ciertos medios técnicos para lograr objetivos socialmente valiosos”.⁴⁴⁴

Sin embargo, en la actualidad la interpretación del Derecho toma como base dos concepciones clásicas y a su vez contrapuestas, un modelo intencionalista de la interpretación y un modelo constructivista o dependiente de valores.⁴⁴⁵

Los métodos de interpretación en el estado constitucional, deben tener como referencia lo establecido en la Constitución. A partir del Estado Constitucional, se ha priorizado un modelo de interpretación que pueda adaptarse a los nuevos tiempos y transformaciones, donde la interpretación del juez sea finalista “dirigida a vehiculizar los nuevos principios”.⁴⁴⁶ Es decir, basarse en la interpretación moral de la constitución, la cual “responde a una demanda de justicia sustancial, pero, por otro lado, vuelve al derecho incierto”.⁴⁴⁷

⁴⁴² HABA, Enrique, Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial (Realismo jurídico como alternativa práctica al discurso normativista de los jueces). In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 25, p. 525.

⁴⁴³ HABA, Enrique, Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial (Realismo jurídico como alternativa práctica al discurso normativista de los jueces). In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 25, p. 526,527.

⁴⁴⁴ VERNENGO, Roberto José. *Curso de Teoría General del Derecho*, p. 416.

⁴⁴⁵ VIDAL, Isabel Linfante. Apuntes para una teoría de la interpretación jurídica. In: *Pensar el Derecho. Ensayos de Teoría Jurídica Contemporánea*, p. 232,233.

⁴⁴⁶ ASEFF, Lucia Maria. Los métodos interpretativos. In: *El Derecho en Acción. Ensayos sobre aplicación e interpretación del Derecho*, p. 355,356.

⁴⁴⁷ POZZOLO, Susana. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 21, p. 347.

Si bien no concuerda con esta conexión entre derecho y moral – al estilo neoconstitucionalista – Atria considera que se debe evitar el formalismo exagerado del positivismo jurídico europeo del siglo XIX, lo que no significa que la idea central del positivismo sea desechada, sino, elaborar una teoría del derecho que celebre la contingencia y autonomía del derecho moderno, de esta forma el positivismo jurídico defendería una comprensión del derecho según la cual este puede ser un instrumento de autogobierno democrático.⁴⁴⁸

En sentido similar Sztajn:

A discussão atual sobre os fundamentos metodológicos da ciência do Direito se divide entre os adeptos do positivismo (o Direito decorre do poder do Estado) e os naturalistas (os quais fundam o Direito na noção divina de que todos têm Direitos, que garantir Direitos atende à moralidade social). Nos dois casos, o esquema teórico é abstrato, abandonando-se o empirismo próprio dos economistas.⁴⁴⁹

En razón a ello, resulta necesario verificar otra opción interpretativa que permita adecuarse a las peculiaridades del derecho privado, sin descuidar el nuevo enfoque que adquirió esta rama a raíz de su constitucionalización.

Al respecto, resulta pertinente la reflexión de Vieira, quien afirma: “As constituições devem salvaguardar regras básicas de justiça, política e economia e, na medida do possível, favorecer os critérios de eficiência e utilidade. Este é o desafio que se nos apresenta”.⁴⁵⁰

Este necesario favorecimiento a criterios de eficiencia y utilidad, resalta cuando se trata de relaciones privadas con contenido comercial, las mismas que son reguladas por el derecho comercial.

⁴⁴⁸ ATRIA, Fernando. La ironía del positivismo jurídico. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 27, p. 82.

⁴⁴⁹ SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: SZTAJN, Rachel y ZYLBERSZTAJN, Decio. (Org.) *Direito e economia. Análise Econômica do Direito e das Organizações*, p. 78,79.

⁴⁵⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. Realinhamento Constitucional. In: VIEIRA, Oscar Vilhena y SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Global*, p. 48.

3.5. LA RECEPCIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO EN LA LEGISLACIÓN BRASILEIRA Y SUS IMPLICANCIAS EN EL DERECHO PRIVADO.

La constitucionalización del derecho, variando en la magnitud de su aplicación, se inició con la Constitución mexicana de 1917 y la Constitución de Weimar de 1919. Posteriormente fue adoptada por diversas constituciones, entre ellas las Constituciones de Italia (1947), de Alemania (1949), de Portugal (1976), de España (1978) y de Brasil (1988).⁴⁵¹ A partir de allí, la nueva orientación de la Constitución brasilera valiéndose de los principios constitucionales afectó a todo el ordenamiento jurídico.⁴⁵²

En América Latina – y especialmente en el Brasil –, el giro doctrinal hacia una principiología jurídico-constitucional puede ser asociado a lo sucedido en esta parte del continente durante las últimas décadas del siglo XX, donde ocurrieron procesos de democratización y constitucionalización, luego de periodos de regímenes autoritarios con consecuencias desastrosas sobre las libertades políticas y civiles.⁴⁵³

La Constitución Federal de 1988, como explica Fachin, trajo consigo el abandono por parte del Código civil, de la postura patrimonialista que heredó desde el Código de Napoleón “migrando para uma concepção donde se privilegia o desenvolvimento humano e sua dignidade da pessoa concretamente considerada, em suas relações interpessoais.”⁴⁵⁴

⁴⁵¹ Explican Pimenta y Boglione: “Com a Constituição de 1988, os juristas venceram uma importante batalha no Brasil, isto é, sentiram-se responsáveis pelo surgimento do Estado social, através do qual a todos seriam garantidos os direitos fundamentais à vida digna”. PIMENTA, Eduardo Goulart y BOGLIONE, Stefano. Análise econômico do direito contratual. In: *Revista de Direito Público da Economia* n° 1, p. 59. En el mismo sentido Vieira explica: “A Constituição brasileira de 1988 é uma das representantes mais típicas do que se conhece como constitucionalismo dirigista ou de caráter social, (...) as constituições sociais estabelecem obrigações positivas para o Estado na área social, buscam regulamentar as atividades econômicas, assim como configuram órgãos para a implementação de suas políticas públicas, que podem inclusive constituir agentes econômicos diretos”. (VIEIRA, Oscar Vilhena. Realinhamento constitucional. In: VIEIRA, Oscar y SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.) *Direito Global*, p. 39).

⁴⁵² Al respecto ver: FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil. Sentidos, transformações e fim*, p. 60,61.

⁴⁵³ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hercules. Princípios e Regras Constitucionais*, p. 171.

⁴⁵⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil. Sentidos, transformações e fim*, p. 59.

La incorporación en la Carta Magna de diversos temas que antes hacían parte de la legislación ordinaria, como la constitucionalización de los derechos de propiedad y libre iniciativa, también refleja la constitucionalización de intereses sustantivos de cada grupo de poder de ese entonces.⁴⁵⁵

El carácter relativamente “nuevo” de este fenómeno, ha venido afectando las bases del derecho ya existente, el cual, principalmente a partir de inicios del siglo XIX, giraba en torno al Código civil.

Antiguamente, las Constituciones eran reconocidas como las leyes más importantes del sistema normativo de un país, sin embargo, su funcionalidad era reducida, se resumía a la representatividad de ideas y principios mientras que el Código Civil representaba la efectividad de las normas que debía seguir la sociedad.⁴⁵⁶

Una de las principales observaciones hacia este nuevo enfoque da cuenta que, aparentemente, el legislador no ha considerado las consecuencias colaterales de esta regulación, entre estas el envejecimiento prematuro del texto y la estagnación de la norma, esto es resaltado por Vieira, pues “quando as circunstâncias mudarem e for necessário atualizar esses temas será imprescindível uma mudança na Constituição”.⁴⁵⁷

Por otro lado, la distinción entre lo público y lo privado fue uno de los legados de la Revolución Francesa para los países adheridos a la tradición romano-germánica. El espacio público representa a la colectividad y las normas que la orientan, donde la principal es la Constitución, ya por su parte, la norma que predomina en el espacio privado es el Código Civil.⁴⁵⁸ En ese contexto, cada uno

⁴⁵⁵ Estos puntos también hacen parte de lo establecido en el artículo 14.2 de la Constitución alemana donde se señala “la propiedad obliga”, así como en el artículo 42.2 de la Constitución italiana y el artículo 33.2 de la Constitución española. (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho ductil. Ley, derechos, justicia*, p. 102.)

⁴⁵⁶ FREITAS PEDRO, Fabio Anderson de. As diretrizes teóricas do Código Civil brasileiro de 2002 e o neoconstitucionalismo. In: *Revista dos Tribunais*, N° 101, vol. 925, p. 79.

⁴⁵⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. Realinhamento constitucional. In: VIEIRA, Oscar y SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.) *Direito Global*, p. 40.

⁴⁵⁸ Históricamente, el derecho se divide en dos grandes ramas: el derecho público y el derecho privado. El derecho público – explica Olavarría Avila – “trata de la organización de los poderes

de estos espacios mantiene sus concepciones axiológicas propias, formando un sistema de paralelas.

En el estado social – fase posterior al estado liberal – que se inició en el Brasil con la Constitución de 1934 y se acentuó con la de 1988, esta separación se vio afectada,⁴⁵⁹ existiendo espacios de intersección entre los asuntos que envuelven a la sociedad y las relaciones interindividuales.

Percebe-se então que o Direito Privado deve ser interpretado de acordo com as vertentes estabelecidas na Constituição Federal. Infere-se então que a Constituição federal não representa uma carta política, mas o arcabouço jurídico que serve uma diretriz dogmática para todos os ramos do Direito.⁴⁶⁰

Uno de los resultados de la constitucionalización del derecho civil fue el traslado de los valores constitucionales, para el campo del derecho privado, dentro de estos, como señala Facchini Neto, el verdadero *primus inter paris*, es el principio de la dignidad de la persona humana, colocando en el centro del derecho civil al ser humano, dejando en un segundo plano al patrimonio el cual era el centro de las preocupaciones privatistas en los códigos modernos derivados del *Code de Napoleon*.⁴⁶¹

Los tres pilares del Derecho Privado - familia, propiedad y contrato - como explica Fachin, “recebem uma nova leitura sob a centralidade da constituição da sociedade e alteram suas configurações, redireccionando-os de uma perspectiva

públicos y las relaciones de los que los ejercen con los particulares, inspirándose en el interés general de la sociedad.” El derecho privado – continua el autor chileno – “en cambio, rige las relaciones que se establecen entre los particulares y resuelve los conflictos de los intereses individuales”. (OLAVARRÍA ÁVILA, Julio. *Manual de derecho comercial*, p. 53)

⁴⁵⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil. Sentidos, transformações e fim*, p. 57.

⁴⁶⁰ FREITAS PEDRO, Fabio Anderson de. As diretrizes teóricas do Código Civil brasileiro de 2002 e o neoconstitucionalismo. In: *Revista dos Tribunais*, nº 101, vol. 925, p. 82. En el mismo sentido ver: NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*, p. 31.

⁴⁶¹ FACCHINI Neto, Eugenio. Reflexões histórico evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 53. En el mismo sentido ver: FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil. Sentidos, transformações e fim*, p. 15.

fulcrada no patrimônio e na abstração para outra racionalidade que se baseia no valor da dignidade da pessoa”.⁴⁶²

Siguiendo esta misma línea, Nalin explica:

ler o Código Civil, à luz da Constitución (...). Implica o distanciamento do individualismo e da patrimonialidade contratual, justificada no Código Civil e que avança, não no sentido de ‘revogar’ tal opção ideológica do legislador da época, mas no de relocá-lo e recondicioná-lo na moldura dos direitos fundamentais à pessoa humana.⁴⁶³

Prueba de ello es la nueva visión jurídica que se tiene del contrato, en esta relación antiguamente predominaba tajantemente la voluntad de las partes, esta era “ley” entre los contratantes.⁴⁶⁴ Actualmente, no sólo los intereses de las partes son los que importan, sino es necesario que el contrato cumpla con los fines últimos establecidos en la Constitución.

No obstante, esta idea de restricción de la autonomía del derecho privado en favor de la Constitución, debe ser contextualizada, así, Fachin haciendo un paralelo con la legislación alemana, señala:

A Lei Fundamental alemã (...) também reconhece como princípios fundamentais do Estado a soberania popular e a liberdade do individuo. Assim, a autonomia privada mantém relação com a soberania popular, e simultaneamente, significa uma relação de complementação recíproca, pois o direito à autodeterminação também constitui um direito humano.⁴⁶⁵

⁴⁶² FACHIN, Luis Edson. *Direito civil. Sentidos, transformações e fim*, p. 51.

⁴⁶³ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil- constitucional*, p. 36.

⁴⁶⁴ Debemos recordar que durante la edad media, el derecho de los mercaderes o *ius mercatorium* “desenvolveu-se em torno de contratos consensuais, despidos de toda solenidade; contratos esses que, pos isso mesmo, podiam ser concluídos rapidamente e em grande numero. No direito feudal, bem ao contrario, os contratos eram sempre solenes, celebrados perante o notário e, muita vez, perante a autoridade eclesiástica. Dai a importância excepcional que assumiu desde logo no mundo burguês a palavra dos contratantes, como garantia absoluta de cumprimento do negocio”. (COMPARATO, Fábio Konder. *A civilização capitalista*, p. 77).

⁴⁶⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil. Sentidos, transformações e fim*, p. 64,

Situación similar es la que se observa con la función social de la empresa la cual debe estar alineada a los principios constitucionales del orden económico.⁴⁶⁶ La función social de la empresa, debido al contenido que se le pretende otorgar a este principio, es materia de intensos debates.

Algunos autores consideran que la función social puede utilizarse para sustituir políticas públicas que busquen perfeccionar la vida en sociedad; otros por su parte, señalan que la función social de la empresa debe ser entendida a partir de sus externalidades, debido a la naturaleza y finalidad que la empresa tiene en nuestra sociedad.⁴⁶⁷

Como la *constitucionalización* obliga a revisar todos los institutos del derecho privado que conforman el código civil (propiedad, contrato y ahora empresa) conforme a criterios de derecho público, un punto bastante discutido en este proceso, es el referido a la eficacia directa o indirecta que tendrían los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Al respecto, como explica Sarlet, gran parte de la doctrina brasilera se inclina por la eficacia directa *prima facie* de los derechos fundamentales, esto significa que “podem e devem ser extraídos efeitos jurídicos diretamente das normas dos direitos fundamentais também em relação aos atores privados, não resultando obstaculizada pela falta ou insuficiência de regulação legal”.⁴⁶⁸ Este posicionamiento se debe en gran

⁴⁶⁶ AGUSTINHO, Eduardo Oliveira e RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Apontamentos sobre a hermenéutica do direito empresarial constitucional a partir da análise económica do direito. In: *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*, p. 430. Además de estos, se pueden citar: la protección al consumidor que otorga el Estado (artículo 5º, inciso XXXII), las normas referidas a la adquisición de la propiedad a través de la usucapión especial urbana y rural (artículos 183 y 191); la protección a la familia, al matrimonio y a las uniones estables, así como la prohibición de discriminar entre cónyuges e hijos. (artículos 226 y 227). (Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 20. Al respecto se recomienda ver: FACCHINI Neto, Eugenio. Reflexões histórico evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 48,49.

⁴⁶⁷ Al respecto se recomienda ver: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira y GALESKI Jr., Irineu. *Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica*, p. 145. Asimismo, uno de los títulos del capítulo final de este trabajo, desarrolla de forma crítica-descriptiva, pautas generales utilizadas para dotar de significado a la función social del contrato.

⁴⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 25-27.

parte a lo señalado por la Constitución brasilera, la cual en su artículo 5° § 1° indica que las normas que definen derechos y garantías fundamentales son de aplicación inmediata.

Son los derechos fundamentales sociales, los que actualmente generan mayor discusión en el contexto de la constitucionalización del derecho privado,⁴⁶⁹ especialmente cuando se trata de relaciones entre particulares, en este caso, afirma Sarlet, la eficacia directa deriva también de la aplicación y efectividad de todas las normas referidas a los derechos fundamentales establecidas en el artículo 5° & 1° de la Constitución brasilera de 1988.⁴⁷⁰

No obstante, en ambos supuestos, por lo general, no son tomadas en cuenta las consecuencias colaterales o externalidades.

Al incluir dentro de la Constitución principios típicos del derecho privado – que anteriormente no hacían parte de este diploma –, el derecho privado, en lo que es alcanzado por estos principios, debe ser interpretado conforme a la Carta Magna, ejerciendo este último, una especie de control sobre las normas privadas, pudiendo incluso modificar y adecuar los institutos tradicionales a sus valores y principios;⁴⁷¹ pues como se explicó, los rasgos que definen la constitucionalización de un Estado son la fuerza vinculante, la garantía jurisdiccional así como la rigidez constitucional, por ello la interpretación de las leyes y del resto de normas del ordenamiento jurídico debe realizarse conforme a la Constitución.⁴⁷²

Como ya se explicó, a partir de la Constitución de 1988, toda la legislación ordinaria brasilera (derecho civil, penal, comercial, etc.), paso por un período de aclamada subordinación a los principios contenidos en esta Carta Fundamental,

⁴⁶⁹ Como el derecho a la posesión o a la propiedad.

⁴⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 33.

⁴⁷¹ FACCHINI Neto, Eugenio. Reflexões históricas evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 40.

⁴⁷² ATIENZA, Manuel. Constitucionalismo, globalización y derecho. In: *Interpretación y razonamiento jurídico*, p. 20, ver también: ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, p. 93.

sean estos a favor de la preservación de la empresa, como el principio de la libre iniciativa (artículo 1º, IV), la libertad de trabajo, oficio y profesión (artículo 5º, XIII), la defensa de los derechos del consumidor (artículo 5º, XXXII); garantizando la propiedad privada de los medios de producción, la libre competencia, la defensa del medio ambiente y la búsqueda del pleno empleo (artículo 170 e incisos), o en favor de la construcción de una sociedad justa (artículo 3º,I).

En el mismo sentido, la misma Ley Fundamental impone límites cuando, por ejemplo, se estableció el monopolio de la Unión Federal relativamente a ciertas actividades, o cuando determina los principios que lo condicionan (artículo 170 e incisos), y cuando ordena la represión del abuso del poder económico cuando buscan la dominación de los mercados o la eliminación de la competencia y al aumento arbitrario de lucros (artículo 173, & 4º).

Es así como las Constituciones en el Estado social de derecho reconocen la autonomía de lo económico y del mercado, por medio de la garantía de los diversos derechos que les corresponde a los operadores económicos – derivados de la propiedad privada, libre iniciativa económica, libertad contractual, etc.; y también reconocen que este no puede ser el último horizonte, porque su desarrollo no trae consigo otros valores no económicos con los cuales la economía debe formar un sistema.⁴⁷³

Si bien estas últimas referencias constitucionales, están orientadas a la concretización de valores igualitarios de justicia, que se constitucionalizaron a través de principios, luego de ser ignorados cuando existía una visión marcadamente formalista del derecho, de tal forma que en la actualidad no solamente sirven para completar lagunas de la legislación infraconstitucional, sino llegan a ser “regras condutoras da aplicação e do alcance das próprias disposições constitucionais”;⁴⁷⁴ ocurren ciertas *contrariedades* cuando estos principios son aplicados a las relaciones privadas; en ocasiones, según el

⁴⁷³ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, p. 102.

⁴⁷⁴ GONÇALVES NETO. *Direito de empresa*, p. 59.

contenido que se les otorgue llegan a, de cierta forma, *obstaculizar* el desarrollo de las actividades comerciales.

Tomando en cuenta que el derecho comercial, es el encargado de regular este tipo de actividades, esto es sumamente delicado, pues esta rama del derecho privado, desde su creación en la Edad Media siempre fue “el derecho de la libertad”, que se desarrolló sobre la base de convenciones y costumbres que eran libremente aceptadas, donde la injerencia estatal era ínfima.⁴⁷⁵

3.6. CONTRARIEDADES EN LA INTERPRETACIÓN PRINCIPIOLÓGICA DEL DERECHO PRIVADO.

La subordinación del derecho privado al texto constitucional colmado de principios afines, por lo general, al derecho público, trae como consecuencia, la elaboración por parte de los creadores y aplicadores del derecho, de justificativas teóricas y abstractas que flexibilizan la ley al buscar su compatibilización con estos principios, cuyos contenidos son, hasta cierto punto, indeterminados.

Por ello, para algunos autores, teorías que defienden la sumisión del derecho privado (y del derecho en general) a principios morales contenidos en la Constitución – como el neoconstitucionalismo - constituyen “una involución a formas legales pre-modernas que en las circunstancias actuales implica la disolución del derecho”.⁴⁷⁶

Al respecto, Comanducci señala que “la reducción del grado de certeza del derecho derivada de la técnica de ‘ponderación’ de los principios constitucionales y de la interpretación ‘moral’ de la Constitución” sería una consecuencia peligrosa del neoconstitucionalismo,⁴⁷⁷ ya que, - agrega Ahumada -, “los principios

⁴⁷⁵ MALAGARRIGA, Carlos. *Tratado elemental de Derecho Comercial*, p. 45.

⁴⁷⁶ ATRIA, Fernando. La ironía del positivismo jurídico. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* Nº 27, p. 83,123

⁴⁷⁷ En el mismo sentido, el autor Genovés señala que el aumento en la indeterminación del derecho se daría por tres razones principales: “(i) porque una de las características más comunes de las normas que están configuradas como principios es la mayor vaguedad respecto a las otras normas, y por tanto esta características aumenta en vez de reducir la indeterminación *ex ante*. (ii) porque en consecuencia, la creación y configuración de principios, a falta de una moral común, aumenta la discrecionalidad de los jueces, que pueden decidir los casos haciendo referencia a las

constitucionales, el recurso a la técnica de la ponderación, no persiguen la certeza del derecho sino que simplemente ayudan a justificar decisiones judiciales *ad hoc*”.⁴⁷⁸

En ese mismo sentido, Pino afirma que esta corriente – el neoconstitucionalismo –, en sus rasgos generales “parece algo heterogéneo, poco analítico, por lo general declamatorio, algunas veces caracterizado más por tesis ‘en sentido negativo’ (...) que ‘en sentido positivo’”.⁴⁷⁹

Neves por su parte, señala que:

A tendência a superestimar os princípios em detrimento das regras torna altíssimo o grau de incerteza e pode descambar em insegurança incontrollável, relacionada à própria quebra da consistência do sistema jurídico e, pois, à destruição de suas fronteiras operativas. Por outro, a tendência a superestimar as regras em detrimento dos princípios torna o sistema excessivamente rígido para enfrentar problemas sociais complexos, em nome de uma consistência incompatível com a adequação social do direito.⁴⁸⁰

En este punto radica la importancia respecto al contenido que se atribuirá a los principios constitucionales que afectan las relaciones privadas, pues estos deben ser entendidos desde un criterio netamente comercialista, teniendo en consideración la repercusión de sus externalidades en el sistema económico del país.

propias, subjetivas, concepciones de la justicia, y también esto, naturalmente, aumenta la indeterminación *ex ante*. (iii) porque la peculiar manera de aplicar las normas configuradas como principios, o sea la ponderación de los principios caso por caso, a falta de una jerarquía estable y general entre los principios, aumenta también la discrecionalidad de los jueces y la indeterminación *ex ante* del derecho”. (COMANDUCCI, Paolo. *Constitucionalización y neoconstitucionalismo*. In: COMANDUCCI, Paolo, AHUMADA, María Ángeles y LAGIER, Daniel Gonzáles. *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, p. 107, 110-111)

⁴⁷⁸ AHUMADA, María Ángeles. Neoconstitucionalismo y constitucionalismo (A propósito de “Constitucionalización y Neoconstitucionalismo” de Paolo Comanducci. In: COMANDUCCI, Paolo, AHUMADA, María Ángeles y LAGIER, Daniel Gonzáles. *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, p. 155.

⁴⁷⁹ PINO, Giorgio. Principios, Ponderación, y la separación entre Derecho y Moral. Sobre el Neoconstitucionalismo y sus críticos. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 34, p. 202.

⁴⁸⁰ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hercules. Princípios e Regras Constitucionais*, p. XX.

Como la constitucionalización del derecho busca afirmar la supremacía de la Constitución y valorizar la fuerza normativa de los principios y valores que son subyacentes a toda orden jurídica, descuida otros aspectos sumamente importantes, como afirma Gico Jr. El neoconstitucionalismo no se preocupa suficientemente con las reales consecuencias de determinada ley o decisión judicial.⁴⁸¹

No se considera que al tratarse de actividades comerciales, sus efectos sobrepasan a las partes, las externalidades negativas que derivan de estas aplicaciones repercuten en la sociedad como un todo.⁴⁸²

Esto es resaltado por Pimenta y Boglione, cuando afirman que en este nuevo escenario, los economistas defienden el respeto a las leyes y a los contratos, mientras que los juristas relativizan el conocimiento y la interpretación legal.⁴⁸³

Por estos motivos, y a pesar de su relativa novedad, algunos consideran que actualmente se vive una especie de “malestar de la Constitución”. Esta *incomodidad* se acentúa como resultado del rápido proceso de integración regional y de globalización económica. En tal sentido, el modelo constitucional estaría llegando a su fin siendo reemplazado por un derecho sin fronteras basado en las diversas fuentes del derecho.⁴⁸⁴

Lo afirmado se refleja especialmente en el Derecho comercial, donde, por sus características peculiares presenta dificultades para actuar en un Estado constitucionalizado,⁴⁸⁵ pues, por lo general, el intérprete o aplicador del derecho

⁴⁸¹ GICO Jr. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano (Org.) *Direito e economia no Brasil*, p. 10.

⁴⁸² Las externalidades son entendidas como “o efeito experimentado por alguém, mas que deriva de ato, fato ou ação de outrem”. (SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo código civil. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Económico e Financeiro*, n° 133, p. 7). Este concepto será desarrollado con mayor amplitud en los capítulos siguientes.

⁴⁸³ PIMENTA, Eduardo Goulart y BOGLIONE, Stefano. Análise econômico do direito contratual. In: *Revista de Direito Público da Economia* n° 1, p. 60.

⁴⁸⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. Realinhamento Constitucional. In: VIEIRA, Oscar Vilhena y SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) *Direito Global*, p 19,20.

⁴⁸⁵ Como se verá en el siguiente capítulo, donde resoluciones judiciales ignoran el carácter comercial de determinados contratos.

desconsidera la propia naturaleza de las relaciones comerciales y la función de la empresa en nuestra sociedad.

Agregado a ello, se debe tener en cuenta que la propia expansión de capitales como resultado del proceso de globalización económica, ejerce una fuerte presión sobre los sistemas constitucionales, especialmente sobre aquellos que reconocen derechos sociales.⁴⁸⁶

⁴⁸⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. Realinhamento Constitucional. In: VIEIRA, Oscar Vilhena y SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) *Direito Global*, p. 17.

4. LA DINÁMICA DEL DERECHO COMERCIAL Y SU POSIBLE CONVERGENCIA CON TEORÍAS REALISTAS.

4.1. PARTICULARIDADES DEL DERECHO COMERCIAL QUE OBLIGAN A REVISAR TEORÍAS REALISTAS PARA SU INTERPRETACIÓN.

El derecho mercantil actual es un derecho abierto a la novedad y a la realidad a la cual busca adaptarse en lugar de adecuarse a parámetros estrechos y a formas instrumentales; por ello las características del derecho empresarial contemporáneo permiten que este se adecue a las exigencias siempre mudables de las nuevas figuras comerciales,⁴⁸⁷ pues “los hombres de negocios han inventado, para llevar adelante sus proyectos, nuevas técnicas de naturaleza comercial, industrial y financiera, a las cuales no corresponde ningún régimen jurídico apropiado”.⁴⁸⁸ Además la disposición antiformalista y simple permite que este derecho sea consensual, sometido más a intenciones y voluntades que a formalismos solemnes.⁴⁸⁹

Es por ello que la interpretación de las normas del derecho comercial debe tener en consideración dos aspectos fundamentales, en primer lugar, los factores económicos, políticos y sociales que sentaron los cimientos para el surgimiento de esta rama y que a su vez propiciaron su perfecta separación del derecho civil o común, lo que sirvió para particularizarlo como una categoría histórica; y segundo, su carácter dinámico, su adaptabilidad a diferentes contextos y alteraciones.⁴⁹⁰

⁴⁸⁷ Como el contrato auto-regulado, los contratos de tercerización el *outsourcing*, los *joint venture*, los contratos de franquía, el arbitraje, el crédito documentario entre otros. Estas nuevas técnicas comerciales son resultado de las nuevas tendencias de la economía, como lo explica Strenger: “As necessidades da economia moderna, impondo a produção em série para atendimento das exigências do consumo em massa, acarretam a ampliação e o aprimoramento do mercado, gerando novas técnicas negociais que se consubstanciam em normas integradas, em novos institutos jurídico-mercantis”. (STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais de Comercio*, p. 33).

⁴⁸⁸ MARZORATI, Osvaldo. *Derecho de los negocios internacionales*, p. 9.

⁴⁸⁹ BALIÑO, Juan Pablo Pampillo. *La descodificación del derecho mercantil en México*, p. 22,23.

⁴⁹⁰ GONÇALVES NETO, Alfredo. *Direito de empresa*, p. 34.

Este entender es compartido por Verçosa quien afirma: “pela evolução errática do Direito Comercial, ele jamais poderia alcançar o grau de ciência ontológica, mas tão somente histórica”.⁴⁹¹

La doctrina, en su mayoría, coincide con esta posición, afirmando que el derecho empresarial debe ser analizado teóricamente teniendo como marco el método histórico-deductivo. Realizar un abordaje histórico para conocer en líneas generales las causas de su evolución y realizar una atenta observación a la realidad para conocer no solamente el último peldaño de su evolución, sino los criterios que se debe seguir para calificar conceptualmente esa realidad.⁴⁹²

Este método para analizar el derecho empresarial, en el entender de Gonçalves Neto:

Ajuda-se à concepção normativo-realista do direito (...), isto é, à corrente do pensamento jurídico que, repugnando a Escola Livre do direito (...), também não adere ao normativismo-formalista pregado por Kelsen, que inibe a análise, pelo interprete, da evolução das regras jurídicas a partir das mudanças por que passam os fatos que elas visam regular.⁴⁹³

De esta manera, en esta rama del derecho, el apego al plano exclusivo de las normas, sin considerar la realidad que el derecho pretende regular, provocaría distorsiones incómodas en los mercaderes, ya que se estaría abstrayendo el aspecto funcional del derecho, es decir para que sirve y a quienes se destina; pues el derecho tiene como función regular la vida en sociedad.

Lobo, coincidiendo con esta posición afirma que la escuela que más atiende los reclamos y exigencias requeridas por las frecuentes mudanzas en el campo del Derecho Comercial es la *sociological jurisprudence* representada por Oliver Holmes, Roscoe Pound, Benjamin Cardoso y Luiz Brandeis; ya que esta escuela “luta por inserir o direito no mundo das ações concretas, tendendo à efetiva

⁴⁹¹ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. O futuro do direito comercial no Brasil. In: *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*, N° 153/154, p. 19

⁴⁹² GARRIGUES, Joaquin. *Curso de derecho mercantil*, p. 15,16.

⁴⁹³ GONÇALVES, NETO, Alfredo. *Direito de empresa*, p. 35.

realidade das coisas e da gente que as realiza, conduzindo o direito para fora do exclusivamente formal, conceitual e analítico.”⁴⁹⁴

La *sociological jurisprudence*, que es una de las escuelas que conforma el llamado “realismo jurídico norteamericano” sentó las bases para el surgimiento de varias corrientes de pensamiento jurídico interdisciplinarias no necesariamente convergentes, las mismas que pretendían analizar la problemática jurídica de forma más realista y pragmática. Entre estas destacan los Estudios Críticos del Derecho (*Critical Legal Studies*)⁴⁹⁵ y el Análisis Económico del Derecho.⁴⁹⁶

El acontecimiento que antecedió al movimiento realista es la llamada “revuelta contra el formalismo”, esta revuelta formó parte de un movimiento mayor basado en el vertiginoso desarrollo demográfico, económico, científico y tecnológico de finales del siglo XIX. La “Revolución instrumentalista” – que es como algunos denominan a este movimiento – consistió en “la extensión del paradigma científico positivista a las disciplinas sociales y humanas, con el *darwinismo social* como una de sus manifestaciones más radicales”, no obstante, esta está referida a una versión superada del darwinismo, tratándose de un *spencerismo social*, es decir “una orientación más decantada hacia el reformismo antideterminista, hacia la manipulación de la realidad con fines prácticos, siendo el tecnólogo, más que el científico puro, el héroe del momento”.⁴⁹⁷

Esta nueva corriente que consistía en “pasar de las formas a la función, de los conceptos a las actividades, de la estática a la dinámica, de fines individuales a fines sociales, de la satisfacción de ideales intelectuales a la satisfacción de necesidades humanas”,⁴⁹⁸ surgió como una fuerte reacción “contra a confiança

⁴⁹⁴ LOBO, Jorge. Interpretação do direito comercial. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, econômico e financeiro*, nº 115, p. 62.

⁴⁹⁵ Es vasta la bibliografía que aborda este movimiento, para fines de introducción en el mismo, se recomienda revisar: CARRINO, Agostino. Solidaridad y Derecho. La Sociología Jurídica de los “Critical Legal Studies” In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* Nº 12, p. 115-153.

⁴⁹⁶ GICO, Jr. Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti. (Org.) *Direito e Economia no Brasil*, p. 07.

⁴⁹⁷ PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, p. 100.

⁴⁹⁸ SOLAR CAYON, José Ignacio. Karl N. Llewellyn: Algo de realismo sobre el realismo. Los orígenes del realismo jurídico americano. In: *Eunomia. Revista en Cultura de la legalidad*, Nº 2, p. 176.

excessiva em um pensamento dedutivo, formal, abstrato, ou dividido em disciplinas firmemente separadas e distintas”.⁴⁹⁹

Es así como el realismo jurídico norteamericano, se abrió paso como una respuesta a la rigidez del del formalismo que se fue imponiendo en los Estados Unidos,⁵⁰⁰ tanto en la enseñanza del derecho, como en la ciencia jurídica.⁵⁰¹

4.2. LA RIGIDEZ DEL FORMALISMO NORTEAMÉRICO.

Fueron diversas las circunstancias que hicieron posible el surgimiento del movimiento formalista en Estados Unidos, uno de ellos fue el momento histórico posterior a la Guerra Civil por el que atravesaba ese país. Este periodo de recuperación que se prolongó hasta 1929, se caracterizó por un marcado crecimiento económico, una vasta explosión demográfica, concentración urbana, revolución tecnológica y la expansión del comercio, los transportes y las comunicaciones. Estos acontecimientos hicieron necesario la existencia de un Derecho más “racional-formal”, que proporcione instrumentos técnicos más abundantes, complejos y previsibles; en síntesis, un Derecho que ofrezca seguridad jurídica. “El formalismo jurídico podía hacer compatibles ambas exigencias, porque suministraría orden y seguridad en el manejo de ese Derecho más abundante y complejo”.⁵⁰²

El surgimiento del formalismo jurídico norteamericano estuvo acompañado de un nuevo enfoque en la enseñanza del Derecho en las universidades americanas. Su máximo representante fue Christopher C. Langdell, quien, cuando asumió el Decanato de la Facultad de Derecho de Harvard realizó mudanzas significativas en el sistema académico con el objetivo de que los estudios en esta

⁴⁹⁹ HART, Herbert. *Ensaïos sobre teoria do direito e filosofia*, p. 145.

⁵⁰⁰ LEITER, Brian. Realismo jurídico Estadounidense. In: *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, p. 241.

⁵⁰¹ Conviene señalar que posteriormente, en la década del 50 del siglo pasado, surgió la escuela del *Legal Process* representada por Harvard Henry M. Hart y Alberth M. Sacks, la cual pasó a ser una forma actualizada del clásico formalismo. (HERNANDEZ, José Lopes. El formalismo en la teoría jurídica estadounidense. In: *Anuario de Filosofía del Derecho*, p. 283).

⁵⁰² PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, p. 85.

casa de estudios prioricen el carácter científico.⁵⁰³ Esta postura fue la reacción contra el enfoque artesanal del modelo Litchfield y contra el modelo de la lección magistral propuesto por Blackstone y Kent.

El reconocimiento de Langdell como el mayor exponente del formalismo en Estados Unidos se debe principalmente a lo siguiente:⁵⁰⁴ (i) a la construcción de un sistema lógicamente consistente de principios y doctrinas generales basados en el estudio de sentencias concretas. Esta sistematización del Derecho que gira en torno a la *ratio decidendi* de la sentencia (abstrayendo circunstancias concretas de cada caso particular), permite la aplicación de las normas inducidas casi mecánicamente a nuevas situaciones. Por ello, para Langdell,

el estudio 'científico' del Derecho debía consistir en el dominio de un número relativamente reducido de principios y doctrinas básicas, y de que la vía más rápida y segura de alcanzar ese dominio era el análisis de una serie de 'casos' o sentencias cuidadosamente seleccionadas, en las que esos principios y doctrinas toman cuerpo. En consecuencia, el método de enseñanza del Derecho debía centrarse en el estudio de esos casos: el *case method*".⁵⁰⁵

De esta forma, los casos que se incluían en el *case book*, por el carácter normativo que se les atribuía, recibían un trato casi tan formalista como el que daría un jurista continental a los artículos de un código.⁵⁰⁶

Sin embargo, conviene aclarar que el *case method*, no refleja un formalismo "clásico", al cual los países del *civil law* estarían acostumbrados. Esta corriente pone énfasis en las sentencias concretas de los jueces, el estudio de fuentes

⁵⁰³ En un discurso pronunciado en 1866 durante la conmemoración del 250 aniversario de la fundación del Harvard College – explica Pérez Lledo – Langdell resalta el carácter científico del derecho y agrega: "Si el Derecho no fuera una ciencia, más le valdría a la universidad hacer honor a su propia dignidad renunciando a su enseñanza. Si no fuera una ciencia, entonces es una especie de artesanía, y la mejor manera de aprenderla será sirviendo como aprendiz de alguien que la practique. Pero si fuera una ciencia, entonces difícilmente podrá discutirse que se trata de una de las más nobles y difíciles de entre las ciencias y que precisa toda la luz que el más ilustrado centro del saber pueda arrojar sobre ella". (PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, p. 90).

⁵⁰⁴ PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, p. 93-94.

⁵⁰⁵ PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, p. 90

⁵⁰⁶ PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, p. 93-94.

primarias y la capacidad de argumentación jurídica, en lugar de las reglas generales y abstractas del Derecho legislado, los manuales doctrinales donde el Derecho está lógicamente sistematizado y la memorización de reglas previamente sistematizadas,⁵⁰⁷ por estos motivos, en Estados Unidos nunca hubo un formalismo puramente lógico-deductivo, como si sucedía en los países del *Civil Law*.⁵⁰⁸

En síntesis, Langdell y los formalistas buscaban hacer del derecho una ciencia utilizando un método inductivo puramente lógico o analítico para obtener conceptos jurídicos. Los formalistas “viam o Direito como um conjunto de *axiomas abstratos* que, retirados de um punhado de casos, deveriam ser aplicados mecanicamente em casos futuros”.⁵⁰⁹ Razón por la cual, los seguidores de Langdell, en líneas generales, sostenían que “los jueces decidían los casos basándose en reglas y razones distintivamente *jurídicas*, las cuales justificaban un resultado único en la mayoría de los casos (quizá en todos).”⁵¹⁰

(ii) El segundo motivo, era el aislamiento del estudio del Derecho respecto a otras disciplinas sociales. El derecho como ciencia debe afirmar su autonomía y pureza en el sentido del formalismo más estrecho. Así, la ciencia política, la historia, la sociología o la economía, deben mantenerse distantes del estudio del derecho.⁵¹¹

En tal sentido, los pilares propuestos por los formalistas se resumían en tres ideas: (i) El derecho debe ser formal y producir resultados por sí solo, para tal, las decisiones jurídicas deben derivar de la simple aplicación de la norma dejando de

⁵⁰⁷ “Em um sistema de Direito que “parte do caso”, era dessa forma abstrata e dedutiva (ao menos num segundo momento de aplicação) que os *Classical Legal Thinkers* entendiam o Direito”. (GIACOMUZZI, José Guilherme. As Raízes do Realismo Americano: breve esboço acerca das dicotomias, ideologia, e pureza no Direito dos USA. In: *Direito & Justiça*. Nº 2, p. 161).

⁵⁰⁸ PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, p. 75.

⁵⁰⁹ GIACOMUZZI, José Guilherme. As Raízes do Realismo Americano: breve esboço acerca das dicotomias, ideologia, e pureza no Direito dos USA. In: *Direito & Justiça*. Nº 2, p. 160.

⁵¹⁰ LEITER, Brian. Realismo jurídico Estadounidense. In: *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, p. 241.

⁵¹¹ GIACOMUZZI, José Guilherme. As Raízes do Realismo Americano: breve esboço acerca das dicotomias, ideologia, e pureza no Direito dos USA. In: *Direito & Justiça*. Nº 2, p. 160. Ver en el mismo sentido: PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, p. 96

lado la discrecionalidad judicial. (ii) El derecho es un sistema coherente compuesto por conceptos y principios abstractos, de donde de manera lógica se deducen las normas que se aplicarán y, (iii) el derecho es un sistema autónomo donde su contenido se origina íntegramente a partir de fuentes jurídicas y no de aspectos externos como la moral, la política o la filosofía.⁵¹²

Bajo estas propuestas, Langdell pretendía: “la configuración del derecho como un conjunto sistemático y coherente de conceptos, principios y reglas, ordenados y jerarquizados, y no como una colección empírica de casos, acumulados de manera casual y fortuita, que describían simplemente las decisiones tomadas por los diversos tribunales”.⁵¹³

Fue justamente sobre estos postulados que surgieron las dos principales críticas a esta corriente: en principio, porque se afirmaba que el único contenido del derecho son los resultados de la deducción lógica obtenidos a partir de reglas pre-existentes y, en segundo lugar, el conservadurismo político del formalismo que se manifiesta por la necesaria fijación en el pasado y desconsideración de la conexión entre el sistema pasado y el sistema social.⁵¹⁴

Si bien el formalismo clásico llegó a imponerse en Estados Unidos, este triunfo fue tardío y menos duradero en comparación con lo sucedido en Europa, donde la Escuela de la Exegesis francesa y la Jurisprudencia de Conceptos alemana, albergaron un método formalista con características más estrictas,⁵¹⁵ en comparación con lo que proponía la visión formalista en Estados Unidos.

4.3. SURGIMIENTO Y CONSOLIDACIÓN DE LA ESCUELA REALISTA NORTEAMERICANA.

⁵¹² HERNANDEZ, José Lopes. El formalismo en la teoría jurídica estadounidense. In: *Anuario de Filosofía del Derecho*, p. 269,270

⁵¹³ HERNANDEZ, José Lopes. El formalismo en la teoría jurídica estadounidense. In: *Anuario de Filosofía del Derecho*, p. 269,270

⁵¹⁴ HERNANDEZ, José Lopes. El formalismo en la teoría jurídica estadounidense. In: *Anuario de Filosofía del Derecho*, p. 276.

⁵¹⁵ PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, p. 93.

Resulta necesario señalar que la expresión “Realismo Jurídico”, como método que concibe el derecho como hechos, hace referencia a diversas escuelas con posiciones hasta cierto punto disimiles. Estos movimientos surgieron como una forma de reacción frente a otros modelos de ciencia jurídica o contra otras teorías generales del derecho. Las más difundidas en nuestro entorno son: el realismo escandinavo que surgió en oposición al idealismo borstroniano, el realismo americano como reacción al formalismo langdellino y el realismo genovés, opuesto al positivismo formalista y al constitucionalista.⁵¹⁶ Para los fines del presente trabajo, abocaremos nuestro análisis al realismo jurídico norteamericano.

La corriente filosófica que sirvió como base del “instrumentalismo pragmático” y consecuentemente del “realismo jurídico” fue el pragmatismo filosófico de Charles S. Peirce y William James.⁵¹⁷ Este movimiento tiene sus fundamentos en las relaciones dinámicas que deben existir dentro del proceso cognoscitivo, interrelacionando las ideas y las experiencias, donde pensar no se limita solamente a descubrir fuerzas o regularidades ocultas, sino, a planear esquemas que permitan conducir la realidad. De esta manera, el significado de las ideas tiene como trasfondo las consecuencias prácticas que esta trae consigo.⁵¹⁸ “Para la filosofía pragmatista conocimiento y acción, teoría y práctica, dejan de ser

⁵¹⁶ NUÑEZ VAQUERO, Alvaro. Ciencia jurídica realista: modelos y justificación. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 35, p 724

⁵¹⁷ Charles S. Peirce fue quien inicio este movimiento en 1870, siendo William James quien, posteriormente, se encargara de sistematizar sus principios. Al respecto se recomienda ver: PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. *El instrumentalismo jurídico em Estados Unidos*, p. 116-149. En el mismo sentido: GIACOMUZZI, José Guilherme. As Raízes do Realismo Americano: breve esboço acerca das dicotomias, ideologia, e pureza no Direito dos USA. In: *Direito & Justiça*. N° 2, p. 157.

⁵¹⁸ Esto es explicado por Pound cuando afirma: “El pragmatismo considera que la validez reside en los actos, no en cuanto realicen una idea, sino en la medida en que poseen la efectividad necesaria para lograr su propósito, que es el de satisfacer un máximo de necesidades humanas”. (POUND, Roscoe. *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, p. 16)

dos universos separados”,⁵¹⁹ “la verdad radica en la utilidad y en el éxito, por lo tanto todo conocimiento es práctico si sirve para algo, si es posible de realizar”.⁵²⁰

A finales del siglo XIX, estas mudanzas epistemológicas fueron captadas por la comunidad jurídica de ese entonces, quienes además de discrepar abiertamente de los métodos e ideología jurídica dominante, anunciaban el surgimiento de un pensamiento jurídico de inspiración pragmática basado en una concepción funcional e instrumental del derecho.⁵²¹ Al respecto Pérez Lledó comenta:

Si la aparición del formalismo hacia 1870 nos sorprendió, lo que no debe sorprendernos es que la reacción contra él no se hiciera esperar demasiado, dado el peso de la larga tradición ‘sustantivista’ anterior a la Guerra Civil. Sería quizá exagerado decir que el formalismo en Estados Unidos fue simplemente un paréntesis relativamente breve, pero lo cierto es que algo similar al *Grand Style* comenzó a retornar (...) incluso ya desde los últimos años del siglo XIX – en pleno periodo formalista –, y en cierto sentido ello suponía que las aguas de la cultura jurídica norteamericana empezaban a volver a su cauce.⁵²²

Sin considerar sus diferencias tanto doctrinales como generacionales, a esta línea se agregan intelectuales como Gray, Cardozo, F. Cohen, Holmes, Pound y otros destacados realistas.

⁵¹⁹ SOLAR CAYON, José Ignacio. Karl N. Llewellyn: Algo de realismo sobre el realismo. Los orígenes del realismo jurídico americano. In: *Eunomia. Revista en Cultura de la legalidad*, n° 2, p. 177,178.

⁵²⁰ CAMPOS ZAMORA, Francisco. Nociones fundamentales de realismo jurídico. In: *Revista de Ciencias Jurídicas* N° 198.

⁵²¹ Además, otro factor importante para el surgimiento de esta corriente fue el contexto económico, al respecto Solar Cayón explica: “En un momento de profunda crisis socioeconómica, el talante antimetafísico y radicalmente empirista y funcional del pragmatismo conectó inmediatamente con la necesidad social, sentida por diversos sectores progresistas, de articular un pensamiento político y jurídico alternativo, enraizado en la realidad concreta del país y capaz de plantear nuevas propuestas para la superación de los graves problemas a los que éste se enfrentaba en aquella coyuntura histórica”. (SOLAR CAYON, José Ignacio. Karl N. Llewellyn: Algo de realismo sobre el realismo. Los orígenes del realismo jurídico americano. In: *Eunomia. Revista en Cultura de la legalidad*, N° 2, p. 178. Se recomienda ver también PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, p. 20).

⁵²² PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, p. 99.

Vale indicar que los “instrumentalistas pragmáticos”,⁵²³ no conformaban una escuela homogénea, por lo general, bajo esta denominación suelen incluirse a los adeptos al pragmatismo filosófico, a la jurisprudencia sociológica de Pound y a los defensores del realismo jurídico menos extremo. Si bien las diferencias entre estos grupos son notables,⁵²⁴ también comparten ciertos presupuestos básicos – una teoría general – respecto al derecho y a su uso.⁵²⁵

Al igual que esta escuela, su principal vertiente, el movimiento realista americano, que tenía como fundamento nuevos planteamientos jurídicos críticos basados en enfoques empiristas y funcionales, también fue difícil de caracterizar, debido principalmente a la heterogeneidad de autores y trabajos englobados dentro de esta corriente, así como a las diversas y disimiles interpretaciones de este enfoque del Derecho llamado “realista”,⁵²⁶ llegando incluso a afirmar que “no existe una ‘Escuela de realistas’ propiamente dicha, ellos se encuentran relacionados sólo en sus negaciones, su escepticismo y su curiosidad”.⁵²⁷

Este movimiento llegó a ser el más importante en los Estados Unidos durante el siglo XX,⁵²⁸ salió a la luz para hacer frente al formalismo basándose principalmente en dos puntos importantes:

⁵²³ Denominados así por Robert S. Summers. Al respecto: SUMMERS, Robert S. *Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought – A Synthesis and Critique of our Dominant General Theory about Law and its Use*. 66 Cornell Law Review 861 (1981).

⁵²⁴ Esta fue una de las principales críticas a este movimiento, tal y como lo explica Hart: “os juristas deste ativo grupo diferiam tanto quanto se assemelhavam uns aos outros. Todos, certamente, preocupavam-se em enfatizar as oportunidades legislativas dos tribunais e em dissipar os mitos do pensamento convencional que, acreditavam eles, as obscureciam. Alguns adicionavam a isso uma firme insistência de que, para se entender o direito, tudo o que importava era o que os tribunais faziam e a possibilidade de prevê-lo, não o que as regras escritas diziam, nem as razões dadas pelos juízes para suas decisões. Alguns sustentavam que o conhecimento do caráter, hábitos, ideias políticas, sociais ou econômicas do juiz, mesmo de seu estado de saúde, eram pelo menos tão importantes quanto uma doutrina jurídica para se prever, com sucesso, uma decisão. Outros cultivavam a visão de uma teoria do direito pé no chão, verdadeiramente científica, inspirada na crença de que o único estudo proveitoso, ou mesmo racional, do Direito eram as investigações, usando métodos das ciências naturais, sobre o curso das decisões judiciais e de seu efeito no comportamento dos homens”. (HART, Herbert. *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*, p. 147).

⁵²⁵ PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, p. 101.

⁵²⁶ PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, p. 152,153.

⁵²⁷ CAMPOS ZAMORA, Francisco. Nocións fundamentales de realismo jurídico. In: *Revista de Ciencias Jurídicas* Nº 122, p. 199.

⁵²⁸ “O Realismo é a maior, mais original e talvez a única contribuição que os Estados Unidos legaram à filosofia e à Teoria do Direito”. (GIACOMUZZI, José Guilherme. *As Raízes do Realismo*

la necesidad de incluir la realidad social en la concepción y aplicación del derecho, considerando a este como un instrumento al servicio de la sociedad (instrumentalismo, funcionalismo) y el rechazo del método de abstracción como único modo de construcción de la ciencia jurídica, orientada al conocimiento y determinación de las normas jurídicas para su posterior aplicación mecánica a las nuevas situaciones.⁵²⁹

Es así que las divergencias entre estos dos movimientos – realismo y formalismo – giraron en torno a tres aspectos principales: El primero, referido a la decisión en el caso particular. En estas circunstancias el formalista piensa que los conceptos y reglas aplicados en una determinada situación siguen siendo válidas para ser aplicadas en situaciones presentes y futuras, estas no envejecieron y se mantienen vigentes tal y como está en la ley o en un caso precedente.⁵³⁰

El segundo punto discrepante, está referida a la metodología de aplicación del derecho. Los jueces formalistas aplican el derecho en su forma tradicional considerando que los contenidos y significados de los conceptos y reglas no se alteraron en el tiempo, siguen siendo válidas para situaciones venideras; por su parte los instrumentalistas consideran que los conceptos están desfasados por lo tanto corresponde sustituirlos por otros.

Finalmente, el tercer punto tiene que ver con la causa de la aplicación de las metodologías, es decir, porque unos jueces se inclinan por el formalismo y otros por el instrumentalismo. Al respecto, Hernández afirma que esto se debe a la concepción del derecho que se tiene, los formalistas buscan conservar las viejas reglas, mientras que los instrumentalistas buscan que el derecho se adapte a las nuevas necesidades sociales.⁵³¹ Estos últimos, explica Bobbio,

Procuraram apreender o momento constitutivo da experiência jurídica não tanto nos ideias de justiça em que os homens se

Americano: breve esboço acerca das dicotomias, ideologia, e pureza no Direito dos USA. In: *Direito & Justiça*. N° 2, p. 158).

⁵²⁹HERNANDEZ, José Lopes. El formalismo en la teoría jurídica estadounidense. In: *Anuario de Filosofía del Derecho*, p. 271,272.

⁵³⁰HERNANDEZ, José Lopes. El formalismo en la teoría jurídica estadounidense. In: *Anuario de Filosofía del Derecho*, p. 280

⁵³¹HERNANDEZ, José Lopes. El formalismo en la teoría jurídica estadounidense. In: *Anuario de Filosofía del Derecho*, p. 281.

inspiram ou dizem inspirar-se, não tanto nos ordenamentos jurídicos constitutivos, quanto na realidade social, onde o direito se forma e se transforma, nas ações dos homens que fazem e desfazem com seus comportamentos as regras de conduta que os governam.⁵³²

4.4. LA SENDA DE HOLMES Y LA INGENIERÍA SOCIAL DE POUND.

El realismo jurídico tuvo como uno de sus máximos exponentes al jurista Oliver Wendell Holmes⁵³³ quien, en el ejercicio de sus funciones como Juez, fue el primero en desautorizar al tradicionalismo jurídico de los tribunales, al realizar una interpretación evolutiva del derecho más sensible a los cambios de la conciencia social.⁵³⁴

Holmes, cuyas ideas han ejercido una enorme influencia en todo el sistema norteamericano,⁵³⁵ representa el límite entre la vieja y la nueva teoría jurídica estadounidense pues fue él quien prestó atención a los aportes que brindaba la filosofía pragmática. Esta influencia se acentuó a partir de 1872, cuando empezó su participación en el *Metaphysal Club* de la Universidad de Harvard, donde compartía sus ideas con figuras como Charles Peirce, William James, Nicholas St. John Green, John Fiske, Francis E. Abbot y Chauncey Wright.

En una de sus principales obras titulada “*The Common Law*”, Holmes cuestiona la visión imperante del derecho caracterizada por ser un proceso rígidamente deductivo basado en silogismos, señalando que

⁵³² BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*, p. 42.

⁵³³ Catalogado como su “Ancestro Intelectual”. (LEITER, Brian. Realismo jurídico Estadounidense. In: *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, p. 243). Para otros fue “o mais importante e influente pensador que o Direito Americano possuiu”. Sin embargo, la ideología de Holmes no mantuvo la misma línea durante su carrera, su pensamiento abrigó diversas corrientes así Holmes fue “visto tanto como muito progresista e liberal, fortemente totalitário, um positivista, um realista pioneiro, um eterno soldado, e ultimamente como um utilitarista pragmático”. (GIACOMUZZI, José Guilherme. As Raízes do Realismo Americano: breve esboço acerca das dicotomias, ideologia, e pureza no Direito dos USA. In: *Direito & Justiça*. Nº 2, p. 165,168).

⁵³⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*, p. 46.

⁵³⁵ CAMPOS ZAMORA, Francisco. Nociones fundamentales de realismo jurídico. In: *Revista de Ciencias Jurídicas* Nº 122, p. 203.

las sentidas necesidades del tiempo, las teorías morales y políticas prevalentes, las intuiciones de políticas públicas, confesadas o inconscientes, incluso los prejuicios que los hombres comparten con sus congéneres, han tenido bastante más que ver que el silogismo en la determinación de las normas por las cuales los hombres deben ser gobernados.⁵³⁶

Para Holmes, el derecho ya no es entendido como algo preexistente, que el jurista debe descubrir, sino como un producto cultural forjado a partir de determinadas experiencias, necesidades, circunstancias históricas y principalmente como un poderoso instrumento de transformación social. De esta manera, el jurista debe priorizar el cumplimiento de los objetivos sociales frente al descubrimiento de naturalezas y principios jurídicos que perdieron toda conexión con la realidad.⁵³⁷ Es por ello que tanto las instituciones cuanto las disposiciones jurídicas deben ser analizadas y evaluadas según la capacidad para satisfacer las necesidades deseadas.

Para cumplir ese objetivo es necesario recurrir a otras disciplinas, las cuales pueden guiar al jurista en la labor de ponderar el valor de las distintas demandas y objetivos que tiene que cumplir el derecho.

Tal vez, la síntesis del pensamiento de Holmes sale a flote cuando se pregunta ¿Qué es el Derecho?, a lo que responde:

Encontraréis algunos autores que os dicen que es algo distinto de lo que deciden los tribunales de Massachusetts o de Inglaterra, que es un sistema racional, que es el resultado de una deducción a partir de ciertos principios éticos o axiomas aceptados, o algo similar, que puede coincidir o no con las decisiones judiciales. Pero, si adoptamos el punto de vista de nuestro amigo el hombre malo, veremos que a él no le importan en absoluto los axiomas ni las deducciones y que lo que quiere saber es lo que los tribunales de Massachusetts o de Inglaterra probablemente harán en realidad. Yo estoy muy de acuerdo con él. Las profecías acerca

⁵³⁶ “The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed.” (Traducción libre). (HOLMES, Oliver Wendell. *The Common Law*, p. 5)

⁵³⁷ SOLAR CAYON, José Ignacio. *Karl N. Lewellyn: algo de realismo sobre el realismo. Los orígenes del realismo americano*. In: *Eunomia. Revista en Cultura de la legalidad*, p. 180.

de lo que los tribunales harán realmente, y nada más pretencioso que eso, es lo que yo entiendo por Derecho.⁵³⁸

Otro de los representantes de la escuela realista es Roscoe Pound, “considerado como el jurista teórico [*legal acholar*] más importante de todos los tiempos en Estados Unidos”.⁵³⁹

Finalizada la primera guerra mundial, la *sociológica jurisprudencia* – teoría propuesta por este autor -, surgió como una respuesta al pensamiento jurídico formalista que aún predominaba en esa época; la *sociológica jurisprudencia* se caracterizaba por: la objetividad del derecho positivo, la naturaleza sistemática del derecho, el cognoscitivism interpretativo, el cognoscitivism doctrinal y el cognoscitivism jurisdiccional.⁵⁴⁰

Para Pound el derecho era un instrumento de orden social cuyo objetivo es controlar las relaciones humanas de tal forma que se pueda conseguir la satisfacción de la mayor cantidad posible de intereses y necesidades humanas con el menor costo posible.⁵⁴¹ Para ello, previamente se tiene que cambiar la concepción de lo que es “la ley”, así Pound consideraba a la ley como un instituto social para satisfacer la mayor cantidad de necesidades sociales con el menor esfuerzo posible, “na medida em que tais necessidades possam ser satisfeitas ou tais pretensões efetivadas por uma ordenação da conduta humana, através de uma sociedade politicamente organizada”.⁵⁴²

Para cumplir este objetivo, era necesaria una filosofía del derecho enriquecida con aportes de otras ciencias, las cuales consigan ponderar los distintos intereses que buscan reconocimiento social, así como medir el valor de

⁵³⁸ HOLMES, Oliver Wendell. *La Senda del Derecho*, p. 59,60.

⁵³⁹ ARJONA, Cesar. Afinidades entre Dworkin y Pound. Un breve estudio sobre influencias y coincidencias. In: *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 26, p. 387.

⁵⁴⁰ Al respecto ver: CHIASSONI, Pierluigi. *El Análisis Económico del Derecho. Orígenes fundamentos y métodos del Law & Economics en los EE.UU.*, p. 13,14.

⁵⁴¹ SOLAR CAYON, José Ignacio. Karl N. Lewellyn: algo de realismo sobre el realismo. Los orígenes del realismo americano. In: *Eunomia. Revista en Cultura de la legalidad*, p. 181.

⁵⁴² POUND, Roscoe. *Introdução à filosofia do direito*, p. 54.

los mismos para ser seleccionados y protegidos por el derecho.⁵⁴³ Esta medición – afirma Pound – debe realizarse sobre la base de la experiencia.

Desde esta perspectiva, “sería ilusorio pretender que la decisión judicial (*adjudication*) y la legislación estén determinadas de una manera efectiva y completa por una ponderación científica de intereses y por el empeño en hallar la manera de conciliarlos, en forma que se garantice el máximo con un mínimo de sacrificio”,⁵⁴⁴ en tal sentido, la función del Juez consistiría en “generalizar la demandas de las partes como demandas humanas individuales” y “subsumir” las demandas así generalizadas en aquel esquema objetivo de articulación de los intereses conforme principios o fórmulas generales que aseguren la satisfacción de la mayor cantidad de intereses con el menor sacrificio.⁵⁴⁵

Para Pound, resulta imposible concebir un sistema jurídico conteniendo solamente reglas que relacionen situaciones de hecho claramente definidos y detallados con consecuencias jurídicas estrictamente definidas, permitiendo que las decisiones sean tomadas y justificadas con, solamente, la subsunción de casos específicos a esas reglas. Además de las reglas de este tipo, los sistemas jurídicos están compuestos por principios generales, algunos de los cuales están establecidos explícitamente, mientras que otros necesitan ser inferidos.⁵⁴⁶

Estos principios no sirven sólo como guías para auxiliar en la decisión judicial cuando se está frente a una norma ambigua o indeterminada, o cuando no existe una regla de autoridad relevante formulada para ese caso

os tribunais não devem se considerar livres para legislar em tais casos, nem mesmo segundo suas concepções de justiça e de bem social, mas devem, em vez disso, buscar no sistema jurídico existente um princípio, ou princípios que, isoladamente ou em conjunto, servirão tanto para explicar as normas claras e

⁵⁴³ SOLAR CAYON, José Ignacio. Karl N. Lewellyn: algo de realismo sobre el realismo. Los orígenes del realismo americano. In: *Eunomia. Revista en Cultura de la legalidad*, p. 181.

⁵⁴⁴ POUND, Roscoe. *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, p. 185.

⁵⁴⁵ SOLAR CAYON, José Ignacio. Karl N. Lewellyn: algo de realismo sobre el realismo. Los orígenes del realismo americano. In: *Eunomia. Revista en Cultura de la legalidad*, p. 181.

⁵⁴⁶ POUND, Roscoe. *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, p. 184.

existentes quanto para gerar um resultado específico para o caso em questão.⁵⁴⁷

Es así que Pound, junto a Holmes, en base a la concepción instrumental del derecho y a los efectos sociales de las normas e instituciones jurídicas se convierten en los precursores del Realismo Jurídico.

Estos autores criticaron la clásica visión del derecho que consideraba a este como un sistema lógico autónomo, donde asuntos como la justicia y la utilidad no tenían mayor trascendencia. Muy por el contrario, estos juristas veían el derecho como un instrumento para el bienestar social cuyo fundamento eran los programas y fines políticos antes que los principios jurídicos.⁵⁴⁸

4.5. LA DINÁMICA PROPUESTA DEL REALISMO JURÍDICO.

El realismo jurídico, otorgó mayor importancia a la eficacia,⁵⁴⁹ en lugar de la justicia o validez; contrariamente a lo que pregonaban las dos clásicas corrientes ius filosóficas - el positivismo y el jusnaturalismo. De esta manera, el realismo no ve las normas como deben ser, sino como estas son.⁵⁵⁰

Asimismo, no considera al derecho como un conjunto de normas válidas, sino como normas que son efectivamente aplicadas en una determinada sociedad. Así, se deja de lado la abstracción del jusnaturalismo, es decir la confusión del derecho real con las aspiraciones a justicia; y la abstracción del derecho positivo,

⁵⁴⁷ HART, Herbert. *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*, p. 150.

⁵⁴⁸ HERNANDEZ, José Lopes. El formalismo en la teoría jurídica estadounidense. In: *Anuario de Filosofía del Derecho*, p. 273.

⁵⁴⁹ Como señala Campos Zamora, “en el plano jurídico el realismo se manifiesta ya no contra el idealismo y el psicologismo, sino contra normativismos y corrientes axiológicas de corte ingenuo, señalando siempre que más allá de la norma y los valores, el derecho significa acción, así como el efecto de actos concretos en la vida de los hombres”. (CAMPOS ZAMORA, Francisco. *Nociones fundamentales de realismo jurídico*. In: *Revista de Ciencias Jurídicas* N° 122, p. 198).

⁵⁵⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*, p. 43. Destacando la importancia del normativismo, Haba explica: “Reconozco que ellas juegan un papel ciertamente importante dentro del razonamiento jurídico en general. La equivocación del normativismo no reside en el hecho de tomar en cuenta tal “momento” la dimensión semántica de las normas jurídicas, sino en: a) hipostasiarlo; y b) desgajarlo completamente de los otros ‘momentos’ – variantes ideológico-interpretativas, condiciones socio-económicas y políticas, preferencias del intérprete, etc. – que le impartirán sus direcciones concretas a esas normas”. (HABA, Enrique, *Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial (Realismo jurídico como alternativa práctica al discurso normativista de los jueces)*. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 25, p. 512).

la confusión con las reglas impuestas y formalmente válidas, las cuales algunas veces son también formas vacías de contenido.⁵⁵¹

Los principios característicos del realismo jurídico, explicados por Karl Llewellyn, uno de sus más destacados representantes,⁵⁵² son: (i) la concepción de un derecho dinámico, en movimiento, y de la creación judicial del Derecho. (ii) Entender el derecho como un medio para un fin y no como un fin en sí mismo de tal forma que cada parte del mismo debe ser frecuentemente examinada según sus fines y sus efectos y ser analizada a la luz de ambos. (iii) Entender a la sociedad en movimiento a una velocidad más rápida que el derecho, de tal forma que cuando alguna parte del derecho necesite ser reexaminada para adecuarse a la sociedad, siempre exista la posibilidad de que esto se realice. (iv) Una separación – o *divorcio temporal* – entre el “Ser” y el “Deber Ser” con la finalidad de estudiar el derecho, es decir, mientras que siempre se debe recurrir a juicios de valor cuando se fijan los objetivos de la investigación, durante la investigación sobre lo que “Es”, las etapas como la observación, la descripción, y la creación de relaciones entre las cosas descritas, deben permanecer en la medida de lo posible incontaminadas por los deseos del observador o por lo que él desearía que fuese o piensa que debería (éticamente) “ser”. (v) Desconfianza en la capacidad de las normas y de los conceptos jurídicos tradicionales para describir lo que hacen los tribunales y la población. (vi) No considerar o desconfiar de la teoría que afirma que las normas prescriptivas son el factor más importante en la producción de decisiones judiciales. (vii) Creer que es más útil agrupar casos y situaciones jurídicas en categorías menores que las que han sido generalmente utilizadas en el pasado. (viii) Insistir en la evaluación del derecho en base a sus efectos. (ix)

⁵⁵¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*, p. 43.

⁵⁵² Karl Nickerson Llewellyn, es uno de los mayores representantes de este movimiento. Fue uno de los primeros en distinguir las “reglas de papel” (paper rules), de las reglas efectivas (real rules). Las primeras estaban conformadas por las normas plasmadas en leyes, reglamentos y en las sentencias que fundamentan los fallos de los tribunales. Las reglas efectivas son las que utilizan realmente los jueces para decidir el litigio. (CAMPOS ZAMORA, Francisco. Nocións fundamentales de realismo jurídico. In: *Revista de Ciências Jurídicas* N° 122, p. 205). Ver en el mismo sentido: GIACOMUZZI, José Guilherme. As Raízes do Realismo Americano: breve esboço acerca das dicotomias, ideologia, e pureza no Direito dos USA. In: *Direito & Justiça*. N° 2, p. 182.

Acometer sostenida y programáticamente los problemas jurídicos en base a estos postulados.⁵⁵³

De ellos, dos son los más importantes: los referidos a la separación entre el ser y el deber ser y el que se refiere a la evaluación del derecho en base a sus efectos o consecuencias.

Por su parte, Núñez Vaquero, al margen de las diferencias que caracterizan a las escuelas enmarcadas en esta corriente, consigue distinguir algunos puntos en común, dentro de estos destacamos: (i) La oposición a teorías del derecho iusnaturalistas y normativistas, así como a modelos de ciencia jurídica formalista y axiológica, (ii) defienden el empirismo filosófico como tronco filosófico, (iii) mantienen una teoría escéptica de la decisión judicial en general y de la interpretación en particular y (iv) la tesis de la indeterminación del derecho.⁵⁵⁴

Para los realistas, el derecho era “indeterminado”. Leiter, señala que esta característica era entendida en dos sentidos: Primero, el derecho era *racionalmente* indeterminado, de tal forma que las razones de las que se disponían, no eran suficientes para justificar una decisión. En seguida, el derecho también era *causal* o *explicativamente* indeterminado, pues las razones jurídicas no son suficientes para explicar por qué los jueces deciden en la forma como lo hacen.⁵⁵⁵

Por su parte para Nuñez Vaquero, la indeterminación debía ser entendida desde dos perspectivas: la tesis de *la indeterminación racional del derecho*, la

⁵⁵³ PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, p. 155-157. Ver también: SOLAR CAYON, José Ignacio. Karl N. Llewellyn: Algo de realismo sobre el realismo. Los orígenes del realismo americano. In: *Eunomia. Revista en Cultura de la legalidad*, p. 185,186.

⁵⁵⁴ Nuñez Vaquero, además de los señalados, considera las siguientes características: “(i) crítica del método para la elaboración y uso de los conceptos jurídicos dogmáticos y teóricos. (ii) Rechazo a la hora de definir el concepto del derecho, acompañado de algunas manifestaciones provocadoras acerca del concepto predictivo de derecho. (iii) Una doctrina de la ciencia jurídica en sentido estricto, es decir, la tesis según la cual los estudiosos del derecho positivo deben desarrollar, en general, una tarea meramente descriptiva y, en particular, de carácter predictivo”. (NUÑEZ VAQUERO, Alvaro Nuñez. *Ciencia jurídica realista: modelos y justificación*. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 35, p. 725).

⁵⁵⁵ LEITER, Brian. Realismo Jurídico Estadounidense. In: *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, p. 243.

misma que se puede dar por diversos motivos, donde, a partir de un conjunto de enunciados normativos y de diversos instrumentos metodológicos que existen en la comunidad jurídica, es posible justificar diferentes respuestas jurídicas para un mismo caso.

La otra tesis es la de *la indeterminación empírica o causal del derecho*, según esta, como el derecho está indeterminado racionalmente, la suma de enunciados y métodos jurídicos “tampoco constituyen un elemento suficiente para la explicación de las decisiones judiciales”.⁵⁵⁶

4.6. LA JUSTIFICACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES EN UN CONTEXTO “REALISTA”.

Los realistas enfatizaban el papel limitado de las reglas y conceptos jurídicos tradicionales. La importancia que se le otorga a las reglas como factor en las decisiones judiciales es menor de la que creían los formalistas. Ello porque en principio, “la lógica deductiva y el razonamiento analógico eran herramientas analíticas mucho más flexibles y abiertas [*open-ended*] de los que asumieron los autores formalistas”.⁵⁵⁷

Los seguidores de esta corriente encaran las normas jurídicas de la forma como están establecidas en la realidad, reconociendo indeterminaciones lingüísticas que afloran en el uso de los discursos; asimismo toman en consideración los resultados efectivos que la norma produce (o no) en la realidad social.⁵⁵⁸ Los defensores del realismo, desafiaban la vigente teoría declarativa de la función judicial, a la cual la consideraban como una operación estrictamente lógica-deductiva donde se subsumía los hechos del caso particular en los conceptos y proposiciones normativas generales. El realismo buscaba acabar con esta concepción mecánica de la función judicial. Frente al carácter silogístico-

⁵⁵⁶ NUÑEZ VAQUERO, Alvaro. Ciencia jurídica realista: modelos y justificación. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 35, p. 727.

⁵⁵⁷ PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, p. 171.

⁵⁵⁸ HABA, Enrique, Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial (Realismo jurídico como alternativa práctica al discurso normativista de los jueces). In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 25, p. 512.

deductivo del razonamiento judicial que imperaba en ese entonces, los seguidores de esta corriente presentaban elementos que hacían del proceso judicial un proceso “impresionista, idiosincrásico, informal e intuitivo”.⁵⁵⁹

Además de la crítica contra el deductivismo formalista, los realistas dirigían sus críticas contra el esencialismo del lenguaje y la elevada abstracción del aspecto estrictamente conceptualista del formalismo, enseñando la diversidad de resultados derivados de su desagregación.

En ese mismo sentido, Nino señala que la actitud escéptica ante las normas jurídicas es una especie de reacción extrema contra el formalismo de las normas que se impuso en los países del derecho continental europeo (Francia, Alemania, Italia, España, etc). El formalismo que predomina en estos países, expresado en sus códigos, y que presupone una serie de propiedades formales como la precisión, univocidad, coherencia, completitud, etc., tiene como fundamento las “presuntas cualidades racionales del legislador.” Sin embargo, estas propiedades no siempre están presentes. Su ausencia se debe a la imprecisión del lenguaje ordinario, pues al formular normas jurídicas se debe recurrir a un lenguaje natural (ingles, portugués, castellano, etc.).⁵⁶⁰

El cuestionamiento a la consistencia del “sistema”, resulta importante, pues para cualquier disputa concreta, es probable que dos reglas jurídicas sean igualmente relevantes, sin embargo, también opuestas; en tal sentido, incluso si se cuenta con herramientas lógicas eficaces, resulta imposible para los jueces obtener respuestas determinadas a partir de las reglas tradicionales.⁵⁶¹

⁵⁵⁹ WHITE M. G. *From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence and Social Change in Early Twentieth-Century America*. In: Virginia Law Review, vol 58, p. 999-1028. Apud: CAYON, José Ignacio Solar. Karl N. Llewellyn: Algo de realismo sobre el realismo. Los orígenes del realismo americano. In: *Eunomia. Revista en Cultura de la legalidad*, p. 189. Al respecto, explica Cayón “para estos autores (...) el silogismo no puede funcionar en consecuencia como esquema predictivo debido a que las normas jurídicas no constituyen por sí mismas guías o criterios suficientes fiables de predicción”.

⁵⁶⁰ NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*, p. 44,45.

⁵⁶¹ PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, p. 172.

Estas observaciones fueron el sustento para que juristas retiren la confianza en la certeza que ofrecen las normas jurídicas. Adicionalmente, al no existir en el *common law* cuerpos codificados, no hay razón para subyugarse a estos.

En esta misma línea, pero también pertinente en el sistema del *Common Law*, las críticas eran orientadas al razonamiento analógico, mostrando la flexibilidad de los precedentes a la hora de ampliar o restringir la interpretación de sus hechos y reglas y determinar la “similitud” que los hace aplicables o no a nuevas situaciones.⁵⁶²

Al haber desvirtuado a las reglas formales como factores determinantes de las decisiones judiciales, pues la indeterminación del derecho conlleva a que las decisiones judiciales no sean la suma de enunciados normativos y método jurídico,⁵⁶³ surge la interrogante respecto a qué es, entonces, lo que las determina. Esta pregunta es absuelta por los realistas en base a una de sus “afirmaciones centrales”: “al decidir los casos, los jueces responden primariamente a los estímulos de los hechos del caso, en vez de responder a las razones y reglas jurídicas”.⁵⁶⁴

De la misma forma, Pérez Lledó consigue distinguir dos enfoques que buscan resolver la interrogante, el autor español los clasifica en “objetivistas” y “subjetivistas”. Para los primeros, factores sociales como su clase social, la educación recibida, su socialización, etc., inciden en la conducta del juez por encima de las reglas sobre el papel. Estos factores hasta cierto punto objetivos podrían dar lugar a regularidades en el comportamiento de los jueces susceptibles de un estudio empírico mediante los instrumentos de las ciencias sociales, gracias a ello sería posible recuperar gran parte de la predictibilidad y certezas perdidas dando paso al proyecto constructivista que defienden los realistas.

⁵⁶² PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, p. 171.

⁵⁶³ NUÑEZ VAQUERO, Alvaro. Ciencia jurídica realista: modelos y justificación. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 35, p. 738.

⁵⁶⁴ La mejor explicación del por qué los jueces resuelven de una u otra forma – Leiter explica – deben buscarse por fuera del derecho mismo. (LEITER, Brian. Realismo jurídico Estadounidense. In: *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, p. 246).

Por su parte los subjetivistas, sin desconsiderar los aspectos socioeconómicos y culturales, dieron mayor importancia a factores idiosincrásicos y subjetivos del juez. Factores como prejuicios psicológicos, intuiciones sobre lo que es justo o injusto en un caso particular, entre otros. En base a ello, para este grupo la posibilidad de reconstruir el derecho apelando a la ciencia era más complicada.⁵⁶⁵

Es así que, según la respuesta que daban los jueces a hechos subyacentes, Leiter los dividía en dos grupos: el “Ala Sociológica del Realismo”, cuyas decisiones caían dentro de patrones predecibles, infiriendo que son fuerzas “sociales” las que inducen a los jueces a responder de forma similar y predecible; y el “Ala Idiosincrática del Realismo”, donde las respuestas de los jueces a hechos en particular tenían base idiosincrática relacionada a temas psicológicos o rasgos de la personalidad del juez.⁵⁶⁶ En síntesis, siguiendo a Nuñez Vaquero, los realistas americanos sugirieron dos tesis que buscaban explicar el comportamiento judicial: (i) Los jueces, por lo general deben tener en cuenta las consecuencias socio-económicas de las decisiones que toman y (ii) Los jueces tienden a adaptar su propia conducta a la de sus colegas.⁵⁶⁷

Si bien se ha creado una idea negativa respecto al programa o vertiente positiva del realismo jurídico,⁵⁶⁸ señalando incluso que el realismo no sería exactamente una teoría del derecho, sino, solamente una teoría de la decisión judicial, pues el concepto del derecho del que se vale es el mismo que utiliza el positivismo normativo de tipo excluyente;⁵⁶⁹ esto no significa que los realistas

⁵⁶⁵ PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, p. 173,174.

⁵⁶⁶ LEITER, Brian. Realismo jurídico Estadounidense. In: *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, p. 249.

⁵⁶⁷ NUÑEZ VAQUERO, Alvaro. Ciencia jurídica realista: modelos y justificación. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 35, p. 732.

⁵⁶⁸ Los ataques a los realistas fueron diversos, incrementándose con la llegada de la Segunda Guerra Mundial, en ese contexto se afirmaba que el ataque al “estado de derecho” ocurría por que los realistas apoyaban a grupos fascistas y otros enemigos de la democracia. (LEITER, Brian. Realismo jurídico Estadounidense. In: *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, p. 264).

⁵⁶⁹ NUÑEZ VAQUERO, Alvaro. Ciencia jurídica realista: modelos y justificación. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 35, p. 724.

deban ser caricaturizados como nihilistas cuyo objetivo es destruir una teoría establecida sin proponer nada a cambio.⁵⁷⁰

La ausencia de un programa está referida a la de un programa común, una filosofía de grupo; pues se pueden vislumbrar ciertos puntos de vista generales como son: (i) Existe consenso respecto a la importancia del personal y de la organización de los tribunales, considerándolas esenciales para concretar el significado de las leyes. (ii) Existe acuerdo sobre la necesidad de que los tribunales aborden directamente cuestiones de '*policy*' en sus casos y sobre la utilización de los precedentes para conseguir conclusiones que parezcan las correctas. (iii) Existe una tendencia que considera más razonable restringir en lugar de ampliar las categorías en las que se elaboran los conceptos y reglas tanto sobre el juzgar como para juzgar. (iv) Existe una tendencia que pretende abordar la mayoría de problemas jurídicos como problemas sobre la asignación de riesgos, y en la medida de lo posible, como problemas sobre su reducción y, en consecuencia, a insistir en los efectos de las reglas no solo sobre las partes que están ante el tribunal.

Considerando estos aspectos, es posible constituir una primera caracterización del proyecto constructivo de los realistas. Para profundizar esta idea, Pérez Lledó, desarrolla otras categorías básicas sobre las cuales sería posible sistematizar este programa, entre ellos el particularismo, la interpretación finalista y el pluralismo ético.⁵⁷¹

Sin embargo, y para concluir, como señala Haba, en nuestro medio es muy difícil realizar un razonamiento jurídico profesional basado en enfoques realistas, ello debido principalmente a la formación profesional que se nos brindó, resumida en "la 'técnica' de confinar el razonamiento sobre el derecho a las exigencias de mutilación intelectual que le impone el normativismo jurídico"⁵⁷² y "el carácter

⁵⁷⁰ PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, p. 183-185.

⁵⁷¹ PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, p. 186,187.

⁵⁷² La abstracción del normativismo, trae consigo una grave consecuencia, como señala Haba "el normativista no se detiene a examinar qué repercusiones su discurso puede tener (¡o no!) *en los hechos*"

fundamentalmente ilusionista de planteamientos como los de la ‘Santa (charla) Familia’ (Rawls, Habermas, Alexy, etc.).”⁵⁷³

Esto considerando las pautas básicas que distinguen a esta corriente, pues “Los realistas no se hacen ilusiones míticas sobre las normas: no sólo en cuanto a que éstas se hallen simplemente ‘contenidas’ en los textos del derecho positivo, tampoco sobre la posibilidad de inferirlas de algún cielo discursivo de racionalidad o razonabilidad”.⁵⁷⁴

Finalmente, señalamos que a partir de la década del cincuenta del siglo pasado, una segunda etapa que se presentaba como la continuación del ala progresista del realismo jurídico salió a la luz, esta vez representada por la Escuela de los Derechos Fundamentales de los años 60 y por la corriente del Análisis Económico del Derecho.⁵⁷⁵

El Análisis económico del derecho, como explica Salama: “origina-se a partir de duas tradições intelectuais: a economia política e o realismo jurídico (...) O projeto acadêmico dos realistas jurídicos era o de estudar as leis como elas de fato funcionavam, ao invés das leis conforme previstas nos códigos e livros”.⁵⁷⁶ En razón de ello, esta escuela – AED – mantiene criterios similares a los que caracterizaban a la escuela realista: separación entre derecho y política y entre el “ser” y el “deber ser”.⁵⁷⁷

En sentido similar se posiciona Chiassoni, para quien la “meta-jurisprudencia” del análisis económico del derecho, es decir el modelo normativo

⁵⁷³ HABA, Enrique, Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial (Realismo jurídico como alternativa práctica al discurso normativista de los jueces). In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 25, p. 505,506.

⁵⁷⁴ HABA, Enrique, Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial (Realismo jurídico como alternativa práctica al discurso normativista de los jueces). In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 25, p. 515.

⁵⁷⁵ HERNANDEZ, José Lopes. El formalismo en la teoría jurídica estadounidense. In: *Anuario de Filosofía del Derecho*, p. 283.

⁵⁷⁶ SALAMA, Bruno Meyerhof. o que é pesquisa em direito e economia?. In: *Cadernos Direito GV*. N° 2, vol. 05, p. 10. En el mismo sentido ver: ROEMER, Andrés. *Introducción al análisis económico del derecho*, 10.

⁵⁷⁷ GIACOMUZZI, José Guilherme. As Raízes do Realismo Americano: breve esboço acerca das dicotomias, ideologia, e pureza no Direito dos USA. In: *Direito & Justiça*. N° 2, p. 183.

de ciencia jurídica que ejemplifica y propone, basada en una concepción determinada del derecho, de la interpretación, de razonamiento jurídico y de la función judicial,⁵⁷⁸ tendría sus cimientos en los modelos meta-jurisprudenciales relevantes en la cultura jurídica norteamericana del siglo XX, el formalismo jurídico y el realismo jurídico.⁵⁷⁹

⁵⁷⁸ CHIASSONI, Pierluigi. *El Análisis Económico del Derecho. Orígenes fundamentos y métodos del Law & Economics en los EE.UU.*, p. 12.

⁵⁷⁹ Si bien, nosotros exponemos un claro posicionamiento, la ubicación del análisis económico del derecho frente al formalismo y al realismo, aún no está totalmente esclarecida. Al respecto “Para algunos (...) el análisis económico del derecho es una forma llana y lisa de ‘nuevo formalismo’ (Grant Gilmore); para otros, se trataría en cambio de un heredero del ‘realismo’ (Bruce Ackerman); para otros todavía, se trataría de un movimiento híbrido, que comparte a la vez rasgos del ‘formalismo’ y del ‘realismo’ (Joseph Singer, Gary Minda); para otros en cambio, la ascendencia realista del análisis económico del derecho sería muy dudosa (Posner); para otros aún, en fin, en poner de relieve su carácter ‘pragmatista’, se contrapondría al ‘realismo’ (Minda)”. (CHIASSONI, Pierluigi. *El Análisis Económico del Derecho. Orígenes fundamentos y métodos del Law & Economics en los EE.UU.*, p. 12.)

5. EI ANALISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y EL DERECHO COMERCIAL CONTEMPORÁNEO.

5.1. EL DERECHO Y LA ECONOMÍA: LA INDISOCIABLE SOCIEDAD.

Como el derecho de la empresa, es el conjunto de principios y normas que regulan un instituto netamente económico (la empresa),⁵⁸⁰ el derecho comercial mantiene una estrecha relación con esta ciencia. En tal sentido, como afirma Goldshmidt, “La historia del Derecho Comercial, como todas las historias del Derecho, no se entiende bien sino en relación con la historia universal de la civilización y, especialmente, con la historia de la economía”.⁵⁸¹

El derecho, objetivamente, es el arte de regular el comportamiento de las personas, la economía por su parte, es la ciencia que estudia cómo el ser humano se comporta y toma decisiones en un mundo de recursos escasos, y cuales son las consecuencias de esas decisiones.⁵⁸²

La ciencia económica, parte de dos presupuestos presentes en nuestra realidad, por un lado, el hecho de que las necesidades humanas aumentan indefinidamente, y por el otro, los medios para satisfacer estas necesidades son escasos.⁵⁸³

⁵⁸⁰ PIMENTA, Eduardo Goulart. Teoria da empresa em Direito e Economia. In: *Revista de Direito Público da Economia*, n° 1, p. 56.

⁵⁸¹ OLAVARRIA AVILA, Julio. *Los Códigos de Comercio Latinoamericanos*, p. 7. No obstante, Galgano señala que esta relación no siempre es evidente: “O direito comercial não tem para desonra do seu nome, um preciso referente nas categorias da economia, não corresponde a um específico setor do sistema econômico” (GALGANO, Francesco. *Lex mercatória*. In *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*, n° 129, p. 325.)

⁵⁸² GICO, Jr. Ivo. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira y KLEIN, Vinicius (Coord.) *O que é análise econômica do direito: uma introdução*, p. 17.

⁵⁸³ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira y GALESKI Jr., Irineu. *Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica*, p. 71.

La historia de la economía, comprende el desarrollo de diversas escuelas,⁵⁸⁴ cada una con sus características y objetivos propios según el contexto histórico, social y político en el que se desarrollaron. Así, siguiendo a Brue tenemos a la escuela mercantilista, a la escuela fisiocrática, la escuela clásica, el pensamiento socialista, la escuela histórica alemana, la escuela marginalista, la escuela neoclásica, la escuela institucionalista, la economía de bienestar, la escuela keynesiana, las teorías del crecimiento y desarrollo económico y la escuela de Chicago o Nuevo clasismo.⁵⁸⁵

Dentro de estas, para nuestros fines, destaca la escuela neoclásica. Esta se asienta en los principios de la teoría microeconómica. El estudio de la microeconomía comprende diversas teorías, entre ellas las relevantes para el AED son: la teoría del consumidor, la elección, la teoría del funcionamiento del mercado, la oferta y equilibrio de mercado, la teoría de la empresa y la teoría de las estructuras del mercado.⁵⁸⁶

Es por ello que la microeconomía centra sus estudios en la toma de decisiones realizadas por grupos pequeños como individuos, empresas, clubes y oficinas gubernamentales.⁵⁸⁷ El análisis microeconómico – según explican Garoupa y Ginsburg – señala que “os indivíduos reagem a incentivos e tomam suas decisões de forma racional, comparando custos e benefícios diante de todas as informações disponíveis”.⁵⁸⁸

La figura más representativa del neoclasicismo que dominó el pensamiento económico hasta los años 30, fue Alfred Marshall (1842-1924). Sus postulados, que consiguieron sintetizar aspectos importantes de la economía clásica y del

⁵⁸⁴ O como señala North “La historia económica versa sobre el desempeño de las economías en el transcurso de los años”. (NORTH, Douglass. Desempeño económico en el transcurso de los años. In: *Economía: Teoría y práctica* N° 09, p. 128).

⁵⁸⁵ Al respecto ver: BRUE, Stanley. *Historia do pensamento econômico*. São Paulo: Cengage Learning, 2011. En sentido similar: FEIJÓ, Ricardo. *Historia do pensamento econômico: de Lao Zi a Robert Lucas*. São Paulo: Atlas, 2007.

⁵⁸⁶ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira y GALESKI Jr., Irineu. *Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica*, p. 73.

⁵⁸⁷ COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Derecho y economía*, p. 22.

⁵⁸⁸ GAROUPA, Nuno y GINSBURG, Tom. Análise Econômica e Direito Comparado. In: TIMM, Luciano Benetti. (Org.) *Direito e Economia no Brasil*, p 140.

pensamiento marginalista,⁵⁸⁹ se apoyaron en un inicio en dos fuentes importantes, los economistas alemanes y los pensamientos de Jhon Stuart Mill.⁵⁹⁰

Marshall y otros neoclásicos sostienen que el funcionamiento del mercado debe ser analizado a partir del comportamiento de productores y consumidores.⁵⁹¹ La teoría neoclásica es el punto de partida para el estudio del análisis económico del derecho.⁵⁹²

Es difícil determinar lo que es el Análisis Económico del Derecho, para algunos autores

é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências.⁵⁹³

Por su parte, Ribeiro y Galeski señalan que el AED es un movimiento interdisciplinar, en el cual la economía trae para el sistema jurídico, elementos como el valor la utilidad y la eficiencia, buscando que estos sean aplicados en las

⁵⁸⁹ BRUE, Stanley L. *Historia do pensamento económico*, p. 274.

⁵⁹⁰ Sin embargo, esas no fueron las únicas, como explica Feijó: “O pedigree das influências intelectuais que se exerceram sobre ele é complexo e difícil de ser reconstituído. De modo geral, as ideias dele estão inseridas no contexto histórico e cultural da era vitoriana. Marshall reúne nele valores éticos do protestantismo e da Igreja Anglicana, aliados ao espírito vitoriano típico com sua crença no papel civilizatório do vasto império britânico. Em filosofia, é um apreciador dos alemães Kant e Hegel, embora tenha com o tempo se afastado dos aspectos mais metafísicos desses sistemas filosóficos. A preocupação social de Marshall deve-se, em parte, à influencia de Henry Sidgwick e seu círculo intelectual em Cambridge. Essa sensibilidade para com os problemas sociais também se pode creditar às influencias dos escritos filosóficos de Mill e Herbert Spencer, bem como a aspectos do utilitarismo de J. Bentham. A raiz do pensamento económico marshalliano nutre-se do mercantilista W. Petty e do economista clássico J. S. Mill, na Inglaterra; de von Thünen, na Alemanha, e Cournot na França, conforme o próprio autor reconhece no prefácio dos *Princípios*. Também se deve reconhecer o papel do evolucionismo de Darwin na formação de Marshall. No início da formação da carreira de economista, ele chegou a cultivar certa admiração pelo historicismo alemão de Roscher. Até mesmo Marx, F. Lassalle e outros socialistas eram lidos por Marshall na fase madura de sua trajetória intelectual. No entanto, ele nunca aderiu ao socialismo revolucionário. Em suma, Marshall herdou o arcabouço intelectual de economistas e pensadores do século XVIII e XIX dentro e fora da Inglaterra”. (FEIJÓ, Ricardo. *Historia do pensamento económico: de Lao Zi a Robert Lucas*, p. 312).

⁵⁹¹ BARBER, William J. *Historia del pensamiento económico*, p. 152.

⁵⁹² PIMENTA, Eduardo Goulart. Teoria da empresa em Direito e Economia. In: *Revista de Direito Público da Economia*, nº 1, p. 61.

⁵⁹³ GICO, Jr. Ivo. Introdução à análise económica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira y KLEIN, Vinicius (Coord.) *O que é análise económica do direito: uma introdução*, p. 17,18.

diversas áreas jurídicas, desde el derecho de los contratos o la competencia, hasta el derecho penal o familiar.⁵⁹⁴

En el mismo sentido, Roemer afirma que el *derecho & economía* “se define como la aplicación de la teoría económica y de los métodos econométricos para examinar la formación, estructura, procesos e influencias de la ley y de las instituciones jurídicas”.⁵⁹⁵

Por su parte Bullard señala que resulta “difícil explicar y dar una definición de lo que es el AED. (...) La única forma de entenderlo es aplicándolo y viendo como funciona en realidad”.⁵⁹⁶

Estudios que envolvían abordajes económicos del derecho, ya estuvieron presentes anteriormente, en textos de Giuseppe Beccaria, Jeremy Bentham, Karl Marx y en los trabajos de la Escuela Institucionalista norteamericana, que tuvo su apogeo durante la segunda década del siglo XX.⁵⁹⁷

No obstante, el recurso a la economía por parte del derecho, solamente se daba cuando las leyes antimonopólicas, las industrias reguladas, los impuestos y la determinación de daños monetarios lo requerían. Actualmente, y específicamente desde la década del sesenta del siglo pasado este panorama cambió, cuando el análisis económico del derecho se expandió a las áreas más tradicionales del mismo como la propiedad, los contratos, los ilícitos culposos, el derecho penal y procesal penal, y el derecho constitucional,⁵⁹⁸ es por ello que algunos autores consideran que “el estudio del *derecho y la economía* es el desarrollo más importante en el campo del derecho en los últimos 50 años”.⁵⁹⁹

⁵⁹⁴ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira y GALESKI Jr., Irineu. *Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica*, p. 69.

⁵⁹⁵ ROEMER, Andrés. *Introducción al análisis económico del derecho*, p. 5,6.

⁵⁹⁶ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*, p. 37.

⁵⁹⁷ FARACO, Alexandre Ditzel y SANTOS, Fernando Muniz. *Análise Econômica do Direito e Possibilidades Aplicativas no Brasil*. In: *Revista de Direito Público da Economia*, Nº 9, p. 29.

⁵⁹⁸ COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Derecho y Economía*, p. 11,12.

⁵⁹⁹ ROEMER, Andrés. *Introducción al análisis económico del derecho*, p. 3.

De manera general, a lo largo de las últimas décadas los economistas han venido utilizando su arsenal conceptual para estudiar temas que tradicionalmente pertenecían a filósofos y juristas.⁶⁰⁰ La interdependencia entre estas dos ciencias, sale a manifiesto en casos concretos y en decisiones judiciales, donde el Derecho actúa (o debe actuar) resguardando el respeto a los contratos y a la propiedad privada y la economía analizando los costos de cualquier relación jurídica y comercial.⁶⁰¹

5.2. LA EXPANSIÓN DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO.

No existe consenso respecto al origen cierto de este movimiento - *law and economics* -, para algunos, fue en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago, donde, en la década del cincuenta del siglo pasado, Aaron Director sentó las bases para el nacimiento de esta corriente. Por otro lado, también se afirma que el estudio del Análisis Económico del Derecho comienza con Posner, específicamente con su texto *Economic Analysis of Law*.⁶⁰² Finalmente, otro sector afirma que la primera ola del Análisis Económico del Derecho tiene su fundamento en los artículos de Ronald Coase y en los trabajos sobre responsabilidad extracontractual de Guido Calabresi,⁶⁰³ pues los trabajos de estos dos tenían una forma sistemática de razonamiento que denotaba el abordaje de una racionalidad económica.⁶⁰⁴ Lo cierto es que – como explican Mackaay y Rousseau – fue a partir de los trabajos de Ronald Coase que se enfatizan las especulaciones económicas en el campo del derecho.⁶⁰⁵

⁶⁰⁰ CALSAMIGLIA, Albert. *Racionalidad y eficiencia del Derecho*, p. 27.

⁶⁰¹ PIMENTA, Eduardo Goulart. Teoria da empresa em Direito e Economia. In: *Revista de Direito Público da Economia*, N° 1, p. 61.

⁶⁰² Publicado en 1972. Posner considera que los antecedentes del AED se encuentran en los trabajos de Benthan y del análisis económico de la responsabilidad civil extracontractual en Holmes. (SETIÉN RAVINA, Carlos Morales de, et al. *Análisis económico del derecho*, p. 18,19).

⁶⁰³ GAROUPA, Nuno y GUINSBURG, Tom. *Análise Económica e Direito Comparado*. In: TIMM, Luciano Benetti. (Org.) *Direito e Economia no Brasil*, p. 140. En El mismo sentido ver: BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*, 38.

⁶⁰⁴ SETIÉN RAVINA, Carlos Morales de, et al. *Análisis económico del derecho*, p. 17-19.

⁶⁰⁵ MACKAAY, Ejan y ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*, p. 201. Los primeros estudios sobre *law and economics* en nuestro continente se remontan a la década de los 80 del siglo XX. En Perú los trabajos iniciales fueron los realizados por el Instituto Libertad y Democracia

El texto de Coase “*The Problem of Social Cost*”, publicado en 1960 en el *Journal of Law and Economics*; así como el trabajo de Guido Calabresi, “*Some thoughts on Risk Distribution and the law of Torts*”, publicado en el *Yale Law Journal*, son las publicaciones que hicieron posible dividir temporalmente el estudio del análisis económico en dos momentos: el “viejo” análisis económico del derecho y el “nuevo” o contemporáneo análisis económico.⁶⁰⁶

En un inicio, dentro del AED se formó una corriente de investigación denominada estudios de mercado, cuyo objeto principal era la empresa, lo que representó ahondar sus análisis exclusivamente en áreas directamente relacionadas a los escenarios económicos.⁶⁰⁷

Esta fue la causa por la cual una de las principales observaciones a esta corriente, considera erróneamente que este análisis se restringe solamente a temas patrimoniales o monetarios, una concepción completamente equivocada sobre el AED.⁶⁰⁸

Coase, en su texto explica que la reducción o eliminación de los costos de transacción en el mercado permitiría una distribución eficiente de los derechos, pues los respectivos titulares, racionales y bien informados, tendrían la oportunidad de negociarlos y de esta manera mejorar sus condiciones de bienestar.⁶⁰⁹ Esto es conocido como el Teorema de Coase.⁶¹⁰

A su vez, el autor inglés también determinó que existen situaciones que no pueden ser resueltas por los contratos, y por lo tanto requieren intervención

(ILD), quienes plasmaron sus ideas en el texto: DE SOTO, Hernando. *El otro sendero*. Lima: Orbis Ventures, 1986.

⁶⁰⁶ CABRILLO RODRIGUEZ, Francisco y LÓPEZ-IBOR, Rocio Albert. El análisis económico del derecho en la encrucijada. In: *Ekonomiaz. Revista Vasca de Economía* N° 77, p. 203. En el mismo sentido ver: PINZÓN CAMARGO, Mario. *Aproximaciones al Análisis Económico del Derecho*, p. 42.

⁶⁰⁷ PINZÓN CAMARGO, Mario. *Aproximaciones al Análisis Económico del Derecho*, p. 42,43.

⁶⁰⁸ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*, p. 42.

⁶⁰⁹ COASE, Ronald H. O problema do custo social. In: *Revista de Direito Público da Economia* N° 26, p. 135-191. Ver también: CAVALI, Rodrigo Costanero. Análise económica do direito e justiça distributiva. In: CURI, Ivan Guerios. (Coord.) *Estudos de Teoria Geral do Direito*, p. 88.

⁶¹⁰ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*, p. 38.

estatal, esto sucede cuando los costos de transacción son mayores a cero, siendo necesaria la intervención legal para llegar a una solución.⁶¹¹

Por su parte, los trabajos de Calabresi, se centraron principalmente en el área de la responsabilidad civil extracontractual. Fue en su libro “El costo de los accidentes”, donde plasmó una de las más importantes teorías de la responsabilidad civil en Estados Unidos.⁶¹²

A partir de los trabajos señalados y con el aporte del texto de Richard Posner “*Economic Analysis of Law*”, es que el estudio económico de institutos jurídicos se extendió a otros campos del derecho, como la propiedad, los contratos, los ilícitos culposos, el derecho ambiental, administrativo, laboral, penal; el matrimonio, etc.,⁶¹³ pues utilizando el método propuesto por el AED, es posible analizar cualquier conducta, a partir de sus motores, como son el bienestar y el malestar.⁶¹⁴

Los trabajos de Gary Becker en la década de los 70 del siglo pasado, sobre discriminación racial, el matrimonio y el divorcio, son fundamentales para entender este nuevo enfoque dentro del AED, que fue denominado estudios de no mercado,

⁶¹¹ Al respecto, Coase explica: “A situação é muito diferente quando as transações no mercado são tao custosas a ponto de tornar difícil mudar a alocação de direitos estabelecida pelo sistema jurídico. Nesses casos, as cortes influenciam diretamente a atividade econômica. Desse modo, seria aparentemente desejável que as cortes tivessem os deveres de compreender as consequências econômicas de suas decisões e, na medida em que isso fosse possível sem que se criasse muita incerteza acerca do próprio comando da ordem jurídica, de levar em conta tais consequências ao exercerem sua competência decisória”. (COASE, Ronald H. O problema do custo social. In: *Revista de Direito Público da Economia* Nº 26, p. 158). En el mismo sentido: BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*, p. 41.

⁶¹² Al respecto: ZYLBERSZTAJN, Decio y SZTAJN, Rachel. Análise Econômica do Direito e das Organizacoes. In: ZYLBERSZTAJN, Decio y SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito & Economia. Análise Econômica do Direito e das Organizacoes*, p. 2.

⁶¹³ FARACO, Alexandre Ditzel y SANTOS, Fernando Muniz. Análise Econômica do Direito e Possibilidades Aplicativas no Brasil. In: *Revista de Direito Público da Economia*, año 3, n. 9, jan./mar. 2005, p. 30. En el mismo sentido: GAROUPA, Nuno y GUINSBURG, Tom. Análise Econômica e Direito Comparado. In: TIMM, Luciano Benetti. (Org.) *Direito e Economia no Brasil*, p. 140. PINZÓN CAMARGO, Mario. Aproximaciones al Análisis Económico del Derecho, p. 43.

⁶¹⁴ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*, p. 42. En ese mismo sentido, Cossío Díaz, define al AED como “un método para analizar aquellas conductas humanas que se encuentren relacionadas, de algún modo, con el derecho”. (COSSÍO DÍAZ, José Ramón. *Derecho y análisis económico*, p. 228)

“en este caso, el eje del estudio ya no es la empresa sino el individuo como tomador de decisiones.”⁶¹⁵

5.3. LAS VARIANTES EN EL ESTUDIO DEL DERECHO Y LA ECONOMÍA: LA VERTIENTE POSITIVA Y LA VERTIENTE NORMATIVA.

Durante los últimos 20 años, factores externos e internos hicieron que el movimiento iniciado a mediados del siglo pasado, haya sido fortalecido. Entre los diversos factores, explica Chiassoni, se tienen la consolidación de los diversos enfoques originarios (*Chicago Law and Economics*, el análisis económico de los costes de transacción, el análisis normativo de la *Escuela de New Haven*, la *New Institutional Law and Economics*, el análisis funcional de *Public Choice* o *Constitutional Economics*⁶¹⁶) y el surgimiento de novedosos enfoques, los cuales al combinarse con los primeros, dan origen a nuevas teorías (entre estas tenemos: el enfoque de la *Game Theory and the Law*, el análisis económico del derecho experimental, la *Behavioral Law and Economics*, el análisis económico de las normas sociales, la economía política del derecho, la *Feminist Law and Economics*, entre otros).⁶¹⁷

Si bien estas corrientes mantienen características comunes, interesa revisar dos posturas que discrepan en cuanto a la visión de los roles del mercado y del Estado. Las diferencias existentes entre ambos afectan drásticamente los resultados argumentativos: la Escuela de Chicago o escuela positivista y la escuela de Yale, también denominada normativista o *New Haven*.

⁶¹⁵ Como ejemplos de esta línea se tienen: la adopción, la maternidad subrogada, la donación de órganos, el matrimonio, etc. (PINZÓN CAMARGO, Mario. *Aproximaciones al Análisis Económico del Derecho*, p. 44). En el mismo sentido ver: ROEMER, Andrés. *Introducción al análisis económico del derecho*, 9,10.

⁶¹⁶ La teoría de la elección pública es utilizada para analizar los procesos políticos, las decisiones de los funcionarios públicos, la forma como son elaboradas las constituciones, así como las reglas electorales. (BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*, p. 38).

⁶¹⁷ CHIASSONI, Pierluigi. *El análisis económico del derecho*, p. 9,10. En el mismo sentido ver: SZTAJN, Rachel. *Law and Economics*. In: SZTAJN, Rachel y ZYLBERSZTAJN, Decio. (Org.) *Direito e economia. Analise Econômica do Direito e das Organizações*, p. 71.

Como el AED - en líneas generales - es un método que busca comprender, explicar y prever las implicaciones fácticas del ordenamiento jurídico así como de la lógica del propio ordenamiento jurídico, los estudiosos de esta línea buscan absolver dos interrogantes:⁶¹⁸ (i) ¿cuales son las consecuencias de un determinado conjunto de normas?, o en otros términos, ¿cómo el comportamiento de las normas y de las instituciones es afectado por las normas legales?, y (ii) ¿qué regla jurídica debería ser adoptada?, específicamente, en términos de medidas de bien estar social claramente definidas de forma rigurosa ¿cuáles son las mejores normas y como se pueden comparar diferentes normas legales?.

Las respuestas dan lugar a estas dos vertientes dentro de esta corriente,⁶¹⁹ la positiva⁶²⁰ que actúa en el mundo de los hechos, la cual ayuda a entender cuál es la racionalidad de la norma jurídica y a su vez nos permite evaluar y describir los efectos del sistema jurídico sobre el sistema económico. Es decir tiene una connotación netamente descriptiva-explicativa⁶²¹ pudiendo ser averiguada e investigada a través del método científico.

La Escuela de Chicago, cuyos representantes más destacados fueron Henry Calvert Simons y Aaron Director, pretendían abocarse al estudio de los más diversos campos del derecho a partir de los presupuestos de la economía neoclásica, acentuando sus trabajos en la aplicación de la teoría de precios y los fundamentos de la microeconomía. Esta escuela se caracterizó por una férrea fe en el mercado como medio para lograr la eficiencia, lo que refleja su tendencia conservadora donde no se admite posibilidad alguna de intervención del Estado

⁶¹⁸ GICO, Jr. Ivo. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira y KLEIN, Vinicius (Coord.) *O que é análise econômica do direito: uma introdução*, p. 20.

⁶¹⁹ GAROUPA, Nuno y GINSBURG, Tom. Análise Económica e Direito Comparado. In: TIMM, Luciano Benetti. (Org.) *Direito e Economia no Brasil*, p 139,140. En el mismo sentido ver: SALAMA, Bruno Meyerhof. o que é pesquisa em direito e economia?. In: *Cadernos Direito GV*. Nº 2, vol. 05, p. 9. FARACO, Alexandre Ditzel y SANTOS, Fernando Muniz. Análise Econômica do Direito e Possibilidades Aplicativas no Brasil. In: *Revista de Direito Público da Economia*, año 3, Nº 9, p. 35.

⁶²⁰ Creada por Adam Smith y desarrollada posteriormente por Posner.

⁶²¹ GICO, Jr. Ivo. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira y KLEIN, Vinicius (Coord.) *O que é análise econômica do direito: uma introdução*, p. 21.

en la economía, a no ser para establecer marcos regulatorios que promuevan y faciliten la competencia.⁶²²

Esta posición ha sido bastante criticada, pues el Derecho solamente adoptaría y repetiría las reglas económicas con la finalidad de facilitar las actividades de los particulares. Esto es explicado por Lorenzetti: “Se ha criticado esta posición por ser paneconomicista, por allanarse excesivamente a las demandas del mercado, por despreocuparse del Derecho, por ser incompatible con la tradición del Derecho Civil continental de base romanista”.⁶²³

Por otro lado está la normativa,⁶²⁴ envuelta en el mundo de los valores,⁶²⁵ que ayuda a escoger dentro de las alternativas existentes, aquella que sea la más eficiente; de esta manera atribuye al sistema jurídico el objetivo precípua de promover eficiencia económica en base a la reproducción del sistema de mercado y reducción de los costos de transacción.⁶²⁶ La normativa no es pasible de investigación empírica, de prueba o de falsificación, en consecuencia no es científica.⁶²⁷

La Escuela de *New Haven*,⁶²⁸ tiene en Guido Calabresi a uno de sus mayores y más representativos exponentes. Los seguidores de esta escuela, buscan encontrar un sistema adecuado para administrar los costos producidos por las actividades de los individuos, donde se incorporen variables de justicia y equidad. Es así que Calabresi lo que resalta es el conflicto que podría existir entre

⁶²² PINZÓN CAMARGO, Mario. *Aproximaciones al Análisis Económico del Derecho*, p. 45-49.

⁶²³ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Razonamiento Judicial. Fundamentos de Derecho Privado*, p. 243.

⁶²⁴ Sienta sus bases en los estudios de Bentham y Guido Calabresi.

⁶²⁵ El AED, en sus dimensión normativa enfrenta cuestiones como la armonización de conceptos de justicia y eficiencia, y la maximización del bienestar. (VELOSO, Silvia Mechelany. Análise econômica da função social do contrato – Art. 421 do Código Civil. In: *Revista de Direito Privado*. Año 14, vol. 54, p. 116).

⁶²⁶ CAVALI, Rodrigo Costanero. Análise Econômica do Direito e Justiça Distributiva. In: CURI, Ivan Guerios (Org.) *Teoria Geral do Direito*, p. 88

⁶²⁷ GICO, Jr. Ivo. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira y KLEIN, Vinicius (Coord.) *O que é análise econômica do direito: uma introdução*, p. 20,21.

⁶²⁸ También conocida como “escuela del reformismo legal” o “escuela progresiva”.

eficiencia y equidad, para luego determinar que es necesario un tratamiento conjunto de ambos términos.⁶²⁹

Esta inclusión de criterios adicionales a la eficiencia es lo que la distingue de la propuesta de la Escuela de Chicago, donde los esfuerzos se centran en la consecución y garantía de la eficiencia del mercado. Es así que, si bien ambas escuelas reconocen el papel del problema de la escases de recursos, y reconocen las virtudes del mercado para asignar estos recursos, cada una tiene una visión diferente respecto a la forma como se debe corregir la probable aparición de fallas en el funcionamiento del mecanismo de asignación de bienes y servicios.

Si bien, para la Escuela de Chicago las fallas del mercado son consideradas un mal mínimo que el mismo mercado solucionará,⁶³⁰ la escuela del *New Haven* considera necesaria la intervención del Estado para corregirlas.⁶³¹ En ese sentido, la escuela del *New Haven* no discute si el Estado debe intervenir o no, su discusión gira en torno a cómo debe intervenir, de tal manera que esta intervención sea la más eficiente, no ignorando otros criterios como la justicia, la distribución de la riqueza y la equidad.⁶³²

5.4. LOS PRINCIPALES PRESUPUESTOS DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: RACIONALIDAD, EFICIENCIA Y NORMAS COMO MECANISMOS DE INCENTIVOS.

El estudio del análisis económico del derecho, requiere previamente, la comprensión de tres presupuestos esenciales,⁶³³ los cuales a su vez, constituyen

⁶²⁹ PINZÓN CAMARGO, Mario. *Aproximaciones al Análisis Económico del Derecho*, p. 49-52.

⁶³⁰ Como sería el caso de las externalidades, donde según Coase, la solución óptima se encontraría en la negociación privada. Además de las externalidades, ejemplos de fallas de mercado son los monopolios, la asimetría de información, los costos de transacción, entre otros. (FARACO, Alexandre Ditzel y SANTOS, Fernando Muniz. *Análise Econômica do Direito e Possibilidades Aplicativas no Brasil*. In: *Revista de Direito Público da Economia*, año 3, n. 9, p. 35).

⁶³¹ PINZÓN CAMARGO, Mario. *Aproximaciones al Análisis Económico del Derecho*, p. 53.

⁶³² PINZÓN CAMARGO, Mario. *Aproximaciones al Análisis Económico del Derecho*, p. 55.

⁶³³ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira y GALESKI Jr., Irineu. *Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica*, p. 77. Otros autores como Ricardo Luis Lorenzetti, señalan como presupuestos de teóricos del AED: 1) El individualismo metodológico, 2) La utilización de modelos analíticos, 3) El modelo del hombre racional y el hombre razonable, 4) Niveles de optimidad, 5) El teorema de Coase, 6) Costo de transacción, 7) Costo de transacción. (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Razonamiento judicial. Fundamentos de Derecho Privado*, p. 244-

su fundamento, estos son: la racionalidad del comportamiento de los individuos, la eficiencia como finalidad de las decisiones racionales y las normas jurídicas como mecanismos de incentivos traducibles a precios que inciden en la conducta de los individuos.⁶³⁴ Estos tres presupuestos también son blancos de sus principales críticas.

5.4.1. La racionalidad económica en el contexto jurídico.

Es difícil definir lo que es la racionalidad, a pesar de las innumerables tentativas no se llega a un consenso. Para Zanchin, la racionalidad es la razón en acción o en ejercicio, en tal sentido la racionalidad “tem natureza operativa não restrita a associações puramente mentais, já que envolve a tomada de decisões. Essas decisões, (...) referem-se aos meios para o alcance de determinados fins”.⁶³⁵ Bajo esta perspectiva, un determinado comportamiento será considerado racional porque está relacionado a determinados fines. Al respecto explica el autor:

podemos analisar a racionalidade como um sistema aqui entendido como um organismo composto de repertório (elementos) e estrutura (regras de interação entre esses elementos). Os elementos são as necessidades (fins) e as condutas (meios), enquanto a regra de interação é um juízo de valor. Fixado o fim (elemento pré-definido), o sujeito observa os meios disponíveis e, na valoração de um destes como adequado (elemento pós-definido), exercita sua racionalidade, põe sua razão em ato, decide. O sistema da racionalidade é, portanto, um sistema de decisão (pragmático).⁶³⁶

Tanto en el derecho como en la economía, los raciocinios utilizados son diferentes.⁶³⁷ En la economía, la crítica y la evaluación pueden realizarse en

251). Respecto a los fundamentos económicos del AED, se recomienda ver: COSSÍO DIAZ, José Ramón. *Derecho y análisis económico*, p. 226,227.

⁶³⁴ SETIÉN RAVINA, Carlos Morales de, et al. *Análisis económico del derecho*, p. 44.

⁶³⁵ ZANCHIM, Kleber Luiz. Racionalidade jurídica e racionalidade econômica: Entre o Monte e o Rio. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº. 142, p. 57.

⁶³⁶ ZANCHIM, Kleber Luiz. Racionalidade jurídica e racionalidade econômica: Entre o Monte e o Rio. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº. 142, p. 58.

⁶³⁷ Al respecto Jon Elster realiza un análisis interesante destacando algunos aspectos de la racionalidad instrumental que caracteriza al *homo economicus* en contraste con el contenido y la justificación de las normas sociales propias al *homo sociológico*. En ese sentido ver: ELSTER, Jon.

términos de eficiencia o costo. “o tipo ideal na economia é uma racionalidade, que explica e interpreta as ações ‘de um ponto de vista econômico’. (...) O preço, ou o custo, e os benefícios esperados são legitimamente levados em conta para justificar e dar razão de ser (racionalidade) do juízo econômico”.

En el derecho la crítica se da por la legalidad. “O ponto de vista jurídico é essencialmente o de cumprir a regra”. Esto dista hasta cierto punto de la idea que aun se mantiene en algunos sectores donde se considera que el tipo ideal del raciocinio jurídico es conseguir el bien.⁶³⁸

Otro aspecto importante que permite diferenciar el razonamiento económico del razonamiento jurídico, es la autoridad. En un sentido jurídico, la justificación para un “hacer algo”, para una acción, se encuentra en la invocación de alguna autoridad o fuente del derecho, teniendo en consideración que las fuentes del derecho varían a lo largo de la historia y en cada sociedad (pudiendo ser las leyes escritas, las costumbres, los principios, etc.).

En la economía, la noción de autoridad no reviste de tanta importancia como en el derecho, al invocar la autoridad se está invocando la misma razón económica, en consecuencia, no se puede responder una pregunta económica señalando “porque alguma autoridade validamente constituída assim o determinou”. La respuesta económica no invoca la autoridad, sino el costo y/o la eficiencia económica de la acción.⁶³⁹

El derecho también, en varias oportunidades, actúa como factor generador de costos al mercado por no contemplar en sus normas la llamada racionalidad de los agentes económicos. La economía, por su parte, es considerada una pretenciosa orden natural de la experiencia humana, que frente a la escases de

Racionalidade e normas sociais. In: *Revista brasileira de Ciências Sociais*, 1990, nº.12. Disponible en: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_12/rbcs12_05.htm. Acceso en 22/05/2015.

⁶³⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. Raciocínio Jurídico y economía. In: *Revista de Direito Público da Economia*, Nº. 8, p. 140-142.

⁶³⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. Raciocínio Jurídico y economía. In: *Revista de Direito Público da Economia*, nº 8, p. 143.

recursos disponibles⁶⁴⁰ y a la diversidad de necesidades humanas, busca la aplicación eficiente de los recursos para que una organización social sea viable.⁶⁴¹

La idea de racionalidad que utiliza el análisis económico del derecho es la misma que utilizan los economistas.⁶⁴² La microeconomía define el comportamiento racional “como a maximização de uma função de utilidade, definida a partir das preferências bem estabelecidas de um individuo sobre diferentes estados de coisas”.⁶⁴³

Esta racionalidad, parte de reconocer que el humano está dispuesto a realizar todos sus esfuerzos con el fin de obtener mayor satisfacción, por lo tanto estas decisiones “racionales” buscan que sus necesidades y beneficios se maximicen.⁶⁴⁴ Esto significa que los agentes económicos, comparan los costos y los beneficios antes de tomar una decisión.⁶⁴⁵

Según Setién Ravina, el sentido formal de racionalidad que utiliza la teoría de la elección racional se basa en el supuesto de que las preferencias de los sujetos tienen como propiedades el ser completas, reflexivas, transitivas y continuas.⁶⁴⁶

La completitud está referida al conocimiento “completo” de las preferencias que tiene el sujeto, de tal manera que pueda ordenarlas y optar por las que prefiera. La transitividad explica que si un sujeto prefiere una opción A antes que una opción B, y la opción B antes que la C, entonces necesariamente preferirá la opción A antes que la C. Por su parte la continuidad refiere que si se está frente a

⁶⁴⁰ Para Salama “A escassez é o ponto de partida da análise econômica. Se os recursos fossem infinitos, não haveria o problema de se ter que equacionar sua alocação; todos poderiam ter tudo o que quisessem, e nas quantidades que quisessem”. (SALAMA, Bruno Meyerhof. o que é pesquisa em direito e economia?. In: *Cadernos Direito GV*. N° 2, vol. 05, p. 16)

⁶⁴¹ ZANCHIM, Kleber Luiz. Racionalidade jurídica e racionalidade econômica: Entre o Monte e o Rio. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e financeiro*, n. 142, p. 115.

⁶⁴² SETIÉN RAVINA, Carlos Morales de, et al. *Análisis económico del derecho*, p. 44.

⁶⁴³ PORTO, Antônio José Maristrello y GOMES, Lucas Thevenard. Economía comportamental e contratos de adesão. In: *Revista de Direito Empresarial*, año 8, n° 2, p. 64.

⁶⁴⁴ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira y GALESKI Jr., Irineu. *Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica*, p. 77.

⁶⁴⁵ MACKAAY, Ejan y ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*, p. 31,32.

⁶⁴⁶ SETIÉN RAVINA, Carlos Morales de, et al. *Análisis económico del derecho*, p. 44.

dos alternativas próximas entre sí, y estas ocupan una posición superior a otras, el individuo debe optar por una de las superiores, incluso si la proximidad de las alternativas dificulte su elección. La flexibilidad implica que todo conjunto de preferencias es al menos tan buena como si misma.

Todas estas características de las preferencias permiten a los individuos ordenarlas según una función ordinaria de utilidad,⁶⁴⁷ o, como explican Cooter y Ulen, “esto sugiere que los que toman decisiones pueden calcular los costos y los beneficios de las alternativas a su disposición y que optan por seguir la alternativa que ofrezca el mayor beneficio neto”.⁶⁴⁸

Esto último es destacado por Ribeiro y Galeski Jr., cuando buscan definir lo que es “actuar de forma racional”, así, “em terceiro lugar, escolher racionalmente seria o fato do agente poder optar por uma alternativa que lhe oferecerá mais benefícios do que os eventuais custos que podem advir”,⁶⁴⁹ lo que se pierde, por no escoger la otra alternativa es lo que se conoce como “costo de oportunidad”.

En este sentido debe tenerse en cuenta que el actuar de forma racional está referido a la actuación del individuo según las informaciones que posea o según la forma como estas informaciones las analice, de esta manera el sujeto puede optar por una alternativa que aparentemente no sea la adecuada, si está conducta aparentemente “inadecuada” le trae mayor utilidad que la opción abandonada.⁶⁵⁰ En tal sentido, el “actuar de forma racional”, está referido a las decisiones personales que le otorgan mayor utilidad y no a lo que desde un punto de vista colectivo sería el actuar más racional.

⁶⁴⁷ SETIÉN RAVINA, Carlos Morales de, et al. *Análisis económico del derecho*, p. 44,45.

⁶⁴⁸ COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Derecho y economía*, p. 420. Ver también p. 24 del texto citado.

⁶⁴⁹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira y GALESKI Jr., Irineu. *Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e analise econômica*, p. 81.

⁶⁵⁰ Al respecto Ribeiro y Galeski explican: “um determinado individuo pode entender mais adequado gastar seu dinheiro com um vicio ao invés de comprar medicamentos de que necessita, mas nem assim não estará agindo de forma não-racional, porque dada a condição pessoal do agente, o individuo pode entender que a conduta lesiva lhe traz mais utilidade do que os medicamentos” (RIBEIRO, Marcia Carla Pereira y GALESKI Jr., Irineu. *Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e analise econômica*, p. 82).

El análisis costo-beneficio que realiza el sujeto, antes de tomar una decisión, es consecuencialista, pues lleva en consideración lo que va a suceder luego de tomada la decisión y no las causas probables que obligaron a tomar esta decisión.

5.4.2. El problema conceptual sobre la eficiencia.

Considerando que, debido a la escasez, la demanda es siempre mayor que la existencia de bienes apreciables, es necesario buscar la mejor distribución de estos bienes para satisfacer la mayor cantidad posible de demandas racionales. Partiendo de esa afirmación, “podemos entender por eficiencia toda aquella ley, decisión o medio que consigue un objetivo determinado con el mínimo costo”.⁶⁵¹

La aplicación del derecho que tiene como objetivo la eficiencia, trae consigo el alejamiento de presupuestos meramente deontológicos de la norma jurídica, de esta manera, la norma puesta y aplicada también, debe tener como objetivo la eficiencia.⁶⁵²

Por lo general son dos los modelos que se utilizan para examinar el concepto de eficiencia, el de Pareto y el de Kaldor-Hicks.

De estos dos, el más utilizado por la teoría neoclásica es la eficiencia de Pareto. El óptimo de Pareto está referido al punto de equilibrio donde no es posible mejorar la situación de un agente, sin empeorar la situación de otro agente económico, es decir no es posible realizar más alteraciones para satisfacer a una persona en mejor situación, sin dejar a la otra en situación peor.⁶⁵³

⁶⁵¹ CALSAMIGLIA, Albert. *Racionalidad y eficiencia del Derecho*, p. 29.

⁶⁵² RIBEIRO, Marcia Carla Pereira y GALESKI Jr., Irineu. *Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica*, p. 86.

⁶⁵³ STEPHEN, Frank. *Teoria Econômica do Direito*, p. 41. En sentido similar ver: VITAL, André Luiz Francisco da Silva. A teoria dos jogos no contexto social e a visão de controle. In: *Revista de Direito Público da Economia- RDPE*. Año 8, N° 32, p. 21.

Una forma de alcanzar el óptimo de Pareto es en el sistema contractual, donde las partes alcanzan la eficiencia cuando celebran un contrato, pues ambas están mejorando y ninguna empeorando.⁶⁵⁴

En Pareto se llega al padrón óptimo de eficiencia cuando los agentes económicos tienen acceso a los bienes que valorizan más, por medio de un sistema de intercambio y distribución de recursos,⁶⁵⁵ o, como explica Bullard: “es una situación donde todos los recursos existentes han sido distribuidos y usados de una manera tan adecuada, que ya es imposible pensar en que una distribución distinta mejoraría la distribución de la sociedad”.⁶⁵⁶

Esta idea no lleva en consideración aspectos distributivos como la justicia y la isonomía, solamente tiene como objetivo obtener la mejor distribución posible de los bienes para la satisfacción de las partes. En tal sentido, “o chamado ‘Ótimo de Pareto’ não conduz a uma situação que possa ser considerada boa, justa ou correta”.⁶⁵⁷

Como la condición prevista en el óptimo de Pareto, se alcanzaría solamente bajo condiciones de competencia perfecta,⁶⁵⁸ surgieron diferentes críticas a este enfoque, razón por la cual, el concepto de eficiencia de Kaldor-Hicks empezó a destacar.

⁶⁵⁴ COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Derecho y economía*, p. 405. En el mismo sentido ver: BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*, 39.

⁶⁵⁵ PIMENTA, Eduardo Goulart y BOGLIONE, Stefano. Análise econômico do direito contratual. In: *Revista de Direito Público da Economia*. Año 6, N° 24, p. 66.

⁶⁵⁶ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*, 39.

⁶⁵⁷ Al respecto explican Ribeiro y Galeski Jr. “considerando a existência de dois quilos de comida para serem distribuídos entre duas pessoas famintas, se apenas uma ficar com toda a quantidade, poderá ser considerada uma situação de Ótimo de Pareto, porque não haverá uma futura alocação de comida que possa privilegiar uma das pessoas sem prejudicar a outra. Para todos os efeitos, essa não é uma circunstancia que poderá ser desejável”. (RIBEIRO, Marcia Carla Pereira y GALESKI Jr., Irineu. *Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica*, p. 87).

⁶⁵⁸ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*, 39.

Este criterio, que en líneas generales busca la *maximización de la riqueza*,⁶⁵⁹ parte de la premisa que sostiene que las normas deben ser planeadas con el objetivo de obtener el máximo bienestar para el mayor número de persona, de tal forma que las ganancias totales, compensen de forma teórica, las eventuales pérdidas que algunos sufrieron.⁶⁶⁰ En consecuencia, “se considerará eficiente toda situación en la cual aquellos que obtienen un beneficio deban compensar a quienes obtienen una pérdida, independientemente de que en realidad lo hagan”.⁶⁶¹

Debe dejarse claro que la decisión tomada que maximiza la riqueza esta apartada de ponderaciones o averiguaciones morales, pues “soluções eficientes podem ser injustas, desde que o saldo seja positivo, sendo inevitável a constatação de que tal análise seja uma mera ponderação de custo e benefício”.⁶⁶²

Es justamente sobre la búsqueda de eficiencia que sostiene el AED, que se han vertido las principales críticas,⁶⁶³ en razón principalmente a las reducciones que distorsionan el concepto de justicia, puesto que en ocasiones, las soluciones eficientes no son necesariamente justas. Así, para autores como González Amuchastegui, el concepto de eficiencia “soslaya el posible conflicto con otros criterios normativos” como la justicia y la igualdad.⁶⁶⁴ Esta observación, ha sido

⁶⁵⁹ STEPHEN, Frank. *Teoria Econômica do Direito*, p. 55.

⁶⁶⁰ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira y GALESKI Jr., Irineu. *Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica*, p. 87-89.

⁶⁶¹ COSSÍO DÍAZ, José Ramón. *Derecho y análisis económico*, p. 242.

⁶⁶² RIBEIRO, Marcia Carla Pereira y GALESKI Jr., Irineu. *Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica*, p. 87-89.

⁶⁶³ La crítica más usual e incisiva, gira en torno a su aspecto metodológico, así “enquanto o Direito se ocupa de valores (Ética e Moral), a Economia tem seus parâmetros na maximização de resultados, na eficiência, o que inviabiliza, para não dizer faz descabida, qualquer tentativa de empregar parâmetros econômicos na avaliação das normas jurídicas”. (SZTAJN, Rachel. *Law and Economics*. In: SZTAJN, Rachel y ZYLBERSZTAJN, Decio. (Org.) *Direito e economia. Análise Econômica do Direito e das Organizações*, p. 77).

⁶⁶⁴ GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, Jesús. El análisis económico del Derecho: Algunas cuestiones sobre su justificación. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 15-16, p. 930.

esclarecida por defensores de esta teoría, quienes afirman que la justicia envolvería diversos aspectos incluso la propia eficiencia.⁶⁶⁵

En ese mismo sentido, autores como Roemer explican que “el AED reconoce por encima de los postulados de eficiencia (...) máximas que respeten la dignidad, la autonomía y los valores liberales del individuo”,⁶⁶⁶ ya que la eficiencia no es el criterio más importante, ni el único en la interpretación de las normas jurídicas, si este principio está sustentado en contextos que vulneren los principios antes mencionados, no será aplicado, - continua el autor mexicano - “Hay fundamentos esenciales tales como los principios de libertad y autonomía de los seres humanos, que no pueden ser violados por ningún postulado, así sea este el de ‘justicia social’, ‘eficiencia’ o ‘bien común’”.⁶⁶⁷

En ese mismo sentido, lo que pretende el análisis económico del derecho es resaltado por Bullard, cuando afirma: “Lo que se busca es, por tanto, un Derecho que, sin olvidar otros aspectos o valores a los cuales se deba, sea un Derecho eficiente, es decir, un Derecho que evite el uso inadecuado de los recursos, creando incentivos de conducta correctos para lograr ese fin”.⁶⁶⁸

El entender la eficiencia en este sentido, es sumamente importante no solo para el derecho comercial, sino para el derecho en general, pues permite mitigar el rechazo y la incomprensión que existe hacia este patrón de conducta. En consecuencia, un actuar de los órganos encargados de la creación y aplicación de leyes, a realizar una evaluación desde una perspectiva de la eficiencia de las normas y preceptos normativos para determinar si estas facilitan o interfieren en el uso eficiente de los recursos, sería pacíficamente aceptada e incluso incentivada, pues de esta manera se estará previendo las consecuencias que estas conductas verterán en la sociedad.

⁶⁶⁵ Al respecto se recomienda ver: POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho*, p. 31-33.

⁶⁶⁶ ROEMER, Andrés. Replica a los comentarios de Rodolfo Vazquez. In: *ISONOMÍA. Revista de Filosofía y Teoría del Derecho* N° 05, p. 154.

⁶⁶⁷ ROEMER, Andrés. Replica a los comentarios de Rodolfo Vazquez. In: *ISONOMÍA. Revista de Filosofía y Teoría del Derecho* N° 05, p. 154.

⁶⁶⁸ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*, 39.

5.4.3. Las normas jurídicas como mecanismos de incentivos y las externalidades.

Uno de los defectos del que adolecen las tradicionales teorías jurídicas, que explican perfectamente porque las normas deben ser cumplidas, es la insuficiencia para conseguir de los agentes la conducta prescrita y el no conseguir promover los resultados socialmente deseados.

Sztajn, partiendo de la idea de que las personas actúan racionalmente, concluye señalando que estas personas responderán mejor a incentivos externos que induzcan a ciertos comportamientos mediante el sistema de premios y castigos. “Se a legislação é um desses estímulos externos, quanto mais as forem as normas positivadas aderentes às instituições sociais, mais eficiente será o sistema”.⁶⁶⁹

En tal sentido, se puede decir que la norma jurídica falla “quando não consegue colocar para os agentes a estrutura de incentivos adequada para move-los na direção das condutas socialmente desejadas”.⁶⁷⁰ Esto ocasiona que tanto las normas de derecho, cuanto las acciones, puedan favorecer o inhibir conductas que producen externalidades.⁶⁷¹

Las externalidades son los beneficios o costos que, originados por el ejercicio de una actividad, no son soportados por quien los provoca, sino por terceras personas, grupos de personas o por la misma sociedad.⁶⁷² Estas son habituales en las relaciones y en ocasiones deseadas y fomentadas.⁶⁷³

⁶⁶⁹ SZTAJN, Rachel. *Law and Economics*. In: SZTAJN, Rachel y ZYLBERSZTAJN, Decio. (Org.) *Direito e economia. Análise Econômica do Direito e das Organizações*, p.75.

⁶⁷⁰ BERNARDES, Patricia y FLORENZANO, Vincenzo Demétrio. A moderna concepção de norma jurídica como estrutura de incentivos. In: *Revista de Direito Público da Economia*, año 6, nº 23, p. 141,142.

⁶⁷¹ SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: A redistribuição de direitos no Novo Código Civil. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 133, p. 8.

⁶⁷² BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*, p. 42. En el mismo sentido ver también: STEPHEN, Frank. *Teoria Econômica do Direito*, p. 26-28.

⁶⁷³ SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: A redistribuição de direitos no Novo Código Civil. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 133, p. 7.

Sin embargo, estas externalidades, pueden generar ineficiencia, pues “hay quienes sufren costos que no generan, y hay quienes generan costos que no asumen”,⁶⁷⁴ por ello pueden ser positivas o negativas según la afectación hacia los terceros.⁶⁷⁵

Un ejemplo clásico de externalidades positivas es el beneficio que obtiene un vecino del servicio de vigilancia contratado y pagado por los otros; se trata de externalidades positivas porque la persona tiene su vivienda vigilada sin la necesidad de realizar pago alguno, es decir, obtiene el beneficio sin costo. También, los servicios de seguridad que brinda el estado a toda la comunidad, sean contribuyentes o no, son consideradas externalidades.⁶⁷⁶

Por otro lado, un ejemplo de externalidad negativa es la que se observa cuando un agente emisor de contaminantes, no realiza acciones tendientes a reducir los residuos ya que promover el tratamiento de estos representaría aumentar los costos de transacción; en consecuencia, quienes residen cerca de los locales donde los contaminantes son emanados sufren por los efectos dañinos de esta actividad.

Como los beneficiados de la actividad no cubren los costos referidos al tratamiento de estos contaminantes, es la colectividad la que soporta los efectos de la polución, es decir, las externalidades negativas.⁶⁷⁷

⁶⁷⁴ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*, p. 43.

⁶⁷⁵ O como señala Papayannis: “Las externalidades son efectos, positivos o negativos, que la producción o el consumo de un bien generan sobre la producción o el consumo de otros bienes”. (PAPAYANNIS, Diego. El enfoque económico del derecho de daños. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 32, p. 463).

⁶⁷⁶ Sin embargo, resulta interesante traer a colación la reflexión de SZTAJN, quien afirma: “Note-se que, quando alguém recebe serviços públicos de concessionarias, sem ter de pagar por eles, notadamente quando fruto de decisões judiciais, o prestador acabará por transferir o custo resultante da decisão aos demais consumidores na medida em que, ou aumenta o preço unitário do serviço, ou haverá perda de qualidade. Em qualquer hipótese, transfere-se para os demais consumidores o ônus de arcar com essa benesse”. (SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: A redistribuição de direitos no Novo Código Civil. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, N° 133, p. 7).

⁶⁷⁷ SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: A redistribuição de direitos no Novo Código Civil. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, N° 133, p. 7,8.

Estos daños hacia el ambiente y hacia terceros pueden ser evitados cuando el legislador impone a quien ejerce la actividad, el costo de prevenir estas consecuencias, allí la externalidad desaparece transformándose en internalidad.⁶⁷⁸ En ese sentido, como explican Faraco y Santos:

justifica-se aqui a intervenção do direito pois a atividade tornou-se *nociva demais*, ao interferir na esfera de interesses de terceiros, não beneficiários da atividade nociva, sem qualquer possibilidade de compensação aos perdedores, a não ser que haja intervenção do Estado, através do ordenamento jurídico que produz.⁶⁷⁹

La mayoría de economistas afirma que las externalidades son el resultado de los elevados costos de transacción, estos costos surgen en la organización de las operaciones en los mercados, pudiendo alterar mecanismos de distribución de recursos y aumentar los costos sociales.⁶⁸⁰

5.4.4. Los costos de transacción.

North define a los costos de transacción como “las reglas de juego en una sociedad o, más formalmente, son las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana. Por consiguiente, estructuran incentivos en el intercambio humano, sea político, social o económico”.⁶⁸¹

Por su parte para Sztajn los costos de transacción son “aqueles custos em que se incorre que, de alguma forma, oneram a operação, mesmo quando não representados por dispêndios financeiros feitos pelos agentes, mas que decorrem do conjunto de medidas tomadas para realizar uma transação”.⁶⁸²

⁶⁷⁸ SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: A redistribuição de direitos no Novo Código Civil. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, N° 133, p. 7,8.

⁶⁷⁹ FARACO, Alexandre Ditzel y SANTOS, Fernando Muniz. Análise Econômica do Direito e Possibilidades Aplicativas no Brasil. In: *Revista de Direito Público da Economia*, año 3, N° 9, p. 36.

⁶⁸⁰ Por ello, se recomienda que, frente a externalidades negativas, se debe imponer al agente el costo correspondiente al valor de las utilidades o recursos de terceros que por él sean afectados o consumidos. (SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: A redistribuição de direitos no Novo Código Civil. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n° 133, p. 8.) Este costo a imponer debe determinarse de forma específica para cada caso, de tal forma que estos costos de transacción se conviertan en costos sociales.

⁶⁸¹ NORTH, Douglass. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, p. 13

⁶⁸² SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: A redistribuição de direitos no Novo Código Civil. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, N° 133, p. 9

Dentro de estas definiciones están incluidos, el esfuerzo en la búsqueda de bienes en el mercado, el análisis comparativo entre el precio y la calidad del bien que se desea, la seguridad para el cumplimiento de la obligación por la otra parte - , lo que incluye la elaboración del contrato - el tiempo ocupado, etc. También puede considerarse costo de transacción a cualquier acción posterior a la operación que una de las partes deba de realizar para la completa satisfacción de su crédito, en esta categoría se incluyen las medidas judiciales.

Cooter y Ulen, destacan tres formas de costos de transacción, los cuales guardan relación con los momentos cuando el intercambio es realizado: (i) Costos de búsqueda, que se origina de la búsqueda de un socio para realizar la transacción, (ii) Costos del arreglo, derivados de la negociación y la redacción del convenio, y (iii) Costos de ejecución, referidas al monitoreo del cumplimiento de las partes y la sanción a las violaciones del acuerdo.⁶⁸³

Estos autores explican que son diversos los factores que afectan los costos de transacción, los cuales son clasificados en costos menores y costos mayores, en el primer grupo se incluyen los bienes o servicios estandarizados, derechos claros y simples, pocas partes, partes amistosas, partes que se conocen, comportamiento razonable, intercambio instantáneo, sin contingencias, bajos costos de monitoreo y castigos baratos. Por otro lado, dentro de los costos mayores están los bienes o servicios peculiares, derechos inciertos y/o complejos, muchas partes, partes hostiles, partes que no se conocen, comportamiento poco razonable, intercambio demorado, numerosas contingencias, altos costos de monitoreo y castigos costosos.⁶⁸⁴

Las incertezas crean y representan costos de transacción. Cuanto mayores fueren las incertezas que los agentes prevén respecto al resultado de la

⁶⁸³ COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Derecho y economía*, p. 120,121.

⁶⁸⁴ COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Derecho y economía*, p. 124.

operación, mayores serán los costos de transacción. Por ello resulta importante el análisis de cada operación, de cada contrato o de cada alteración de la ley.⁶⁸⁵

5.5. CONSIDERACIONES SOBRE EL CONSECUENCIALISMO EN LA APLICACIÓN DE LA LEY.

El AED es un movimiento bastante vinculado al consecuencialismo, lo que implica que las reglas elaboradas y que hacen parte de nuestro ordenamiento jurídico, deben ser aplicadas considerando determinados criterios. Es decir, deben ser elaboradas, aplicadas y modificadas teniendo en consideración sus efectos en el mundo real y no solamente amparados en juicios de valor sin fundamentación empírica.⁶⁸⁶

Actualmente, en vista del dinamismo espacial y valorativo del derecho, el juez busca desvendar los parámetros establecidos literalmente en el conjunto normativo creado por el legislador. Este análisis principiológico que realiza, sin embargo, con frecuencia, facilita la toma de decisiones basadas en el conjunto de valores personales del juzgador.

La amplitud de criterios propios que utilizan los jueces, son resultado de la función de integrar el sistema por medio de cláusulas abiertas y principios que se les atribuye. Sin embargo, esta facultad dificulta la administración de justicia cuando no se considera la responsabilidad de medir el impacto y las consecuencias de sus decisiones frente a las partes y a toda la sociedad.⁶⁸⁷

En tal sentido, si bien el método deductivo, mantenido durante años, se demostró insuficiente debido a la natural abertura y complejidad del sistema, similar rumbo tomó el método argumentativo, debido al alto nivel de incerteza de las decisiones judiciales que presenta.

⁶⁸⁵ SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: A redistribuição de direitos no Novo Código Civil. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n° 133, p. 9.

⁶⁸⁶ GICO, Jr. Ivo. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira y KLEIN, Vinicius (Coord.) *O que é análise econômica do direito: uma introdução*, p. 18.

⁶⁸⁷ VENTURI, Tháís G. Pascolato. A análise consequencialista no processo de tomada de decisões judiciais a partir da obra de Ricardo L. Lorenzetti. In: FACHIN, Luiz Edson y TEPEDINO, Gustavo (Org.) *Diálogos sobre direito civil*. V. III, p. 134.

Como una tercera propuesta para legitimar las decisiones judiciales, surge el paradigma consecuencialista.⁶⁸⁸ Las relaciones intersubjetivas dentro de la sociedad en el actual siglo XXI, denotan una clara interrelación entre los individuos, pues todos son considerados, sea real o virtualmente, consumidores de algo, por lo tanto, dependientes directa e indirectamente, mediata o inmediatamente de lo que le suceda al otro.⁶⁸⁹

Ello conlleva a que, dentro del actual Estado Constitucional Social Democrático del Derecho de corte pos-positivista, donde – según algunos autores – se dejó de lado la solución del problema por la simple deducción lógica, se debe considerar, al momento de realizar un análisis judicial, las consecuencias que de esta derivan con la intención de ponderar una mejor decisión en vista de la multiplicidad de alternativas que ofrece la abertura del sistema jurídico.⁶⁹⁰

El análisis consecuencialista, a pesar de su poca utilización,⁶⁹¹ permite prever dentro de lo posible, las consecuencias jurídicas, económicas y sociales

⁶⁸⁸ En principio, resulta necesario establecer una distinción entre “el resultado” y “las consecuencias”, posteriormente conocer subdistinciones dentro de estas últimas, al respecto Atienza explica: “El resultado de la acción del juez al decidir un caso consiste en producir un norma válida; el resultado, podríamos decir, forma parte del propio concepto de acción, aunque una misma acción pueda describirse como produciendo unos u otros resultados. Las consecuencias son los estados de cosas posteriores al resultado y conectados con él. A su vez, aquí hay que distinguir entre consecuencias conectadas causalmente con el resultado (por ejemplo, la consecuencia de que X haya sido condenado a pagar la cantidad Y a Z puede ser la desesperación de X ante la necesidad de reunir dicha cantidad; la condena del juez, cabe decir, es la causa de la desesperación de X) y otras consecuencias remotas que ya no diríamos están conectadas causalmente con la acción (como por ejemplo, como consecuencia de su estado de desesperación, X se vuelve un alcohólico y muere atropellado por un autobús cuando cruza, embraigado um semáforo en rojo, la muerte de X no la describiríamos ya como consecuencia de la condena del juez). (ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*, p. 193,194).

⁶⁸⁹ VENTURI, Thaís G. Pascolato. A análise consecuencialista no processo de tomada de decisões judiciais a partir da obra de Ricardo L. Lorenzetti. In: FACHIN, Luiz Edson y TEPEDINO, Gustavo (Org.) *Diálogos sobre direito civil*. V. III, p. 146.

⁶⁹⁰ Al respecto ver: VENTURI, Thaís G. Pascolato. A análise consecuencialista no processo de tomada de decisões judiciais a partir da obra de Ricardo L. Lorenzetti. In: FACHIN, Luiz Edson y TEPEDINO, Gustavo (Org.) *Diálogos sobre direito civil*. V. III, p. 147.

⁶⁹¹ Como explica Atienza: “Establecer cuales son las consecuencias de una decisión (...) no es solo algo extraordinariamente difícil, sino que, en general, no suele jugar un papel importante en la justificación de las decisiones judiciales, con la excepción de algunas áreas del Derecho (por ejemplo, el Derecho fiscal), donde es frecuente que se tengan en cuenta las decisiones judiciales – o administrativas – para actuar de una u otra forma en el futuro”. (ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*, p. 194)

que una decisión judicial producirá en el futuro a la sociedad en general, donde los efectos se podrán percibir tanto inmediata como mediatamente.

El análisis consecuencialista tendría una clara función de control respecto al impacto económico y social derivada de alguna decisión. A ello se puede arribar utilizando instrumentos analíticos de las ciencias económicas, específicamente examinando algunos fundamentos del análisis económico del derecho, los cuales servirían como instrumentos teóricos muy útiles para analizar las consecuencias de las decisiones judiciales.⁶⁹²

Esta aproximación entre el derecho y la economía se debe a que ambas se ocupan de conductas humanas, sus diferencias derivan de los diversos enfoques que cada uno de estos adopta en relación al fenómeno.

Esta proximidad, es percibida, principalmente, cuando la norma es aplicada, a relaciones comerciales. En estos casos, los efectos de la decisión del juez o de la ley creada, por lo general, traspasan a los sujetos envueltos en el conflicto, afectando a quienes no tuvieron una participación directa ni algún interés en la materia que es dirimida.

Si actualmente se observan diversas resoluciones judiciales cuestionables por sus consecuencias prácticas, es notorio deducir que estas pudieron evitarse si se optaba por alguna alternativa realista de fundamentación que evitase consecuencias trágicas suscitadas por errores imputables a estrecheces normativas en las que incurre el juez.⁶⁹³

Esto obliga a reflexionar respecto a los efectos de la decisión judicial, pues salta a la luz la necesidad de la aplicación de una teoría que permita prever y sopesar las probables consecuencias de una decisión judicial dentro del contexto legal, político, social, económico e institucional en el cual será inserida.

⁶⁹² Al respecto ver: VENTURI, Thaís G. Pascolato. A análise consecuencialista no processo de tomada de decisões judiciais a partir da obra de Ricardo L. Lorenzetti. In: FACHIN, Luiz Edson y TEPEDINO, Gustavo (Org.) *Dialogos sobre direito civil*. V. III, p. 142.

⁶⁹³ HABA, Enrique, Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial (Realismo jurídico como alternativa práctica al discurso normativista de los jueces). In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 25, p. 528.

Adicionalmente, no debe ignorarse el otro importante papel de la decisión judicial, pues se considera “a la decisión adoptada como un incentivo para conductas futuras de partes no involucradas en el pleito.”⁶⁹⁴ Esto ya lo resalto Haba cuando afirma: “hay que empezar por reconocer que tanto en la actividad del jurista profesional como en las conductas sociales en general, las normas en que se cree llegan a tener influencias considerables. Tales normas intervienen como unas guías (...) de nuestra conducta”.⁶⁹⁵

5.5.1. Algunas posturas sobre el consecuencialismo en la argumentación jurídica.

En relación al consecuencialismo como teoría de la argumentación jurídica, MacCormick manifiesta que “una decisión tiene que tener sentido no solo en relación con el sistema, sino también en relación con el mundo”, sin embargo, la evaluación de las consecuencias, estarían limitadas a determinados casos, específicamente a aquellos que envuelvan problemas de pertinencia, de interpretación y de clasificación. Asimismo, esta evaluación debe realizarse en consonancia con diversos valores considerados principios constitucionales fundamentales, como la justicia, el sentido común, el bien común, la convivencia pública, etc.,⁶⁹⁶

La necesidad de cohesión racional entre los valores constitucionales y los fines consecuencialistas propuesta por Mac Cormick, conlleva a que el consecuencialismo que él defiende, sea diferente a la propuesta consecuencialista derivada de la tradición utilitarista,⁶⁹⁷ pues se trataría de un *utilitarismo ideal*.

⁶⁹⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Razonamiento Judicial. Fundamentos de Derecho Privado*, p. 233.

⁶⁹⁵ HABA, Enrique, Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial (Realismo jurídico como alternativa práctica al discurso normativista de los jueces). In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 25, p. 514.

⁶⁹⁶ Al respecto, Mac Cormick explica “Os exemplos precedentes demonstram com clareza como, no nível de questões fundamentais referentes à abrangência e limites da “norma de reconhecimento” dentro dos sistemas jurídicos, os argumentos consequencialistas necessariamente entram em jogo. No entanto, o processo de avaliação de consequências depende muito de seu meticuloso exame à luz daqueles que são considerados os princípios constitucionais fundamentais”. (MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*, p. 170,171).

⁶⁹⁷ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*, p. 170.

Esto es, por un lado, de un utilitarismo que no tiene en cuenta únicamente las consecuencias para las partes en una ocasión particular (...) sino las consecuencias de la norma en que se basa la decisión; y, por otro lado, de un utilitarismo que no toma en consideración únicamente el valor utilidad (...) sino también otros valores como los indicados.⁶⁹⁸

Por otro lado, Comanducci refiriéndose a las justificaciones consecuencialistas, afirma que estas “podrían ser reducidas quizá a justificaciones deontológicas”, pues en un juicio hipotético “debe hacerse la acción X’ está justificado si la acción X tiene consecuencias buenas”. El profesor Italiano señala que

este tipo de justificación puede reconstruirse como (y por tanto reducirse a) una justificación deontológica de tipo estático: el juicio ‘Debe hacerse la acción X’ está justificado por la norma más universal, según la cual ‘Deben hacerse las acciones que tienen consecuencias buenas’, más la proposición según la cual ‘X es una acción que tiene consecuencias buenas’.⁶⁹⁹

5.6. UNA PROPUESTA A PARTIR DE LA DEFINICIÓN DE EFICIENCIA DE LA ESCUELA DE *NEW HAVEN*.

Por lo señalado, nuestra propuesta parte de la realización de una lectura del derecho comercial y de todas sus características teniendo en consideración el entorno constitucional donde se ubica, debiéndose construir una visión deontológica integrada de la realidad, donde se tenga en cuenta tanto la razón de la norma, como los efectos de esta para el individuo y para la sociedad.⁷⁰⁰ Esta propuesta debe asentarse en un criterio que propone la no existencia de derechos

⁶⁹⁸ ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*, p. 195.

⁶⁹⁹ COMANDUCCI, Paolo. Algunos problemas conceptuales relativos a la aplicación del Derecho. In: COMANDUCCI, Paolo. AHUMADA, Maria Angeles y LAGIER, Daniel Gonzales. *Positivismismo jurídico y neconstitucionalismo*, p. 15.

⁷⁰⁰ De esta manera se estaría descartando la clásica *racionalidad jurídico-formal* propia de la Dogmática Jurídica. En ese sentido se manifiesta Gonzales Amuchástegui: “resulta plenamente justificada la crítica que apunta a los juristas (dogmáticos) como seres poco sensibles al análisis de los problemas jurídicos desde el punto de vista de su justicia o injusticia, de sus consecuencias sociales o de sus costes y su eficiencia”. (GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, Jesús. El análisis económico del Derecho: Algunas cuestiones sobre su justificación. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 15-16, p. 931).

absolutos,⁷⁰¹ esta postura es defendida por pensadores de diversas corrientes, así por ejemplo, Zagrebelsky explica:

La coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir.⁷⁰²

Lo afirmado es reflejado cuando se pretende discutir la compatibilidad del raciocinio jurídico con el raciocinio económico en un sistema jurídico como el brasilero que cuenta con una Constitución escrita, rígida y orientada hacia la consolidación de un Estado social, democrático y de derecho.⁷⁰³

Fachin resalta lo dicho, cuando señala: “o equivocada *minus* que em determinadas concepções se destina à análise econômica do Direito; eficiência e justiça não se excluem, como também Direito e Economia não são antípodas,” continua Fachin: “Codificação e racionalidade econômica são searas de interpenetração fecunda, inclusive no adequado (ou não) funcionamento das cortes superiores”.⁷⁰⁴

El análisis económico del derecho – explica Roemer – no desmerece o ignora otras corrientes como la positivista o la ético normativista, sin embargo, tampoco desconoce la importancia del comportamiento conductual de los seres humanos,

reconocer la conducta como parte del ser humano, no excluye nociones de validez, sino que induce al cumplimiento de los principios más elevados de la humanidad, a través de la creación

⁷⁰¹ Al respecto se recomienda ver: PINZÓN CAMARGO, Mario. *Aproximaciones al análisis económico del derecho*, p. 30.

⁷⁰² ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, p. 14.

⁷⁰³ LOPES, José Reinaldo de Lima. Raciocínio Jurídico e Economia. In: *Revista de Direito Público da Economia*, Nº 8, p. 137,138.

⁷⁰⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil. Sentidos, transformações e fim*, p. 20.

de un derecho pragmático que vincula objetivos normativos con la implementación de políticas públicas viables.⁷⁰⁵

De esta manera, nuestra propuesta, parte del pluralismo de métodos de interpretación que caracterizan a nuestra cultura jurídica, pues a los criterios clásicos conocidos actualmente (histórica, gramática, etc.) se suman otras, como la comparación de los principios jurídicos o el análisis económico del derecho.⁷⁰⁶ El análisis económico del derecho, entonces surge como una alternativa para abordar el estudio e interpretación del derecho,⁷⁰⁷ y en especial el derecho comercial. En ese sentido, “L&E surge como ferramenta importante por demonstrar inconsistências pontuais na forma tradicional de analisar o Direito”.⁷⁰⁸

Si bien una de las principales críticas a esta corriente, es la carencia de contenido moral que se observaría en el concepto de eficiencia, esto no sería tan cierto, pues la noción de eficiencia económica debe tener como sustento la idea de bienestar que ya era utilizada por los utilitaristas.⁷⁰⁹ La comprensión del derecho solamente a partir de un criterio eficiencia, ignorando cualquier naturaleza distributiva, es propia de la Escuela de Chicago.⁷¹⁰

⁷⁰⁵ ROEMER, Andrés. Replica a los comentarios de Rodolfo Vazquez. In: *Isonomía. Revista de Filosofía y Teoría del Derecho* N° 05, p. 157.

⁷⁰⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, p. 135.

⁷⁰⁷ PINZÓN CAMARGO, Mario. *Aproximaciones al análisis económico del derecho*, 31.

⁷⁰⁸ SZTAJN, Rachel y GORGA, Érica. Tradicoes do Direito. In: SZTAJN, Rachel y ZYLBERSZTAJN, Decio. (Org.) *Direito e economia. Analise Econômica do Direito e das Organizações*, p. 143.

⁷⁰⁹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira y GALESKI Jr., Irineu. *Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica*, p. 89,90.

⁷¹⁰ FARACO, Alexandre Ditzel y SANTOS, Fernando Muniz. Analise Econômica do Direito e Possibilidades Aplicativas no Brasil. In: *Revista de Direito Público da Economia*, año 3, n. 9, p. 37. Al respecto, resulta pertinente traer a colación la crítica esgrimida por Bayón: “La tesis más fuerte o radical, la posneriana, según la cual el principio de eficiencia (...) constituye un ideal completo y plausible de justicia que debe guiar la producción del derecho (...) resulta insostenible, en la medida en que tropieza – como mínimo – con dos escollos que me parecen insuperables. El primero de ellos es el problema de la asignación inicial. Qué cuenta como “riqueza” depende de lo que la gente desea y esto depende a su vez – al menos en parte – de lo que la gente tiene. Por lo tanto la maximización de la riqueza siempre es relativa a unos puntos de partida dados, que no son sino formas posibles de asignar la titularidad sobre bienes o recursos de todo tipo. Si ahora preguntamos qué principio ha de guiar esa asignación inicial, la respuesta no puede ser – so pena de circularidad – que el propio principio de eficiencia, porque sencillamente no hay manera de asignar los puntos de partida de un modo tal que se maximice aquello que sólo puede ser definido una vez asignados los puntos de partida. Por el contrario, si se responde – como me parece obligado – que la asignación inicial ha de estar guiada por algún principio distinto del de eficiencia, entonces ya no es posible mantener que éste constituye ideal *completo* de justicia. El segundo

Resulta necesario recurrir a lo propuesto por el individualismo metodológico para entender lo que comprende el “bienestar social”; en tal sentido, como la sociedad no existe independientemente de los individuos que la caracterizan, el bienestar social esté referido al bienestar de los individuos en una determinada sociedad.⁷¹¹

Estando frente a dos decisiones, debe ser utilizada la que otorgue mayor bienestar, pues el análisis económico del derecho tiene como objetivo alcanzar el mayor bienestar a partir de la mejor distribución de los bienes, es decir, propone “construir teorías que sustentam a compreensão, interpretação e aplicação de determinada norma jurídica em termos de eficiência alocativa”⁷¹²; de esta forma el concepto de eficiencia contiene un componente de justicia “evitar el desperdicio es una forma de justicia”.⁷¹³

Esto es destacado por Calabresi cuando afirma:

La justicia es una cosa entera, es un paraguas que cubre todo. Evitar el gasto, hacer que los costos sean soportados por quienes deben hacerlo porque crea los incentivos correctos, todo eso es parte de la justicia. Se evalúa tanto la eficiencia haciéndolo parecer pura elaboración técnica se devalúa la justicia diciendo que la eficiencia no forma parte

escollo consiste en argumentar persuasivamente el valor de la eficiencia. Y después de años de discusión entre Posner y sus críticos, no parece que el primero haya conseguido articular un argumento convincente a favor de la tesis de que la maximización de la riqueza, con absoluta independencia de cómo esté distribuida, constituye un valor en si misma (y no meramente instrumental para alguna otra cosa, tal como la maximización de la utilidad, el bienestar, etc., en cuyo caso habría que abandonar igualmente la pretensión de que es el principio de eficiencia el que constituye un ideal *completo y plausible* de justicia).” (BAYÓN, Juan Carlos. Eficacia e inalienabilidad. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 15-16, p. 971,972).

⁷¹¹ STEPHEN, Frank. *Teoria Econômica do Direito*, p. 41.

⁷¹² FARACO, Alexandre Ditzel y SANTOS, Fernando Muniz. Análise Econômica do Direito e Possibilidades Aplicativas no Brasil. In: *Revista de Direito Público da Economia*, año 3, n. 9, p. 36.

⁷¹³ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*, p. 43. Posición similar es la que manifiesta Araujo, así, para el jurista portugués: “em tudo o que dissemos procuramos dar primazia ao valor da *eficiência*, fazendo jus à perspectiva de que partíamos – subscrevendo uma perspectiva que, sendo peculiar da corrente da “*law and economics*”, nos parece, todavia, eminentemente defensável na mais ampla das visões modernas sobre o Direito e a Política, qual seja a de que o valor *eficiência* esgota, nas atuais sociedades abertas e pluralistas, muito daquilo que consensualmente se reclama da *justiça*”. (ARAUJO, Fernando. Uma análise econômica dos contratos – Parte III: O anti-seguro. O incentivo à eficiência e a separação dos objetivos de prevenção do risco e de reparação do dano. In: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE* N° 1, p. 56).

de ella, porque se están concibiendo ambas como cosas separadas, independientes.⁷¹⁴

Es justamente esta búsqueda del mayor bienestar la que separó esta corriente, de la concepción formalista de la justicia basada en la ética deontológica, pues la ética que contiene el análisis económico del derecho es de naturaleza consecuencialista asentada en el realismo jurídico, en la verificación y en la práctica jurídica.⁷¹⁵

Al derecho le corresponde ayudar a alcanzar una situación eficiente, consiguiendo un mejor aprovechamiento de los recursos existentes, “la forma de garantizar que no se den conductas que perjudiquen la eficiencia (como el robo) debe requerir la existencia de la propiedad y de un sistema civil y penal que los proteja”.⁷¹⁶

Este método de interpretación, se adecua a las necesidades y características de las normas comerciales, pues no se debe olvidar que las empresas son células productivas por excelencia, es allí donde se genera la riqueza y la renta de un país. El Producto Bruto Interno (PBI) de un país es el resultado de la producción de los bienes y servicios producidos por sus empresas. Este papel destacado que tienen, se ve, de diversas formas, afectado por las normas jurídicas y la forma como estas se interpretan y se aplican.⁷¹⁷

5.7. LOS CONTRATOS COMERCIALES: CRÍTICAS A PARTIR DEL AED A POSTURAS INTREPRETATIVAS EN EL DERECHO BRASILEIRO.

⁷¹⁴ CALABRESI, Guido. Entrevista a Calabresi. In: *Themis*. N° 25, p. 61. En sentido similar, Stephen señala “a análise econômica não inclui somente a eficiência, más também outros fatores, tais como a distribuição ou merecimento relativo dos diferentes membros da sociedade”. (STEPHEN, Frank. *Teoria Econômica do Direito*, p. 180).

⁷¹⁵ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira y GALESKI Jr., Irineu. *Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica*, p. 89,90.

⁷¹⁶ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*, p. 40.

⁷¹⁷ BERNARDES, Patricia y FLORENZANO, Vincenzo Demetrio. A moderna concepção de norma jurídica como estrutura de incentivos. In: *Revista de Direito Público da Economia*, año 6, n° 23, jul/set 2008, p. 153.

Como fue explicado, el derecho comercial posee una lógica propia, basada en principios peculiares, en consecuencia debe ser analizado, e interpretado bajo este raciocinio.

En ese sentido, Olavarría Ávila explica:

El Derecho Comercial se esfuerza por ser un derecho amparador de la buena fe y de la equidad, procurando en lo posible dar rapidez y flexibilidad a las operaciones que regula y gozando de las características que ya han sido señaladas. En cambio, el Derecho Civil no tiene por objeto favorecer la honestidad de la gente y en cuanto a los actos que caen bajo su órbita, los reglamenta en forma fija e inalterable.⁷¹⁸

Así, a pesar de la unificación del derecho privado y específicamente de las obligaciones mediante el Código Civil brasileiro del 2002, lo que representó la superación de la duplicidad de normas legales referentes a algunas obligaciones privadas; esto no nos lleva a la conclusión de que ambos sistemas, el civil y el comercial, estarían sometidos a principios idénticos. Esta afirmación es reforzada cuando tomamos en cuenta las características del derecho comercial actual, específicamente de los contratos comerciales, los cuales, con una lógica propia basada en principios peculiares,⁷¹⁹ están orientados a la disciplina del tráfico comercial.⁷²⁰

Debemos recordar que la actividad que realiza el intérprete del contrato no es completamente libre, existen *pautas* legales que indican el camino que se debe seguir, sea cuando se interpreta una norma que se aplica a un contrato, o cuando se interpreta el contrato en sí.⁷²¹

⁷¹⁸ OLAVARRÍA ÁVILA, Julio. *Manual de Derecho Comercial*, p. 130.

⁷¹⁹ Los principios generales propios de los contratos comerciales serían los referidos a la agilización de su formación sin someterlos a formalismos rigurosos, facilitar su prueba, tener en cuenta la vigencia de los usos y prácticas mercantiles como fuentes de interpretación e integración de los contratos, y la costumbre como reguladora de los contratos innominados. (FARINA, Juan. *Contratos Comerciales Modernos. Modalidades de contratación empresarial*, p. 4).

⁷²⁰ FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, vol. 130, p. 22.

⁷²¹ LUCCA, Newton De. A principiologia inerente aos contratos comerciais. In: *Revista dos Tribunais*. Año 101, vol. 923, p. 190.

El análisis de los contratos, como fuentes de obligaciones, es de suma importancia, especialmente para el Derecho comercial, pues son instrumentos indispensables para el ejercicio de las actividades sociales y empresariales en el mundo moderno;⁷²² por ello la necesidad en diferenciar un contrato civil de uno comercial.

Diversas teorías y normas creadas para solucionar conflictos que envuelven relaciones privadas⁷²³ están orientadas a regular, principalmente contratos en su versión clásica, con ello se busca “corregir” desigualdades surgidas entre las partes, como consecuencia de las alteraciones en el modo de vida de la sociedad, especialmente por la masificación de las relaciones económicas durante las últimas décadas.

Estos acontecimientos, hicieron necesario que tanto las leyes, como los operadores del derecho, se adecúen a este nuevo contexto y no se mantengan estáticos frente a la velocidad del mercado de consumo y a la posible fragilidad de una de las partes frente a las imposiciones creadas por el propio mercado.

Con la emisión de estas normas y la aplicación de las teorías, se acepta la interferencia judicial en los contratos y en la libre manifestación de voluntad, sin que, por esta razón, se pueda considerar comprometida la forma de organización en una sociedad.

Por otro lado, los contratos comerciales son fruto del ejercicio de actividad profesional donde necesariamente en las diversas etapas de la elaboración del contrato, participaron personas capacitadas – profesionales; - es decir, sus suscriptores ostentan, en principio, condiciones de plena comprensión del tenor de los pactos firmados y capacidad de soportar sus efectos.

En ese sentido, según explica Farina, existe una diferencia entre la contratación realizada por dos empresas que se encuentran en igualdad de condiciones para negociar, y una negociación entre un consumidor y un

⁷²² LUCCA, Newton De. A principiologia inerente aos contratos comerciais. In: *Revista dos Tribunais*. Año 101, vol. 923, p. 188.

⁷²³ El Código de Defensa del Consumidor por ejemplo.

empresario. Es diferente que una entidad financiera suscriba un convenio con una sociedad anónima luego de largas negociaciones; de la negociación de un banco con un consumidor que se aproximó al funcionario de la entidad para obtener un préstamo.⁷²⁴

En consecuencia, en principio, resulta necesario hacer una distinción entre comerciantes y no comerciantes.⁷²⁵ Esta diferenciación debe partir de la posición de los contratantes entre si y del papel dominante, subordinado o igualitario de uno respecto al otro.⁷²⁶ En seguida debe considerarse los efectos que producen los acuerdos a terceros y a la sociedad en general, es decir las externalidades que producen los contratos empresariales.⁷²⁷

En razón a ello, en nuestro sistema jurídico se debe realizar el análisis a la norma que se va a aplicar, en función a su consecuencia social, como propone el AED, y no en abstracto, como sucede frecuentemente.⁷²⁸

Lo señalado, no debe ser desconsiderado ni por el legislador ni por el que juzga, pues, de ser así, bajo el presupuesto del beneficio general o social de la interferencia, se produciría más daño que beneficio. Por lo tanto, al interferir en una relación comercial - un contrato comercial -, no se debe dejar de lado las consideraciones sobre su naturaleza, la naturaleza de los contratantes y los impactos potenciales que deriven de la decisión interventora.⁷²⁹ Esto ya se observaba en la tradición del derecho europeo, donde la dicotomía entre el derecho civil y el derecho comercial, hicieron posible que dentro del derecho

⁷²⁴ FARINA, Juan. *Contratos Comerciales Modernos. Modalidades de contratación empresarial*, p. 34.

⁷²⁵ BLANCO CONSTANS, Francisco. *Estudios elementales de Derecho Mercantil*, p. 102.

⁷²⁶ FARINA, Juan. *Contratos Comerciales Modernos. Modalidades de contratación empresarial*, p. 34.

⁷²⁷ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira y GALESKI Jr. Irineu. *Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e analise econômica*, p. 172.

⁷²⁸ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*, p. 43.

⁷²⁹ RIBEIRO, Marcia Carla y ALMANZA TORRES, Dennis José. Riesgos y consecuencias del incumplimiento contractual. Un estudio a partir del Análisis Económico del Derecho. In: *Revista Jurídica del Perú* N° 146, p. 194.

contractual se establezcan reglas específicas que se aplicaban a contratos mercantiles, contratos entre comerciantes o empresarios.⁷³⁰

Esta es una de las propuestas que la herramienta de Análisis Económico del Derecho ofrece al jurista que no quiere alejarse de sus reales responsabilidades ocultándose por detrás de expresiones y principios rimbombantes a la opinión pública, pero que apenas disfrazan acciones que deben ser tomadas en el ámbito de las políticas públicas y no de los contratos.

Asimismo, el accionar judicial y la creación de externalidades negativas, también tiene un efecto disuasivo en relación a la contratación. Contratar resulta difícil porque se cuenta con una administración de justicia ineficiente e impredecible, lo que genera incertidumbre y falta de información, pues resulta difícil conocer cuál será la posición de los jueces en determinadas circunstancias, así, como señala Bullard “Si el poder judicial garantizara la contratación fortalecerá instituciones como la seguridad jurídica.”⁷³¹

En síntesis, tanto la celebración, interpretación y ejecución de los contratos mercantiles, debe darse, no por mera especulación teórica, sino por su repercusión práctica y social,⁷³² recordando que “o que é levado em conta na hora de contratar são os riscos de os agentes quebrarem a promessa. Quanto maior o risco, maiores serão os custos do contrato; quanto menor o risco, menores os custos”.⁷³³

5.7.1. La importância de un marco normativo que proteja el contrato.

Si bien la jurisdicción contenciosa que trata las disputas comerciales no está más en manos de comerciantes profesionales, o en tribunales formados por

⁷³⁰ SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: A redistribuição de direitos no Novo Código Civil. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n° 133, p. 17.

⁷³¹ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*, p. 43.

⁷³² FARINA, Juan. *Contratos Comerciales Modernos. Modalidades de contratación empresarial*, p. 4.

⁷³³ PIMENTA, Eduardo Goulart y BOGLIONE, Stefano. Análise econômico do direito contratual. In: *Revista de Direito Público da Economia* n° 1, p. 73.

estos, sino es parte integrante de la jurisdicción general del Estado,⁷³⁴ estos tienen la obligación de solucionar el conflicto en consonancia con aspectos propios del mundo del comercio; considerando aspectos como la seguridad y la previsibilidad necesarias para garantizar la fluidez de las relaciones comerciales. “Esta seguridad debe proporcionársela el Estado principalmente, mediante leyes que garanticen la circulación de las mercaderías sin tropiezos, dificultades, riesgos, etc.”.⁷³⁵ Los textos normativos deben otorgar un equilibrio entre flexibilidad/adaptación y seguridad/previsibilidad.

En ese sentido, Forgioni explica:

Un idealismo ingênuo e exagerado em torno de “novos” dogmas, não pode cegar o intérprete a ponto de fazê-lo aplicar açodadamente textos normativos de abrangência geral (...) a contratos empresariais, desconsiderando sua especificidade em relação aos contratos de natureza diversa.⁷³⁶

Si no se realiza esta diferenciación, la interpretación de estos contratos ignorando la lógica comercialista, podría dificultar la concretización de la función económica inherente a todo acuerdo mercantil.⁷³⁷

Para la Nueva Economía Institucional, la eficiencia de un sistema económico guarda estrecha relación con el sistema contractual. Así, es considerado eficiente el sistema en el cual los costos de transacción asociados al cumplimiento de los contratos sean bajos.⁷³⁸

Las transacciones se desarrollaran con mayor facilidad, donde se cuente con leyes, tradiciones o convenciones que regulen estas figuras y a su vez sean

⁷³⁴ HEINSHEIMER, Karl. *Derecho mercantil*, p. 12

⁷³⁵ GARO, Francisco. *Derecho Comercial. Parte general*, p. 52.

⁷³⁶ FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios empresariais no novo código civil brasileiro. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, econômico e financeiro* N° 130, p. 9.

⁷³⁷ En las nuevas modalidades contractuales, derivadas del proceso de internacionalización del comercio por el que se atraviesa actualmente, esta necesidad es más evidente, pues “el pretender normar una operación nueva, dentro del marco de una categoría jurídica ya conocida, muchas veces resulta inconveniente. Quizás una actitud correcta para estas nuevas figuras sea la de analizar bien su naturaleza económica, para evitar que el derecho no se transforme en obstáculo al desarrollo de la relación económica”. (MARZORATI, Osvaldo. *Derecho de los negocios internacionales*, p. 11).

⁷³⁸ PINZÓN CAMARGO, Mario. *Aproximaciones al Análisis Económico del Derecho*, p. 91.

conocidas por las partes, de esta manera, los contratantes no gastaran tiempo ni recursos cuando estén frente a un imprevisto, pues ya conocen las reglas adecuadas para solucionar el impase. La transacción no se tornará más onerosa, porque las normas contractuales completaran las cláusulas omitidas en el contrato, reduciendo los costos de transacción.⁷³⁹

Así, el Código Comercial brasileiro de 1850, en su artículo 131 proporcionaba principios cardinales para la interpretación de los negocios comerciales, entre ellos destacan: la buena fe, la fuerza normativa de los usos y costumbres, la voluntad objetiva y el desprecio por la intención individual de cada uno de los contratantes, el comportamiento de las partes como forma de llegar a la voluntad común (espíritu del contrato), la interpretación a favor del deudor y el respeto a la autonomía privada.⁷⁴⁰ Estas características, permitieron darle importancia a la función económica del negocio, resaltar la racionalidad económica del empresario y la protección de la eficiencia de las decisiones empresariales.⁷⁴¹

Por otro lado, en el Código Civil de 2002, las reglas generales declaradamente relacionadas a la interpretación de los negocios y contratos, gravitan en determinados artículos, estos son: 112, 113, 114, 157, 421, 422, 423 y 424.⁷⁴² Dentro de estos destacamos el artículo 113, el cual señala que para los

⁷³⁹ STEPHEN, Frank. *Teoria Econômica do Direito*, p. 143,144.

⁷⁴⁰ Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

- 1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras;
- 2 - as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subseqüentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas;
- 3 - o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiverem no ato da celebração do mesmo contrato;
- 4 - o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras;
- 5 - nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor.

⁷⁴¹ FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil Brasileiro. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Vol. 130, p. 24,25.

⁷⁴² Art. 112. "Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem".

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

negocios jurídicos en general, debe imperar la interpretación conforme la buena fe y los usos y costumbres,⁷⁴³ y el artículo 421, que restringe la interpretación contractual teniendo como límite la función social.⁷⁴⁴

Según explica Fachin, estas limitaciones y relativizaciones a la autonomía privada y a la libertad contractual suscitadas por la observancia de principios como la función social del contrato y la buena fe objetiva, tienen como sustento, la atención a los nuevos desafíos y realidades de la sociedad contemporánea. Con ello el contrato deja de ser visto desde una perspectiva de las partes contratantes, para ser examinado a partir del ambiente y contexto social donde está inserido.⁷⁴⁵

El tema referido a la importancia de los usos y costumbres para el comercio en general, fue abordado ampliamente en el segundo capítulo de este trabajo, a manera de “reafirmar” nuestra posición traemos a colación una de nuestras conclusiones: “Procedimentos consagrados pela prática e a utilização de mecanismos eficientes são instrumentos indispensáveis para o ainda maior desenvolvimento do comércio”.⁷⁴⁶

Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.

Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

§ 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

§ 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

⁷⁴³ Igualmente, el Art. 422, resalta la importancia de la buena fe para los contratantes.

⁷⁴⁴ Sobre el tema que envuelve la función social del contrato, en los títulos siguientes se retratará un interesante debate que busca otorgar el contenido “adecuado” a este principio.

⁷⁴⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil. Sentidos, transformações e fim*, p. 106.

⁷⁴⁶ Al respecto, realizamos un trabajo anterior donde desarrollamos con mayor amplitud el tema referido a la importancia de las prácticas comerciales en el comercio: ALMANZA TORRES, Dennis José. *Credito Documentário e segurança no comercio internacional*. Dissertação de Mestrado PPGD – UFPR.

En relación a la buena fe, esta es uno de los pilares del derecho comercial,⁷⁴⁷ pues fortalece la confianza entre los agentes económicos en el sistema disminuyendo el riesgo. No obstante, es considerado por gran parte de la doctrina como un “principio general” con contenido impreciso, esto otorga a los jueces un margen amplio para su discrecionalidad y crearía incerteza para los comerciantes. Esta carencia resalta la necesidad de institucionalizar la noción de buena fe.⁷⁴⁸

Este principio sirve para fortalecer la confianza entre los agentes económicos y de esta manera disminuir el riesgo inherente a toda operación comercial. Como la buena fe está relacionada a los usos y las costumbres del lugar donde se realizan las operaciones, interpretar los acuerdos conforme este principio, es una manera de retomar la esencia del derecho comercial, extremadamente útil a los comerciantes y al mercado. Además, por medio de este, se impone a las partes el deber de *lealdad negocial* cuya exigencia deriva del propio contrato.⁷⁴⁹

La buena fe objetiva mantiene una vasta relación con la confianza, exteriorizada en el contrato, lo que permite perfeccionar la fluidez de las relaciones del mercado,⁷⁵⁰ Sobre la confianza debe recaer protección por parte del Estado, pues este principio mantiene un nexo bastante fuerte con el principio de la responsabilidad.⁷⁵¹ La confianza, explican Mackaay y Rousseu: “permite ao agente reduzir o nível de autoproteção em relação ao que seria adequado se os interlocutores fossem desconhecidos. Permite reduzir custos de transação e, portanto, aumentar o número de contratos celebrados”.⁷⁵²

⁷⁴⁷ MACKAAY, Ejan y ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*, p. 424. En el mismo sentido ver: OLAVARRÍA ÁVILA, Julio. *Manual de derecho comercial*, p. 60

⁷⁴⁸ MACKAAY, Ejan y ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*, p. 425.

⁷⁴⁹ MACKAAY, Ejan y ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*, p. 424, 427.

⁷⁵⁰ FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil Brasileiro. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* N° 130, p. 27,28.

⁷⁵¹ MARQUES, Claudia Lima. *A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato*. In _____ (Coord.) *A nova crise do contrato. Estudos sobre a nova teoria contratual*. p. 30.

⁷⁵² MACKAAY, Ejan y ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*, p. 430,431.

La confianza también mantiene una estrecha relación con otros patrones contractuales como la lealtad, la corrección y la veracidad, los cuales componen el sustrato del principio de la buena fe contractual.⁷⁵³

La seguridad que otorga la buena fe y la confianza en los contratos, son esenciales para el intercambio de bienes y servicios y para el perfeccionamiento de la economía. Cuando la ley impone a quien se obligó, la necesidad de cumplir con el compromiso asumido, está apenas protegiendo la confianza que el acreedor legítimamente tenía en que su interés particular será satisfecho,⁷⁵⁴ por eso la importancia de la confianza y de la buena fe en los contratos.

Resaltar la importancia de la buena fe y la confianza es sumamente necesario, ya que no siempre son observados por los agentes económicos, en ocasiones la confianza puede ser traicionada; por ello resulta importante un sistema jurídico orientado a la tutela de estos principios, que obligue a respetarlos.

En el sistema del derecho comercial, la buena fe permite y estimula la eficiencia del agente económico al mismo tiempo que exige a los comerciantes que participaron del acuerdo adopten su comportamiento típico. En tal sentido, el respeto al principio de la buena fe, no puede traer consigo una protección excesiva a sólo una de las partes, esto ocasionaría una desestabilización del sistema, pues el error en el cálculo del agente es un instrumento que premia la eficiencia del otro.⁷⁵⁵

En los contratos empresariales es natural que una de las partes tenga un resultado económicamente superior a la otra, fruto de la habilidad personal del beneficiado, incluso como consecuencia natural de la relación empresarial que

⁷⁵³ NEGREIROS, Teresa. *Teoría do contrato: novos paradigmas*, p. 116.

⁷⁵⁴ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa fé, justiça contratual*, p. p. 148.

⁷⁵⁵ Resulta importante destacar que “la buena fe que rige las relaciones mercantiles parte de una realidad diversa y desempeña una función un tanto diferente de aquellas que rodean a la mayoría de negocios celebrados entre no comerciantes”. (FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil Brasileiro. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Nº 130, p. 30,31).

necesariamente involucra riesgo para las partes.⁷⁵⁶ En este caso ni la ley ni el Poder Judicial deben interferir en un contrato empresarial⁷⁵⁷ de modo a desconsiderar la ganancia que deriva del acierto de aquel que mejor se organizó o se informó al momento de elaborar el texto del contrato empresarial.⁷⁵⁸ Esto es perjudicial para el comercio, y para la sociedad en general, pues “no considerar que una norma que protege al deudor y que se considera justa, puede reducir los niveles de crédito y generar menor inversión y desarrollo, es sacar la justicia de la realidad”.⁷⁵⁹

Interferir en los resultados de estas relaciones, sería borrar algo esencial a los contratos de índole profesional, los cuales están inseridos en un sistema de libertad de competencia (imperfecto, pero que permite el acceso de competidores y la elección de las estrategias), el cual además premia al agente más competente.⁷⁶⁰

Si cuando se aplica una determinada norma jurídica, de tal forma que esta interfiera en una relación social cuando no se observa falla de mercado alguna, se está comprometiendo la búsqueda hacia el perfeccionamiento que tiene el

⁷⁵⁶ “Entende-se como risco o evento danoso cuja superveniência é incerta tanto quanto à realização como quanto à data”. (MACKAAY, Ejan y ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*, p. 440).

⁷⁵⁷ Al respecto, resulta pertinente traer a colación lo dicho por North respecto a las repercusiones del incumplimiento contractual: “la incapacidad de las sociedades para establecer el cumplimiento de contratos eficazmente y a bajo costo es la fuente más importante tanto de la estagnación (estancamiento) histórica como del subdesarrollo contemporáneo que priva en el Tercer Mundo”. (NORTH, Douglass. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, p. 76).

⁷⁵⁸ En este caso se estaría frente a un supuesto de *paternalismo duro*, donde se busca conseguir un efecto diferente de aquel buscado por el agente. En esta interferencia en el libre arbitrio del individuo se sustituye las preferencias de una persona por la de otras. (MACKAAY, Ejan y ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*, p. 445).

⁷⁵⁹ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*, p. 95.

⁷⁶⁰ “El comerciante se propone, pues, obtener un lucro en las operaciones que realiza en su profesión de tal. Al adquirir la mercadería calcula el precio a que la ha de enajenar, cargando los gastos inherentes, para obtener un margen de utilidad líquida. A veces el cálculo falla por impericia, error o circunstancias imprevistas. Ello no priva a dichas operaciones de tal carácter en tanto exista ese propósito inicial de lucro” (GARRO, Francisco. *Derecho Comercial. Parte general*, p. 9)

mercado, ya que se inhiben, sin justificación, el libre intercambio de bienes y derechos.⁷⁶¹

Es decir, el Estado, ya sea mediante leyes o sentencias, no debe atribuir un tratamiento diferenciado a los competidores de forma que caracterice hipótesis de competencia desleal. Ello porque actualmente en nuestros sistemas democráticos, no existe la posibilidad de perfecta substitución de la iniciativa privada por parte del Estado financiando y dando soporte a actividades mal administradas que no tengan condiciones de mantenerse en el mercado por sus propios méritos.

En ese sentido, en Brasil ganaron destaque casos relacionados a la plantación de naranja y soya,⁷⁶² los cuales tenían como base contratos firmados hace más de veinte años entre productores y agroindustrias que realizaban la reventa de los productos en el mercado internacional. En ambos casos la empresa financiaba la cosecha pagando un precio establecido por el producto “en pié” disponiendo los deberes de la otra parte relativamente a la plantación y cosecha. Tales contratos eran considerados eficientes y adecuados para ambos contratantes hasta que el precio de la reventa, en un determinado año, sobrepasó considerablemente el precio que había sido pagado por el producto “en pié”, generando disconformidad en los productores, muchos de los cuales recurrieron al Poder Judicial con la finalidad de que se declare que los términos del contrato firmados eran abusivos, correspondiéndoles por tanto la respectiva indemnización.

Las sucesivas decisiones judiciales en favor de los productores generó el ejercicio del derecho de acción de gran número de productores y varias hipótesis de condenación de la agroindustria. Como consecuencia de ello, la mayor parte de estas empresas dejaron de operar con este tipo de contrato, lo que obligó a los

⁷⁶¹ FARACO, Alexandre Ditzel y SANTOS, Fernando Muniz. Análise Econômica do Direito e Possibilidades Aplicativas no Brasil. In: *Revista de Direito Público da Economia*, año 3, Nº 9, p. 36.

⁷⁶² Con relación a los contratos relacionados a la venta de naranja ver la siguiente Resolución: COMPRA E VENDA. Laranja. Preço. Modificação substancial do mercado. O contrato de compra e venda celebrado para o fornecimento futuro de frutas cítricas (laranja) não pode lançar despesas à conta de uma das partes, o produtor, deixando a critério da compradora a fixação do preço. Modificação substancial do mercado que deveria ser suportada pelas duas partes, de acordo com a boa-fé objetiva (art. 131 do Código Comercial). Recurso conhecido e provido. Supremo Tribunal de Justiça, Rec. Especial nº 256.456-SP, relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, publicado em 07.05.2001.

productores a buscar préstamos mucho más costosos para la plantación reduciendo su margen de ganancia.

Tal ejemplo es una clara demostración de que la interferencia en los contratos empresariales puede generar resultados que superen el simple acierto de los derechos involucrados (son las llamadas externalidades contractuales) incluso comprometiendo un determinado sistema productivo.⁷⁶³

Esta potencialidad no debe ser desconsiderada ni por el legislador ni por el que juzga, pues bajo el presupuesto del beneficio general o social de la interferencia, se produciría más daño que beneficio.

Asimismo, se debe tener en cuenta que en las relaciones comerciales, se dan situaciones donde decisiones judiciales que garantizan indemnizaciones, traen consigo cambios en la distribución de recursos, los cuales son transferidos para la sociedad, así, como explica Sztajn, “as indenizações impostas judicialmente, quando possível, passam a integrar o processo produtivo e são transferidas para a sociedade, o que é uma externalidade resultante de decisão judicial”.⁷⁶⁴

5.7.2. El problema de la función social del contrato en las relaciones contractuales comerciales.

Respecto al otro principio aludido – la función social del contrato – al igual que la mayoría de los institutos jurídicos es producto de la propia realidad social.⁷⁶⁵ Su antecedente más remoto se encuentra en la expresión *Eigentum verpflichtet* (la propiedad obliga) establecida en el artículo 153 de la Constitución de Weimar.

⁷⁶³ RIBEIRO, Marcia Carla y ALMANZA TORRES, Dennis José. Riesgos y consecuencias del incumplimiento contractual. Un estudio a partir del Análisis Económico del Derecho. In: *Revista Jurídica del Perú* N° 146, p. 193,194. Al respecto, también se recomienda ver: BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*, p. 47-62).

⁷⁶⁴ SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: A redistribuição de direitos no Novo Código Civil. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n° 133, p. 10.

⁷⁶⁵ Mackaay y Rousseau explican que la evolución del contrato durante las últimas décadas, conlleva al abandono de la concepción individualista fundada en la autonomía de la voluntad, haciendo surgir una concepción “solidarista” del contrato, esto provocó una crisis en la teoría del contrato. (MACKAAY, Ejan y ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*, p. 406).

Este principio en un inicio estuvo relacionado a la propiedad de la tierra, pues tanto los bienes de raíz como los bienes de consumo eran símbolos de poder económico y social dentro de la comunidad, siendo el Estado el encargado de imponer restricciones y límites a este derecho en beneficio del interés público.⁷⁶⁶

En la actualidad, este panorama ha cambiado, la acumulación de capital dejó de tener como base la explotación de los bienes raíces como sucedía en las sociedades agrarias, el capital ahora es resultado de relaciones comerciales e industriales más complejas, consecuentemente la esencia de la obligación contenida en el principio de la función social tuvo que modificarse, de esta manera este principio pasó a tutelar las relaciones jurídicas de la sociedad moderna, los contratos.

Si bien, *grosso modo*, se afirma que el principio de la función social en materia de relaciones contractuales pretende mitigar los efectos sociales y reconocer los intereses de terceros dignos de tutela y pasibles de ser afectados por estas relaciones,⁷⁶⁷ en el escenario jurídico aún se discute la performance que debe adquirir este principio.

Atribuirle un sentido jurídico a esta expresión, es una necesidad, pues de ello dependerán los nuevos delineamientos que adquirirá el contrato en la sociedad.

La limitación de la libertad contractual contenida en este principio, “permite la transición entre los intereses de las partes envueltas en el contrato y terceros extraños a este, quienes de una u otra forma se encuentran a él vinculados”. La limitación a la que se hace mención, puede darse tanto en el momento de la elaboración de los contratos – sean típicos o atípicos -, o en el momento de su

⁷⁶⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: Primeiras anotações. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, econômico e financeiro*, p. 7. En sentido similar ver: LUCCA, Newton De. A principiologia inerente aos contratos comerciais. In: *Revista dos Tribunais*. Año 101, vol. 923, p. 194,195.

⁷⁶⁷ Pereira y Galeski Junior explican: “La función social entonces permite la transición entre los intereses de las partes envueltas en el contrato, y de terceros extraños a este, pero que de alguna forma se encuentran significativamente a él sujetos”. (RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. y GALESKI Jr. Irineu. *Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica*, p. 23).

ejecución, haciendo posible la revisión de las condiciones pactadas y poniendo en riesgo su subsistencia.⁷⁶⁸

Esta tesis, parte de la relación que existiría entre la función social del contrato y la buena fe objetiva, esta última entendida como el deber de actuar de acuerdo con determinados patrones socialmente recomendados de corrección, honestidad y lealtad que fortalezcan la confianza entre los agentes económicos.⁷⁶⁹

Con esta objetivización de la conducta esperada por la otra parte, se produce un aumento del grado de certeza y previsibilidad en el mercado, disminuyendo el riesgo presente en las relaciones comerciales; asimismo, se estimula la eficiencia del agente económico, quien confía en que el respeto a este principio no traerá consigo una protección excesiva a una de las partes, pues en el mundo de los negocios, el error en el cálculo del agente es un instrumento que premia la eficiencia del otro.⁷⁷⁰

La interpretación del principio de la función social del contrato, en base a la buena fe objetiva, vincula valores asociados a los usos y las costumbres de la plaza donde se desenvuelven estas operaciones, reavivando una tradicional norma de derecho mercantil sumamente necesaria para los comerciantes y para el mercado.

No obstante, el contenido de este principio aún es arduamente discutido, para algunos debe prevalecer un patrón general para su interpretación fundamentado en la tutela de intereses supra individuales, pudiendo, el poder judicial, a pedido de la colectividad, tutelar las garantías institucionales limitando la

⁷⁶⁸ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. y GALESKI Jr. Irineu. *Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica*, p. 23,24.

⁷⁶⁹ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa fé, justiça contratual*, São Paulo: Saraiva, 1994, 136.

⁷⁷⁰ FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, Nº 130, p. 30.

libertad contractual, puesto que cada vez que sean afectados intereses institucionales habrá lesión a la función social del contrato.⁷⁷¹

Por otro lado, parte de la doctrina comercialista, - a la cual nos adherimos - son contrarios a la existencia de un patrón general de interpretación para este principio, resaltando la necesidad de un tratamiento hermenéutico para cada categoría contractual. De esta manera, al tratarse de contratos empresariales, se debe considerar, además de la seguridad y estabilidad comunes a todo tipo de contratos, el riesgo y la tutela del crédito.

El riesgo nace de la obligación que tiene el empresario con inversores y trabajadores, esperando obtener como retorno de esta obligación una remuneración que supere los gastos realizados, para ello se vale de los contratos, en tal sentido, no sería justificable la invocación y aceptación de normas generales de los contratos con el propósito de neutralizar el riesgo.

Hacer una lectura de la función social del contrato tratándose de acuerdos empresariales es muy diferente a la aplicación de este principio sobre un contrato común;⁷⁷² pues además de los elementos adicionales - riesgo y crédito -, deben considerarse sus especificidades las cuales se originaron a partir de los usos y costumbres consolidados por la repetición de los actos negociales entre comerciantes.

También debe tenerse en cuenta que los efectos que estos acuerdos producen, no se limitan a las partes contratantes, existen sujetos externos que de alguna forma sufren las consecuencias que emanan del derecho reconocido al otro. Estos sujetos serían los llamados a invocar estas externalidades como fundamento para la modificación de sus condiciones,⁷⁷³ teniendo como base los

⁷⁷¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: Primeiras Anotações. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Vol. 132, p. 21.

⁷⁷² RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. y GALESKI Jr. Irineu. *Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica*, p. 165.

⁷⁷³ Cabe indicar que si se trata de resultados o alteraciones que afectan a los contratantes, existen otros mecanismos para solicitar su revisión, tales como los principios orientadores de la revisión del contenido contractual, la teoría de la imprevisión, la excesiva onerosidad o incluso la desconsideración del contrato por algún vicio en el consentimiento. "No son las externalidades

principios establecidos en la Constitución Federal como la libertad de iniciativa empresarial, la existencia digna y la justicia social; sin desconsiderar la búsqueda de lucro propia de la actividad empresarial.⁷⁷⁴

La aplicación de la función social del contrato sería una forma de controlar las externalidades y proteger a los terceros de los efectos de los contratos; sin embargo, esta intervención en las relaciones privadas solamente debe darse en hipótesis específicas, muestra de ello sería, en el ámbito interno, la teoría del abuso del derecho⁷⁷⁵ y de la excesiva onerosidad,⁷⁷⁶ en el ámbito externo, la más importante sería las normas de protección de la competencia, pues “aquí se justifica la intervención en el contrato en busca de la eficiencia para la colectividad, es decir, la maximización del bienestar general, en perjuicio de enriquecimientos unilaterales y desproporcionales”.⁷⁷⁷

En ese orden, destacamos la importancia que tiene el aspecto promocional del derecho en las relaciones comerciales, pues analizando las ventajas y desventajas de la aplicación del principio de la función social del contrato empresarial, se observa que en un dado momento, consagrar la eficacia contractual podría tener un mayor significado social que la punición de una conducta lesiva prohibida por ley que afecte el orden económico. Esto se debe al impacto diverso hacia la sociedad que emiten las diversas modalidades contractuales.⁷⁷⁸

justificativas para la revisión de las condiciones pactadas entre las partes del contrato empresarial” (RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. y GALESKI Jr. Irineu. *Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e analise econômica*, p. 175).

⁷⁷⁴ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. y GALESKI Jr. Irineu. *Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e analise econômica*, p. 173.

⁷⁷⁵ Artículo 187 del CCb.

⁷⁷⁶ Artículo 478 del CCb.

⁷⁷⁷ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. y GALESKI Jr. Irineu. *Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e analise econômica*, p. 179.

⁷⁷⁸ Al respecto explican: “Un empresario que identifique en la posición jurisprudencial una postura de respeto al contrato, se sentirá estimulado para realizar nuevos negocios semejantes, dándole movimiento a la economía. Situación exactamente inversa podrá ocurrir caso la jurisprudencia se esté posicionando en sentido contrario generando una tendencia menos densa de la oferta, normalmente asociada a la actividad empresarial” (RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. y GALESKI Jr. Irineu. *Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e analise econômica*, p. 180).

Por lo tanto, el límite lógico al poder de intervención en el contrato, y que no debe ser desconsiderado, es la capacidad de absorción del impacto de la relativización del contrato con base en la función social, tanto para el empresario como para el mercado, si se ignora estos, la relativización desestimulará la oferta de los bienes contratados, llevando al mercado a un proceso de desaceleración económica.⁷⁷⁹

Si la posibilidad de disminución de la oferta en aquel mercado es bien recibida por la sociedad, el principio estaría cumpliendo su función social; si por el contrario la socialización de los perjuicios derivados de la relativización se reflejan en una pérdida colectiva, el interés social se habría transformado en un interés individual cuya defensa generaría un impacto cuestionable, principalmente en razón de los resultados ineficientes.

⁷⁷⁹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. y GALESKI Jr. Irineu. *Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica*, p. 181.

CONCLUSIONES:

El problema traído en este trabajo coloca en evidencia la existencia de una marcada complejidad de ordenamientos jurídicos que conforman el derecho comercial. Esta situación exige un cambio cultural, en especial en los sujetos que actúan en esta rama con el fin de tornarlos aptos y capaces de buscar un encuadramiento jurídico más compatible con el principio de eficiencia del derecho comercial.

Toda esta estructura legal que comprende el Derecho comercial, tiene (o debe tener) como finalidad estimular la fluidez de las relaciones económicas, lo que significa preservar la seguridad y la previsibilidad jurídica.

Esta idea no es nueva, incluso desde antes que el Estado sea configurado como lo concebimos actualmente, el comercio ya giraba en torno a esta propuesta. Los Fenicios, los Griegos y luego los comerciantes Medievales ya traían consigo la necesidad de disminuir los *costos de transacción* con la finalidad de conseguir la eficiencia en sus actividades. Obviamente los antiguos desconocían aspectos teóricos y hermenéuticos de estos métodos.

La *lex mercatoria* o *ius mercatorium* es una prueba de ello, pues frente a la ausencia de una normatividad uniforme y ágil que permita el desarrollo del comercio, los hombres de negocios crearon sus propios estatutos con el objetivo de regular sus actividades comerciales, de tal forma que estas sean beneficiosas y ventajosas para sus participantes. Estas instituciones – *informales* como las llama North –, fueron piezas fundamentales para que, por un largo periodo el comercio se desenvuelva.

El Estado moderno, en su afán integracionista y absorbente, hizo suyas las prácticas comerciales, las sistematizó en sus Códigos y leyes. Así, la funcionalidad de las instituciones informales se vio burdamente reducida. Este fue un periodo de estagnación del comercio.

Los primeros códigos fueron creados con dos objetivos, crear seguridad y previsibilidad jurídica, así lo entendió la Escuela de la Exegesis y así lo aplicó. Sin embargo, la propia dinámica de la sociedad, inviabilizó el cumplimiento de estos objetivos, puesto que era imposible enmarcar en un texto normativo situaciones nuevas que necesitaban ser reguladas.

Esto nos trae una primera reflexión, codificar o legislar no siempre es recomendable, pues las figuras comerciales, por los constantes cambios en nuestra sociedad, requieren mecanismos flexibles que permitan adaptaciones y actúen facilitando la concretización de los negocios. El derecho legislado, conteniendo normas rígidas, frecuentemente, no cumple su papel como facilitador del comercio.

Esto es palpable en la actualidad, donde la *nueva lex mercatoria* está retomando su posición como derecho de los comerciantes que pretende actuar (y actúa) con reducida vinculación al Estado. Y es que figuras como el Crédito Documentario o los *Incoterms*, proporcionan un sistema eficiente y flexible. Estos procedimientos consagrados por la práctica, y la utilización de mecanismos eficientes son instrumentos indispensables para el mayor desarrollo del comercio.

Si bien en el actual Estado regulador, de perfil intervencionista y agente de políticas liberales, la regulación de las actividades económicas esta dentro de sus principales funciones; la positividad de las normas emitidas por los órganos políticos constitucionales, encuentra un “aparente” límite cuando está frente a la normatividad expresada en los contratos y en la auto-regulación negocial privada.

Como las organizaciones interfieren en las instituciones y considerando la dinamicidad característica de la empresariedad y su consecuente necesidad de transformación (nuevas técnicas, nuevos negocios, nuevas fronteras), existe una tendencia en buscar soluciones que vayan más allá de las instituciones formales, soluciones consensuales y más ágiles capaces de suprimir las demandas de los comerciantes. De allí las experiencias, por ejemplo, de auto-regulación de sectores económicos como el de la Bolsa de Valores de São Paulo, en su

segmento del Nuevo Mercado, en el cual las empresas interesadas en enumerar sus activos para vender en aquella organización, necesitan adecuarse a las normas internas. Otro ejemplo de institución informal creada por los empresarios, son los códigos de conducta interna de las empresas (*compliance*), o los organismos internacionales que trabajan por la implementación de reglamentos universales que buscan la facilitación del comercio internacional.

Actualmente, las interacciones económicas se someten a las instituciones formales y a las informales, lo que es una característica de las relaciones de naturaleza empresarial. No sin antes, traducir a nuestra actual situación histórica, social, política y económica normas como el Código Civil, el Código Comercial y leyes especiales, que fueron elaboradas con anterioridad para operar en contextos diferentes.

El papel del juez y del jurista en esta nueva cultura jurídica ha de suponer una mirada atenta a esta complejidad, procurando evitar la construcción de soluciones improvisadas, no atentas al necesario diálogo entre sus diferentes fuentes, puesto que al derecho le compete preservar el mercado viabilizando el juego mediante un sistema que busque consagrar el respeto por sus reglas y la conservación de la relación comercial generalmente representada por el contrato. Vale destacar que este último, siendo el principal mecanismo de las relaciones comerciales contemporáneas, viene enfrentado importantes alteraciones prácticas y teóricas que merecen atención.

Actualmente, en los Estados constitucionales, como la creación, aplicación e interpretación de una norma debe realizarse bajo parámetros “constitucionales”, en diversas ocasiones el legislador o juez, *neoconstitucional*, no considera las reales consecuencias de una ley o de una decisión judicial, incluso si estas derivan o corresponden a una relación jurídica comercial (o empresarial); sino prioriza la satisfacción de la parte que él considera afectado, o el requerimiento de la sociedad “afectada” según su criterio de justicia. Esto demuestra que la interpretación consecuencialista no siempre es aplicada, lo que conlleva a la obtención de resultados perjudiciales para los comerciantes.

El constitucionalismo social, que se impuso en el ordenamiento brasilero obliga a revisar los paradigmas clásicos que sirven de guía para aplicar una norma jurídica a una relación comercial. El CCb vigente, consiguió hábilmente asociar principios clásicos del liberalismo en el campo de los contratos a principios de mayor intervención estatal como la función social del contrato, la buena fe objetiva y el equilibrio económico.

La intervención estatal trae consecuencias relevantes con relación a los contratos empresariales, esta conducta justificada por la necesidad de proteger determinados intereses afectados por las externalidades producidas por los contratos, no debe contrariar el sistema económico adoptado por el país. Por ello, al contrato se le debe dar una interpretación según las expectativas que presupone el comportamiento normalmente adoptado; de no ser así, se estarían sacrificando aspectos como la seguridad y la previsibilidad jurídica.

La importancia de la protección de estas columnas del derecho comercial se encuentra reflejada en la propia naturaleza de los acuerdos comerciales, pues cuando una parte contrata, tiene la legítima expectativa de que la otra se comportará de determinada manera, eso hace que ambos empresarios planeen su jugada y se comporten conforme los lineamientos del mercado.

Dentro de las diversas técnicas para interpretar normas jurídicas, las normas comerciales deben ser analizadas desde un punto de vista real y funcional; es ese uno de los aspectos que tratamos de demostrar a lo largo del trabajo, explicar que interpretaciones axiológicas o demasiado formales no tienen cabida cuando de relaciones comerciales se trata, pues estas no toman en cuenta un aspecto sumamente importante como son las externalidades.

Resulta importante recurrir al AED como método para la creación e interpretación de una norma en nuestro sistema romano-germanico, dadas las características de esta metodología, lo que permite dotar de previsibilidad al comercio.

Al sentar las bases del AED en corrientes americanas como el realismo jurídico, prevemos la convergencia que se estaría produciendo entre los sistemas jurídicos dominantes, el *common law* y el *civil law*. Esta aproximación es de suma importancia para el derecho privado, en especial para el derecho comercial. Dejando claro que la aproximación entre estos dos sistemas no debe ser observado desde un punto de vista “colonizador”.

La defensa de la utilidad de esta corriente la realizan diversos autores, como Posner, quien explica que su utilidad solamente puede ser descartada si existiese alguna otra propuesta más incluyente, más poderosa y sobre todo más útil que el AED.

Entonces, interpretar una norma jurídica comercial o aplicarla, basada en criterios distintos al mencionado, puede ser perjudicial, no solamente para las partes, sino para terceros que no participan del negocio, para toda la sociedad.

Por eso consideramos que es el análisis económico del derecho, el método que contribuye significativamente para la comprensión de fenómenos sociales y auxilia en la toma racional de decisiones jurídicas, pues, basado en métodos de las ciencias económicas, esta corriente prevé técnicas que pueden auxiliar al jurista a identificar, prever y explicar las consecuencias sociales de las decisiones asumidas *ex ante* y *ex post*.

Una de las principales críticas al AED, era respecto a lo que representa la eficiencia, si bien en su versión clásica el AED aun puede ser sometido a este tipo de críticas, otras vertientes como el *New Haven*, esclarecieron que el término eficiencia debe actuar, en consonancia con otros principios, todos deben buscar la justicia como fin.

El análisis económico del derecho, ya goza de cierta preferencia dentro de nuestros ordenamientos, sin embargo, también existe un grueso grupo de

estudiosos que lo rechazan, curiosamente, la mayoría de trabajos dedicados a este método son críticas, dirigidas especialmente a la Escuela de Chicago.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*, 6 ed. rev. atual. y ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.

ACKERMAN, Bruce. *La constitución viviente*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

AGUILERA PORTALES, Rafael y LÓPEZ SÁNCHEZ, Rogelio. Interpretación judicial y principios jurídicos fundamentales en el estado democrático y social de derecho. In: *Interpretación y razonamiento jurídico*. Lima: Ara, p. 404-437, 2009.

AGUILO REGLA, Josep. La Constitución del Estado Constitucional. In: *El Derecho en acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del Derecho*. Lima: Ara, p. 81-116, 2010.

AGUIRRE, Basilia y SZTAJN, Rachel. Mudanças institucionais. In: ZYLBERSZTAJN, Decio y SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito & Economia. Análise Económica do Direito e das Organizacoes*. Rio de Janeiro: Elseiver, 2005, p 228-243.

AGUSTINHO, Eduardo Oliveira y RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Apontamentos sobre a hermenéutica do direito empresarial constitucional a partir da análise económica do direito. In: *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*, Fortaleza – CE, 09-12 junho/2010, p. 429-439.

AHUMADA, María Ángeles. Neoconstitucionalismo y constitucionalismo (A propósito de “Constitucionalización y Neoconstitucionalismo” de Paolo Comanducci). In: COMANDUCCI, Paolo, AHUMADA, Maria Angeles y LAGIER, Daniel Gonzales. *Positivismo jurídico y neconstitucionalismo*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 123-159.

ALCHOURRON, Carlos. Sobre derecho y lógica. In: *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* n° 13. Alicante: Universidad de Alicante, p. 11-33, 2000.

ALCHOURRON, Carlos y BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. 6° reimp. Buenos Aires: Astrea, 2006.

ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. México: Fontamara, 2010.

ALEXY, Robert y BULYGIN, Eugenio. *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

ALMANZA TORRES, Dennis J. *Comercio internacional & crédito documentario*. Curitiba: Jurua, 2012.

ALMANZA TORRES, Dennis José. *Credito Documentário e segurança no comercio internacional*. Dissertação de Mestrado PPGD – UFPR, Curitiba, 2012.

ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. *Codificação e não codificação: do paradigma moderno ao direito de empresa*. Dissertação de Mestrado PPGD – UFPR, Curitiba, 2014.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *Da codificação: crônica de um conceito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ARAUJO, Fernando. Uma análise econômica dos contratos – Parte III: O anti-seguro. O incentivo à eficiência e a separação dos objetivos de prevenção do risco e de reparação do dano. In: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE* N° 1, año 1, jan/mar 2003, Belo Horizonte: Forum: 51-132.

ARAUJO, Nadia de. Uma visão econômica do Direito Internacional Privado: Contratos Internacionais e Autonomia da Vontade. In: TIMM, Luciano. *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 433-444.

ARJONA, César. Afinidades entre Dworkin y Pound. Un breve estudio sobre influencias y coincidencias. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* n° 26. Alicante: Universidad de Alicante, p. 387-415, 2003.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. *Teoria Geral do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1998.

ASCARELLI, Tullio, *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Saraiva e Cia., 1947.

ASCARELLI, Tullio. *O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado*. In: *Revista de Direito Mercantil Econômico e Financeiro*. Año XXXVII, nº 114, abr/jun 1999. São Paulo: Malheiros, p. 237-252.

ASEFF, Lucia Maria. Los métodos interpretativos. In: *El Derecho en acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del Derecho*. Lima: ARA, 2010, p. 345-381.

ASQUINI, Alberto. *Perfis da empresa*. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, v. 35, n. 104, p. 109-126, out./dez. 1996.

ATIENZA, Manuel. Constitucionalismo, globalización y derecho. In: *Interpretación y razonamiento jurídico*. Lima: Ara, 2009, p. 17-39.

ATIENZA, Manuel. *Introducción al Derecho*. México: Fontamara, 1998.

ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*, Lima: Palestra, 2006.

ATIENZA, Manuel y MANERO, Juan Ruiz. *Para una teoría postpositivista del Derecho*. Lima, Palestra, 2009.

ATRIA, Fernando. La ironía del positivismo jurídico. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* nº 27. Alicante: Universidad de Alicante, p. 81-139, 2004.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14º ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2013.

BALIÑO, Juan Pablo Pampillo. La descodificación del derecho mercantil en México, In: *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, nº 124, 2011, p. 83-119.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos internacionais*. São Paulo: Lex editora, 2010.

BAPTISTA, Luiz Olavo. O crédito documentario. In: *Revista de Direito Público* N° 63, año XIV, jul./set. 1982. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 229-235.

BARBER, William J. *Historia del pensamiento económico*. 10º reimp. Madrid: Alianza Universidad, 1987.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BAYÓN, Juan Carlos, Eficacia e inalienabilidad. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* n° 15-16. Alicante: Universidad de Alicante, p. 971-991, 1994.

BECK, Ulrich. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Barcelona: Paidós, 1998.

BENTO, Soares Maria Ângela e RAMOS, Rui Manuel Moura. *Contratos Internacionais. Compra e venda, cláusulas penais, arbitragem*. Coimbra: Almedina, 1995.

BERNAL PULIDO, Carlos. La posición de América Latina en el contexto de la globalización. In: *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú* N° 58. Lima: PUC, 2005, p. 311-331.

BERNAL PULIDO, Carlos. Normatividad y argumentación jurídica. In: *Interpretación y Razonamiento Jurídico*. Lima: Ara, 2009, p. 291-307.

BERNARDES, Patricia y FLORENZANO, Vincenzo Demetrio. A moderna concepção de norma jurídica como estrutura de incentivos. In: *Revista de Direito Público da Economia*, año 6, n° 23, Belo Horizonte: Forum, jul/set 2008, p. 141,157

BERTOLDI, Marcelo M. y RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009.

BLANCO CONSTANS, Francisco. *Estudios elementales de Derecho Mercantil*. Madrid: Hijos de Reus Editores, 1910.

BOAVENTURA DE SOUSA, Santos. *A Globalização e as Ciências Sociais*. 4º ed. São Paulo: Cortez, 2011.

BOAVENTURA DE SOUSA, Santos. *La Globalización del Derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, 1º ed. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1998.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Poder*. São Paulo: Editora UNESP, 2008.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Icone, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: EDIPRO, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos, 10º Ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito* 3 ed. SP: Martin fontes, 2010.

BOBBIO, Norberto. *Teoria general del derecho*. Santa Fe de Bogota: TEMIS, 1999.

BOLAFFIO, Leon. *Leyes y Usos Comerciales. Actos de Comercio*. Vol. 1. Buenos Aires: Ediar editores, 1947.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2013.

BRUE, Stanley L. *Historia do pensamento econômico*. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra, 2003.

BULGARELLI, Waldirio. *A teoria jurídica da empresa; análise jurídica da empresarialidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

BULYGIN, Eugenio. El conocimiento y la interpretación del Derecho. In: *El Derecho en acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del Derecho*. Lima: Ara, p. 20-51, 2010.

BULYGIN, Eugenio. Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos In: BULYGIN, Eugenio y ALCHOURRON, Carlos. *Análisis Lógico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 169-193.

BULYGIN, Eugenio. Tiempo y Validez. In: BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 195-214.

CABRILLO RODRIGUEZ, Francisco y LÓPEZ-IBOR, Rocio Albert. El análisis económico del derecho en la encrucijada. In: *Ekonomiaz. Revista Vasca de Economía* N° 77, 2011, p. 200-221.

CADENA AFANADOR, Walter René. La nueva *Lex Mercatoria*: Un caso pionero en la globalización del derecho. In: *Revista Papel Político*. Bogotá: Universidad Javeriana: Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales. n° 13, p. 101 – 114, oct. 2001.

CALABRESI, Guido. Entrevista a Calabresi. In: *THEMIS. Revista de Derecho* N° 25, Lima: PUCP, 1993, p. 55-62.

CALSAMIGLIA, Albert. *Racionalidad y eficiencia del Derecho*. México: Fontamara, 2006.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CAMPBELL, Tom. *La justicia: Principales debates contemporáneos*. Barcelona. Gedisa Editorial, 2008.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Teoria do Direito e globalização econômica. In: VIEIRA, Oscar Vilhena y SUNDFELD, Carlos Ari (Coord) *Direito Global*. São Paulo: Max Limoned, 1999, p. 77-92.

CAMPOS ZAMORA, Francisco. Nociones Fundamentales del Realismo Jurídico. In: *Revista de Ciencias Jurídicas* Nº 122, mayo/agosto 2010, p. 193-219.

CÂNDIDO, Vicente. Os Princípios Constitucionais e a Exploração da Atividade Econômica. In: COELHO, Fabio Ulhoa y otros. *Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 131-166.

CARBONELL O'BRIEN, Esteban. *Elementos de Derecho Comercial*. Lima: Legales Ediciones, 2015.

CARBONELL, Miguel. Globalización y derecho: siete tesis. In: MULLER, Luiz T. Diaz. (Coord.) *Globalización y Derechos Humanos*. México: UNAM, 2003.

CARCOVA, Carlos María. ¿Qué hacen los jueces cuando juzgan? (Enfoques plurales sobre la interpretación del derecho y la hermenéutica judicial). In: *El Derecho en acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del Derecho*. Lima: Ara, p. 209-222, 2010.

CARDOZO, Benjamín. *La naturaleza de la función judicial*. Granada: Comares, 2004.

CARRINO, Agostino. Solidaridad y Derecho. La sociología jurídica de los "critical legal studies". In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* nº 12. Alicante: Universidad de Alicante, p. 115-153, 1992.

CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986.

CARVALHO de MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito comercial brasileiro*, Livro IV, 6 ed. v. VI, Rio de Janeiro: Freitas Bastos S.A.

CAVALI, Rodrigo Costanero. Análise econômica do direito e justiça distributiva. In: CURTI, Ivan Guerios. (Coord.) *Estudos de Teoria Geral do Direito*. Curitiba: Juruá, p. 87-97.

CAVALLI, Cassio, O direito e a economia da empresa. In: TIMM, Luciano (Org.) *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, p. 417-431, 2014.

COASE, Ronald H. O problema do custo social. In: *Revista de Direito Público da Economia*. ano 7, nº 26, Belo Horizonte: Forum, abr./jun. 2009, p. 135-191.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito comercial. Direito de empresa*. 12 ed. rev. e atual., vol.2. São Paulo: Saraiva, 2008.

COELHO, Fabio Ulhoa. Os princípios do Direito Comercial no Projeto de Código Comercial. In: COELHO, Fabio Ulhoa y otros. *Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 101-116.

COMANDUCCI, Paolo. Constitucionalización y neoconstitucionalismo. In: COMANDUCCI, Paolo, AHUMADA, María Ángeles y LAGIER, Daniel González. *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 85-121.

COMPARATO, Fabio Konder. *A civilização capitalista*. São Paulo: Saraiva, 2013.

COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Derecho y economía*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

COOTER, Robert. Direito e desenvolvimento: inovação, informação e a pobreza das nações. In: *Revista de Direito Público da Economia*. ano 5, nº 17, Belo Horizonte: Forum, jan./mar. 2007, p. 165-190.

COSTA, Judith Martins. *A boa fe no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000

COSTA, Judith Martins. Princípios informadores do contrato de compra e venda internacional na Convenção de Viena de 1980. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, N° 126, abr./jun., 1995. p. 115-128.

COSTA, Patricia Ayub da y MUNIZ, Tânia Lobo. Estado e comercio internacional: convergências e divergências. In: *Scientia Iuris: revista do curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL*. Vol. 12. Londrina: UEL, 2008, p. 217-233.

COSTA, Prieto. Estado de Direito e Direitos do sujeito: o problema dessa relação na Europa moderna. In: FONSECA, Ricardo Marcelo y SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. (Org.) *Historia do Direito em perspectiva. Do Antigo Regime à Modernidade*. Curitiba: Jurua, 2012, p. 57-78.

COSSÍO Díaz, José Ramón. *Derecho y análisis económico*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1997.

CRUZ PARCERO, Juan Antonio. Derechos Sociales: Clasificaciones, Normas, Acciones y Fines. In: *Interpretación y Razonamiento Jurídico*. Lima: Ara, 2009, p. 367-403.

CHIASSONI, Pierluigi. *El Análisis Económico del Derecho. Orígenes fundamentos y métodos del Law & Economics en los EE.UU.* Lima: Palestra, 2013.

CHOMSKY, Noam. *El beneficio es lo que cuenta*. Barcelona: Austral, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 32º ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

DE SOLÁ CAÑIZARES, Felipe. *Tratado de Derecho Comercial Comparado*. Tomo I. Barcelona: Montaner y simón S.A., 1963.

DE SOTO, Hernando. *El otro sendero*. Lima: Orbis Ventures, 1986.

DEL CARPIO, Rómulo Francisco Vera. *Carta de Credito e UCP 600 comentada*. São Paulo: Aduaneiras, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Una cuestión de principios*. 1º ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012.

DWORKIN, Ronald. *La justicia con toga*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

DEL CARPIO, Rómulo Francisco Vera. *Carta de Credito e UCP 600 comentada*. São Paulo: Aduaneiras, 2009.

DOLGANOVA, Iulia y LORENZEN, Marcelo Boff. O Brasil e a Adesão à Convenção de Viena de 1980 sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias. *Revista Fórum CESA*, v.4, n.10, p.46-61, jan./mar. 2009, p. 2. Disponível em: <<http://www.cisg-brasil.net/doc/idolganova1.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2013.

ELSTER, Jon. Racionalidade e normas sociais. In: *Revista brasileira de Ciências Sociais*, N° 12, 1990. Disponível em: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_12/rbcs12_05.htm. Acesso em 22/05/2015.

ELSTER, Jon. *Ulisses Liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FACCHINI Neto, Eugenio. Reflexões histórico evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 37-75.

FARACO, Alexandre Ditzel y SANTOS, Fernando Muniz. Análise Econômica do Direito e Possibilidades Aplicativas no Brasil. In: *Revista de Direito Público da Economia*. año 3, n° 9, Belo Horizonte: Forum , jan./mar. 2005, p. 27-61.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. 1º ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2000.

FARIA, José Eduardo. *O Estado e o Direito depois da crise*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARINA, Juan M. *Contratos Comerciales Modernos. Modalidades de contratación empresarial*. 2º ed. atual y ampl. Buenos Aires: Astrea, 1997.

FEIJÓ, Ricardo. *Historia do pensamento econômico: de Lao Zi a Robert Lucas*. 2º ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*. São Paulo: Coimbra, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista y constitucionalismo principalista. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 34. Alicante: Universidad de Alicante, 2011, p. 15-53.

FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*. Vol. 9. São Paulo: Saraiva, 1962.

FIORATI, Jete Jane. *Direito do Comercio Internacional*. São Paulo: UNESP, 2006.

FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Vol. 130. São Paulo: Malheiro, 2003, p. 7-38.

FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. 2º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FRADERA, Vera. A contribuição da CISG (Convenção de Viena sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional). In: WALD, Arnold (Coord.) *Revista de Arbitragem e mediação*. Año 9-34. jul/set de 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 43-52.

FREITAS PEDRO, Fabio Anderson de. As diretrizes teóricas do Código Civil brasileiro de 2002 e o neoconstitucionalismo. In: *Revista dos Tribunais*, nº 101, vol. 925. São Paulo: Revista dos Tribunais, novembro/2012, p. 75-101.

FRONTERA, Juan Carlos. La descodificación como síntoma de la historicidad del Derecho. In: *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*, año 1, nº 1, p. 224-231, 2007.

GAIDO, Paula. *Las pretensiones normativas del Derecho: Un análisis de las concepciones de Robert Alexy y Joseph Raz*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

GALBRAITH, John Kenneth, *O pensamento econômico em perspectiva: uma história crítica*. São Paulo: Pioneira, 1989.

GALGANO, Francesco. *La globalización en el espejo del derecho*. 1º ed. Santa fe: Rubinzal- Culzoni, 2005.

GALGANO, Francesco. Lex Mercatoria. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, econômico e financeiro*. Vol. 29, Año XLII, jan/mar. 2009, p. 225-228.

GALGANO, Francesco. Los caracteres de la juridicidad en la era de la globalización. In: SILVA, Jorge Alberto. (Coord.) *Estudios sobre Lex mercatoria*. Mexico: UNAM, 2006.

GAMA Jr., Lauro. A convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias – 1980. In: WALD, Arnold (Coord.) *Revista de Arbitragem e mediação*, São Paulo, año 3, N° 9, p.134-149, abr./jun 2006.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Iusmoralismo(s): Dworkin, Alexy, Nino*. 1º ed. Lima: Legisprudencia.pe, 2014.

GARO, Francisco J. *Derecho Comercial parte general*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1955.

GAROUPA, Nuno y GINSBURG, Tom. Análise Econômica e Direito Comparado. In: TIMM, Luciano (Org.) *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 139-157.

GARRIGUES, Joaquin. *Curso de derecho mercantil*, Bogotá: Temis, 1987.

GENY, Francisco. *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado positivo*. Madrid: Hijos de Reus, 1902.

GIACOMUZZI, José Guilherme. As Raízes do Realismo Americano: breve esboço acerca das dicotomias, ideologia e pureza no Direito dos USA. In: *Revista Direito & Justiça*, 2005, v. 31. Nº 2, p. 155-190.

GICO, Jr. Ivo. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira y KLEIN, Vinicius (Coord.) *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 17-26.

GICO Jr. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano (Org.) *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 1-33.

GIRÓN TENA, José. *Introducción al Derecho Mercantil Ingles de la Economía de Guerra*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1950.

GOMES, Orlando. A evolução do direito privado e o atraso da técnica jurídica. In: *Revista Direito GV1*. V1, N1, maio, 2005, p. 121-134.

GONÇALVES Neto, A. A. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GONZALES AMUCHÁSTEGUI, Jesús. El análisis económico del derecho: algunas cuestiones sobre su justificación. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* nº 15-16. Alicante: Universidad de Alicante, p. 929-943, 1994.

GONZÁLES LAGIER, Daniel. Sobre el papel de los valores en la aplicación del derecho (A propósito de “Algunos problemas conceptuales relativos a la aplicación del Derecho”, de Paolo Comanducci). In: COMANDUCCI, Paolo, AHUMADA, María Angeles y GONZALÉS LAGIER, Daniel. *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 41-84

GOULART, Monica Eghrari. A convenção de Viena e os *Incoterms*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, año 96, n.856, p.67-91, fev. 2007.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/aplicação do Direito*. 5º ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GROSSI, Paolo y LÓPEZ, Ángel M. *Propiedad: otras perspectivas*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2013.

GUARINONI, Ricardo Víctor. Avatares de la Lógica Jurídica. In: *El Derecho en acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del Derecho*. Lima: Ara, 2010, p. 189-205.

GUASTINI, Riccardo. Una teoría cognoscitiva de la interpretación. In: *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* nº 29. Alicante: Universidad de Alicante, 2008, p. 15-31.

GUASTINI, Riccardo. *La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. In: CARBONELL, SANCHÉZ, Miguel. (Coord.) *Neoconstitucionalismo(s)*, España: Trota, 2003, p. 49-74. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/22/11.pdf>

GUASTINI, Riccardo. ¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?. In: *Pensar el Derecho. Ensayos de Teoría Jurídica Contemporánea*. Lima: Ara, 2010, p. 17-38.

GUIA, Jualiana Pitelli da. O contrato preliminar e a análise econômica do direito. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, n. 143, año XLV, p. 243-254, julho/setembro. 2006.

HABA, Enrique P. Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* n° 25. Alicante: Universidad de Alicante, p. 503-531, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Más allá del Estado nacional*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Sobre a constituição da Europa: um ensaio*. São Paulo: Ed. Unesp, 2012.

HART, Herbert. *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*. São Paulo: Elseiver, 2010.

HART, H.L.A. *Post scriptum al Concepto del Derecho*. BULLOCH, Penélope e RAZ, Joseph (Editores). Ciudad de México: UNAM, 2000.

HARVEY, David. *O neoliberalismo: história e implicações*. São Paulo: Loyola, 2008.

HEINSHEIMER, Karl. *Derecho Mercantil*. Barcelona: Editorial Labor S.A., 1933.

HELD, David. *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*. 1º ed. Barcelona: Paidós, 1997.

HERNÁNDEZ, Carlos Arturo. Lenguaje, Derecho y Razonamiento Jurídico. In: *Interpretación y razonamiento jurídico*. Lima: Ara, 2009, p. 439-474.

HERNANDEZ, José Lopes. El formalismo en la teoría jurídica estadounidense. In: *Anuario de Filosofía del Derecho*, España: 2002, p. 267-298. Disponible en: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/257666.pdf. Acceso en: 18/11/2014.

HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

HESPANHA, Antonio Manuel. *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático*. São Paulo: Annablume, 2013.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. Org. por Tuck, Richard. São Paulo: Martin Fontes, 2008.

HOBBS, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. São Paulo: Companhia de Letras, 2007.

HOLMES, Oliver Wendell Jr. *La senda del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

HOLMES, Oliver Wendell. *The Common Law*. Estados Unidos: Natl Book Network, 2010.

IRTI, Natalino. *Introducción al estudio del Derecho Privado*. Lima: Grijley, 2003

IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 3 ed. Milano: Giuffrè, 1989.

IRTI, Natalino. *La edad de la descodificación*. Trad. Luis Rojo Ajuria. Barcelona: Bosch, 1992.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2008.

KLEIM, Naomi. *La doctrina del shock*. 1º ed. Barcelona: Paidós, 2013.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. O uso das cartas de crédito comerciais como instrumento de garantia. In: *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 15, p. 51 – 67, 1974.

LEITER, Brian. Realismo Jurídico Estadounidense. In: *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 1, p. 241-276.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Homologação de sentença arbitral estrangeira. Lei aplicável. Convenção das Nações Unidas sobre a Compra e Venda Internacional

de Mercadorias. In: WALD, Arnold (Coord.) *Revista de Arbitragem e mediação*. Año 7, vol. 24. jan/mar de 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 155-196.

LOBO, Jorge. Interpretação do direito comercial. In: *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, nº 115, año XXXVII, jul/set. 1999, p. 55 – 65.

LOBO, Jorge. Publicização do Direito Comercial. In: COELHO, Fabio Ulhoa y otros. *Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 45-65.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Madrid: Alianza Editorial, 2012.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Raciocínio Jurídico e economia. In: *Revista de Direito Público da Economia*. año 2, nº. 8, Belo Horizonte: Forum, out/dez 2004, p. 137-170.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Razonamiento Judicial. Fundamentos de Derecho Privado*. Lima: Grijley, 2006.

LYRA FILHO, Roberto. *A filosofia jurídica nos Estados Unidos da América: revisão crítica*. Porto Alegre: Fabris, 1977.

LUCCA, Newton de. A principiologia inerente aos contratos comerciais. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 923, año 101. São Paulo: Revista dos Tribunais, setembro/2012, p. 187-217.

LLANOS, M. Leonor Suárez. El sueño de la codificación y el despertar del derecho. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* Nº 29. Alicante: Universidad de Alicante, 2006, p. 219-248.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACKAAY, Ejan y ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2º ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MAGALHÃES, José Carlos de e TAVOLARO, Agostinho Tofolli. Fontes do direito do comércio internacional: a *Lex Mercatoria*. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Direito do comércio internacional. Aspectos fundamentais*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Aduaneiras, 2004, p. 57-68.

MALAGARRIGA, Carlos C. *Tratado elemental de Derecho Comercial*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1951.

MARQUES, Claudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.) *A nova crise do contrato. Estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 17-86.

MARTINS, Ricardo José. Aspectos do crédito documentario. In: *Revista de Direito Mercantil, industrial, económico e financeiro* N° 110,

MARTINS-COSTA, Judith. Os princípios informadores do contrato de compra e venda internacional na Convenção de Viena de 1980. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, n° 126, año 32, abr/jun. 1995, p. 115-128.

MARZORATI, Oswaldo. *Derecho de los negocios internacionales*. Buenos Aires: Astrea, 1997.

MAYA, Rômulo. Da natureza jurídica do crédito documentário confirmado e irrevogável. In: *Revista forense*, vol. 249, 1975.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A nova *Lex Mercatoria* como fonte do direito do comércio internacional: um paralelo entre as concepções de Berthold Goldman e Paul Lagarde. In: FIORATI, Jete Jane y MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (Coord.) *Novas vertentes do direito do comercio internacional*. São Paulo: Manole, 2003 p. 185 – 223.

MEDINA VERGARA, Jairo. *Derecho Comercial*. 5º ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2013.

MELO, Jairo Silva. *Contratos Internacionais e cláusulas hardship*. São Paulo: Aduaneiras, 1999.

MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano- canónica*. 2º ed. México D. F.: FCE, 2009.

MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa- América, 1954.

MIRANDA, Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MONTOYA MANFREDI, Ulises. *Derecho Comercial*. Tomo I, Parte General, Derecho de Sociedades, Derecho Concursal, Derecho del Consumidor, Derecho de la Competencia. Lima: Grijley, 2004.

MORESO, José Juan. Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* nº 23. Alicante: Universidad de Alicante, p. 105-118, 2000.

MORESO, José Juan. Dos concepciones de la interpretación jurídica. In: *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* nº 29. Alicante: Universidad de Alicante, 2008, p. 7-14.

MORESO, José Juan. El positivismo jurídico y la aplicación del Derecho. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* nº 27. Alicante: Universidad de Alicante, 2004, p. 45-62.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil – constitucional*. 2º ed. Curitiba: Juruá, 2008.

NALIN, Paulo y SIRENA, Hugo. A Convenção de Viena de 1980 e a sistemática contratual brasileira: a recepção principiológica do *Duty to Mitigate the Loss*. In:

Revista Trimestral de Direito Civil Vol. 49 jan/mar 2012. Rio de Janeiro: Padma, p. 141-154.

NAPOLLES, Mizhael. Sistemas jurídicos y sistemas descriptivos. La paradoja de Alchourrón-Bulygin. In: *Universitas Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 15, p. 193-209.

NAVARRO, Pablo y RODRIGUEZ, Jorge. Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas. In: *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* n.º 13. Alicante: Universidad de Alicante, 2000, p. 61-85.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: Novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 2º ed. ampl. y rev., 9ª reimpresión. Buenos Aires: Astrea, 1998.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NORTH, Douglass C. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1993.

NORTH, Douglass. Desempeño económico en el transcurso de los años. In: *Economía: Teoría y práctica* N° 09, S/E, 1998, p. 127-138.

NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro. Ciencia jurídica realista: Modelos y justificación. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* n° 35. Alicante: Universidad de Alicante, p. 717-747, 2012.

OLAVARRIA AVILA, Julio. *Los Códigos de Comercio Latinoamericanos*. Santiago de Chile: Editorial jurídica, 1961.

OLAVARRIA AVILA, Julio. Manual de Derecho Comercial. Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile, 1950.

PARGENDLER, Mariana. O Direito Societário em ação: análise empírica e proposições de reforma. In: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 59, jan-mar/2013, p. 215-255.

PAPAYANNIS, Diego. El enfoque económico del derecho de daños. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* n° 32. Alicante: Universidad de Alicante, p. 459-495, 2009.

PENTEADO, Luciano. Teoria dos jogos: por uma propedêutica à elaboração racional da decisão. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, n. 132, año XLIII, p. 160-176, outubro/dezembro. 2003.

PÉREZ LLEDO, Juan Antonio. *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*. Lima: Palestra Editores, 2008.

PIMENTA, Eduardo Goulart y BOGLIONE, Stefano. Análise econômico do direito contratual. In: *Revista de Direito Público da Economia*. Año 6, n° 24, Belo Horizonte: Forum, out/dez 2008, p. 59-83.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Análise econômica do direito e a regulamentação das sociedades empresárias brasileiras: entre a autonomia de vontade e a estrita legalidade. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, n. 142, año XLV, p. 66-86, abril/junho. 2006.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Teoria da empresa em Direito e Economia. In: *Revista de Direito Público da Economia*. Año 4, n° 14. Belo Horizonte: Forum, abr/jun 2006, p. 55-74.

PINO, Giorgio. Principios, ponderación y la separación entre Derecho y Moral. Sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* n° 34. Alicante: Universidad de Alicante, p. 201-228, 2011.

PINZÓN CAMARGO, Mario. *Aproximaciones al análisis económico del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

PLETI, Ricardo Padovini. Tendências Modernas do Direito Societário In: COELHO, Fabio Ulhoa y otros. *Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 401-424.

PORTELA, Mario Alberto. Interpretación y aplicación del Derecho. In: *Pensar el Derecho. Ensayos de Teoría Jurídica Contemporánea*, Lima: ARA, 2010, p. 297-334.

PORTO, Antônio José Maristrello y GOMES, Lucas Thevenard. Economía comportamental e contratos de adesão. In: *Revista de Direito Empresarial*, año 9, nº 2. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 51-73.

POUND, Roscoe. *Introdução à filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1965.

POUND, Roscoe. *Justiça conforme a lei*. São Paulo: Ibrasa, 1976.

POUND, Roscoe. *Las Grandes Tendencias del Pensamiento Jurídico*. Granada: Comares, 2004.

POZZOLO, Susana. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* nº 21 II. Alicante: Universidad de Alicante, p. 339-353, 1998.

REDONDO, María Cristina. El paradigma constitucionalista de la autoridad jurídica. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* nº 34. Alicante: Universidad de Alicante, p. 245-264, 2011.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, 14 ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Marcia Carla y ALMANZA TORRES, Dennis José. Riesgos y consecuencias del incumplimiento contractual. Un estudio a partir del Análisis

Económico del Derecho. In: *Revista Jurídica del Perú* N° 146. Lima: Gaceta Jurídica, 2013, p. 189-198.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira y GALESKI Jr., Irineu. *Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e analise econômica*. Rio de Janeiro: Elseiver, 2009.

ROCCO, Alfredo. *Princípios de direito comercial*. Campinas: LZN Editora, 2003.

RODRÍGUEZ, César (org.). *El debate Hart – Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997.

ROEMER, Andrés. Réplica a los comentarios de Rodolfo Vásquez. In: *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* nº 5. Alicante: Universidad de Alicante, 1996, p. 153-158.

ROEMER, Andrés. *Introducción al análisis económico del derecho*. México: Fondo de cultura económica, 1998.

ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. *Neoconstitucionalismo: ultrapassagem ou releitura do positivismo jurídico?*. Curitiba: Juruá, 2011.

SAAVEDRA, José Leyva y VISCASILLAS, Pilar Perales. La formación del contrato en la Convención de Viena de 1980. In: *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, N° 53, Diciembre, 2003, p. 863-904.

SACARRERA, Enrique Guardiola. *La Compraventa Internacional: Importaciones y Exportaciones*. Barcelona: Bosh, 1994.

SADDI, Jairo. Codificando o Direito Bancário e o Mercado Financeiro. In: COELHO, Fabio Ulhoa y otros. *Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 31-44.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia. In: *Cadernos Direito GV*. V.5, N° 2, marzo 2008, p. 5-58.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: Primeiras Anotações. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Vol. 132. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 7-24.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito empresarial público. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, n. 112, año XXXVI, p. 9-18, outubro/dezembro. 1998.

SALOMÃO NETO, Eduardo. As operações de crédito documentário, as cartas de crédito e as *comfort letters*. In: *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, nº 123, año XL, p. 23 - 40, jul./set. 1998.

SANDEL, Michael. *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*. España: Debolsillo, 2011.

SANTOS, Roseli Rêgo. A recuperação de empresas e a função social da empresa na lei 11.101/05. In: RIBEIRO, Marcia Carla e GONCALVES, Oksandro. *Revista de Direito Empresarial* N° 11 Curitiba; Jurua, Jan/Jun 2009, p. 159-178.

SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 13-36.

SCHMIDT, Karsten. *Derecho Comercial*. Buenos Aires: Astrea, 1997.

SEGOVIA, Alfredo Riquelme y HULAUD, Michelle León. *La globalización Historia y Actualidad*. Santiago: Ministerio de Educación de Chile, 2003.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SEN, Amartya. *La idea de la justicia*. Madrid: Taurus, 2010.

SEN, Amartya. *Sobre ética y economía*. 4º reimp. Madrid: Alianza Editorial, 2011.

SÉROUSSI, Roland. *Introdução ao direito inglês e norte-americano*. São Paulo: Landy Editora, 2006.

SETIÉN RAVINA, Carlos Morales de, et al. *Análisis económico del derecho*. Bogotá: Siglo del hombre editores, 2011.

SIERRALTA, Aníbal. *Contratos de Comercio Internacional*. 5 ED. Lima: PUCP, 2007.

SIERRALTA, Aníbal. *Introducción a la Juseconomía*. Lima: Fondo Editorial, 1996.

SIERRALTA, Anibal. *Operaciones de Credito Documentario*, 2ed. Bogota: Temis, 2004.

_____ y OLAVO BAPTISTA, Luiz. *Aspectos Jurídicos del Comercio internacional*. Bogotá: Temis, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOLAR CAYON, José Ignacio. Karl N. Llewellyn: Algo de realismo sobre el realismo. Los orígenes del realismo jurídico americano. In: *Eunomia. Revista en Cultura de la legalidad*, N° 2. Madrid: Universidad Carlos 3, marzo/agosto 2012, p. 176-226.

STEPHEN, Frank. *Teoria económica do direito*. São Paulo: Makroom Books, 1993.

STIGLITZ, Joseph E. *El malestar en la globalización*. Madrid: Santillana, 2007.

STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais de Comercio*. 4 ed. rev. São Paulo: Ltr, 2003.

STRENGER, Irineu. *Direito do comercio internacional e lex mercatoria*. São Paulo: LTR, 1996.

SUMMERS, Robert S. *Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought – A Synthesis and Critique of our Dominant General Theory about Law and its Use*. Cornell Law Review, 861, 1981.

SZTAJN, Rachel. Codificação, decodificação, recodificação: a empresa no Código Civil Brasileiro. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, econômico e financeiro*, Nº 143, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 11-20.

SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo código civil. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, n. 133, año XLIII, p. 7-31, janeiro./março. 2004.

SZTAJN, Rachel. O que se perdeu na tradução. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, econômico e financeiro*, nº 153/154. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 7-15.

SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: SZTAJN, Rachel y ZYLBERSZTAJN, Decio. *Direito e economia. Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elseiver, 2005, p. 74-83.

SZTAJN, Rachel. Os custos provocados pelo Direito. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, n. 112, año XXXVI, outubro/dezembro 1998, p. 75-78.

SZTAJN, Rachel. Notas de análise econômica: contratos e responsabilidade civil. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, n. 111, año XXXVI, p. 9-29, julho/setembro. 1998.

SZTAJN, Rachel y AGUIRRE, Batista. Mudanças institucionais. In: ZYLBERSZTAJN, Decio y SZTAJN, Rachel (Org) *Direito & Economia. Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elseiver, 2005, p. 228-243.

TARELLO, Giovanni. *La interpretación de la Ley*. Lima: Palestra, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microsistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.) *Problemas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 1-14.

TIMM, Luciano Benetti. Precisamos de um Novo Código Comercial. In: COELHO, Fabio Ulhoa. *Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 85-98.

TOMAS y VALIENTE, Francisco. *Manual de Historia del Derecho Español*. Madrid: Tecnos, 1997.

TORRANO, Olavo Marchetti. *Incoterms – Termos Internacionais de Comercio*. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues de (Coord.). *Direito do Comercio Internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2004, p. 269-275.

TUSHNET, Mark. *Constitucionalismo y Judicial Review*. Lima: Palestra, 2013.

URÍA, Rodrigo, *Derecho mercantil*. Madrid: Marcial Pons, 1999.

VALLADÃO, Erasmo y FRANÇA, Novaes. O “antiprojeto” de novo código comercial. In: *Revista Jurídica Cosulex*, Año XVIII, nº 400, set/2013, p. 32-37.

VALLE TEJADA, José. *La autonomía del Derecho Comercial y su crisis*. Lima: Cultural Cuzco, 1987.

VÁSQUEZ, Rodolfo. Comentarios sobre algunos supuestos filosóficos del análisis económico del derecho. In: *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* nº 5. Alicante: Universidad de Alicante, 1996, p. 143-152.

VELOSO, Silvia Mechelany. Análise econômica da função social do contrato – art. 421 do código civil. In: *Revista de Direito Privado*, vol. 54, año 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun./2013, p. 99-125.

VENTURI, Thaís G. Pascolato. A análise consequencialista no processo de tomada de decisões judiciais a partir da obra de Ricardo L. Lorenzetti. In: FACHIN, Luiz

Edson e TEPEDINO, Gustavo (Org.) *Dialogos sobre direito civil*. V. III, Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 133-151.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. O futuro do direito comercial no Brasil. In: *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*, vol. 49. nº 153/154, São Paulo: Malheiros, jan/jul 2010, p. 16-23.

VERNENGO, Roberto José. *Curso de Teoría General del Derecho*. 2º ed. 4ª reimpressão. Buenos Aires: De Palma, 1995.

VIDAL, Isabel Lifante. Apuntes para una teoría de la interpretación jurídica. In: *Pensar el Derecho. Ensayos de Teoría Jurídica Contemporánea*. Lima: Ara, 2010, p. 231-278.

VIEIRA, Iacyr de Aguiar. Adesão do Brasil à Convenção de Viena de 1980. Harmonização ou modernização do direito interno da compra e venda?. In: WALD, Arnold (Coord.) *Revista de Arbitragem e mediação*. Año 9-33. abr/jun de 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 14-22.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Realinhamento Constitucional. In: VIEIRA, Oscar Vilhena y SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 15-48.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VITAL, André Luiz. A teoria dos jogos no contexto social e a visão de controle. In: *Revista de Direito Público da Economia*. Año 8, nº 32, Belo Horizonte: Forum, out/dez 2010, p. 17-34.

WAISBERG, Ivo. O Projeto de Lei n. 1.572/2011 e a autonomia do Direito Comercial. In: COELHO, Fabio Ulhoa. *Reflexões sobre o projeto do Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 67-84.

WALD, Arnoldo. O Código Civil e o projeto do Código Comercial. In: COELHO, Fabio Ulhoa e outros. *Reflexões sobre o projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 19-30.

WEBER, Max. *Historia Gral da Economia*. 1º ed. São Paulo: Centauro, 2006.

WILLIAMSON, Oliver. Por que Direito, Economia e Organizações. ZYLBERSZTAJN, Decio y SZTAJN, Rachel (Org) *Direito & Economia. Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elseiver, 2005, p.16-59.

WITZ, Claude. Os vinte e cinco anos da Convenção das Nações Unidas sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias: Balanço e perspectivas. In: VIEIRA, Iacyr de Aguiar (Org.) *Estudos de Direito Comparado e de Direito Internacional Privado*. Curitiba: Jurua, 2011, p. 413-435.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3º Ed. rev. e atual. São Paulo: Alfa e Omega, 2001.

YEUNG, Luciana y TIMM, Luciano Benetti. Uma análise econômica do projeto para o novo código comercial brasileiro. In: GONÇALVES, Oksandro, et al. *Direito e economia entre o Peru e Brasil. Alcances da sua institucionalidade jurídica-econômica*. Curitiba: Íthala, 2016, p. 329-384.

ZANCHIM, Kleber Luiz. Racionalidade jurídica e racionalidade econômica: Entre o Monte e o Rio. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, n. 142, año XLV, p. 56-65, abril/junho. 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid: Trota, 2011.

ZYLBERSZTAJN, Decio y SZTAJN, Rachel. Análise Econômica do Direito e das Organizações. In: ZYLBERSZTAJN, Decio y SZTAJN, Rachel (Org) *Direito & Economia. Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elseiver, 2005, p. 1-15.