

# *Prefacio*

---

La presente colección de ensayos en torno al libre comercio, al desarrollo económico y a la misión del derecho comercial reúne estudios que se hallaban dispersos en revistas jurídicas y monografías publicadas en diversos países y fechas. Incluye además, como capítulo inicial, un ensayo inédito respecto al Tratado de Libre Comercio. A pesar de su diversidad geográfica y de fechas de publicación, todos los ensayos responden a una misma preocupación: la naturaleza y función del derecho comercial y de la moralidad que lo compone y justifica, especialmente en nuestros días.

Lejos de ser puramente académica (en el sentido más restringido de la expresión), dicha preocupación fue motivada por la urgente necesidad de incorporar el derecho mercantil a la tarea de hacer viable el crecimiento económico de países y regiones en vías de desarrollo. Esta necesidad ha adquirido mayor urgencia en los últimos años con motivo de la adopción de esquemas universales y regionales de libre comercio y la globalización de los mercados financieros. La participación en esquemas de libre comercio y en los mercados financieros globales es un requisito ineludible para el desarrollo y la prosperidad económica de cualquier sociedad contemporánea y, en especial, para los países que integran el Tratado de Libre Comercio.

La importancia de crear un derecho mercantil acorde con estas necesidades, que convalide las promesas, contratos, usos y costumbres indispensables para efectuar el comercio nacional e internacional y que a su vez corrija tanto injusticias como excesos, es el común denominador del objetivo que persigue cada uno de los ensayos. Esta búsqueda comenzó en forma institucional con el Proyecto de Reforma Jurídica, en el que participó el autor en conjunción con profesores y alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, magistrados de la Corte Suprema de Costa Rica, diputados del Congreso de ese país e investigadores estadounidenses y europeos bajo el auspicio de la entonces Alianza para el Progreso (USAID-ROCAP). El ensayo titulado “En busca de una teoría del derecho en el desarrollo económico” resume lo investigado en Costa Rica respecto al papel del derecho mercantil en el desarrollo económico.

Una de las conclusiones más importantes de este trabajo es que la función principal del derecho en el desarrollo económico es la de inducir confianza en

las instituciones jurídicas. Esta confianza no se produce simplemente creando certidumbre jurídica por medio de fórmulas coercitivas de comportamiento. La certidumbre que impele a confiar en las instituciones jurídicas y que alienta a la participación regular, cooperativa y “desarrollista” en el mercado de bienes y servicios —vendiéndolos, comprándolos, arrendándolos, prestándolos, tomando prestado o invirtiendo en empresas que los producen— requiere que ciertos principios de moralidad comercial y social rijan la actividad transaccional y adjudicativa.

El ensayo titulado “Lo justo o lo equitativo en las decisiones judiciales mercantiles anglo y latinoamericanas”, tiene como propósito identificar los estándares de moralidad comercial y social, y los principios jurídicos producto de esa moralidad necesarios para promover el desarrollo económico. Este trabajo fue el resultado de estudios patrocinados por la Fundación Nacional de Ciencias de los Estados Unidos (National Science Foundation) y recibió el honor de ser nominado para el premio Herring como el “mejor ensayo de derecho y ciencias sociales respecto a una problemática hemisférica”. Este ensayo identifica tres tipos o modelos de moralidad: la moralidad de “la hermandad” (E I), la “del mercado” (E II) y la “del extraño” (E III), como los más comunes en el derecho mercantil histórico y contemporáneo. De estos tipos de moralidad, sólo los dos primeros (E I y E II) contribuyen al desarrollo económico de la sociedad en cuestión. La moralidad del extraño (E III), a pesar de su popularidad en las decisiones judiciales, administrativas y arbitrales en países en vía de desarrollo, es contraria a la cooperación comercial sin la cual la negociación mercantil pierde su valor social.

Los tres estudios siguientes completan el ciclo de estudios en torno al derecho mercantil y al desarrollo económico. “La comercialización del derecho civil y la civilización del derecho comercial” fue, en su versión inglesa, la conferencia “Tucker” dictada ante el Centro Jurídico de Louisiana y la Facultad de Derecho de la Universidad del Estado de Louisiana. Su versión castellana fue pronunciada ante la Asociación Nacional del Notariado Mexicano y obtuvo para su autor la designación de miembro honorario vitalicio de dicha Asociación. Este trabajo describe las características históricas de “lo comercial” y “de lo civil” e identifica los arquetipos de comportamiento que subyacen a la normativa típica de los códigos de comercio y códigos civiles más representativos de cada una de las tradiciones normativas. También describe la tendencia inexorable hacia la comercialización de transacciones históricamente civiles, pero concluye afirmando que la viabilidad del derecho comercial depende tanto de la presencia de una moralidad utilitaria (típica del Código Uniforme de Comercio de Estados Unidos) como de la altruista (típica de ciertos capítulos del Código Civil francés).

En su versión original, “La venta de bienes por su no dueño” fue una conferencia presentada ante el claustro de la Facultad de Derecho de la Universidad de Tulane (Estados Unidos) y de la Facultad de Derecho de la

Universidad de Aix, en Provence (Francia). Analiza la naturaleza jurídica de la propiedad sobre bienes muebles (los bienes históricamente más cercanos al derecho mercantil). "La venta de bienes por su no dueño" establece las conexiones entre el concepto de propiedad en general y la propiedad mueble en particular, y su contexto socio-económico. Así, distingue entre el significado de la propiedad mueble en la sociedad agrícola, guerrera y sin intermediarios comerciales del derecho romano preclásico; la sociedad de comercio incipiente por intermediarios en poca estima, del derecho español foral durante la reconquista peninsular y previo a la expulsión del los judíos y los moros en 1492; y finalmente, sociedades en las que el comercio por intermediarios era bien visto y estimulado, y donde el crédito comercial se desarrolló significativamente, como la sociedad inglesa de los siglos XVII, XVIII y XIX, y la contemporánea de Estados Unidos de Norteamérica. Asimismo, establece la evolución desde una propiedad absoluta, entrelazada con el *status del pater familias* romano, hasta una propiedad fragmentada y compuesta de derechos posesorios coexistentes y susceptibles de ser vendidos, arrendados o gravados con independencia de la titularidad del bien.

"El grado de avance del derecho mercantil a fines del siglo XX" completa el ciclo de estudios sobre derecho mercantil y desarrollo económico. En su versión original, fue una conferencia pronunciada en la Universidad de Melbourne, Australia, en ocasión de la elección del autor como presidente de la Academia Internacional del Derecho Comercial y del Consumidor. Este estudio identifica la misión del derecho comercial como el convalidador de actos, contratos, usos y costumbres a la par que el corrector de las injusticias causadas por conducta desleal, abusiva, dolosa y fraudulenta. Expone, por primera vez en la literatura jurídica mercantil, los principios rectores del desarrollo del derecho mercantil, desde su desprendimiento natal del comercio de pura supervivencia en el contexto de la explotación agrícola, hasta su función convalidadora y correctora en el mercado contemporáneo. Al estudiar el grado de avance del derecho mercantil en nuestros días se concluye que la uniformidad internacional del derecho mercantil es una necesidad ineludible dada la existencia de un mercado global financiero ininterrumpido, la utilización de computadoras y satélites artificiales para transacciones comerciales internacionales que requieren lenguajes jurídicos uniformes y la creación de zonas de libre comercio y de mercado común. El volumen y la intensidad transaccional de estos mercados requiere una uniformidad verdaderamente integral. Es decir, una uniformidad que se logre tanto por medio de la técnica tradicional de derecho positivo u oficial, generada "desde arriba" (mediante tratados, leyes modelo y leyes uniformes), y del derecho "viviente" o generado "desde abajo" (por medio de compilaciones de usos, costumbres y prácticas uniformes).

El ciclo en torno al derecho al libre comercio consta de dos ensayos también pronunciados en forma de conferencias en sus versiones originales. La primera, "El TLC en su contexto histórico" fue dictada ante la comunidad académica de

la Universidad de Arizona en ocasión de la ratificación de este tratado por el Congreso norteamericano. La segunda, titulada “La vía jurídica continua del TLC” fue pronunciada ante las Cortes Supremas de los estados de Arizona y Sonora, y ante los presidentes de Tribunales Superiores de Justicia de México. Debido a la relevancia actual del tema, estos estudios han sido situados en la primera parte de este tomo. A pesar de esa localización, dichos trabajos en torno al libre comercio se nutren de las conclusiones de los ensayos relativos a la función del derecho mercantil en el desarrollo económico. Y así debe ser, ya que el libre comercio y la creación de mercados comunes no son más que métodos jurídicos para obtener o acelerar el crecimiento económico de los pueblos o jurisdicciones participes.

Por ello, no debe sorprender que en su contexto histórico el TLC regrese al dilema del sabio Hillel (discutido en “Lo justo o lo equitativo en las decisiones judiciales mercantiles anglo y latinoamericanas” y en “La comercialización del derecho civil y la civilización del derecho comercial”) y concluya que la mejor manera de inducir altruismo en el más egoista de los comportamientos comerciales es promoviendo la inversión (o participación) recíproca en el destino económico del “otro”, presunto adversario. Así se logra un destino económico común para los presuntos adversarios, ahora copartícipes en el libre comercio, como lo ha empezado a hacer el TLC. Tampoco debe sorprender que los principios del desarrollo del derecho mercantil (expuestos en “El grado de avance del derecho comercial a fines del siglo XX”) sean aplicados a la problemática jurídica del libre comercio (descrita en “La vía jurídica continua del TLC”), ni que el método integral (sólo aludido en “El grado de avance del derecho comercial a fines del siglo XX”) aparezca en forma ya desarrollada en “La vía jurídica continua del TLC”.

Expuestas estas aclaraciones en cuanto a la composición de esta colección de ensayos, sólo queda sugerir al lector, a quien le interese el tema central y sus variaciones, que trate de obtener una visión de conjunto antes de aceptar o rechazar las conclusiones de cada trabajo. Tal visión puede lograrse comparando las conclusiones de los respectivos ensayos y preguntándose en qué aspecto contribuye cada uno al mejor entendimiento de la misión del derecho mercantil. Así, quizás lo que pueda aparecer a primera vista como una repetición del mismo tema resulte ser una variación que en forma gradual, de ensayo a ensayo, le ha permitido, al menos a este autor, mejorar su entendimiento de un derecho que tanto ha contribuido al desarrollo de nuestra civilización.

Finalmente, quisiera expresar mi agradecimiento al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (entidad hermana del National Law Center for Inter-American Free Trade NLCIFT,) y a la Dana Corporation Research Fund por su beca de investigación.

Quisiera también expresar mi agradecimiento por lo muy ardua tarea de traducción a los licenciados Óscar Cruz Barney y Rebeca Pérez Serrano. La preparación del manuscrito en castellano se benefició de las sugerencias

editoriales de los licenciados Rolando Ballesteros, Andrés Félix, Felipe García, Juan Enrique García, Jesús Madrazo, Gerardo Olea, Juan Manuel Trujillo, Manuel Ahumada, Demetrio Guerra y Felipe Mendoza, todos ellos investigadores del NLCIFT y candidatos a la maestría en derecho de libre comercio de la Universidad de Arizona y el National Law Center for Inter-American Free Trade.

La composición final del manuscrito debe mucho a la habilidad y devoción de Diana Bermúdez, quien contó con la ayuda de Dustin Jones. A todos, mi más sincero agradecimiento, y la aclaración de que cualquier error es de la exclusiva responsabilidad del autor.

BORIS KOZOLCHYK

*Tucson, Arizona 14 de octubre de 1994.*