

Necesidad de la ética comunitarista en el derecho comercial: estudio a partir del derecho comercial colombiano y los estudios de Michael Sandel*

The Necessity of Communitarism in Commercial Law: A Study from Colombian Commercial Law and Michael Sandel's Work

Rafael E. Wilches Durán^a
Pontificia Universidad Javeriana, Colombia
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3435-5657>

DOI: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj73.neced>

Recibido: 15 octubre 2024
Aceptado: 07 noviembre 2024
Publicado: 20 diciembre 2024

Resumen:

El autor plantea la necesidad de incorporar la perspectiva de la ética comunitarista por encima de la perspectiva de la ética liberal, de la ética republicana y hasta de la ética cosmopolita, dentro de la redefinición del derecho comercial, para lo cual toma el derecho comercial colombiano y los trabajos de Michael Sandel como elementos a partir de los cuales demostrar su planteamiento.

Palabras clave: comunitarismo, republicanismo, cosmopolitismo, liberalismo, derecho comercial, Michael Sandel.

Abstract:

The author exposes the necessity of adopting Communitarism, instead of Liberalism, Republicanism and Cosmopolitanism, as the adequate ethical inspiration for Commercial Law. He uses Colombian Commercial Law and the works of Michael Sandel as the point of departure to demonstrate his argument.

Keywords: Communitarism, Republicanism, Cosmopolitanism, Liberalism, Commercial Law, Michael Sandel.

Introducción

La ética comunitarista puede definirse como “una corriente que engloba a una serie de pensadores que, de uno u otro modo, reivindican un regreso a la comunidad”, de manera que “el comunitarismo se erige como una crítica al pensamiento liberal por su incapacidad para incentivar moralmente a las personas y hacer que asuman sus compromisos con la sociedad”²

Con esto claro, el principal objetivo de este escrito es el de demostrar que, debido a la preponderancia que ha tenido la ética liberal e individualista dentro de la formación y desarrollo del derecho comercial, por lo menos en Colombia, se hace necesario frente a las necesidades éticas del siglo XXI, abandonar o, por lo menos, replantear, en varios asuntos, buena parte de esos referentes éticos del derecho comercial colombiano, para acoger los de la ética comunitarista.

Para lograr dicho propósito, debo advertir que no es objeto de este escrito el de abordar las relaciones entre derecho y moral o ética, pues el asunto, por su complejidad, ha ameritado que hayan “corrido ríos de tinta” sobre el particular. Por el momento, el presupuesto del que parto consiste en afirmar que “Platón reconoció de inmediato y Aristóteles le secundó: para que las normas morales se cumplan hay que convertirlas en leyes”,³ de manera que, sin necesariamente adoptar totalmente el modelo interpretativista de Dworkin para abordar las relaciones entre derecho y moral o ética, sí coincido con él en entender que los mismos no son dos sistemas, sino que se trata de un mismo sistema, en el que el derecho hace parte de la moral política, gracias a lo cual puede entenderse que “[el derecho está efectivamente integrado con la moral: abogados y jueces trabajan como filósofos políticos de un Estado democrático]”.⁴ El gran valor que encuentro en tal afirmación reside en

que abre la puerta para estudios y debates como los de la relación entre derecho, moral o ética, y democracia, asunto que, por el momento, también escapa del ámbito de estudio de este trabajo, pero que espero abordar próximamente.⁵

Así, el resultado final que se obtendrá al final de este texto es el de demostrar que el liberalismo y su individualismo deben dejar de ser los referentes éticos del derecho comercial para pasar a tener al comunitarismo como referente de buena parte de sus asuntos, incluso por encima de la ética republicana y de la ética cosmopolita.

Como veremos en su momento, la ética comunitarista no ha estado exenta de críticas, que apuntan, principalmente, a presentar al republicanismo como mejor forma de abordar la vida en sociedad,⁶ pero, precisamente, uno de los argumentos que aquí se presentará es que la ética republicana termina siendo insuficiente para hacer frente, de manera adecuada y, sobre todo, oportuna, a las exigencias del mundo actual, mientras que la ética comunitarista, si bien podría implicar, en ocasiones, un viraje extremo, nos permitiría defender de manera adecuada los bienes comunes, concepto eje de los principales asuntos que ameritan un cambio de perspectiva ética en el derecho comercial. De la misma forma, expondré cómo la ética cosmopolita se presenta como el ideal ético a seguir en el mundo actual, pero, precisamente, por el momento, se queda en un ideal que no logra hacer frente de manera adecuada a la urgencia e importancia de los cambios de origen ético que debe realizar el derecho comercial.

Para desarrollar la exposición, el esquema escogido es el que se presenta a continuación. En primera medida, realizaré una descripción muy básica de los principales elementos y características de la ética comunitarista, incluyendo las críticas a esta; en particular, expondré por qué he escogido a Michael Sandel como referente teórico para el trabajo aquí planteado. En un segundo momento, me concentraré en exponer por qué la ética liberal e individualista ha sido el referente de inspiración para la mayoría de las instituciones del derecho comercial colombiano, y expondré las principales críticas que se formulan actualmente a la ética liberal para hacer frente a las necesidades de la sociedad del siglo XXI. Un tercer momento estará consagrado a demostrar que ciertos asuntos del derecho comercial ameritan un replanteamiento de los referentes éticos que los inspiran, fundamentalmente porque están relacionados con bienes comunes, los cuales deben recibir un trato muy diferente en la actualidad. Cerraré con un apartado de conclusiones.

La ética comunitarista

Debido a que el presente texto apunta, de manera general, a estudiar la relación entre derecho comercial y ética comunitarista, este apartado se concentra en explicar este último término, pues para definir el derecho comercial, independientemente de las discusiones sobre el asunto,⁷ acudo a lo planteado por Madrián y Prada, con fundamento en Mantilla Molina, en el sentido de entender el derecho comercial como “[el sistema de normas jurídicas que determinan su campo de aplicación mediante la calificación de mercantiles dada a ciertos actos, y regulan estos y la profesión de quienes se dedican a celebrarlos”⁸

Así, para poder abordar el concepto de *ética comunitarista*, es indispensable realizar de manera previa una precisión de naturaleza conceptual, encaminada a señalar que, para los efectos de este texto, los términos *moral* y *ética* se toman, a pesar de las grandes diferencias que se plantean entre estos (orientadas, principalmente, a indicar el supuesto carácter individualista de la ética, y la naturaleza grupal de la moral, de las costumbres de los individuos dentro del grupo),⁹ como equivalentes, refiriéndolos a la quinta acepción del vocablo *moral* en el *Diccionario de la lengua española*, es decir, como la “doctrina del obrar humano que pretende regular el comportamiento individual y colectivo en relación con el bien y el mal y los deberes que implican”.¹⁰

Es decir, si hay que establecer una diferencia entre los términos, me inclinaría por seguir aquella corriente que entiende a la ética como “la reflexión filosófica sobre la moral”, por lo que algunos prefieren denominarla *filosofía moral*, mientras que la *moral* hace referencia a las distintas costumbres o formas de vida de las

sociedades alrededor de lo bueno y lo malo,¹¹ pero en este escrito prefiero utilizar estos términos como equivalentes.

Ahora, en materia de ética o de filosofía moral, las corrientes son absolutamente variadas, y escapa absolutamente del objeto de este escrito el pretender realizar algún tipo de presentación completa del asunto, por lo que solo me concentro en presentar los elementos centrales de la corriente que se ha denominado ética comunitarista y de aquellas con las cuales suele relacionarse.

Las razones para escoger la ética comunitarista sobre otras corrientes éticas residen, principalmente, en el papel que se le da al concepto de *comunidad* para discutir sobre lo bueno y lo malo, y las razones para escoger a Michael Sandel como referente de las relaciones entre ética comunitarista y derecho comercial apuntan, en esencia, sin perjuicio de otras ideas que expondré con posterioridad, a que

los principios de justicia dan prioridad a la libertad individual, libertad para que cada persona pueda configurar su estilo de vida sin interferencias del Estado. Sandel, por el contrario, está convencido de que el intento de instaurar la justicia sin contar con una base común de solidaridad que la propicie porque está arraigada en las personas no sólo es inviable, sino que puede llegar a ser contraproducente. [...] En resumen, el pensamiento liberal concibe a un sujeto “anterior a la comunidad” a la que debe sentirse ligado, pero no dice cómo se explica ese vínculo que en principio niega. Sandel entiende que la comunidad es parte integrante de la identidad del sujeto.¹²

El punto de partida de la ética comunitarista es la idea según la cual, “ahora, la ética no es pensable sino como parte de un proceso democrático”,¹³ escenario dentro del cual se destacan, por un lado, las propuestas neokantianas, con la teoría de la justicia de John Rawls y la ética comunicativa de Apel y Habermas como sus máximos exponentes y, por el otro lado, la ética comunitarista, con Alasdair MacIntyre como exponente inicial más notable de una idea concreta, según la cual la ética ya no es posible si la entendemos como retazos de morales de otras épocas y como un escenario en el que prima el relativismo, por lo que “solo la vuelta a sociedades comunitarias, donde fuera dado compartir unos mismos fines, posibilitaría la reconstrucción de la ética o de unas virtudes”.¹⁴

La ética comunitarista es una reacción a dos posiciones: en primer lugar, a la ética liberal e individualista, sobre la cual profundizaré en el siguiente apartado de este texto, y, en segundo lugar, a la pretensión de construir una ética universal,¹⁵ pretensión de la cual es el más claro exponente lo que se ha denominado como *ética cosmopolita*.

La ética cosmopolita parte de la idea de Diógenes, el Cínico, de ser un “ciudadano del mundo”, con lo cual su objetivo es el de establecer una ética que incluya a todos los seres humanos como “sujetos agentes de las decisiones que se deben priorizar”. Es decir, la ética cosmopolita aboga por entender que el modo cosmopolita de estar en el mundo implica “una forma de construir la propia identidad sin restringirse a la inmersión en una sola cultura”, de manera que se entienda que

todos los seres humanos forman parte de dos comunidades: aquella en la que nacen contingentemente y que se construye desde la disyuntiva entre “los ciudadanos de la polis y los que quedan fuera”, y la cósmica, en la que todos están inscritos esencialmente, porque gozan de la razón, que los hermana.¹⁶

Como lo plantea Martha Nussbaum, “las puertas de la ciudad cósmica deben estar abiertas para todos”, incluyendo seres de otras especies distintas a la humana, por lo que la ética cosmopolita ha buscado perfeccionarse, por ejemplo, con el enfoque de las capacidades, expuesto por autores como Amartya Sen y por ella misma,¹⁷ constituyéndose en un claro referente de hacia dónde deberíamos orientar nuestros esfuerzos como humanidad y como habitantes de un planeta cuyas fronteras han sido trazadas por los seres humanos, no por la naturaleza.

Sin embargo, mientras logramos avanzar en la consecución de ese “noble e imperfecto ideal”, como lo denomina Nussbaum, los referentes éticos más cercanos a las realidades del mundo actual vienen dados por el liberalismo, el comunitarismo y el republicanismo.

La ética republicana, desarrollada por autores como Quentin Skinner, J. G. A. Pocock y Philip Pettit, buscaría, “sobre todo, dos cosas: 1) una concepción de la libertad más generosa y ambiciosa que la libertad liberal, 2) y una recuperación de las virtudes como sustento de la república. Ambas ideas son complementarias, pues la libertad entendida en el sentido republicano requiere un individuo virtuoso o comprometido con el bien público”.¹⁸

De esta forma, se entiende a la república como la herramienta adecuada para dar buena forma a la libertad individual, ya que incentiva la virtud que crea un espíritu público que une a los individuos. Sería, así, la república, una mejor forma de coexistir, pues “ si es cierto que el comunitarismo acierta en señalar las deficiencias de la filosofía liberal, también lo es que su propuesta de construir una ética sobre bases comunitarias es muy peligrosa”, de manera que

el republicanismo ofrece una superación de las insuficiencias liberales éticamente mucho más aceptable que el comunitarismo. En primer lugar, porque mantiene el bastión de la libertad individual como valor prioritario, solo que pretende convertirlo en un valor no divorciado del compromiso cívico. También, porque la república es una sociedad abierta, que solo reclama del individuo más identificación con lo público, con un bien común que no es sino la concreción de los valores constitucionales.¹⁹

Es decir, para ser aún más preciso en la crítica de Camps al comunitarismo, ella plantea que

renunciar a la universalidad como una exigencia de la ley moral es abdicar de un aspecto imprescindible de la ética. Las normas particulares son más susceptibles de ser irracionales y arbitrarias, porque lo que se busca con ellas es mantener la cohesión y potenciar la fe en un dios o el sentimiento de pertenencia a una patria. Poner por delante la comunidad, el ‘nosotros’ o lo colectivo debilita siempre la autonomía de la persona para decidir, un aspecto que, como se ha visto insistentemente, es una de las conquistas más logradas de la filosofía moral.²⁰

Por lo cual ella propone como alternativa “más interesante y menos peligrosa”, en lo que a críticas al liberalismo moral se refiere, el republicanismo, pues este

es aplicable a cualquiera de las democracias constitucionales, no necesita poner la comunidad por delante para construir a partir de ella un sentido moral de pertenencia. Recupera de esta forma la idea de una ciudadanía moralmente comprometida y de una persona que no vive sólo para sí misma, sino también para que prospere el bien público.²¹

El republicanismo ha servido como referente para entender el rol de las empresas en las sociedades actuales²² y, a mi juicio, al hacer énfasis en las virtudes, hasta para que se hable de las virtudes en el mundo empresarial,²³ pero también ha sido fuente de críticas, por su inadecuado abordaje de la relación con el poder constituyente,²⁴ pero, sobre todo, además de la necesidad de definir si se habla de republicanismo o de neorepublicanismo (instrumental) de Skinner y Pettit, en que, si bien el principal valor normativo del republicanismo es el bien común,

el neorepublicanismo instrumental sólo se diferencia del liberalismo en su insistencia en señalar la dependencia como otra fuente de pérdida de libertad, además de la interferencia. Sin embargo, el liberalismo no sólo no se opone a esta idea, sino que, además, como ya hemos dicho, la tiene inscrita en sus premisas, por lo que el resultado de ambas teorías es el mismo. Todo esto provoca que el neorepublicanismo instrumental fracase en la construcción de una alternativa al discurso liberal, diferenciándose solamente en cuestiones superficiales que quedan muy alejadas del que era su propósito principal: erigirse como una teoría política capaz de disputarle al liberalismo su hegemonía.²⁵

Es decir, como lo plantea Tudela Fournet, la “centralidad concedida a la idea de libertad como valor normativo nuclear por el neorepublicanismo instrumental impide que se aprecie alguna diferencia, en este punto, con la tradición liberal”, por lo que, a pesar de que el republicanismo sí pueda entenderse, independientemente de las distintas versiones, como una tradición de pensamiento político, fundamentalmente por darle prelación al bien común, lo que recientemente ha dado en denominarse la corriente ética del republicanismo, la de Skinner y Pettit, concede un valor demasiado importante a la libertad individual, de manera que, para efectos de este texto, las críticas que se predicán de la ética liberal, que abordaré

en el siguiente apartado, también pueden predicarse de esa visión del republicanismo (o neorepublicanismo instrumental, siguiendo la denominación de Tudela Fournet).

Así, volviendo a la ética comunitarista, mi opción dentro de ella por Michael Sandel radica en que, precisamente,

no habría que olvidar que, tanto dentro de los comunitaristas (M. Walzer, M. Sandel, A. MacIntyre, Ch. Taylor, etc.) como de los liberales (en cuya nómina cabe hacer figurar a autores como J. Rawls, J. Habermas, R. Dworkin, etc.), las posiciones son plurales y, por lo que al comunitarismo se refiere, se dan importantes diferencias entre las propuestas neoconservadoras de MacIntyre, por ejemplo, y la sugerente crítica del malestar cultural, del atomismo narcisista y disgregador de nuestras sociedades, realizada por el propio Taylor.²⁶

En efecto, dentro de los comunitaristas, Sandel se destaca, además de su prolífica obra, por abordar de manera precisa el *mercado*, concepto clave alrededor del cual gira el derecho comercial,²⁷ y los conceptos de *justicia* y *democracia*, ejes estructurantes del proyecto dentro del cual está enmarcada la realización de este documento.²⁸ Como bien lo expone el acta del jurado que otorgó a Sandel el Premio Princesa de Asturias de Ciencias Sociales en 2018,

el jurado premia una obra ejemplar sobre los fundamentos normativos de la democracia liberal y la defensa tanto de las virtudes públicas como del pluralismo de concepciones del bien en nuestras sociedades. Además de su visión pública de la justicia, destaca por la crítica de los excesos de la lógica del mercado y por promover el debate para la solución de los principales dilemas morales. [...] El jurado desea también subrayar la importancia del compromiso ciudadano con los valores de la democracia y la relevancia de la argumentación conjunta para resolver nuestras diferencias como sociedad.²⁹

Así, dentro de la obra de Sandel, deseo concentrarme en dos textos: uno en el que aborda el mercado y, en particular, lo que puede y no puede ser objeto del dinero, y un segundo texto en el que expone sus conferencias sobre el tema de la justicia.

La principal conclusión que obtuve tras leer todos los casos reales expuestos en *Lo que el dinero no puede comprar: los límites morales del mercado* es la pregunta de cierre de esa obra:

Y así, la cuestión de los mercados termina siendo en realidad la cuestión de cómo queremos vivir todos juntos. ¿Queremos una sociedad donde todo esté en venta? ¿O existen determinados bienes morales y cívicos que los mercados no honran y el dinero no puede comprar?³⁰

Carlos Peña responde a esa pregunta, además de planteando que Sandel “deja en la sombra las cosas que el dinero y el mercado hacen posibles” y que “endosa del todo la descripción que la economía neoclásica hace del mercado como si esta teoría fuera, o pretendiera ser, exhaustiva y fidedigna”,³¹ afirmando que los límites del mercado no son límites extrínsecos, como lo plantea Sandel, sino que el mercado es imprescindible en la sociedad actual, pues provee de un espacio de libertad subjetiva que es clave para que la democracia y la modernidad existan, ya que la vida humana, tanto en el mercado como en la democracia, “es un esfuerzo que debe realizarse conforme al discernimiento y las preferencias de quienes la viven”.³²

En efecto, tras hacer la diferencia, con base en Hayek, entre democracia y liberalismo, afirma que “la democracia respondía la pregunta acerca de quién ejercía el poder, en tanto el liberalismo, más bien, se preguntaba por los límites de este último”.³³ Peña enfatiza en que si lo que se quiere privilegiar es la igualdad, el mejor instrumento para lograrlo, siguiendo a Dworkin, es el mercado, pues en las sociedades modernas la idea de *comunidad*, como expresión de una misma conciencia moral entre sus miembros, ha ido perdiendo fuerza frente a la idea de *sociedad*, en la que hay una mayor dependencia material entre unos y otros, pero una menor dependencia moral, ante lo cual debe reconocerse que

a una sociedad democrática, entonces, no le repugna la desigualdad en sí misma [...], sino la desigualdad que no es producto del mérito o del esfuerzo personal. [...] La vida en cada uno de esos casos sería el reflejo de las decisiones autónomas de cada

cual, tanto del místico contemplativo como del asceta que trabajó día a día. A realizar ese ideal de agencia tienden tanto el mercado como las correcciones que le introduce la política.³⁴

Frente a este argumento del mérito, un escrito de Sandel al respecto es absolutamente claro en su crítica al modelo de la meritocracia, ya que no brinda una adecuada protección del bien común,³⁵ y, en cuanto a la pregunta que el mismo Sandel formuló sobre los límites morales del mercado, su respuesta es absolutamente clara y opuesta a lo señalado por Peña, pues dice que

cuando vemos cómo los mercados y el intercambio comercial alteran el carácter de los bienes que tocan, tenemos que preguntarnos cuál es —y cuál no es— el sitio de los mercados. Y no podemos responder a esa pregunta sin reflexionar sobre el significado y finalidad de los bienes y sobre los valores que deberían gobernarlos. [...] Además de debatir sobre el significado de un bien u otro, también necesitamos hacernos una pregunta, debemos preguntarnos por el tipo de sociedad en que deseamos vivir. En una época de creciente desigualdad, la mercantilización de todas las cosas implica que la gente adinerada y la de recursos modestos vivan cada vez más separadas. [...] La democracia no exige una igualdad perfecta, pero sí que los ciudadanos compartan una vida común. Lo esencial es que las personas de orígenes y posiciones sociales diferentes se encuentren y se topen unas con otras en el discurrir de la vida cotidiana. Porque así es como aprendemos a salvar y tolerar nuestras diferencias, y así es como custodiamos el bien común.³⁶

Ahora, en cuanto al tema de la justicia,³⁷ Sandel parte de la base de que la pregunta por una sociedad justa implica preguntarse por cómo se distribuyen las cosas que son objeto de aprecio, frente a lo cual hay tres formas de abordar la distribución de los bienes: según el bienestar, lo que lleva al utilitarismo; según la libertad, lo que lleva al libertarismo, en el que encajan tanto Kant como Rawls; y, según la virtud y la vida buena, que lleva al estudio de Aristóteles y lo que de ahí se deriva.

Luego de un recorrido fascinante, concluye Sandel que “la justicia no solo trata de la manera debida de distribuir las cosas. Trata también de la manera debida de valorarlas”,³⁸ fundamentalmente porque encuentra que mientras el utilitarismo reduce el debate sobre la justicia y los derechos a un asunto de cálculos, a la vez que no reconoce las diferencias cualitativas entre los bienes humanos, las teorías basadas en la libertad sí se toman los derechos en serio, pero se quedan en sacralizar la libertad de elección, cuando “para llegar a una sociedad justa hemos de razonar juntos sobre el significado de la vida buena y crear una cultura pública que acoja las discrepancias que inevitablemente surgirán”. Todo lo anterior lo lleva a enlazar el concepto de justicia con el de bien común, para lo cual es clave que no suprimamos o eludamos las discusiones morales, sino que se incentive la deliberación pública, de cara a un mayor respeto mutuo y a una sociedad más justa.³⁹

Paso ahora, en el siguiente apartado, a exponer por qué la ética liberal e individualista ha sido el referente de inspiración para la mayoría de las instituciones del derecho comercial colombiano.

La ética en el derecho comercial colombiano

En otro texto en el que me encuentro trabajando, y del que tomo prestados algunos elementos, he propuesto, frente al interrogante de la influencia de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen en derecho comercial colombiano, a la luz del papel de la ética o moral en las discusiones jurídicas mercantiles en Colombia, que la interpretación “pop”⁴⁰ que se le dio al trabajo kelseniano trajo como principal efecto la ausencia casi total, hasta finales del siglo XX, de la discusión con perspectiva ética respecto de la estructura, función y contenidos del derecho comercial colombiano.

En efecto, si bien el derecho comercial y el derecho civil en Colombia han tenido una evolución que no puede agruparse bajo una misma categoría, como lo realizó en su momento López Medina, pues precisamente Almonacid Sierra demuestra cómo el derecho comercial ha tenido una evolución propia frente al derecho civil,⁴¹ sí puede firmarse que el neoclasicismo iuspositivista criticado por López Medina también dominó al derecho comercial colombiano durante la mayor parte del siglo XX, lo que explica que se haya

instrumentalizado a este para servir como herramienta de defensa del capitalismo y de los intereses de poder económicos, gracias a la adopción, no expresa sino soterrada, o, por lo menos, no explícita, de una ética liberal, cuya capacidad para afrontar las realidades del mundo contemporáneo se encuentra ampliamente cuestionada.

Es decir, la separación del clasicismo entre derecho y moral, reforzada por la interpretación “pop” del iuspositivismo kelseniano, terminó favoreciendo esa mencionada ética liberal, ya que implicó, como lo expone López Medina,⁴² que (a) a pesar del objetivo kelseniano de “impedir la captura del derecho y del sistema jurídico por parte de moralidades políticas que no reconocían su propia relatividad”, se impuso una justificación expresa de una forma concreta de organización política, en específico, la tesis liberal que buscaba reducir la intervención del derecho y del Estado en la autonomía privada y en la esfera privada por ella gobernada, transformándose “curiosamente en un típico caso de argumento de derecho natural de acuerdo con el cual ciertas reglas jurídicas positivas no son válidas ya que violan cierto arreglo ideal de la constitución económica del liberalismo”; y (b) a pesar del rechazo de Kelsen a las definiciones normativas del derecho, pues reconoció la incapacidad de su teoría para definir la justicia⁴³ o bondad de las decisiones jurídicas, el iuspositivismo neoclásico colombiano confió en que el derecho positivo sí obtiene resultados buenos o justos.

La historia del derecho comercial colombiano y del derecho europeo continental demuestra que la discusión ética o moral no ha sido el principal eje de debate de sus disposiciones, sino, por el contrario, lo ha sido que la legislación se acomode a las dinámicas económicas y transaccionales del mundo de los negocios.⁴⁴ No pretendo afirmar que el derecho comercial colombiano y la ética o la moral no han tenido ningún tipo de relación,⁴⁵ pero sí es claro que hasta la promulgación de la Constitución Política de 1991, y aún con posterioridad, ha primado en el derecho comercial una visión de “vehículo del capitalismo y de la producción industrial en masa con el protagonismo de la empresa como actividad organizada, que se impondría sobre el feudalismo, la explotación señorial, la actividad artesanal y el pequeño intercambio”,⁴⁶ con lo cual el derecho comercial colombiano ha acogido, al igual que lo planteaba López Medina para el derecho civil, una ética predominantemente liberal.

Teniendo claro, entonces, que la inspiración ética del derecho comercial colombiano se encuentra en la ética liberal, procedo a exponer las críticas a esta, las cuales, como ya se expuso, pueden extenderse a la corriente del republicanismo de Skinner y Pettit. En efecto, Victoria Camps nos plantea que el liberalismo “es el producto genuino de la adhesión, por una parte, a la universalidad de la razón y, por otra, al individualismo como valores fundamentales de la modernidad”, pero que “sin duda los padres del liberalismo, Locke o Adam Smith, se escandalizarían al contemplar en qué se ha convertido lo que para ellos era, con razón, un progreso: la conquista de las libertades y de la individualidad”.⁴⁷

Es decir, el liberalismo ya no es una corriente ética adecuada para afrontar las necesidades de la sociedad actual, fundamentalmente porque el universalismo oculta las diferencias que son “el motor de los peores conflictos”, y porque el individuo de la modernidad es un sujeto impersonal que no existe, de manera que parecen más adecuadas otras corrientes éticas, en especial la comunitarista, que, “contra la moral racional e impersonal de la modernidad”, propone una “moral comunitaria y personal”,⁴⁸ además de que los comunitaristas demostraron la indefinición del liberalismo frente a la idea de que la vida buena implica vida en común, y que “la vida en común exige unas disposiciones y actitudes también comunes”, de manera que “lo justo y lo bueno, en efecto, no son tan separables como los liberales acérrimos pretenden”, pues el modelo liberal tolera visiones diferentes sobre la idea de justicia, mientras que el modelo comunitarista “apuesta por una concepción del bien común de las personas, de la que derivará una única visión de lo que deba ser la justicia”.⁴⁹

Los errores del liberalismo, resumidos en un falso universalismo y un sujeto poco empírico, poco real, han llevado a un extremo opuesto, el del relativismo o subjetivismo sin límites, por lo que, según Camps,

tienen razón los comunitaristas que proponen una moral más enraizada y vinculada a la comunidad. Pero tiene que ser una “comunidad liberal” como la que propone Ronald Dworkin, que no es exactamente un comunitarista sino un liberal sensible a las críticas comunitaristas.⁵⁰

De esta manera, pueden resumirse las ideas sobre la fragilidad de la ética liberal en la afirmación de que esa corriente no ha sido capaz de “distanciarse de lo particular para atender al bien colectivo, de dar prioridad a lo impersonal sobre lo personal”, siendo, muchas veces, una ética que “deriva en conductas parciales e interesadas”, que debería ser “capaz de preservar la libertad o autonomía de la persona, su libertad de escoger incluso en y ante la enfermedad, y, al mismo tiempo, impedir las desigualdades, discriminaciones o intolerancias”,⁵¹ pero ha fallado en esto último.

Se plantea, desde una perspectiva estrictamente ética y filosófica, que el siglo XXI nos ha demostrado que los “valores de libertad, igualdad y solidaridad que, junto con su realización en la economía de mercado, se habían dado por sentados desde —como muy tarde— la caída del Muro de Berlín en 1989, parecen tambalearse sin control”, fenómeno acompañado de una “confusión de los principios morales fundamentales”, lo que nos ha sumido “en una profunda crisis de valores que ha infectado nuestra democracia”, por lo que se propone la necesidad de un modelo social novedoso, que nos permita salir de los “tiempos oscuros en que sin duda vivimos”, recordándonos que “estamos todos en el mismo barco, en el mismo planeta”, del cual saldremos con un “nuevo realismo moral”.⁵²

Es decir, el diagnóstico de la sociedad nos habla de una crisis de valores morales, y el diagnóstico de la ética liberal que inspira al derecho comercial nos habla de su fragilidad, con lo que emerge como necesidad señalar cuál debería ser la respuesta del derecho comercial a estos tiempos de crisis, por lo que en el siguiente apartado paso a demostrar que ciertos asuntos del derecho comercial ameritan un replanteamiento de los referentes éticos que los inspiran, fundamentalmente porque están relacionados con bienes comunes, los cuales deben recibir un trato muy diferente en la actualidad, siendo el comunitarismo el mejor referente ético para el efecto.

Asuntos de derecho comercial que ameritan una perspectiva ética diferente

Lo expuesto previamente nos sirve como base para hacer evidente la necesidad de que la discusión ética sea abordada de manera seria y transparente al momento de discutir y, eventualmente, redefinir la estructura, la función y el contenido del derecho comercial.

En efecto, la ausencia de las discusiones sobre las implicaciones morales de instituciones como las sociedades comerciales, los contratos mercantiles, el trato a los bienes comunes, el concepto de empresa, el derecho de la competencia, o bienes como la propiedad industrial, entre otras, ha traído como consecuencia entender que

está claro que soluciones jurídico-estructurales basadas en una revisión del funcionamiento exigen una disposición a volver de forma creativa sobre instituciones que aún aplican su formulación clásica, que la mayoría de las veces se remonta a sociedades agrarias remotas (como el derecho de propiedad) o a los inicios de la Revolución Industrial (como las patentes), en las que la escasez, desigualdad y supervivencia de la especie parecían problemas lejanos. Es evidente que cada una de estas instituciones jurídicas merece un trato sistemático.⁵³

Es decir, es posible afirmar que “el Derecho mercantil se encuentra asociado al mantenimiento de las estructuras y al conservadurismo, incluso, en una época en la que el sistema capitalista clama por cambios de fondo”.⁵⁴ Esto se traduce desde el punto de vista de la relación entre derecho y ética o moral en un escenario en el que “tampoco sorprende que las escuelas éticas (deber ser) pasen a caracterizarse por un absoluto individualismo metodológico ni que la filosofía que explica los fenómenos ontológicos (ser) se vea invadida por el tecnocientificismo típico de las ciencias naturales”.⁵⁵

La explicación para ese diagnóstico tan poco esperanzador reside en que, como lo señala Salomão Filho,⁵⁶ los trabajos del racionalismo jurídico, teniendo como especial referente a Samuel Pufendorf, implicaron una ruptura trascendental entre moral y derecho, que se tradujo en la búsqueda de la racionalidad científica y la autointegración que caracterizan a la mayoría de los ordenamientos jurídicos occidentales de derecho codificado o *Civil Law*, dentro de los cuales se encuentra ubicado el ordenamiento jurídico mercantil colombiano. Ese racionalismo jurídico allanó el camino para el positivismo dogmático y el positivismo legislativo desde el siglo XIX (los que se diferencian, en últimas, por la existencia de un código), para los cuales Kelsen implicó la fundamentación en la teoría general del derecho de lo que ya se practicaba y enseñaba, con una influencia dominante que persiste hasta nuestros días.

Continúa Salomão Filho⁵⁷ planteando que ese iuspositivismo se ha opuesto totalmente a debatir sobre las finalidades detrás de las normas, lo que se ha traducido en la práctica en la dominación de la ciencia económica sobre el discurso del derecho, de manera que lo que él denomina visión *intimista* o cerrada del derecho ha provocado, por una parte, una falta de debate de los intereses en juego y, por otra parte, la existencia de un derecho meramente compensatorio de los desequilibrios y no de un derecho verdaderamente estructurante de una realidad justa, al determinar la formulación de las normas jurídicas, que en últimas son normas de conducta, “mediante modelos de poder y no valores”, ya que, al excluirse de la discusión jurídica los valores y los intereses sociales afectados por el derecho, “el equilibrio (o desequilibrio) concreto entre dichos intereses ya no lo proporcionará el Derecho, sino las relaciones de poder”. Un ejemplo de lo anterior es la formulación que realizó Niklas Luhmann sobre el derecho, en la que “el influjo del entorno es, por ende, como máximo, de datos de hechos, pero no de intereses y valores”.⁵⁸

Este autor termina su estudio planteando que “la cuestión no es, por ende, de contenido material de las normas sino de su capacidad procedimental de organizar y regir las relaciones en sociedad”, pues “el énfasis en la interpretación sistemática, lógica o literal de principios y reglas lleva a aplicar la ley siempre en beneficio de las estructuras de poder dominantes: ora se aplican las reglas de forma literal cuando favorezcan a las estructuras, ora se aplican los principios más amplios, cuando las reglas no las favorezcan”, ante lo cual propone un tercer tipo de normas, junto con los principios y las reglas, que denomina “disposiciones declarativas (de intereses)”, que espera contribuyan a proporcionar “una visión crítica de la realidad social, tan repleta de consensos artificiales e irreflexivos, a cuya transformación el Derecho ha contribuido muy poco en los últimos siglos”.⁵⁹

Si bien comparto la presentación general que realiza Salomão Filho, no lo hago con su afirmación de que hay que concentrarse, no en el contenido material de las normas, sino en su capacidad procedimental de organizar la sociedad. En efecto, precisamente ese es el punto de fondo que critico de manera radical a la manera como la teoría pura del derecho de Hans Kelsen fue entendida en el derecho comercial colombiano: derecho y moral o ética sí tienen relación, y no cualquier tipo de relación, sino una de naturaleza profunda, que exige que se den debates éticos de fondo para definir la estructura, función y los contenidos de las normas jurídicas del derecho comercial en Colombia.

El debate sobre la aproximación procedimental al derecho es clave, pero el debate del fundamento ético del derecho comercial no puede seguir siendo evadido, para que no siga viéndose como un instrumento de traducción de “la evolución del capitalismo y los monopolios durante los últimos siglos, de enorme concentración del poder y búsqueda teórica de su justificación”,⁶⁰ principalmente, gracias a la adopción no explícita de una ética liberal, cuya incapacidad para afrontar las necesidades y realidades del mundo contemporáneo es palpable, como ya fue expuesto en este escrito.

En efecto, tradicionalmente se ha distinguido entre *communio* y *commercium*, aludiendo el primer término a la comunidad de posesión, y el segundo a la comunidad de interacción física,⁶¹ o entendiendo el primero como el conjunto cuya unidad está fundada en algo común y el segundo como un conjunto en el que lo que une es una relación en que se da y recibe algo, siendo ambos términos variantes del concepto de *Gemeinschaft*

(‘comunidad’), que se diferencia del concepto de *Gesellschaft* (‘sociedad’): la base de la *Gemeinschaft* son las relaciones vivas, orgánicas y reales, mientras que en la *Gesellschaft* esas relaciones son artificiales, mecánicas e imaginarias.⁶²

Traigo estos conceptos como referentes para indicar que el comercio tiene dentro de sí la idea de comunidad, y que la oposición que presentó Tönnies entre comunidad y sociedad, es la de *Gemeinschaft* contra *Gesellschaft*, no la de *communio* contra *commercium*, por lo que, si bien el comercio se ha presentado como eje fundamental de las relaciones en la sociedad actual,⁶³ las realidades de la humanidad en el siglo XXI nos llevan a la necesidad de dejar de ver “a la sociedad como un ‘mall’” y pasar a verla como una “asamblea”, que son los términos que utiliza Peña, y que reflejan la terminología de Hardt y Negri.⁶⁴

Es decir, el punto al que voy es que, si no queremos que vuelvan a imperar movimientos como el comunismo, que identificaron *Gesellschaft* con *Gemeinschaft*, el *commercium* y el derecho que lo regula, el derecho comercial, deben reformularse, para no ser más una herramienta de la sociedad de mercado⁶⁵ y de unos individuos centrados en el ego (egoísmo, egocentrismo y egolatría), pues esa concepción del comercio y del derecho comercial sin un compromiso moral sustantivo ha permitido su empobrecimiento y su captación por parte de los fundamentalistas del mercado.⁶⁶

Además de esos argumentos de naturaleza moral, que tienen como motivo ideas encaminadas a entender que “el razonamiento mercantil debe someterse al razonamiento moral”, pues “los mercados no son meros mecanismos; encarnan ciertos valores” y, precisamente, el “problema de nuestra política no es el exceso de argumentos morales, sino su defecto”,⁶⁷ existe un argumento de naturaleza factual: cada vez más bienes adquieren la calidad de bienes comunes.

Por *bienes comunes* se entiende unos bienes que no encajan en la categoría de *bienes privados*, los cuales son *excludables* (se puede excluir su utilización) y *rivalrous* (su consumo excluye a otras personas), ni tampoco en la categoría de *bienes públicos* (que son *non excludables* y *non rivalrous*), pues

se caracterizan por una alta sustracción de uso, así como por una alta dificultad de exclusión, es decir, el uso por una persona reduce la posibilidad de uso de otro (por ejemplo, los bosques, los pastos y los ríos), además no es posible, dada la necesidad común implicada, excluir del uso a personas relacionadas con el bien (participantes de la comunidad).⁶⁸

El punto de fondo es que los bienes comunes, al implicar por naturaleza que más personas dependan de ellos y deban tener acceso a estos, se caracterizan por la mayor posibilidad de que se produzca escasez de los mismos, y ya no se predica tal clasificación solo respecto de bienes vinculados con la naturaleza, sino que se reflejan, al depender de la disponibilidad de recursos naturales, en los bienes de consumo, con el agravante de que está claro que “el mercado es un pésimo instrumento para organizar intercambios en materia de bienes comunes”.⁶⁹ Es decir, como lo plantea Mattei, “los bienes comunes no pueden reducirse a meros objetos, a meros recursos naturales. Valen por el vínculo que tienen con la vida”.⁷⁰

Así, debido a que la categoría de bienes comunes implica el paso del paradigma “dominante”, “fundado en una idea darwiniana del mundo, que hace de la ‘competencia’, de la ‘lucha’ y de la ‘conurrencia’ entre individuos o comunidades jerárquicas (*corporations*) la esencia de lo real”, a la hegemonía global del paradigma “recesivo”, “fundado, en cambio, sobre una idea ecológica y comunitaria del mundo, que ha sucumbido hace mucho tiempo en Occidente y que está siendo atacada allí donde todavía resiste”, lo que se plantea es que cada vez haya menos Estado (entendido como propiedad pública), menos propiedad privada y más bienes comunes, administrados, no por un “sector burocrático, autoritario o proclive al favorecimiento ilícito de intereses privados”, sino que aboga por la institucionalización de un “gobierno participativo de los bienes comunes”, que trabaje en función de los usuarios y trabajadores y de las “multitudes que los necesitan”.⁷¹

La forma ideal de consecución de tal protección y administración de los bienes comunes y, en últimas, de cambio del referente ético del derecho comercial para adoptar uno principalmente basado en el bien común, no exclusivamente en los intereses individuales ni de mercado, sería, por ejemplo, una versión de

republicanismo como el propuesto por Pettit,⁷² o el enfoque cosmopolita de las capacidades de Nussbaum,⁷³ pero encuentro tales propuestas como ideales, referentes lejanos, propuestas aspiracionales, más que como herramientas que permitan hacer frente, ya, y de manera contundente, a los desafíos éticos que nos presenta el mundo de inicios del siglo XXI, de acuerdo con Markus Gabriel, fundamentalmente, porque siguen otorgando un rol demasiado relevante al individuo, en perjuicio de la comunidad.

Es decir, la urgencia e importancia de los asuntos a tratar nos llevan, por lo menos en lo que al derecho comercial, como eje de regulación del mercado, se refiere, a encontrar en el comunitarismo un referente ético más adecuado para modificar la estructura, la función y los contenidos del derecho comercial, como mínimo en lo relacionado con los bienes comunes, ojalá a través de una “comunidad liberal”, como la propuesta por Dworkin, o del “gobierno participativo de los bienes comunes”, de Mattei, pero, mientras ello se logra, a través de un Estado que deje de delegar en los particulares asuntos que le competen,⁷⁴ el Estado debe asumir más un rol de regulador y supervisor, incluso de Estado emprendedor,⁷⁵ pero, en todo caso, tomando para sí los riesgos que puede y debe asumir, y no delegándolos más en los particulares.

En efecto, tomo como cierre las palabras de Adela Cortina, en el sentido de que

precisamente porque los retos son planetarios, las respuestas deben venir de los afectados por ellas: potenciar la democracia en los países democráticos, impulsarla en los no democráticos e ir poniendo las bases de una democracia liberal-social cosmopolita es el camino más adecuado para hacer frente con altura humana a los retos planetarios. Aquí radica, a mi juicio, nuestra esperanza secular, y es un deber de humanidad dar razones para la esperanza, que no es un mero estado de ánimo, sino una virtud moral de primera magnitud.⁷⁶

Espero haber demostrado que, si bien la aproximación cosmopolita es el ideal a seguir, debido a la urgencia e importancia de los asuntos involucrados, la ética comunitarista se impone sobre ella como el referente a seguir ya en la reformulación de la estructura, función y contenidos del derecho comercial.

Eso sí, la adopción de la ética comunitarista, que aquí defiendo, en ningún momento implica la opción por una versión totalitaria del comunitarismo, como lo sería el comunismo, pues precisamente encuentro como un asunto no negociable la protección y defensa de la democracia, entendida, en su versión más simple, la de la tercera acepción del término según la Real Academia Española (RAE), como una “forma de sociedad que reconoce y respeta como valores esenciales la libertad y la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley”,⁷⁷ con personas que se inclinan más por darle prelación a libertad,⁷⁸ u otras que le dan más valor a la igualdad,⁷⁹ pero en la que pareciera claro que la riqueza de su concepto reside, precisamente, en hacer prevalecer la complejidad de la democracia en la sociedad actual, sobre la amenaza de la simplificación de esta.⁸⁰

Conclusiones

Luego de definir derecho comercial, y plantear como punto de partida lo afirmado por Ronald Dworkin en el sentido de que, en el asunto de las relaciones entre derecho y moral, asumo que el derecho hace parte de la moral política, expuse que en este escrito los términos *moral* y *ética* son equiparables, así entienda que, en estricto sentido, la ética es la reflexión filosófica sobre la moral.

Con esto como base, en el primer apartado realicé una descripción muy básica de los principales elementos y características de la ética comunitarista, así como de la ética republicana y de la ética cosmopolita, y expliqué las razones por las cuales opté por la ética comunitarista como el referente adecuado para realizar los ajustes a la estructura, función y contenidos del derecho comercial en la actualidad.

Igualmente, en ese primer apartado expuse las razones por las que, dentro de la ética comunitarista, escogí los trabajos de Michael Sandel, las cuales residen, principalmente, en su abordaje de los conceptos de *mercado*, *justicia* y *democracia*.

En el segundo apartado expuse las razones, principalmente históricas, que explican la adopción la ética liberal e individualista como el referente de inspiración para la mayoría de las instituciones del derecho comercial colombiano, para luego explicar, con fundamento en lo expuesto por Victoria Camps, las falencias de esa ética liberal, y su incapacidad para hacer frente, de manera adecuada, a las necesidades éticas de la sociedad del siglo XXI, con fundamento en lo que propone Markus Gabriel.

Un tercer apartado lo consagré a demostrar, inicialmente, con fundamento en lo que propone Calixto Salomão Filho, que ciertos asuntos del derecho comercial ameritan un replanteamiento de los referentes éticos que los inspiran, para luego abordar el componente de comunidad que reside en el concepto de *commercium*, y la necesidad de darle prioridad al comunitarismo en un momento en el que los bienes comunes tienen cada vez más incidencia en la vida de las personas. Cerré con una defensa férrea de la democracia, y de su complejidad, en esa búsqueda de un cambio hacia la ética comunitarista como referente ético para los ajustes que requiere el derecho comercial.

Referencias

- Adela Cortina, *Ética cosmopolita: una apuesta por la cordura en tiempos de pandemia* (Planeta, 2021).
- Alejo José G. Sison, Ignacio Ferrero y Gregorio Guitián, *Business Ethics: A Virtue Ethics and Common Good Approach* (Routledge, 2018).
- Calixto Salomão Filho, *Teoría crítico-estructuralista del derecho mercantil* (Marcial Pons, 2017).
- Carlos Andrés Aldana Gantiva, *La evolución del derecho comercial ante la unificación del derecho privado: reflexiones desde una Colombia globalizada*, 38 Revista de Derecho Privado 3-20 (Universidad de los Andes, 2007).
- Carlos Gómez Sánchez, *Introducción: Problemas de la ética contemporánea*, en C. Gómez Sánchez, Ed., *Doce textos fundamentales de la ética del siglo XX* (Alianza, 2014).
- Carlos Peña, *Lo que el dinero sí puede comprar* (Taurus, 2018).
- Daniel Innerarity, *Una teoría de la democracia compleja: gobernar en el siglo XXI* (Galaxia Gutenberg, 2020).
- Diego Eduardo López Medina, *Teoría impura del derecho: La transformación de la cultura jurídica latinoamericana* (Legis/Universidad de los Andes/Universidad Nacional de Colombia, 2004).
- Francis Fukuyama, *El liberalismo y sus desencantados: cómo defender y salvaguardar nuestras democracias liberales* (Ariel, 2022).
- Fundación Princesa de Asturias, *Acta del jurado: Michael J. Sandel, Premio Princesa de Asturias de Ciencias Sociales 2018*. Michael J. Sandel - Fundación Princesa de Asturias.
- Guillermo Hoyos Vásquez, *Ética discursiva, derecho y democracia*, 20 Análisis Político 5-19 (1993).
- Gustavo Ortiz Millán, *Sobre la distinción entre ética y moral*, *Isonomía*, 45 Revista de Teoría y Filosofía del Derecho 113-139 (2016).
- Hans Kelsen, *¿Qué es la justicia? .What is Justice?*, 1957, [University of California Press] (Universidad de Antioquia, 2014).
- J. Félix Lozano Aguilar, *Ética empresarial republicana. La aportación de la ética del diálogo de la escuela de Erlangen*, 1 Revista de Pensament i Anàlisi Recerca 111-124 (2003).
- Jacob Dahl Rendtorff, *Ciudadanía corporativa y ética empresarial republicana*, n.º 9 (vol. 3, n.º 3) Revista de Responsabilidad Social de la Empresa 227-253 (2011).
- Jesús Ezquerro Gómez, *De la comunidad al comunismo (Nota sobre Kant y Marx)*, n.º 8 Con-textos kantianos, *International Journal of Philosophy* 260-267 (2018). <https://revistas.ucm.es/index.php/KANT/article/view/89636/4564456565371>
- José Luis Torres, *Desarrollo histórico del derecho comercial*, n.º 3 Espiga 108-129 (2001).
- José Luis Villacañas Berlanga, *Republicanism and domination. Una crítica a Philip Pettit*, n.º 27 Daimon, Revista de Filosofía 73-87 (2002).

- Juan Jacobo Calderón Villegas, *La “materia” del Código de Comercio*, en Y. López, J. Oviedo y M. Ávila, Coordinadores académicos, *Transformaciones del derecho comercial: reflexiones a propósito de los 50 años del Código de Comercio*, 59-74 (Tirant Lo Blanch/Cámara de Comercio de Bogotá/Colegio de Abogados Comercialistas, 2021).
- Juan Jorge Almonacid Sierra, *Insumos para la cimentación de la historia del derecho comercial colombiano a través de la teoría del trasplante jurídico: itinerario de la superación del complejo de inferioridad de la teoría jurídica nacional*, n.º 20 *Pensamiento Jurídico* 173-208 (2007).
- Juan Jorge Almonacid Sierra, *Génesis del derecho comercial colombiano. El hijo de la guerra de los supremos: proyecto de Código de Comercio de 1842* (Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina [UNIJUS], 2014).
- Juan Ramón Capella, *Un fin del mundo: Constitución y democracia en el cambio de época* (Trotta, 2019).
- Marcela Castro de Cifuentes, *Derecho comercial: actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios* (Universidad de los Andes/Temis, 2016).
- Mariana Mazzucato, *El Estado emprendedor: la oposición público-privado y sus mitos* (Taurus, 2023).
- Mario Barcellona, *El derecho privado de la economía globalizada y la sociedad líquida*, en José A. Estévez Araújo, Ed., *El derecho ya no es lo que era: las transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal* 277-303 (Trotta, 2021).
- Maritza Osorio Gutiérrez, *Aspectos filosóficos del derecho comercial colombiano en el siglo XXI*, n.º 48 *Pensamiento Jurídico* 59-101 (2018). <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/72070>
- Markus Gabriel, *Ética para tiempos oscuros: valores universales para el siglo XXI* 9-32 (Pasado y Presente, 2021).
- Martha C. Nussbaum, *La tradición cosmopolita: un noble e imperfecto ideal* (Paidós, 2020).
- Michael Hardt & Antonio Negri, *Asamblea* (Akal, 2019).
- Michael J. Sandel, *Lo que el dinero no puede comprar: los límites morales del mercado* (Debate, 2019).
- Michael J. Sandel, *La tiranía del mérito: ¿qué ha sido del bien común?* (Debate, 2021).
- Michael J. Sandel, *Justicia: ¿hacemos lo que debemos?* (Debate, 2021).
- Miguel Tudela Fournet, *Crítica al neorrepblicanismo instrumental y su interpretación de la tradición republicana: bien común frente a libertad como valor fundamental* (Universidad Autónoma de Madrid, tesis doctoral, 2015). <http://repositorio.uam.es/handle/10486/675598>
- Philip Pettit, *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno* (Paidós, 1999).
- Ramón E. Madriñán de la Torre y Yolima Prada Márquez, *Principios de derecho comercial* (Temis, 2018).
- Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, definición de *democracia* (RAE, 2023).
- Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, definición de *moral* (RAE, 2023).
- Ronald Dworkin, *Justicia para erizos* (Fondo de Cultura Económica, 2016).
- Ugo Mattei, *Bienes comunes: un manifiesto* (Trotta, 2013).
- Victoria Camps, *Presentación*, en Victoria Camps, Osvaldo Guariglia & Fernando Salmerón, Editores, *Concepciones de la ética* (Trotta, 2004).
- Victoria Camps, *Breve historia de la ética* (RBA, 2017).
- Victoria Camps, *La fragilidad de una ética liberal* (Edicions UAB, 2018).

Notas

- * Artículo de investigación. Artículo vinculado al Grupo de investigación en Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, como producto del proyecto “El Derecho Comercial a la luz de los deberes necesarios para consolidar la democracia: el rol de la responsabilidad social empresarial en Derecho Comercial colombiano”.

Origen Artículo vinculado al Grupo de investigación en Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, como producto del proyecto “El derecho comercial a la luz de los deberes necesarios para consolidar la democracia: el rol de la responsabilidad social empresarial en derecho comercial colombiano”.

investigación

- 2 Victoria Camps, *Breve historia de la ética* 374 y 379 (RBA, 2017).
- 3 Victoria Camps, *La fragilidad de una ética liberal* 99 (Edicions UAB, 2018).
- 4 Ronald Dworkin, *Justicia para erizos* 502 (Fondo de Cultura Económica, 2016).
- 5 Cfr. Guillermo Hoyos Vásquez, *Ética discursiva, derecho y democracia*, 20 Análisis Político 5-19 (1993).
- 6 Cfr. Camps, *supranota* 1, págs. 387-391.
- 7 Cfr. Juan Jacobo Calderón Villegas, *La “materia” del Código de Comercio*, en Y. López, J. Oviedo & M. Ávila, Coords. académicos, *Transformaciones del Derecho Comercial: reflexiones a propósito de los 50 años del Código de Comercio 59-74* (Tirant Lo Blanch/Cámara de Comercio de Bogotá/Colegio de Abogados Comercialistas, 2021).
- 8 Cfr. Ramón E. Madriñán de la Torre y Yolima Prada Márquez, *Principios de derecho comercial* 3-4 (Temis, 2018).
- 9 Cfr. Gustavo Ortiz Millán, *Sobre la distinción entre ética y moral*, Isonomía, 45 Revista de Teoría y Filosofía del Derecho 113-139 (2016).
- 10 Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, definición de *moral* (RAE, 2023).
- 11 Cfr. Camps, *supra* nota 1, págs. 10-14.
- 12 Camps, *supranota* 1, págs. 380-381.
- 13 Victoria Camps, *Presentación*, en Victoria Camps, Osvaldo Guariglia y Fernando Salmerón, Editores, *Concepciones de la ética* 24 (Trotta, 2004).
- 14 *Id.*, págs. 25-26.
- 15 Cfr. Camps, *supranota* 1, págs. 374-379.
- 16 Adela Cortina, *Ética cosmopolita: una apuesta por la cordura en tiempos de pandemia* 143-147 (Planeta, 2021).
- 17 Cfr. Martha C. Nussbaum, *La tradición cosmopolita: un noble e imperfecto ideal* 253-269 (Paidós, 2020).
- 18 Camps, *supranota* 1, págs. 387-388.
- 19 Cfr. Camps, *supranota* 1, págs. 387-391.
- 20 Cfr. Camps, *supranota* 1, págs. 387-391.
- 21 Cfr. Camps, *supranota* 1, págs. 387-391.
- 22 Cfr., entre otros, J. Félix Lozano Aguilar, *Ética empresarial republicana. La aportación de la ética del diálogo de la escuela de Erlangen*, 1 Revista de pensament i anàlisi Recerca 111-124 (2003); Jacob Dahl Rendtorff, *Ciudadanía corporativa y ética empresarial republicana*, n.º 9 (vol. 3, n.º 3) Revista de Responsabilidad Social de la Empresa 227-253 (2011).
- 23 Cfr. Alejo José G. Sison, Ignacio Ferrero y Gregorio Guitián, *Business Ethics: A Virtue Ethics and Common Good Approach* (Routledge, 2018).
- 24 Cfr. José Luis Villacañas Berlanga, *Republicanism and dominación. Una crítica a Philip Pettit*, n.º 27 Daimon, Revista de Filosofía 73-87 (2002).
- 25 Miguel Tudela Fournet, *Crítica al neorepublicanismo instrumental y su interpretación de la tradición republicana: bien común frente a libertad como valor fundamental* 383 (Universidad Autónoma de Madrid, tesis doctoral, 2015).
- 26 Carlos Gómez Sánchez, *Introducción: Problemas de la ética contemporánea*, en Carlos Gómez Sánchez, Ed., *Doce textos fundamentales de la ética del siglo XX 70-71* (Alianza, 2014).
- 27 Se plantea que “a pesar de las críticas, esta es una virtud de nuestro sistema, pues no define estáticamente el acto de comercio, sino que permite mediante la analogía realizar la ampliación dinámica del derecho mercantil permitiendo su adaptación a un cambiante mundo de negocios. En suma, el acto de comercio es el reflejo del mercado, mutante por definición”. Cfr. Marcela Castro de Cifuentes, *Derecho comercial: actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios* 18 (Universidad de los Andes/Temis, 2016).
- 28 Vale la pena recordar que este documento es producto del proyecto “El Derecho Comercial a la luz de los deberes necesarios para consolidar la democracia: el rol de la responsabilidad social empresarial en Derecho Comercial colombiano” de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.
- 29 Fundación Princesa de Asturias, *Acta del jurado: Michael J. Sandel, Premio Princesa de Asturias de Ciencias Sociales 2018*.
- 30 Michael J. Sandel, *Lo que el dinero no puede comprar: los límites morales del mercado* 208 (Debate, (2019).
- 31 Carlos Peña, *Lo que el dinero sí puede comprar* 134 (Taurus, 2018).
- 32 *Id.*, pág. 175.
- 33 *Id.*, pág. 76.
- 34 *Id.*, pág. 185.
- 35 Cfr. Michael J. Sandel, *La tiranía del mérito: ¿qué ha sido del bien común?* (Debate, 2021).
- 36 Michael J. Sandel, *supra* nota 28, págs. 206-208.
- 37 Cfr. Michael J. Sandel, *Justicia: ¿hacemos lo que debemos?* (Debate, 2021).
- 38 *Id.*, pág. 296.

- 39 Cfr. *Id.*, págs. 295-304.
- 40 Por interpretación o recepción “pop” de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen hago referencia al concepto expuesto por López Medina, en el sentido de que Kelsen tuvo dos tipos de recepción o acogida en el derecho privado colombiano. En efecto, su obra, con su título absolutamente provocador de cara a los seguidores de Kelsen, *Teoría impura del derecho*, si bien se presenta como un estudio en general de los trasplantes jurídicos en Latinoamérica, termina siendo una presentación de la recepción de la obra de Kelsen en la cultura jurídica colombiana. Y allí plantea López que hubo, básicamente, dos tipos de recepción de esa obra: “La recepción académica de Kelsen sirvió tanto para apoyar como para criticar la conciencia jurídica clásica, mientras que su recepción pop buscaba inequívocamente enfatizar la inalterada continuidad y mutua confirmación del positivismo pre-kelseniano y de la teoría pura del derecho”. Diego Eduardo López Medina, *Teoría impura del derecho: La transformación de la cultura jurídica latinoamericana* 356 (Legis/Universidad de los Andes/Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2004).
- 41 Cfr. Juan Jorge Almonacid Sierra, *Insumos para la cimentación de la historia del derecho comercial colombiano a través de la teoría del trasplante jurídico: itinerario de la superación del complejo de inferioridad de la teoría jurídica nacional*, n.º 20 *Pensamiento Jurídico* 173-208 (2007) y Juan Jorge Almonacid Sierra, *Génesis del derecho comercial colombiano. El hijo de la guerra de los supremos: proyecto de Código de Comercio de 1842* (Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina [UNIJUS], 2014).
- 42 Cfr. López Medina, *supra* nota 38, págs. 383-385.
- 43 Basta con leer lo afirmado por Kelsen cuando dijo: “He empezado este ensayo preguntándome qué es la justicia. Ahora, al concluirlo, sé que no he respondido a la pregunta. Lo único que puede salvarme aquí es la compañía. Hubiera sido vano por mi parte pretender que yo iba a triunfar allí donde los más ilustres pensadores han fracasado. Verdaderamente, no sé ni puedo afirmar qué es la justicia, la justicia absoluta que la humanidad ansía alcanzar. Solo puedo estar de acuerdo en que existe una justicia relativa y puedo afirmar qué es la justicia para mí. Dado que la ciencia es mi profesión y, por tanto, lo más importante en mi vida, la justicia, para mí, se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. ‘Mi’ justicia, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz; la justicia de la democracia, la de la tolerancia”. Hans Kelsen, *¿Qué es la justicia? .What is Justice?*, 1957, University of California Press] 51-52 (Universidad de Antioquia, 2014).
- 44 Cfr., entre otros, Carlos Andrés Aldana Gantiva, *La evolución del derecho comercial ante la unificación del derecho privado: reflexiones desde una Colombia globalizada*, 38 *Revista de Derecho Privado* 3-20 (Universidad de los Andes, 2007) y José Luis Torres, *Desarrollo histórico del derecho comercial*, n.º 3 *Espiga* 108-129 (2001).
- 45 “La moral le ha dado al derecho comercial contenidos de orden delegante, lo cual se ve expresado —por poner un caso— en la normatividad desarrollada por este para proteger al consumidor de actos abusivos del comerciante, los cuales tienen incidencia moral, así como en las conductas para proteger la libre competencia entre comerciantes, que van en procura de evitar la comisión de la trampa en esas relaciones de competencia”. Maritza Osorio Gutiérrez, *Aspectos filosóficos del derecho comercial colombiano en el siglo XXI*, n.º 48 *Pensamiento Jurídico* 59-101, 83 (2018).
- 46 de Cifuentes, *supra* nota 25, pág. 2.
- 47 *supra* nota 2, págs. 25 y 14 (2018).
- 48 Cfr. *Id.*, págs. 28-33.
- 49 Cfr. *Id.*, págs. 52 y 64.
- 50 Cfr. *Id.*, págs. 73-77.
- 51 Cfr. *Id.*, págs. 140, 137 y 78.
- 52 Markus Gabriel, *Ética para tiempos oscuros: valores universales para el siglo XXI*, *Pasado y Presente* 9-32 (2021).
- 53 Calixto Salomão Filho, *Teoría crítico-estructuralista del derecho mercantil* 234 (Marcial Pons, 2017).
- 54 *Id.*, pág. 9.
- 55 *Id.*, pág. 18.
- 56 Cfr. *Id.*, págs. 223-234.
- 57 Cfr. *Id.*, págs. 226-228.
- 58 *Id.*, pág. 229.
- 59 *Id.*, págs. 225, 231 y 234.
- 60 *Id.*, pág. 226.
- 61 Cfr. Cortina, *supra* nota 15, pág. 155.
- 62 Jesús Ezquerro Gómez, *De la comunidad al comunismo (Nota sobre Kant y Marx)*, n.º 8 *Con-textos kantianos*, *International Journal of Philosophy* 260-267 (2018).
- 63 Cfr. Peña, *supranota* 29, págs. 168-175.
- 64 Cfr. Michael Hardt y Antonio Negri, *Asamblea* (Akal, 2019).
- 65 Sandel afirma que “algunas de las cosas buenas de la vida son corrompidas o degradadas si las convertimos en mercancías. [...] Se trata de cuestiones políticas, no meramente económicas. Para resolverlas, tenemos que debatir, caso por caso, el significado moral de estos bienes y la manera adecuada de valorarlos. [...] Este es un debate que no tuvimos durante la era

del triunfalismo del mercado. Y el resultado fue que, sin darnos cuenta, sin decidirlo, pasamos de tener una economía de mercado a ser una sociedad de mercado. [...] La diferencia es esta: una economía de mercado es una herramienta —una herramienta valiosa y eficaz— para organizar la actividad productiva. Una sociedad de mercado es una manera de vivir en la que los valores mercantiles penetran en cada aspecto de las actividades humanas. Es un lugar donde las relaciones sociales están hechas a imagen del mercado”. Sandel, *supra* nota 28, pág. 18.

- 66 Sandel plantea el asunto en relación con la política, pero encuentro que es viable hacer el paralelo con el comercio y el derecho comercial. Cfr. Cfr. Sandel, *supra* nota 35, págs. 275-276.
- 67 Sandel, *supra* nota 28, págs. 96, 116 y 21.
- 68 Cfr. Salomão Filho, *supra* nota 51, págs. 37-38.
- 69 Cfr. *Id.*, pág. 40.
- 70 Ugo Mattei, *Bienes comunes: un manifiesto* 18 (Trotta, 2013).
- 71 Cfr. *Id.*, págs. 109-114.
- 72 Cfr. Philip Pettit, *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno* (Paidós, 1999).
- 73 Cfr. Nussbaum, *supra* nota 16.
- 74 Cfr. Mario Barcellona, *El derecho privado de la economía globalizada y la sociedad líquida*, en José A. Estévez Araújo, ed., *El derecho ya no es lo que era: las transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal* 277-303 (Trotta, 2021).
- 75 Cfr. Mariana Mazzucato, *El Estado emprendedor: la oposición público-privado y sus mitos* (Taurus, 2023).
- 76 Cortina, *supra* nota 15, pág. 172.
- 77 Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, definición de *democracia* (RAE - ASALE, 2023).
- 78 Cfr. Francis Fukuyama, *El liberalismo y sus desencantados: cómo defender y salvaguardar nuestras democracias liberales* (Ariel, 2022).
- 79 Cfr. Juan Ramón Capella, *Un fin del mundo: Constitución y democracia en el cambio de época* (Trotta, 2019).
- 80 Cfr. Daniel Innerarity, *Una teoría de la democracia compleja: gobernar en el siglo XXI* (Galaxia Gutenberg, 2020).

Licencia Creative Commons CC BY 4.0

Cómo citar: Rafael E. Wilches Durán, *Necesidad de la ética comunitarista en el derecho comercial: estudio a partir del derecho comercial colombiano y los estudios de Michael Sandel*, 73 Vniversitas (2024). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj73.necd>