

COMPRESION JUSFILOSOFICA DEL DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL Y DE SU PROYECCION EN LA CULTURA DE NUESTRO TIEMPO (*) (El comercio en la vida de la postmodernidad)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

I. Comercio, Derecho (1) y economía

1. Aunque de cierto modo “produce” servicios, el comercio es sobre todo un momento de **distribución** de fundamental importancia en el desenvolvimiento del proceso económico (2). El “co-mercio” es la manera más significativa de la dinámica de la vinculación de los **hombres con los hombres** a través de las cosas (3) y su consideración jurídica merece muy particular y profunda atención. La comprensión del comercio es fundamental para apreciar las características del **mundo de este tiempo**, de **capitalismo evolucionado**, **postmodernidad** (4) y **globalización** (5), en gran medida producido por él.

Uno de los problemas más importantes para el Derecho actual es la comprensión **integrada** del **Derecho** y la **Economía**, superadora de los moldes pre-económicos pero también pre-sociológicos, pre-psicológicos, pre-antropológicos, etc. que se utilizan todavía en el pensamiento jurídico actual. El hombre de Derecho no debe ser sólo un “ingeniero social” porque ha de tener un fuerte compromiso no sólo con la utilidad sino con el valor **justicia**, pero debe ser por lo menos eso. Entre los enfoques más relevantes en ese marco se **halla** la comprensión jurídica cabal del **Derecho del Comercio**.

* Notas básicas de una clase dictada por el autor en la Carrera de Master en Asesoramiento Jurídico de Empresas de la Facultad de Ciencias Empresariales de la Universidad Austral.

** Profesor titular de Derecho Internacional Privado y de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Investigador del CONICET.

1. Escribimos “Derecho” con mayúscula para diferenciar el sentido “objetivo”, que nombramos de ese modo, y el sentido de derecho “subjetivo”.

2. En cuanto al tratamiento de la circulación junto a la producción o por separado, cabe recordar v. gr. GIDE, Charles, “Curso de Economía Política”, trad. Carlos Docteur - José Muñoz Escámez, 2a. ed., Bs. As., ElAteneo, 1955, pág. 209.

3. Comercio proviene de “merced” (“paga, recompensa”) y de “mercancía”. Es interesante que la voz “mercader” en castellano es atribuida a una derivación del catalán y se relaciona este origen con el poco aprecio que en Castilla tenía la respectiva clase social (v. COROMINAS, Joan, con la colaboración de PASCUAL, José A., “Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico”, 1a. reimp., Madrid, Gredos, t. IV, 1985, págs. 48/49, “merced”).

4. Puede v. nuestro estudio “Panorama dialista de la Filosofía en la postmodernidad”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, Nº 19, págs. 9 y ss.

5. Es posible v. nuestro artículo “Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica”, en “Investigación y Docencia” Nº 27, págs. 9 y ss. V. asimismo por ej. SEGUNDO CONGRESO NACIONAL DE CIENCIA POLITICA, “Globalización entre el conflicto y la integración”. Facultad de Ciencias Políticas y Sociales U. N. Cuyo, 1995.

Para apreciar el significado **jurídico** de cualquier cuestión, y en nuestro caso del comercio, vale recorrer el sendero que, dentro de la **concepción tridimensional** del Derecho -que reconoce en éste realidad social, normas y valores- indica la **teoría trialista del mundo jurídico**, según la cual el Derecho consiste en un conjunto de “repartos” captados por normas y valorados (los repartos y las normas) por la justicia (6).

Los repartos surgen de la conducción de seres humanos determinables y otorgan lo que favorece o perjudica la vida y el ser, es decir, “potencia” e “impotencia”. Al captarlos, las normas los describen y los integran. Todo el Derecho ha de satisfacer los requerimientos de la justicia, que en última instancia exige que cada individuo pueda desarrollarse plenamente, o sea personalizarse.

II. El significado jurídico del comercio en general

1) El comercio en el mundo jurídico en general

a) Dimensión sociológica

2. Aunque su centro de gravedad son “repartos”, en los que se realiza el valor conducción, la realidad social del mundo jurídico abarca también “distribuciones”, es decir adjudicaciones de potencia y de impotencia provenientes de la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar que satisfacen el valor espontaneidad.

El comercio intenta realizar la **conducción** humana y procura adueñarse de la naturaleza e incluso separarse de ella, pero se desarrolla en un marco de **influencias humanas difusas** (en mucho de condiciones generadas por el mercado) e incluso es en gran medida productor de tales influencias. Nuestro tiempo, que parece signado por el imperio de una enorme cantidad de influencias humanas difusas, tiene en mucho esta característica por el despliegue comercial.

3. Para comprender de modo cabal los repartos hay que conocer sus elementos, es decir, los repartidores, los beneficiarios, los objetos, las formas (camino previos) y las razones, abarcando en este caso los móviles de los repartidores, las razones alegadas y las razones sociales que les atribuye la comunidad cuando los considera valiosos.

A título de ejemplo de esa consideración, cabe señalar que el comercio tiende a contraer los despliegues de las formas haciendo que de la **negociación** se pase a la **mera adhesión** y de cierto modo del **proceso** se llegue a la **mera imposición**. No es sin motivo que el clima de negociación de los pequeños comercios es desplazado por la adhesión en que se desenvuelve el comercio de los grandes y que a menudo el proceso judicial es reemplazado por la mera imposición que se produce con rapidez en los medios masivos de comunicación.

El comercio tiende a escindir los **móviles** y las **razones alegadas** de modo que tal vez

(6) Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976; "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/84; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986.

sea ésta una de las causas del gran imperio publicitario de razones alegadas, diversas de los móviles, que impera en nuestros días. La expresión de los verdaderos móviles no figura siquiera en las reglas de comportamiento que se esperan de los comerciantes. Es más, en el comercio las razones alegadas procuran aprisionar a las **razones sociales** y lo mismo predomina en nuestro tiempo.

4. Los repartos pueden ser autoritarios, desenvueltos mediante la imposición de los repartidores sobre algunos de los beneficiarios y realizadores del valor poder, o autónomos, desarrollados por el acuerdo de los interesados y satisfactorios del valor cooperación.

En principio el comercio significa el desarrollo de repartos **autónomos** y la satisfacción de su valor cooperación, pero también hay que reconocer que se desenvuelve en marcos fijados **autoritariamente** y él mismo es generador de autoridad, produciéndose en todos estos casos la realización del valor poder. Aunque el Derecho predominante en nuestro tiempo tiene en mucho las características de autonomía que contribuye a brindarle el comercio, urge reconocer que a través de éste se desarrolla una importante vertiente de autoridad. El poder generado por el comercio es mucho mayor que lo que en apariencia se observa.

5. La ordenación de los repartos se produce verticalmente, por el despliegue de la planificación gubernamental en marcha, que indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los supremos criterios de reparto y realiza el valor previsibilidad o por ejemplaridad, que se desenvuelve a través del esquema “modelo y seguimiento” inspirado por la razonabilidad y satisface el valor solidaridad. Una de las expresiones más importantes de la ejemplaridad es la costumbre, otra, referida a los tribunales, es la jurisprudencia.

Aunque a veces cuenta con moldes de **planificación gubernamental en marcha**, el comercio tiende a desenvolverse según cauces de **ejemplaridad**. No es por azar que las primeras fuentes del desarrollo del Derecho Comercial medieval fueron en gran medida las costumbres y que hoy los usos relativamente costumbristas del comercio se expresan de **manera** relevante en la “lex mercatoria”. Tal vez tampoco sea por azar que la cultura que desarrolló más el capitalismo, la del “common law”, ha tenido como principal fuente a la jurisprudencia. Sin embargo, no hay que olvidar que en ciertos momentos el comercio ha contado con fuertes cauces planificadores, como sucedió a menudo en el mercantilismo y sobre todo lo han practicado los regímenes fascistas (7).

6. La principal vicisitud del orden de repartos es la revolución, en la que cambian los supremos repartidores y los criterios supremos de reparto. Aunque es un factor revolucionario cuando se encuentra en la oposición (v. gr. lo fue cuando promovió las revoluciones burguesas) en general el comercio es promotor de **estabilidad**. Este puede ser uno de los motivos por los que Inglaterra no tiene revoluciones desde 1688. Tal vez sea asimismo ésta una de las causas del menor número de revoluciones en todos los países comercialmente

7) Pese a la importancia que por sus aciertos y errores pueden tener los mercantilistas, suele hacerse comenzar la historia de las ideas económicas con los fisiócratas o con los liberales (v. en relación con el tema GIDE, Carlos - RIST, Carlos. “Historia de las doctrinas económicas desde los fisiócratas a nuestros días”, trad. C. Martínez Peñalver. 2a ed. Madrid, Reus, págs. 1 y ss.).

desarrollados de nuestros días.

El comercio tiene una gran vocación **expansiva** y ella puede explicar en mucho el paso de las economías y los órdenes relativamente locales del feudalismo a las economías y los órdenes del capitalismo nacional, internacional y ahora global.

7. Los repartos y sus regímenes pueden tropezar con **límites necesarios**, surgidos de la naturaleza de las cosas, que pueden ser principalmente físicos, psíquicos, políticos y económicos. Esos obstáculos pueden frenar el desarrollo del comercio pero a su vez éste puede convertirse en límite para otros repartos y otros regímenes.

El comercio puede encontrar límites **físicos**, por ejemplo por la extensión y el carácter inhóspito de los territorios, pero a su vez es sorprendente su fuerza para vencer esos obstáculos. Los viajes de los mercaderes medievales, cuyo paradigma son los de Marco Polo y la mundialización comenzada por los grandes navegantes con fines mercantiles a comienzos de la Edad Moderna son muestras de la gran fuerza del comercio. La supresión de la identidad de los lugares (formación de “no lugares” en sentido amplio) de la postmodernidad es otra expresión de la fuerza del comercio para vencer todos los obstáculos.

También son notorios los límites **psíquicos** que el comercio puede encontrar, por ejemplo en los países de inconsciente colectivo “católico” que, cuando se mantiene en pureza, resulta en cierto grado hostil al capitalismo, diferenciándose así de la sorprendente coincidencia entre la influencia calvinista y el despliegue capitalista (8). La tendencia al lucro es a su vez obstáculo para las grandes abstracciones “inútiles” y contribuye a diferenciar, v. gr., a la cultura anglosajona de la alemana. Un pueblo de comerciantes como el inglés difícilmente pueda tener mayorías hegelianas o marxistas.

La realidad **política** suele imponer restricciones al desarrollo del comercio como las que conocieron la Inglaterra de los Estuardos, la Francia del “Antiguo Régimen” y nuestra historia colonial, pero a su vez las respectivas revoluciones son muestras de la fuerza incontenible que puede desarrollar el comercio al punto que no tardó en ir preparando, con diversos grados de rapidez, la eliminación de dichas trabas. Nadie podría escribir la historia política de la Gran Bretaña prescindiendo, por ejemplo, de la Compañía de las Indias y del “Board of Trade”.

Los límites **económicos** corresponden al grado de desarrollo de la producción, la distribución y el consumo que, si es escaso, puede frenar el despliegue del comercio, aunque éste es a su vez un gran promotor del despliegue económico.

8. La realidad social del Derecho es comprensible a la luz de las categorías básicas de la posibilidad y la realidad y de la finalidad objetiva de los acontecimientos y la finalidad subjetiva.

En mucho el comercio significa una intensa y extensa búsqueda de las **posibilidades** y de la **realidad**; un gran despliegue de la **finalidad subjetiva**, pero una enorme voluntad de

(8) Puede v. WEBER, Max, “La ética protestante y el espíritu del capitalismo”, trad. Luis Legaz Lacambra, 2a. ed., Barcelona, Península, 1973.

comprensión y dominio de la **finalidad objetiva**. Estos rasgos son característicos de nuestro tiempo, en particular al punto que la biotecnología se orienta a lograr triunfos sorprendentes en las posibilidades y en la realidad y en el imperio de la finalidad subjetiva sobre los contenidos objetivos de la finalidad.

La posibilidad y la finalidad objetiva son notoriamente categorías "pantónomas" (pan=todo; nomos=ley que gobierna) cuya amplitud de perspectiva genera riesgos, pero nos es imprescindible aprehenderlas mediante fraccionamientos productores de certeza. El comercio pretende absorber los riesgos, calculando que han de ser superados por la destreza de sus protagonistas y así busca y obtiene **certeza**. La retribución que logra el comerciante suele invocar el fundamento del riesgo corrido, pero a su vez el comerciante calcula que la posibilidad dañosa no sucederá. El tejido de certeza del comercio ha originado hoy un sentido general de certeza que llega a permitir hablar del "fin de la historia".

9. Aunque el comercio se desenvuelve normalmente a través de adjudicaciones aisladas, sean de mayor o menor significación económica, asimismo genera una relevante perspectiva de **estrategia** que abarca a toda la sociedad. Incluso mucho antes de la actual globalización se consideraba la existencia de una "política comercial" que incluía también las relaciones comerciales externas de los países (9).

b) Dimensión normológica

10. En el ámbito de las **fuentes formales**, la expresión más frecuente del comercio son los **contratos**. La gran dinámica de los contratos, requerida por el comercio, hace que a través de ellos se modifiquen muchos criterios de formalización incluyendo las vías más aceleradas que brindan los avances tecnológicos (por ej. el fax, en gran medida impulsados también por los requerimientos comerciales).

Por impulso del comercio se han modificado también los contenidos de otras fuentes como los **tratados**, que han adquirido creciente vinculación con el desarrollo de la actividad mercantil y de la economía.

El sentido de la comercialidad hace que asimismo se modifiquen las **fuentes de conocimiento** (o sea la doctrina). Las fuentes doctrinarias se venden y se producen según las fuertes imposiciones del mercado y es así como, por ejemplo, los **comentarios** inmediatos a las novedades jurídicas, los **manuales prácticos** y cuanto más las **monografías** tienden a desplazar a las grandes construcciones doctrinarias. Se va extinguiendo la producción de los **grandes tratados**, que resultan demasiado "pesados" y onerosos para la vida mercantilizadora de la postmodernidad (10).

Es más: el libro y la revista tradicionales van desapareciendo no sólo porque los **desplazan** otros soportes distintos del papel sino porque son "destrozados" por la práctica mercantilizadora de las **fotocopias parciales** que rompen su unidad ideológica.

9 Cabe recordar por ejemplo, GIDE. "Curso ..." cit., págs. 391 y ss.

10 Puede verse nuestro estudio "La pantonomía de la verdad y los géneros literarios de la ciencia", en "Boletín ..." cit., Nº 20, págs. 79 y ss.

11. La normatividad puede desarrollarse con diversos contenidos de institucionalidad (o sea de ideas que pretenden concretarse en la realidad) o de negociabilidad. El comercio es un gran promotor de **negociabilidad** al punto que si bien tiende a generar instituciones propias es en mucho al fin un factor de corrosión de las otras. Es cierto que el Estado moderno nació en gran medida de la alianza de la clase burguesa con los reyes, pero también lo es que hoy el comercio tiende no sólo a mediatizar a los Estados sino en lo posible a limitarlos mediante las privatizaciones (11). No es por casualidad que en nuestro tiempo, signado por el comercio, tienden a derrumbarse las otras institucionalidades familiares, religiosas, etc.

Una de las expresiones del avance de la negociabilidad que en nuestros días promueve el comercio es la orientación a reemplazar la jurisdicción **judicial** por la **arbitral** y por la **mediación**. En reiteradas situaciones históricas los comerciantes han intentado sustituir la jurisdicción judicial por la de los propios mercaderes.

Al hilo del comercio se han desarrollado **conceptos** y **materializaciones** (personas, cosas y organismos que adquieren significados especiales en virtud de las normas), con caracteres específicos. A través de la vida mercantil se han configurado sujetos especiales, desde la persona física **comerciante** a numerosos tipos de **sociedades**, cuyo exponente económicamente más relevante es la sociedad anónima. El comercio se apoya en especial en el contrato de **compraventa** y también de modo destacado en el de **transporte**, pero constantemente genera nuevas figuras contractuales, produce instrumentos de crédito y de pago, organismos bancarios y registrales, una específica extinción de las obligaciones mediante la quiebra, etc. El desarrollo del comercio se ha nutrido recíprocamente con el despliegue de la contabilidad por partida doble. De cierto modo puede hablarse de un “**mundo mercantil**” que comenzó siendo un área particular de la vida pero hoy tiende a abarcar la existencia toda.

12. El comercio se inscribe en gran medida en la **vertiente autónoma** del ordenamiento normativo, al punto que a menudo procura prescindir de la vertiente autoritaria estatal. Cuando se desarrolla el comercio predomina la alternativa “*pacta sunt servanda*” de la norma hipotética fundamental, cuyo carácter disyuntivo resulta cada día más evidente.

Tal vez la pretensión de verticalidad gubernamental de la exégesis, donde se procuró que el juez fuera la “boca de la ley”, constituyó en gran medida una manifestación de las necesidades de la relativa dictadura burguesa recientemente instalada en el gobierno, que precisaba terminar de imponer sus cauces comerciales y por su parte la comprensión piramidal del ordenamiento normativo que brindó la teoría pura del Derecho, con sus marcos autoritarios y sus ámbitos “habilitados” (dentro de los espacios interpretativos y entre los distintos niveles) sea en mucho una expresión del juego normativo que conviene al despliegue del comercio como lo pretende la burguesía consolidada en el poder.

c) Dimensión dialéctica

(11) Es posible c. nuestro artículo “Privatización y Derecho Privado”, en “Boletín ...” cit., N° 20, págs. 119 y ss

13. Según el trialismo, el Derecho debe realizar un complejo de valores que culmina en la **justicia**, pero éste y todos los otros valores a nuestro alcance han de coadyuvar integrándose horizontalmente con los del mismo nivel y contribuyendo en sentido vertical ascendente y descendente. En particular, al fin se ha de satisfacer el más alto valor a nuestro alcance, que es la **humanidad** (el deber ser cabal de nuestro ser). En este marco debe producirse la coadyuvancia de la justicia con la **utilidad**.

El comercio es promotor de un despliegue de la **utilidad** que a veces se integra con la justicia y contribuye a la satisfacción de la humanidad pero en otros casos, como sucede con frecuencia en la actualidad, se arroga el material de la primera y se subvierte contra la segunda. Mucho es lo que la justicia y la humanidad deben al desarrollo utilitario del comercio, pero uno de los grandes problemas de estos días es el debido aprovechamiento de esa utilidad sin caer en una injusta y deshumanizante exclusión de los otros valores (verdad, belleza, amor, etc.). Es ilegítimo que todos los otros valores sean pasados por el “filtro” del valor utilidad.

14. La justicia puede descubrirse por diversas vías que se denominan “clases” de este valor. En el grupo de clases más relacionadas con los repartos aislados cabe reconocer la justicia consensual y extraconsensual, con y sin acepción (consideración) de personas, simétrica y asimétrica, monologal y dialogal y conmutativa y espontánea. En el grupo de clases más vinculadas con el conjunto de los repartos es posible advertir la justicia “parcial” y gubernamental, sectorial e integral, de aislamiento y de participación, absoluta y relativa y particular o general. Los requerimientos de la justicia particular caracterizan en definitiva al Derecho Público y las exigencias de la justicia general identifican al fin al Derecho Privado.

Además cabe distinguir la justicia rectora, que pretende establecer nuevas bases de adjudicación y la justicia correctora, que se dirige al mejoramiento de condiciones que se reconocen existentes.

Poco esfuerzo es necesario para comprender que las clases de justicia que caracterizan al comercio son a su vez los rasgos predominantes de la época actual. El comercio tiende a descubrir la justicia por el **consenso**, sobre todo porque se aparta del “justo precio” y necesita apoyarse en lo que las partes admiten; análogo sentido consensualista de la justicia prevalece en la postmodernidad. El comercio se vale en gran medida de papeles recortados, **sin considerar a las personas** en su integridad y lo mismo impera en nuestra época, donde llega a reinar el “anonimato”. El comercio se apoya en la fácil comparabilidad de las potencias e impotencias que constituye la justicia **simétrica** y se obtiene en gran medida por la intervención de la moneda y hoy vivimos en días de radical simetrización de todos los aspectos de la vida, hasta el punto que -como le agradaría señalar a Marx- los propios hombres se convierten en mercancía. Es en este marco de extrema simetrización donde en ciertos ámbitos se llega a la corrupción, en la que se vende lo que no debería tener precio. El comercio significa un **diálogo** de diferentes razones convertido en **monólogo** de la razón de utilidad y lo mismo sucede en la postmodernidad, signada por diversidades de superficie que se desarrollan sobre

un profundo imperio utilitario. En principio en el comercio se despliega la justicia **conmutativa** (con “contraprestación”) y no se deja espacio para la justicia espontánea (sin contraprestación) y es ése el sentido de la justicia que más se desarrolla hoy, pero a su vez en el comercio hay una vocación de prescindencia de la contraprestación y tal vez esto explique que no repugne el azar desbordante con que en ciertas realidades se promueve el desarrollo comercial.

El comercio se desenvuelve por actuación de las partes, con el correspondiente despliegue de la justicia “**partial**” y no tiene perspectiva de totalidad gubernamental. El mundo actual tiende a construirse también como una suma de “parcialidades”. El comercio se desarrolla con sentidos más **sectoriales** que integrales y lo mismo ocurre en la vida de nuestros días. En el comercio impera la justicia **de aislamiento** excluyendo en todo lo posible la participación y de manera análoga se desenvuelve el sentido predominante de la justicia en la actualidad. El comercio se apoya más en la justicia **relativa** que en la justicia absoluta y esto ocurre de modo predominante en nuestra época. El sentido de la justicia del comercio se refiere al bien **particular** y no al bien común, aunque se confíe a veces que éste se realizará a través de aquél, y de manera análoga se pronuncia nuestro tiempo, que ha llegado a caracterizarse como la época de las privatizaciones.

En cuanto pertenezca a la distribución el comercio se vincula más con la **corrección** de lo que ha regido la producción, pero es notorio que en nuestros días el comercio es rector de los criterios de producción y se generan así una unilateralización y un relativo “vaciamiento” de las posibilidades vitales. No se produce lo que requieren diversos valores, sino lo que impone el afán de lucro mercantil.

15. La justicia es una categoría “pantónoma”, referida a la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras y como esa plenitud no nos es abordable porque no somos omnipotentes ni omniscientes resulta imprescindible fraccionarla produciendo seguridad jurídica. El comercio necesita calcular los riesgos y para eso reclama fraccionamientos de la justicia que le brinden **seguridad**. Tal vez esta búsqueda de la seguridad exprese el recorte de la justicia que se manifiesta en el actual “**fin de las ideologías**”.

16. La justicia de los repartos ha de realizarse en cuanto a repartidores, beneficiarios, objeto, forma y razones. La justicia respecto de los repartidores puede provenir del acuerdo de los interesados y de la superioridad moral, científica o técnica (legitimación autónoma y aristocrática). El comercio suele invocar la legitimidad **autónoma**, a menudo se refiere a su derivado de legitimación “**paraautónoma**” (por acuerdo de todos los interesados en la intervención de los repartidores, como sucede con los árbitros) y es afín a la legitimación “**infraautónoma**” (por acuerdo de una mayoría, según ocurre en la democracia). A su vez tiende a recortar la aristocracia en los despliegues utilitarios de la **tecnocracia** y la **plutocracia**. No es por azar que la democracia y sobre todo ahora el arbitraje se han desarrollado a la sombra del desenvolvimiento comercial, pero tampoco lo es que la democracia llegue a ser

hoy jaqueada por la tecnocracia y la plutocracia.

La justicia de los objetos de los repartos (objetos “repartideros”) exige que se adjudique **vida, libertad, propiedad, creatividad**, etc. En principio el comercio es un gran promotor de esos objetos, mas en la actualidad todo tiende a quedar reducido a la **propiedad** y las limitaciones de la creatividad que no sea utilitaria genera amplios espacios de **rutina**.

17. La justicia del orden de repartos exige la satisfacción del humanismo, que toma al individuo como fin y no como medio y debe ser normalmente abstencionista y excepcionalmente intervencionista (paternalista). Hay que evitar el totalitarismo en todos sus sentidos, que mediatiza a los individuos, sea al servicio de otros (en el individualismo) o del conjunto social (en el totalitarismo en sentido estricto). En principio el comercio es afín al desarrollo del **humanismo abstencionista**, pero a través de él puede y suele desembocar en el individualismo e incluso, cabe reconocerlo, a veces ha promovido el totalitarismo.

El humanismo exige respetar la unicidad, la igualdad y la comunidad de todos los hombres, que se satisfacen sobre todo con el liberalismo, la democracia y la “res publica” y en su base el comercio es particularmente afín a los dos primeros, aunque dentro del liberalismo le interese más el aspecto económico que el político. No es por azar que la burguesía fue la gran promotora del **liberalismo** y la **democracia** e incluso vale recordar que conoció un período “republicano”. Sin embargo el avasallante despliegue del comercio tiende hoy con frecuencia a limitar la unicidad y la igualdad y ha carcomido el sentido de comunidad. La comercialización en gran escala está emparentada con la masificación y con los desniveles en el poder económico.

Para que se desarrolle un régimen de justicia es necesario proteger al individuo contra todas las amenazas que pueden afectarlo. Hay que resguardarlo respecto de los demás individuos, contra el régimen en su conjunto, ante sí mismo y frente a todo “lo demás” (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, etc.). El comercio tiende a proteger sobre todo contra el **régimen** y frente a ciertos despliegues de “**lo demás**” (v. gr. haciendo accesibles los bienes), pero a veces pone a los individuos a merced de otros individuos e incluso de sí mismos, como lo muestran el desarrollo capitalista y la “sociedad de consumo” (que provoca fuerte dependencia a través de las propias pasiones) y también contribuye al incremento de la soledad. La gran marginalidad de los que no participan del proceso económico y sobre todo son desocupados y no consumen es una muestra del despliegue del sentido comercial y en general del capitalismo actual (12).

2) El comercio en las ramas del mundo jurídico

18. El comercio ha tenido la energía suficiente para escindir su consideración del viejo tronco común del Derecho Civil. La presencia del **Derecho Comercial** como una rama autónoma y su referencia más “subjetiva” u “objetiva” han generado situaciones diversas.

(12) Puede v. nuestro artículo “Filosofía jurídica de la marginalidad, condición de penumbra de la postmodernidad”, en “Investigación ...” cit., N° 25, págs. 25 y ss.

Hoy puede hablarse de cierta **comercialización** del Derecho Civil, al punto que aunque en la unificación se derogue el Código de Comercio es en realidad el fenómeno comercial el que suele predominar. A la luz de la comprensión del sistema de ramas jurídicas en su conjunto, que se manifiesta en el “Derecho de la Cultura” en general y se estudia en la “Teoría General del Derecho” (13), se advierte que en mucho en la actualidad del estilo “occidental” todo el complejo de esas ramas se produce en función del fenómeno mercantil.

Ante la necesidad de calcular los riesgos y el lucro, los sistemas burgueses suelen poner especial cuidado en la preservación de las “**reglas del juego**” en el área mercantil, de modo que allí las presiones sectoriales contra los encargados de tomar las decisiones individuales (por ej. los jueces) suelen ser más fácilmente neutralizables que en otros ámbitos como los del Derecho Penal, el Derecho Constitucional, etc.

3) El comercio en el horizonte histórico

19. A través de su sed de lucro el comercio tiende a incrementar el valor del tiempo y a **dinamizar** la historia. El desenvolvimiento del capitalismo, primero mercantil y luego industrial, correspondió al proceso de “aceleración histórica” que ha caracterizado a los últimos siglos de la vida de Occidente. Pero, si por un lado tiende a “suprimir” el tiempo acelerando su marcha, el comercio promueve también la “supresión” del **espacio** y de las diferencias **materiales** entre las culturas que va relacionando, provocando la ya referida globalización y en cierto grado la conversión del tradicional Derecho Comparado en Historia del Derecho (14).

Como quizás le agradecería decir por ejemplo a un crítico “foucaultiano”, el comercio ha sido uno de los factores que han permitido el pase del dominio **físico** sobre las personas al **control** a través de las ciencias sociales y humanísticas (economía, sociología, psicología, etc.), aunque hoy la fractura de la humanidad entre quienes integran el mercado y quienes son desocupados y marginados genera la necesidad de acentuar los medios no económicos de control pero asimismo el riesgo de que se retorne, dialécticamente, al empleo de instrumentos de dominación e incluso de eliminación física.

4) El comercio en el horizonte filosófico general

20. El sentido del comercio, que margina las pretensiones de verdades profundas, es uno de los motivos más importantes del rechazo actual de la metafísica. En corrientes actuales tan dispares como el **utilitarismo** y el retorno al **kantismo** se evidencia al fin -aunque con diversos grados de evidencia- la influencia del sentido vital del comercio, por la referencia a las necesidades y su concreción o por la tendencia a la “flotación” que excluye la remisión a

(13) Es posible v. por ej. nuestras “Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993 y nuestro artículo, en colaboración con Ariel ARIZA, Mario E. CHAUMET, Carlos A. HERNANDEZ, Alejandro Aldo MENICOCCHI, Alfredo M. SOTO y Jorge STAHLI “Las ramas del mundo jurídico en la Teoría General del Derecho”, en “El Derecho”, t. 150, págs. 859 y ss.

(14) Puede v. nuestro artículo “Una tendencia de la realidad de nuestro mundo: la conversión del Derecho Comparado en Historia del Derecho”, en “Investigación ...” cit., N° 20, págs. 107/108.

verdades profundas. ¿En cuánto se relaciona el resurgimiento del pactismo en la versión rawlsiana- con el estilo del comercio?

El comercio se relaciona de modo estrecho con los avances que en la modernidad tuvieron la **gnoseología** y la **axiología**. La relatividad del comercio está emparentada con el cuestionamiento de la posibilidad del conocimiento y con el desarrollo de la teoría de los valores con cierta prescindencia del ser. Incluso tiene parentesco con la crisis misma de las ciencias -que en su momento fueron en mucho promovidas por el capitalismo- manifestada hoy a menudo en la **epistemología**.

III. El orden jurídico internacional y el comercio internacional en la actualidad

21. La comunidad internacional se apoya en la existencia de Estados independientes respetuosos de la independencia de los demás y en relaciones económicas, religiosas, científicas, artísticas, etc. suficientemente estrechas como para exigir una importante regulación jurídica (15). Esa comunidad nació casi simultáneamente con la aparición de los Estados modernos y, como hemos señalado, en esos modelos de organización mucho tuvo que ver el desarrollo del comercio. En cuanto al ámbito privado la comunidad internacional desembocó en soluciones indirectas, apoyadas en la **extraterritorialidad** de respuestas jurídicas tendiente a aplicar a cada caso el Derecho con el que más se vincula (16).

Hoy la expansión económica, incluyendo también el desenvolvimiento comercial, ha impulsado la globalización general de las relaciones que provoca grandes transformaciones en las respuestas del Derecho Internacional Privado (17).

En este marco cabe reconocer respuestas **territorialistas, extraterritorialistas** y “**no territorializadas**”.

Las soluciones **territorialistas** significan que un Derecho se aplica para el mismo ámbito para el que se hizo y pueden ser **extremas** o **mitigadas**. En el primer caso cabe incluir al Derecho Privado común que ignora lisa y llanamente a los elementos extranjeros y resulta muy escasamente sostenible y a las leyes de aplicación inmediata que abarcan una mezcla de Derecho Público y orden público a priori (18). Las leyes de aplicación inmediata expresan la reacción de los Estados que pretenden salvar sus exigencias publicistas e incluso preservar sus mercados y sus órdenes económicos, pero en la realidad sólo pueden desenvolverse en los ámbitos que les deja el nuevo “orden público internacional” que impone la liberación del intercambio y de la economía (19).

(15) V. por ej. VERDROSS, Alfred, “Derecho Internacional Público”, 4a. ed. en colaboración con Karl ZEMANEK, trad. Antonio Truyol y Serra, 4a. ed., Madrid, Aguilar, 1963, págs. 8 y ss. (en especial sobre la importancia del comercio internacional págs. 12/13).

(16) Acerca de la historia de la comunidad jusprivatista internacional puede v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Derecho Internacional Privado”, 6a. ed., Bs. As., Depalma, 1988, págs. 67 y ss. Cabe recordar, v. gr., ROMERO DEL PRADO, Víctor N., “Derecho Internacional Privado”, Córdoba, Assandri, 1961, t. I., págs. 389 y ss.

(17) Es posible v. nuestro estudio “Aspectos filosóficos del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo”, en “Jurisprudencia Argentina”, t. 1994-I, págs. 878 y ss.

(18) Las leyes de aplicación inmediata mezclan la búsqueda de la justicia general y el bien común, típica de las leyes de policía, con la aspiración de justicia particular a nivel humano, del orden público a priori.

(19) Puede v. nuestro estudio “Filosofía del orden público en la postmodernidad”, en “Boletín ...” cit., N° 21, págs. 24 y ss.

En el territorialismo mitigado caben el Derecho de Extranjería y el Derecho Privado Uniforme y sobre todo el Derecho Privado Unificado, que pretende construir un nuevo territorio más amplio, un mercado y una economía de mayores alcances (v. gr. según predomina en la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías). Vale tener en cuenta que una organización internacional mundial, como las Naciones Unidas, ha brindado particular atención a la unificación de las reglas de la compraventa que más que llevar a la internacionalización o la universalización puede conducir a intensificar la globalización.

Las respuestas **extraterritorialistas** significan que un Derecho es aplicado fuera del ámbito para el que se hizo y pueden ser **limitadas**, como sucede en el Derecho Internacional Privado clásico, que recurre a la extraterritorialidad para los casos con elementos extranjeros, o **ilimitadas**, según acontece en la recepción del Derecho extranjero para casos con elementos nacionales (20). Aunque en su momento la extraterritorialidad limitada se nutrió del desenvolvimiento del comercio que vinculaba distintos mercados y diversas economías e hizo que los Estados o incluso las partes eligieran el Derecho aplicable, hoy su técnica resulta a menudo demasiado compleja para el curso rápido que requiere la actividad mercantil.

La recepción puede ir acompañada de fenómenos de asimilación pero también de rechazo. Aunque no siempre recibe la atención que merece, en gran medida porque los países exportadores de modelos positivos son también exportadores de doctrina, la recepción tiene una larga historia en la que se destacan, por ejemplo, la recepción del Derecho justinianeo en la Europa medieval para dar más cauces al capitalismo y la presente recepción de modelos anglosajones por el ámbito continental a impulsos del triunfo de las culturas inglesa y norteamericana y de la globalización promovida por el capitalismo actual (21).

Países como el nuestro son grandes receptores de modelos a veces contradictorios y a menudo no del todo viables y la presente recepción del modelo neoliberal es otra expresión de esa tendencia.

La “**no territorialización**” se expresa en la llamada “autonomía universal” en la que se celebran acuerdos que prescinden de todos los Derechos estatales del mundo y cuanto más los dan por transcritos para facilidad de la expresión sin sujetarse a sus modificaciones, sometiendo la solución de las controversias a tribunales arbitrales y a las mismas presiones del

(20) Pueden v. nuestros artículos “Hacia una teoría general de la recepción del Derecho extranjero”, en “Revista de Direito Civil”, 8, págs. 73 y ss. y “Originalidad y recepción en el Derecho”, en “Boletín...” cit., Nº 9, págs. 33 y ss.

(21) En cuanto a los modelos del capitalismo anglosajón y del capitalismo japonés-germánico v. por ej. PRODI, Romano. “Due modelli a confronto”, en “Dossier Europa”, diciembre 1991, N. 9 (“Il mercato e le sue regole”), págs. 12 y ss. Respecto de las dificultades del modelo alemán es posible c. v. gr., CASTRO, Jorge, “Alemania pierde el tren de la innovación”, en “La Nación”, 15/VI/1997, 1a. sección, pág. 6.

mercado. Es evidente la gran afinidad entre el despliegue mundial del comercio y la autonomía universal (22).

22) Acerca de los distintos tipos de soluciones para los casos jusprivatistas internacionales puede v. nuestro estudio (con colaboración) "Métodos constitutivos del Derecho Internacional Privado", Rosario, Fundación para el Estudio del Derecho Internacional Privado, hoy Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1978. Al relacionar el Derecho del Comercio Internacional con la metodología del Derecho Internacional Privado puede decirse, análogamente a lo que se ha afirmado respecto del contrato internacional, que se encuentra en la "zona de turbulencia" de dicha materia (v. KASSIS, Antoine, "Le nouveau droit européen des contrats internationaux", Paris, L. G. D. J., 1993, pág. 5 y ss.).

En relación con la comprensión del significado jurídico de la vida económica pueden v. por ej. nuestros trabajos "Reflexiones acerca de la actividad de las empresas transnacionales en relación al mundo jurídico y el Derecho Internacional Privado", en "Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones", N° 43, págs. 1 y ss.; "Comprensión jusfilosófica de la persona y la empresa", en "Investigación ..." cit., N° 24, págs. 29 y ss.; "Aportes para la jusfilosofía de la empresa", en "Derecho y Empresa", N° 1/2, págs. 23 y ss.; "Filosofía de la Empresa y Mercosur", en "Boletín del Centro de Investigaciones ..." cit., N° 20, págs. 59 y ss.; "Filosofía de la parte especial del Derecho Internacional Privado (del tiempo de la ley y el Estado nacional al tiempo del contrato y la empresa)", en "Investigación ..." cit., N° 26, págs. 20 y ss.; "Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997, esp. págs. 69 y ss. ("Filosofía del concurso internacional"); "Notas para la caracterización axiológica de las sociedades comerciales", en "Boletín ..." cit., N° 14, págs. 24 y ss.; "Aspectos filosóficos del régimen jusprivatista internacional de las sociedades comerciales", en "Boletín ..." cit., N° 20, págs. 23 y ss.; "Comprensión básica del régimen jusprivatista internacional de la letra de cambio", en "Boletín ..." cit., N° 12, págs. 13 y ss.; "Notas jusfilosóficas para la comprensión del transporte en el Mercosur", en "Derecho de la Integración", N° 3, págs. 273 y ss.

Respecto del Derecho del Comercio Internacional en general pueden c. v. gr. LOUSSOUARN, Yvon - BREDIN, Jean-Denis, "Droit du Commerce International", Paris, Sirey, 1969; FRIGNANI, Aldo (con colab.), "Il Diritto del Commercio Internazionale", 2a. ed., Ipsoa, 1990; AS. VS., "Direito e Comércio Internacional - Tendências e Perspectivas - Estudos em Homenagem a Irineu Strenger", San Pablo, LTr. 1994; FERNANDEZ ROZAS, José Carlos (ed.), "Derecho del comercio internacional", Madrid, Eurolex, 1996 y las referencias bibliográficas allí contenidas.

En cuanto a la ética del comercio internacional puede v. por ej. MINUS, Paul M. (ed.), "The Ethics of Business in a Global Economy", Boston - Dordrecht - Londres, Kluwer, 1993.