VNIVERSITAS

Vol. 75
Publicación continua
2026

ISSN: 2011-1711 (En línea) | ISSN: 0041-9060 (Impreso)

Artículos

La ausencia de la discusión ética en Derecho Comercial colombiano: estudio alrededor de la influencia de Hans Kelsen en Colombia [*]

The Lack of Ethical Discussion in Colombian Commercial Law: Study about the Influence of Hans Kelsen in Colombia

Rafael E. Wilches Durán [a]
Pontificia Universidad Javeriana, Colombia
rwilches@javeriana.edu.co
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-3435-5657

DOI: https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj75.aded

Recibido: 19 noviembre 2025
Aceptado: 16 diciembre 2025
Publicado: 04 mayo 2026

Resumen:

A partir de la identificación del relativismo que en el plano de la metaética caracterizó la obra de Hans Kelsen, en concreto la plasmada en su *Teoría pura del derecho*, el autor plantea esa postura como una de las causas y justificaciones inadecuadas de la gran ausencia de discusión ética en derecho comercial en Colombia durante la mayor parte del siglo XX, llamando la atención sobre la necesidad de modificar tal aproximación al ordenamiento mercantil colombiano.
Palabras clave: Hans Kelsen, relativismo, metaética, ética, moral, derecho comercial, Colombia.

Abstract:

The author identifies the relativism of Hans Kelsen in metaethics, specifically in his *Pure Theory of Law*, as one of the causes and inadequate justifications for the lack of ethical discussion in Colombian Commercial Law during most of the 20th century. He makes a call about the necessity to change the way to approach to Commercial Law in Colombia.
Keywords: Hans Kelsen, Relativism, Metaethics, Ethics, Morality, Commercial Law, Colombia.

Introducción

El positivismo jurídico defendido por Kelsen fue una propuesta de alta sofisticación, rigor y profundidad, que obedeció a un contexto político en el que la autonomía del derecho como discurso estuvo en grave peligro, con ocasión de lo vivido por la humanidad durante la existencia del Tercer Reich. En efecto, esa noble inspiración que tuvo Kelsen ha llevado a hablar de "El otro Kelsen", es decir, la necesidad de reconocer que Kelsen no fue un pensador que buscara ignorar el contexto político y moral en el que vivía, sino que, por el contrario,

> las cosas comienzan a aparecer de otra manera si pensamos el libro que él llamó "Teoría pura del derecho" como una teoría —una filosofía— de ninguna manera "pura", que por "razones políticas" intentó fundar una ciencia pura. [...] Porque de lo que realmente se ocupó, no fue de hacer ciencia jurídica, sino de fundarla: lo que hizo fue filosofía política. Y esto, que parece haber quedado oculto, es "el otro Kelsen": uno de los pensadores contemporáneos más interesantes y sugestivos. [1]

La propuesta de Kelsen tuvo una amplia y especial recepción en Latinoamérica, de la cual presentaré, con base en el trabajo de López Medina, [2] las distintas versiones que tuvo Kelsen en Colombia, con el objetivo de plantear que, a pesar de las valiosas intenciones que se plantean en "El otro Kelsen", su planteamiento en concreto sobre la relación entre derecho y moral terminó teniendo, por lo menos en el contexto colombiano, algunos efectos bastante insatisfactorios en derecho comercial.

Notas de autor

[a] Autor de correspondencia. Correo electrónico: rwilches@javeriana.edu.co

Así, el objetivo principal de este texto consiste en plantear cómo la propuesta kelseniana terminó produciendo como efecto, en el caso concreto del derecho comercial colombiano, que el paradigma iuspositivista retrasara el debate ético necesario para hacer frente, desde el discurso jurídico, de manera adecuada, a las realidades del siglo XX y XXI.[3] Eso sí, sin los aportes de Kelsen, es bastante probable que luego no hubiéramos dado el paso necesario para incursionar dentro del paradigma actualmente vigente en derecho colombiano de constitucionalización y judicialización del derecho,[4] con fundamento en los trabajos de Hart, Dworkin y Alexy, principalmente, entre otros, paradigma en el que se entiende, en líneas generales y no necesariamente precisas que, si bien moral y derecho son discursos diferentes, el discurso del derecho contiene, dentro de sí mismo, elementos morales/éticos que imponen límites internos a lo que debe entenderse como legítimo en términos jurídicos.

Por esto, en vez de concentrarnos en los efectos no deseados del iuspositivismo kelseniano en el derecho comercial colombiano, encuentro que una mejor opción es, sin perjuicio de señalar claramente tales efectos no deseados, enfocarnos en superar los rezagos de tal paradigma y propender por ponernos a tono con las discusiones éticas actuales, que dan cuenta de la necesidad de abandonar la aproximación individualista y liberal que tradicionalmente ha inspirado al derecho comercial, para acoger aportes de otras visiones éticas, tales como las comunitaristas, las republicanas, la cosmopolita, las de responsabilidad con las generaciones futuras, o las que abordan los efectos del capitalismo y de la sociedad de riesgo, entre otras, para poner al ordenamiento comercial colombiano a tono con las realidades de nuestra época y del futuro. En últimas, el planteamiento que deseo realizar es que Kelsen, claramente, no fue el responsable de los efectos que el iuspositivismo tuvo en la ausencia de debates éticos dentro del derecho comercial colombiano, pero que su propuesta sí produjo ese efecto, el cual debe ser, necesariamente, superado a la mayor brevedad posible.

Para esto, en un primer momento presentaré los principales elementos que se plantean alrededor del trabajo kelseniano, de manera que, con base en la exposición de López Medina sobre la recepción de Kelsen en derecho privado en Colombia, pasaré luego a exponer los principales elementos de lo que se ha denominado "la filosofía moral de Hans Kelsen". En un segundo momento, presentaré las particularidades del derecho comercial colombiano frente a ese estudio de López Medina, principalmente con base en referencias a los más tradicionales doctrinantes de derecho comercial colombiano y los trabajos de Almonacid Sierra. En un tercer y último momento, expondré las razones que, a mi juicio, ameritan el desarrollo urgente de debates éticos dentro del derecho comercial colombiano, para luego cerrar con el apartado de conclusiones, en el cual recopilaré los principales elementos obtenidos a lo largo del escrito.

La filosofía moral de Hans Kelsen

Independientemente de las discusiones que puedan darse sobre la estructura e importancia del trabajo de Hans Kelsen en el derecho de Occidente y, en particular, en Latinoamérica, tomo lo expuesto por Pampillo Baliño[5] como base para comprender la influencia kelseniana en el derecho privado colombiano. En efecto, plantea dicho autor que Kelsen representa, a nivel de lo que Pampillo denomina "tradición jurídica occidental" (aquella cuyo sustrato es la jurisprudencia romana, cuya conformación se encuentra en el *ius commune* europeo, y cuya difusión actual se debe principalmente a la codificación), el autor más influyente de la fundamentación científica del positivismo, en la respuesta que el pensamiento formalista dio frente a las consecuencias que dejaron las corrientes jurídicas antiformalistas y el naturalismo jurídico.[6]

Son varias las críticas[7] que se plantean frente a la obra de Kelsen, pero acá quiero concentrarme en el efecto que tuvo su pensamiento en la relación entre derecho y moral o derecho y ética, pues es la base del presente texto. Hablo indistintamente de ética y moral, sin que por ello pretenda que se trate de los mismos conceptos. En efecto, tales términos se toman muchas veces, a pesar de las grandes diferencias que se señalan entre estos (orientadas, principalmente, a indicar el supuesto carácter individualista de la ética, y la naturaleza grupal de

la moral, de costumbres de los individuos dentro del grupo) [8] 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". [9] Sin embargo, si hay que establecer una diferencia entre los términos, y encuentro que hoy en día sí es necesario hacerlo, 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. [10]

No obstante, esa distinción o precisión no es utilizada por Kelsen, quien suele hablar de "moral", no de "ética", [11] y, como veremos con base en lo expuesto, principalmente por Sendín Mateos, la posición de Kelsen es una posición metaética, es decir, una propuesta centrada en fijar una posición sobre la posibilidad de la reflexión ética, que él en su momento identificó como "la moral". En consecuencia, cuando a lo largo del presente texto me refiera a ese concepto kelseniano de *moral*, es importante tener presente que la postura de Kelsen no fue ni de moral ni de ética, sino de metaética, y que consistió, en esencia, en negar la posibilidad de conocimiento y de discusión en asuntos morales y éticos. [12]

Así, frente a la obra kelseniana, lo primero a tener en cuenta es que tuvo varios frentes de trabajo, a saber[13]: a) la teoría general del derecho (teoría pura del derecho), b) la exposición crítica de fenómenos jurídicos-positivos (derecho constitucional y derecho internacional), c) la filosofía del derecho (doctrina de la justicia y doctrina del derecho natural), d) la sociología (retribución y causalidad y creencias anímicas), e) la teoría política (democracia, socialismo y bolchevismo) y f) la crítica de la ideología. [14] Con base en la clasi ficación previamente expuesta, limito este trabajo al estudio de la teoría jurídica kelseniana, es decir, la teoría pura del derecho, en el derecho comercial colombiano. Y es claro que en la teoría pura del derecho de Kelsen se dio una separación profunda entre "ser" y "deber ser", que se tradujo, entre muchas otras cosas, en una separación clara, por lo menos según la presentación de Kelsen, entre derecho y moral. No obstante, en el caso colombiano se realizaron varios estudios, como los de Rafael Carrillo y Abel Naranjo Villegas, entre otros, que buscaron encontrar los supuestos elementos axiológicos presentes en la teoría de Kelsen. [15]

Tal vez esos autores colombianos buscaron realizar el ejercicio que llevó a cabo Óscar Correas unos años después, el cual consistió en encontrar las verdaderas razones y la agenda que inspiró a Kelsen para desarrollar su teoría pura del derecho, frente a lo cual son contundentes las siguientes palabras:

> Me parece perfectamente sostenible que la "Teoría pura del derecho" es un texto que debe leerse como siendo la segunda parte del pensamiento de su autor. La primera parte es su pensamiento filosófico-político, que hemos recordado someramente en este ensayo. La segunda parte es la consecuencia de la primera: "Teoría pura del derecho" es un libro de filosofía política, que por razones políticas funda una ciencia "pura", es decir, reducida a describir normas y no a opinar si son o no justas. [16]

Es decir, basándonos en lo que expone Correas alrededor de los motivos políticos que tuvo Kelsen para fundar una ciencia pura del derecho, me atrevo a afirmar que los motivos que tuvo Kelsen fueron absolutamente loables, pues, en últimas, buscó la defensa del derecho como uno de los elementos estructurantes de la democracia actuante, "entendida esta última como racionalización del poder y acceso irrestricto a la libertad que concilia intereses", [17] pero el camino elegido por Kelsen no fue el mejor, por lo menos a la luz de los contenidos del derecho, pues la recepción "pop" de su teoría terminó, en el caso colombiano, desvinculando al derecho comercial de las discusiones morales o éticas, tanto por una recepción defectuosa de la teoría kelseniana como por una decisión consciente, pero errónea, por parte de Kelsen, de desvincular totalmente moral/ética y derecho. [18] Esta es la hipótesis central del presente texto.

Por 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. [19]

Así, tras explicar cómo se formó históricamente una conciencia jurídica clásica en derecho civil colombiano, fundamentada principalmente en la escuela de la exégesis y la jurisprudencia de conceptos, López Medina presenta la situación que se presentó en Colombia entre 1916 y 1940 como un periodo en el cual se vivieron brotes de corrientes antiformalistas, que si bien dejaron algunos frutos importantes en el derecho colombiano, terminaron siendo absorbidos por el clasicismo imperante, siendo la teoría pura del derecho de Hans Kelsen la herramienta utilizada por varios de los juristas locales, a través de lo que él denomina recepción "pop" de dicha teoría, para consolidar ese clasicismo en el ordenamiento jurídico colombiano hasta la aparición del paradigma de constitucionalización y judicialización del derecho colombiano a partir del último cuarto del siglo XX.

Ahora, es clave entender qué entiende López Medina por ese clasicismo en el derecho civil colombiano, pues es, en últimas, el movimiento que terminó "apropiándose" la teoría pura del derecho de Kelsen para legitimar y mantener su visión del derecho, y que, como lo he mencionado, explicaría por qué en derecho comercial colombiano las discusiones éticas se mantuvieron ausentes durante casi todo el siglo XX. López Medina plantea, así, que "el clasicismo en Colombia fue una iusteoría muy compleja y matizada, y que las críticas la simplificaron sin prestar suficiente atención a su innegable y duradera influencia, así como a sus polimorfos significados", siendo la "conciencia jurídica dominante durante todo el siglo XX". [20] Dicha "conciencia jurídica" no surgió como un proyecto específico claramente delimitado, sino que

> se constituirá como una teoría del derecho especialmente interesada en resolver los problemas prácticos que genera la aplicación de un nuevo Código Civil. Por esta vía, termina siendo aceptada como la estructura evidente para todos los demás campos del derecho que se organizan en torno a códigos. [...] Con el tiempo, se fue olvidando paulatinamente que era, en efecto, una "teoría" entre muchas otras posibles para la comprensión del código. Su presencia "al interior" del código se "naturalizó" de tal manera que llegó a constituir la manera inevitable de comprender el derecho. [21]

El clasicismo se formó, entonces, según López Medina, de manera paulatina, a partir de elementos de la escuela de la exégesis, la jurisprudencia de conceptos, el iusnaturalismo y el positivismo, todo dentro de un espíritu de formalismo, entendido este último concepto como

> un formalismo de textos y conceptos jurídicos: el formalismo es una comprensión del derecho que piensa que no existe, al interior del derecho, una dimensión independiente de justicia o equidad, que el derecho es básicamente una actividad destinada a examinar textos preexistentes (por oposición a realidades, intereses o necesidades), que la interpretación del derecho produce generalmente resultados definitivos o correctos y que en el sistema jurídico no hay vacíos porque hay formas cognitivamente razonables de llenarlos. [22]

En particular, me detengo en lo que plantea López Medina [23] sobre los aportes del iusnaturalismo al clasicismo jurídico, pues sostiene dicho autor que la importancia del derecho natural para explicar el Código Civil fue "increíblemente insignificante", ya que el iusnaturalismo sirvió más como referente ideal, no práctico, de los asuntos a resolver por el derecho civil, y como forma de legitimar el sistema sociopolítico representado por el Código de Bello y la visión del derecho como un "sistema normativo compuesto por reglas ideológicamente correctas, eternas y fijas de derecho privado liberal aplicables en todas partes". Por su parte, el iuspositivismo aportó al clasicismo, según López Medina, [24] dos elementos absolutamente determinantes, como son su defensa de la coercibilidad del derecho, la coercibilidad de las normas jurídicas como rasgo distintivo de las mismas y la separación entre derecho y moral. Es este punto un asunto clave para el desarrollo

de este escrito, pues afirma López que "la separación entre derecho y moral, entonces, corresponde también a una idea de tolerancia liberal definida por un espacio privado o 'interno' que la legislación pública y la coercibilidad del estado [*sic*] no pueden invadir", de manera que

> la posición que los autores clásicos adoptan está caracterizada, al mismo tiempo, por el positivismo y por el liberalismo. [...] de un lado la distinción entre derecho y moral sirve para proteger lo privado (libertades de religión y culto, por ejemplo) frente a la intromisión legislativa; de la misma manera, la separación entre derecho y moral funciona también con el propósito de impedir la juridificación de los deberes de caridad o solidaridad, que también debe permanecer en el ámbito de lo interno. [25]

Es decir, el planteamiento de López Medina es claro: la separación entre derecho y moral del clasicismo, gracias al iuspositivismo, terminó favoreciendo, no de manera expresa, sino soterrada o, por lo menos, no explícita, la adopción de una ética liberal, [26] que no necesariamente implica una visión capitalista de la economía, así para algunos [27] sea clara la relación histórica existente entre liberalismo, capitalismo y democracia. Lo anterior explica, por ejemplo, por qué respecto de las corrientes antiformalistas que fueron acogidas en la década de los treinta del siglo XX por la Corte Suprema de Justicia, conocida como la "Corte de Oro", se puede afirmar que "estas doctrinas eran muy amenazantes para los juristas más tradicionales cuya teoría clásica del derecho parecía coincidir ampliamente con las exigencias de los capitalistas locales quienes también constituían su clientela profesional". [28]

No pretendo realizar aquí, por escapar del ámbito de este estudio, un desarrollo sobre las relaciones entre liberalismo, capitalismo y democracia, pero sí es necesario poner de presente que la obra de Kelsen, gracias a la separación que él planteó entre derecho y moral, sí se tradujo en la práctica en efectos muy importantes en la realidad del derecho privado colombiano. Así, primero hay que tener claro que "la teoría de Kelsen, en las formas particulares en que fue transformada en América Latina, se convirtió en la validación teórica 'moderna' del clasicismo", lo que dio para hablar de un neoclasicismo, que

> llegó a ser hegemónico precisamente porque su estrategia estuvo bien coordinada: de un lado, se dirigió directamente a las prácticas del profesional del derecho poco interesado en los detalles de la teoría legal (clasicismo), mientras que al mismo tiempo brindaba una versión muy sofisticada y completa de los principales artículos de fe del positivismo jurídico (kelsenianismo). [29]

Con lo anterior como presupuesto, plantea López Medina [30] que la distinción kelseniana entre derecho y moral, transformada por los autores locales, terminó implicando, 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", 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 de definir la justicia [31] o bondad de las decisiones jurídicas, el iuspositivismo neoclásico colombiano confió en que el derecho positivo sí obtiene resultados buenos o justos.

Con esto claro, lo que corresponde ahora es precisar el lugar que Kelsen le dio al asunto de la justicia y de la valoración sobre la bondad o maldad de las normas jurídicas dentro de su teoría, para lo cual acudo, en primer lugar, a Mario Losano, quien hace ya varios años señaló que la teoría pura del derecho de Kelsen "sirve para indicar las condiciones formales para que una norma jurídica pueda considerarse válida", de manera que identificó su posición frente al asunto de la justicia como una posición relativista, ante lo cual afirmó que

> desde el punto de vista de la lucha contra el jusnaturalismo, el relativismo kelseniano da buenos frutos, al explicar en el ámbito de una teoría coherente que es inadmisible todo juicio de valor absoluto. Sin embargo, un examen posterior revela que este relativismo tiene un límite, pues es completamente ahistórico, es decir, reduce los varios contenidos del valor de la justicia

> a una sincronía irreal, mientras que en la realidad histórica, estos valores no coexisten, sino que se suceden en el tiempo, así sea con inevitables sobreposiciones parciales. [32]

Ese ahistoricismo que señala Losano implicó que Kelsen haya significado para el derecho una simple propuesta descriptiva, no explicativa, "puesto que su teoría formal deja a otros el estudio de los contenidos", ante lo que se puede concluir que "la pureza es, en efecto, una virtud encomiable, y al asceta que la practica le debemos todo nuestro respeto; sin embargo, una sociedad de ascetas estaría condenada a la extinción", pues, como lo señaló Losano, para cada momento concreto se han requerido y se requerirán normas puntuales de justicia, así sean diferentes en materia de tiempos y lugares, pero que sean "funcionales cada una para el propio medio", lo que no resta valor a la teoría elaborada por Kelsen, pues "la teoría que resiste dos guerras mundiales, un exilio múltiple y medio siglo de polémicas, es una teoría que, en la ciencia del derecho, conquistó una posición bien definida y, en cierta medida, también definitiva". [33]

Sendín Mateos nos presenta un diagnóstico mucho más profundo y elaborado de la posición moral de Kelsen, pues, a partir de la comprensión de los ataques de Kelsen contra el iusnaturalismo por estar inmerso en un escenario en el que la religión y la metafísica impedían la tolerancia, [34] luego nos explica su relativismo metaético, que sirve a su vez como fundamento de su posición de defensa sólida de la democracia. En efecto, plantea dicho autor que la tesis de la separación del derecho y la moral lo que implica es que la filosofía moral de Kelsen se caracterice "por la defensa de un relativismo metaético y un escepticismo moral que excluye que se puedan fundamentar racionalmente juicios de valor morales", y precisa que

> en esencia, el relativismo kelseniano puede definirse [...] como una concepción del mundo que desde el punto de vista de la teoría del conocimiento se adhiere al criticismo kantiano y que en filosofía moral se identifica con una posición metaética caracterizada por un escepticismo frente a la posibilidad de fundamentar racionalmente juicios morales. Al relativismo Kelsen opone una concepción del mundo que él denomina 'absolutista', que se distingue por el carácter metafísico tanto de su filosofía moral como de su teoría del conocimiento, y da por supuesto que se puede llegar a conocer en qué consiste la justicia absoluta. Según Kelsen, ambas concepciones del mundo se proyectan en sendas tendencias políticas, hacia la defensa de la democracia en el primer caso, y de diversas formas de autocracia en el segundo. [35]

Esta presentación nos permite reiterar lo que ya anticipamos con Correas, en el sentido de que lo que inspiró, en últimas, la teoría kelseniana sobre el concepto de derecho no fue otra cosa que la defensa de la democracia a partir del concepto de tolerancia, ante lo cual concluye Sendín Mateos que

> a pesar de que Kelsen se sirve a veces de estas formas de expresión, que quizá podrían parecer menos rigurosas desde un punto de vista científico o académico, esto no quiere decir que desconfiara de su estrategia de defensa anclada en el relativismo. A pesar de los defectos e inconsistencias que he señalado, y que a mi juicio invalidan su tentativa de justificación, él estaba convencido de que su enfoque era correcto, y de que la única base plausible para la justificación de la democracia como sistema político era el relativismo, su metaética relativista. [36]

Ese relativismo metaético le dio brillo a su teoría pura del derecho en el momento histórico en que se propuso, pero, precisamente, hoy se puede afirmar, sin temor a equivocarse, que

> es un error de Kelsen pensar que el principio de la tolerancia, y la democracia a través de él, pueden hallar en el relativismo una vía de fundamentación. La tolerancia, la libertad y otros valores pueden servir como soporte a la democracia, pero no es posible fundamentarlos sobre el relativismo, puesto que desde un relativismo consecuente cualquier credo moral o cualquier punto de vista son justificables. [...] el relativismo, llevado al extremo, trae consecuencias que conducen a la autoanulación de la democracia. Esta es la paradoja de la metaética relativista: aunque parece que permite justificarlo todo, al final termina mostrándose incapaz para justificar nada de forma plausible. [37]

Dyzenhaus expone con claridad el asunto cuando afirma que, si bien lo que movió a Kelsen fue una actitud de demócrata, pacifista, apóstol de la tolerancia y defensor tanto de los derechos individuales como de los derechos sociales y económicos, su decisión de excluir del ámbito del derecho a la política y la ética, por

considerarlos irracionales, lo llevó a un escenario de máximas tensiones. [38] El mismo Kelsen así lo evidencia cuando afirma que

> [la teoría pura del derecho] es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. [...] Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte, su importancia o valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas. [39]

Ese relativismo, como el de Kelsen, es especialmente defendido por las posiciones éticas que se pueden catalogar como liberales y, precisamente, eso es lo que terminó dándose en derecho comercial colombiano, como explicaré en el siguiente apartado, que a su vez servirá como base para lo que expondré en el tercer y último apartado de este escrito, en el sentido de que las críticas al liberalismo, especialmente las que provienen del comunitarismo, hacen un llamado a la toma de posición, de partido y de compromiso, en clave de comunidad, [40] sobre los contenidos de las normas que nos rigen, incluidas las de derecho comercial.

Hans Kelsen en el derecho comercial colombiano

Esta parte del escrito busca presentar las particularidades del derecho comercial colombiano en relación con el estudio de López Medina sobre la influencia de Hans Kelsen en derecho privado colombiano, a partir de referencias de los doctrinantes más importantes en derecho comercial colombiano y los trabajos de Almonacid Sierra, todo con el objetivo final de demostrar que el liberalismo, como posición ética, influyó de manera decisiva en la concepción que del derecho comercial se tuvo en Colombia durante la mayor parte del siglo XX. El siguiente planteamiento de Deneen nos sirve para entender el asunto, pues, al estudiar por qué ha fracasado el liberalismo, afirma que

> a diferencia de los regímenes visiblemente autoritarios que surgieron consagrados al avance de las ideologías del fascismo y del comunismo, el liberalismo es menos visible ideológicamente, y solo reorganiza el mundo de acuerdo a su imagen de un modo subrepticio. En claro contraste con sus crueles competidores ideológicos, el liberalismo es más insidioso: siendo una ideología, finge ser neutral, afirmando que no alberga preferencia alguna y negando pretender moldear las almas de quienes viven bajo su gobierno. Se congracia con ellos invitándoles a la amable senda de las libertades, las diversiones y atractivos de la libertad, al placer y la prosperidad. De este modo se invisibiliza, de igual modo que desaparece de la vista el sistema operativo de un computador —hasta que deja de funcionar—. Si el liberalismo se hace más visible cada día que pasa es precisamente porque sus deformidades se están haciendo demasiado evidentes como para seguir siendo ignoradas. [41]

Esto que plantea Deneen es clave para lo que sigue, pues precisamente lo que haré es evidenciar que los principales doctrinantes en materia de derecho comercial colombiano siguieron un esquema de trabajo en el cual las discusiones se planteaban como estrictamente jurídicas, aisladas de intereses políticos, económicos o éticos/morales, lo que en últimas permitió el predominio de una visión liberal de los asuntos. Los planteamientos de Kelsen, con su relativismo metaético, pueden entenderse como una de las principales causas y justificaciones, afirmo acá que inadecuadas, para la prevalencia de la ética liberal sobre otras aproximaciones éticas, aunque lo más probable es que, ni siquiera, los doctrinantes fueran conscientes de esa opción que estaban tomando a favor del liberalismo. Eso sí, no puedo afirmar que el liberalismo adoptado por los doctrinantes de derecho comercial colombiano sea un liberalismo exclusivamente de naturaleza kelseniana, pero sí sostengo acá que el fundamento detrás de los planteamientos de tales doctrinantes es una posición, consciente o inconsciente, de defensa de la democracia liberal, al mismo estilo de Kelsen.

Así, por ejemplo, en la obra de Antonio José Uribe, anterior a la aparición de Kelsen en el escenario jurídico colombiano, puede leerse que

> en países nuevos como éstos, los códigos no han podido formarse, al modo de los de Europa, por la reunión y la fusión de reglas diseminadas en diversas leyes, resultado de una larga tradición y de un trabajo secular de elaboración social. Aquí, como en todo hispano-américa [*sic*], ha sido preciso adoptar los de otros pueblos más adelantados. [...] Las reformas irán surgiendo lentamente, á [*sic*] medida que imperiosas y auténticas necesidades las reclamen. [42]

Esto evidencia el eurocentrismo predominante en la época. Después puede acudirse a obras como la de José Gabino Pinzón, gran referente histórico en materia de derecho comercial en Colombia, en cuya obra de 1957, después de presentarse los conceptos básicos de la disciplina, en la parte de historia de la disciplina en Colombia no se hace referencia particular a instituciones políticas, económicas o éticas/morales que expliquen la evolución del derecho comercial en Colombia, salvo por las modificaciones que a nivel constitucional vivió el país como nación dependiente de la Corona española, su época federal y la posterior época centralista. [43] Lo que sí puede evidenciarse desde esa edición de 1957, hasta la edición de 1985, es la vinculación del derecho comercial a las necesidades económicas y a las libertades necesarias para desarrollar negocios, como cuando, al explicar la relación entre derecho civil y derecho comercial, Pinzón entiende el primero como el de las relaciones especiales de la familia, marcadas por circunstancias religiosas, políticas y culturales propias de cada país, y las relaciones comerciales como

> todas las que se relacionan con la vida económica y más especialmente con el mundo de los negocios, cuyo desarrollo varía y crece día por día fuera del territorio de cada país, que necesitan regulaciones unificadas internacionalmente, por lo menos en las áreas de los llamados mercados comunes. [44]

Por la misma línea se encuentra José Ignacio Narváez García, otro de los mejores doctrinantes de derecho comercial colombiano. [45] La tendencia a relacionar el derecho comercial estrictamente con el mundo económico se encuentra en otros autores, como es el caso de Enrique Gaviria Gutiérrez, [46] que inclusive señalan una incapacidad del derecho comercial para teorizar adecuadamente. Esa misma idea de incapacidad teórica pareciera ser acogida por Ocampo Ossa. [47] Lo ideal sería poder continuar referenciando muchos más doctrinantes en derecho comercial colombiano, pero las limitaciones de espacio lo impiden. Lo que sí espero que haya quedado evidenciado es cómo comprendió la doctrina jurídica colombiana al derecho comercial, en un escenario empresarial caracterizado, tanto por la naturaleza local y regional del empresariado como por el papel central de los individuos (empresarios) y sus familias y los grupos económicos estructurados alrededor de ellos. Esas características han hecho predominar en el empresariado colombiano una visión cortoplacista y, en cierta forma, simplista, de poder repetir en Colombia los procesos que se dieron en el capitalismo estadounidense o europeo, lo que amerita efectuar estudios mucho más profundos y detallados, pues los empresarios colombianos "no conforman un colectivo homogéneo en términos económicos, sociales, políticos ni ideológicos". [48]

Lo anteriormente expuesto pareciera reiterar lo señalado por López Medina en cuanto a su caracterización del neoclasicismo iuspositivista y su influencia en el derecho privado, incluyendo al derecho comercial, en Colombia. No obstante, hay voces que llaman la atención sobre las particularidades del derecho comercial colombiano frente al derecho civil. En efecto, Almonacid Sierra señaló en un trabajo inicial que la exposición de López Medina en *Teoría impura del derecho* se caracterizó, además de efectuar "críticas lacerantes y masoquistas" a la cultura jurídica colombiana, por envolver en un mismo concepto al derecho civil y al derecho comercial colombianos, cuando es claro que existen diferencias históricas que ameritan tratar al derecho comercial de manera diferente, pues

> el desarrollo de la historia del derecho comercial se ha visto negativamente afectado por la paradoja de que no obstante ser el derecho preponderante en los negocios, parece estar predestinado a permanecer a la sombra como un apéndice del derecho civil que persiste en ser considerado como el derecho hegemónico en la academia. [49]

En un trabajo posterior, Almonacid Sierra profundizó en los argumentos expuestos previamente, aunque es necesario tener presente que ese trabajo se concentró en estudiar el origen del primer proyecto de código de

comercio en Colombia, y en desvirtuar en alguna medida la tesis del "subdesarrollo legal" de la Nueva Granada y la "exigua solvencia intelectual" de los codificadores mercantiles. [50] Lo relevante es poner de presente que, si bien se acepta de manera generalizada la relación de filiación, o hermandad, entre el derecho civil y el derecho comercial colombianos, el derecho comercial colombiano ha tenido un desarrollo histórico de tal magnitud y especialidad, que justifica no mezclar ambas disciplinas del derecho privado colombiano como un discurso único y con la misma historia. [51]

Teniendo claro lo anterior, lo que procede a continuación es determinar la influencia de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen en el derecho comercial colombiano. Al respecto, debo manifestar que no conozco, a la fecha, un trabajo que se haya dedicado de manera específica a tratar el asunto. Puede influir el hecho de que la historia del derecho no es una disciplina con especial raigambre en la cultura jurídica mercantil colombiana. [52] No obstante, encuentro que, a pesar de lo planteado por Almonacid Sierra en sus trabajos previamente mencionados, el planteamiento al respecto de López Medina en su *Teoría impura del derecho* puede extenderse al derecho civil y al derecho comercial colombianos. Es decir, si bien es necesario desligar los discursos del derecho civil y el derecho comercial en Colombia, en lo que se refiere a la evolución de cada uno de ellos, encuentro que la exposición realizada por López Medina sobre las recepciones académica y "pop" respecto de Kelsen en Colombia es una explicación que se ajusta, de manera generalizada, a lo que ocurrió en derecho comercial colombiano durante el siglo XX.

Apoyo la anterior afirmación en el hecho de que las evaluaciones que se han venido realizando sobre la situación del derecho comercial colombiano plantean la expedición de la Constitución Política de 1991 como un momento de quiebre en el desenvolvimiento del derecho comercial en Colombia. Es decir, el paradigma que López Medina denomina constitucionalización y judicialización del derecho [53] también ha implicado una ruptura en la disciplina mercantil colombiana. Si bien el derecho comercial pudo haber tenido desarrollos muy diferentes a los del derecho civil colombiano, de lo cual da cuenta Almonacid Sierra, [54] es claro, a la luz de las distintas evaluaciones que se han venido realizando de la evolución histórica del derecho comercial en Colombia, [55] que las características que López Medina predicó de la influencia del iuspositivismo en el clasicismo jurídico colombiano, es decir, la coercibilidad de las normas y la separación entre derecho y moral/ética también caracterizaron al derecho comercial colombiano, por lo menos hasta la expedición de la Constitución Política de 1991.

En efecto, la historia del derecho comercial colombiano y del derecho europeo continental demuestra que la discusión moral/ética 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. [56] No pretendo afirmar que el derecho comercial colombiano y la moral/ética no han tenido ningún tipo de relación, [57] 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", [58] con lo cual el derecho comercial colombiano ha acogido, al igual que lo planteaba López Medina para el derecho civil, una ética predominantemente liberal. Así, por ejemplo, sólo recientemente se ha planteado la discusión sobre la necesidad de incorporar criterios de economía solidaria en el derecho comercial [59] o la protección del ambiente, [60] entre otros asuntos, lo cual evidencia que la unión entre capitalismo y liberalismo [61] ha sido el eje de discusión tradicional del derecho comercial colombiano. Esto se ve reforzado por el hecho de que sólo recientemente el antiformalismo incursionó en el derecho comercial colombiano, gracias a la Constitución Política de 1991. [62]

La necesidad de la discusión ética en derecho comercial colombiano

Lo expuesto previamente sobre la evolución del derecho comercial colombiano nos sirve como base para hacer evidente la necesidad de que la discusión ética sea abordada de manera seria al momento de debatir y, eventualmente, redefinir la estructura, la función y el contenido de esta disciplina jurídica en Colombia. En particular, sobre los asuntos que ameritan en derecho comercial colombiano la necesidad de abordar una perspectiva de ética comunitarista, remito a los lectores a un artículo que ya elaboré sobre el particular. [63]

De ese texto traigo acá, principalmente apoyado en el trabajo de Salomão Filho, las observaciones que se han realizado respecto del derecho mercantil como heredero del racionalismo jurídico, con Samuel Pufendorf a la cabeza, cuyos planteamientos implicaron una ruptura trascendental entre moral y derecho, lo 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, y que eso allanó el camino para el positivismo dogmático y el positivismo legislativo desde el siglo XIX, respecto de los cuales Kelsen implicó la fundamentación en la teoría general del derecho de lo que ya se practicaba y enseñaba. [64] Y hago resonancia de lo expuesto por Salomao Filho en el sentido de que ese iuspositivismo se ha opuesto totalmente a debatir sobre las finalidades de las normas, lo que se ha traducido, en la práctica, en la dominación de la ciencia económica sobre el discurso del derecho, "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", [65] ante lo cual él 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". [66]

También resalto que, 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 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 los contenidos de las normas jurídicas del derecho comercial en Colombia. El debate sobre la aproximación procedimental al derecho es clave, [67] pero el debate de contenidos del derecho no puede seguir siendo evadido. De hecho, la preocupación de Kelsen, en el fondo, fue ética, como sostiene Correas cuando afirma que

> Kelsen parece decir: salgámonos del campo de la ciencia. Pongámonos, todos por igual, en el campo de la ética. Y hagamos política: confrontemos nuestras ideas de justicia, todas las cuales tienen el mismo derecho a existir, y ganemos el consenso de nuestros conciudadanos. Y respetemos el resultado. Eso se llama democracia. [68]

Incluso, pareciera ser que el mismo Kelsen tomó partido por una ética universalista que interactuara con el derecho. [69]

Todo lo anterior puede ser discutido, así como si el derecho comercial colombiano debiera escoger, por ejemplo, entre una ética universalista, una ética comunitarista o una ética republicana [70] como fundamento de sus normas jurídicas, pero lo que sí pareciera claro, o por lo menos eso espero, es que sea evidente que la interpretación que se le dio a Kelsen en el derecho comercial colombiano ha llevado a que el mismo se haya concebido, al igual que el derecho comercial en la mayoría de los demás países del *civil law*, 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", [71] principalmente gracias a la

adopción no necesariamente explícita de una ética liberal, cuya incapacidad para afrontar las necesidades y realidades del mundo contemporáneo es palpable. [72]

Ahora, si bien el asunto de las relaciones entre derecho y moral/ética amerita estudios mucho más extensos y complejos, para cerrar este texto acudo a plantear unas preguntas para futuras investigaciones, con base en lo que plantea Pau Luque Sánchez, [73] cuando afirma que los desacuerdos jurídicos en derecho continental deben distinguirse en cuanto a si se trata de desacuerdos sobre las fuentes del derecho o desacuerdos acerca de los contenidos del derecho. Según él, los desacuerdos entre derecho y moral estarían ubicados dentro de la primera clasificación, caracterizándose el iusnaturalismo clásico por defender una conexión conceptual entre derecho y moral, "de forma tal que no podrá ser fuente de derecho válida ningún estándar que no sea moralmente justo", mientras que el positivismo jurídico clásico se caracteriza, en líneas generales, por negar tal conexión entre derecho y moral, aunque el positivismo jurídico incluyente ha planteado que tal tesis es contingente, pues es posible que el ordenamiento jurídico remita a la moral para la resolución de un caso, por oposición al positivismo jurídico excluyente, para el que la moral no es una fuente de derecho válida. [74]

Eso sí, pareciera ser clave tener en cuenta que "esto sitúa al positivismo jurídico excluyente ante el mismo problema que se había detectado con el iusnaturalismo: se trata de teorías normativas que no describen el derecho tal y como es, sino como debería ser". [75] Ante esa situación, desde el punto de vista de la metaética, se plantea por Luque Sánchez que los "dos intentos contemporáneos más relevantes de ir más allá de la dialéctica realismo/antirrealismo" son el constructivismo ético de Rawls o Habermas, por un lado, y el realismo interno o dworkinismo; [76] no es objeto de este trabajo abordar esta última discusión, sino plantearla como inquietud a resolver en futuros trabajos sobre cuál puede ser el camino a seguir para abordar, de manera adecuada, las relaciones entre derecho comercial colombiano y moral/ética. En efecto, en algún momento sostuve que el planteamiento adecuado para abordar las relaciones entre derecho y moral podría partir, teniendo como base la idea de que "Platón reconoció de inmediato y Aristóteles le secundó: para que las normas morales se cumplan hay que convertirlas en leyes", [77] de la certeza de la afirmación de Ronald Dworkin de que la presentación de derecho y moral bajo la imagen de dos sistemas no es adecuada, sino que lo es la de un mismo sistema, en el que el derecho hace parte la moral política, gracias a lo cual puede entenderse que "el derecho está efectivamente integrado con la moral: abogados y jueves trabajan como filósofos políticos de un Estado democrático". [78] Sin embargo, leyendo a Atienza y García Amado, y con base en lo señalado por Pau Luque Sánchez, creo que es necesario seguir manteniendo abierta la pregunta sobre cuál es la mejor aproximación, desde el punto de vista de la metaética, entre el constructivismo ético de Rawls o Habermas, por un lado, y el realismo interno o dworkinismo, por el otro lado.

En efecto, en lo que a Kelsen se refiere, ante la pregunta de si es posible ser iusmoralista sin ser objetivista, afirma García Amado que

> algunos de los más afamados o importantes iuspositivistas del siglo XX han sido fuertemente relativistas en el plano de la ética, como es el caso de Kelsen. Desde ese relativismo radical no podían ser sino positivistas de un tipo u otro (positivismo normativista, positivismo empirista...), pero no iusmoralistas. Seguramente está ahí la razón por la que muy a menudo se ha considerado, en un salto erróneo, que no cabe ser objetivista moral y iuspostivista; pero eso no es cierto, lo poco menos que inimaginable es ser iusmoralista y relativista moral radical. [79]

Por su parte, Atienza afirma que

> el pluralismo constitucional, el pluralismo moralmente justificado, no equivale a una tolerancia indiscriminada. La tolerancia supone que no está justificado prohibir a otros la realización de acciones que nosotros podemos considerar moralmente inaceptables, pero sólo dentro de ciertos límites. [...] De manera que el objetivismo (no el absolutismo) no sólo es compatible con los valores del pluralismo y de la tolerancia, sino que, en mi opinión, lo que conduce a la tolerancia es precisamente el objetivismo y no (como Kelsen y muchos otros parecen pensar) el relativismo moral. [80]

Kelsen tuvo una relevancia trascendental en el derecho en general, pues, en últimas, su realismo político[81] y su pragmatismo [82] en defensa del discurso jurídico permitieron otorgarle un lugar propio y adecuado en la sociedad al derecho como discurso, a través de unas obras en las que "a pesar de la insistencia de Kelsen en la neutralidad y naturaleza científica, [...] [su trabajo] está construido para defender la democracia liberal y representativa como la mejor forma de co-existencia civil y política". [83] No obstante, cuidándonos de no caer en el error de "tantos profesores por proyectar sobre Kelsen las culpas que no eran suyas, sino de ellos mismos" [84] , sí es posible afirmar que sus planteamientos

> anclaron la doctrina pura a una concepción simplificada de la validez de las normas, oscilante entre la identificación con su existencia y la reducción a su eficacia, y le impidieron teorizar, con la figura del "derecho ilegítimo" generado por el nuevo paradigma constitucional, todo el sistema de garantías impuesto e implicado por este. [85]

Puesto que sus nociones formales de derecho y democracia le impidieron aproximaciones valorativas, y lo llevaron a situaciones realmente tensionantes, que no pudo resolver adecuadamente. [86]

Así, creo que queda claro por qué la influencia de Kelsen fue determinante para estructurar lo que fue el derecho comercial colombiano durante la mayor parte del siglo XX, concepción que afortunadamente ha venido cambiando con posterioridad a la Constitución Política de 1991, ante lo cual debe quedar claro, frente a lo que han defendido algunos sectores del neoconstitucionalismo y del iusmoralismo, que derecho y moral/ética no pueden confundirse, pues,

> en ocasiones, un jurista (un juez) no tiene más remedio que reconocer que el Derecho no le permite llegar a una solución justa. Pero creo también que la obligación del jurista [...] es esforzarse por hacer justicia a través del Derecho. Y que esto casi siempre es posible en el contexto de los Derechos del Estado constitucional. [87]

Es decir, como lo dice Atienza en otro aparte, "un sistema jurídico que prescindiera completamente de cualquier noción de justicia (que fuera pura arbitrariedad) no podría existir (como sistema jurídico) o no podría perdurar". [88]

En últimas, si bien la teoría pura del derecho de Kelsen sirvió durante muchos años como el referente teórico más elaborado para la comprensión iuspositivista del derecho, su propuesta, como lo expusimos con base en Mario Losano, es ahistórica, cuando el derecho mercantil es una disciplina jurídica con un marcado acento histórico. [89] Eso sí, esa aproximación histórica no necesariamente ha hecho explícitos los intereses detrás de las instituciones jurídicas mercantiles, ante lo cual cobra total relevancia la propuesta de Salomão Filho de tener, junto a los principios y las reglas, un tercer tipo de normas, que él denomina "disposiciones declarativas (de intereses)". Y, ojalá, ante el fracaso del liberalismo, "nuestra capacidad para imaginar y construir una libertad tras el liberalismo" [90] pase por entendernos como comunidad, como colectivo que está navegando en el mismo barco. [91] El propósito de Kelsen fue loable, pero su relativismo ético precisamente lo llevó a plantear una teoría que desconectó al derecho de la realidad. [92]

Conclusiones

Frente al interrogante de la influencia de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen en derecho comercial colombiano, a la luz de la influencia de la ética o moral en las discusiones jurídicas mercantiles en Colombia, la respuesta clara es que su propuesta fue metaética, negando la posibilidad de conocimiento y discusión en asuntos morales y éticos, y la interpretación "pop" 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.

Así, 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, sí puede firmarse que

el neoclasicismo iuspositivista también dominó al derecho comercial colombiano durante la mayor parte del siglo XX, de manera que se instrumentalizó al mismo 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. Con base en lo anterior, el llamado que hago, gracias a este estudio sobre el influjo de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen en derecho comercial colombiano, es a superar ese rezago en el debate ético a la mayor brevedad posible, para lo cual espero que este escrito sirva de cimiento para posteriores trabajos y discusiones colectivas al respecto.

Origen de esta 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".

Referencias

Agustín E. Ferraro, *Kelsen y la ética universalista*, 21(2) DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho 129-144 (Universidad de Alicante, Alicante, 1998).

Andrew Abela Maldonado, *Actualidad y futuro del Código de Comercio de Colombia, con ocasión de su 50 aniversario*, en Yira López Castro, Jorge Oviedo Albán & Mario Fernando Ávila Cristancho, coords. académicos, Transformaciones del derecho comercial: reflexiones a propósito de los 50 años del Código de Comercio 21-58 (Tirant Lo Blanch, Bogotá, 2021).

Antonio José Uribe, *Derecho mercantil colombiano* (R. v. Decker's Verlag, Berlín, 1907).

Calixto Salomão Filho, *Teoría crítico-estructuralista del derecho mercantil* (Marcial Pons, Madrid, 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, Bogotá, 2007).

Carlos Dávila L. de Guevara, *Historia empresarial de Colombia: diversidad regional y empresariado heterogéneo*, en A. Lluch, M. Monsalve Zanatti & M. Bucheli, eds. académicos, Historia empresarial en América latina: temas, debates y problemas 99-120 (Universidad del Pacífico, Universidad de los Andes, Lima y Bogotá, 2021).

Ciro Angarita Barón, *La evaluación del Código: consideraciones preliminares, en Código de Comercio 20 años: evaluación y perspectivas* 12-37 (AA. VV., Cámara de Comercio de Bogotá, Universidad de los Andes, Bogotá, 1992).

David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar* (Oxford University Press, Oxford, 2003).

Diego Eduardo López Medina, *Teoría impura del derecho: La transformación de la cultura jurídica latinoamericana* (Legis, Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2004).

Enrique Gaviria Gutiérrez, *Reflexiones sobre derecho mercantil* (Universidad de Antioquia, Medellín, 1968).

Francis Fukuyama, *El liberalismo y sus desencantados: cómo defender y salvaguardar nuestras democracias liberales* (Ariel, Bogotá, 2022).

Gabino Pinzón, *Introducción al derecho comercial* (Temis, Bogotá, 1985).

Germán Gama Chirolla & Alejandro García De Brigard, *La Constitución de 1991 frente al Código de Comercio: consecuencias, implicaciones y efectos de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 desde la perspectiva del derecho mercantil*, Trabajo para optar al título de abogado (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005).

Gustavo Ortiz Millán, *Sobre la distinción entre ética y moral*, 45 Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho 113-139 (2016).

Hans Kelsen, *¿Qué es la justicia?* (Universidad de Antioquia, Medellín, 2014).

Hans Kelsen, *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*, en Contribuciones a la teoría pura del derecho (Fontamara, México, 2008).

Hans Kelsen, *La paz por medio del derecho* (Trotta, Madrid, 2008).

Hans Kelsen, *Los juicios de valor en la ciencia del derecho*, en La idea del derecho natural y otros ensayos (Editorial Losada, Buenos Aires, 1946).

Hans Kelsen, *Teoría general de las normas* (Trillas, México, 1994).

Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho: introducción a la ciencia del derecho* (Eudeba, Buenos Aires, 1985).

José A. Sendín Mateos, *La filosofía moral de Hans Kelsen* (Marcial Pons, Madrid, 2017).

José F. Palomino Manchego, *Bio-bibliografía de Hans Kelsen (la Teoría Pura del Derecho)*, en Gonzalo A. Ramírez Cleves (Ed.), Kelsen en el mundo: la influencia de la Teoría Pura del Derecho en distintos lugares 41-59 (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2023).

José Gabino Pinzón, *Derecho comercial*, vol. I: cuestiones generales y quiebras (Temis, Bogotá, 1957).

José Ignacio Narváez García, *Derecho mercantil colombiano*, vol. I: parte general (Legis, Bogotá, 2008).

José Ignacio Narváez García, *Introducción al derecho mercantil* (Legis, Bogotá, 2008).

José Luis Torres, *Desarrollo histórico del derecho comercial*, 3 Espiga 108-129 (UNED, Costa Rica, 2001).

Juan Antonio García Amado, *¿Es posible ser antikelseniano sin mentir sobre Kelsen?*, en Mario Montoya Brand & Nataly Montoya Restrepo, eds., y comps., Hans Kelsen: el reto contemporáneo de sus ideas políticas 19-93 (EAFIT, Medellín, 2011).

Juan Antonio García Amado, *Objetivismo moral y derecho: argumentos para el debate con Manuel Atienza*, en Manuel Atienza Rodríguez & Juan Antonio García Amado, Debates iusfilosóficos: sobre ponderación, positivismo jurídico y objetivismo moral (Palestra, Lima, 2021).

Juan Jacobo Calderón Villegas, *Constitución y derecho comercial*, en Juan Pablo Cárdenas Mejía, Juan Jacobo Calderón Villegas & Yira López Castro, eds. académicos, Derecho comercial: cuestiones fundamentales 47-65 (Universidad del Rosario, Legis, Bogotá, 2016).

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 Jorge Almonacid Sierra, *Insumos para la cimentación de la historia del derecho comercial colombiano a través de la teoría del transplante jurídico: itinerario de la superación del complejo de inferioridad de la teoría jurídica nacional*, 20 Pensamiento Jurídico 173-208 (Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2007).

Juan Pablo Cárdenas Mejía, *Derecho comercial en el siglo XXI. Presente y futuro*, en Juan Pablo Cárdenas Mejía, Juan Jacobo Calderón Villegas & Yira López Castro, eds. académicos, Derecho comercial: cuestiones fundamentales 5-27 (Universidad del Rosario, Legis, Bogotá, 2016).

Juan Pablo Pampillo Baliño, *Historia general del derecho* (Oxford University Press, México, 2008).

Juan Sebastián Alejandro Perilla Granados, *Alineación iusteórica de las fuentes del derecho comercial*, 53 Revista de Derecho Privado 1-24 (Universidad de los Andes, Bogotá, 2015).

Luigi Ferrajoli, *La lógica del derecho: diez aporías en la obra de Hans Kelsen* (Trotta, Madrid, 2017).

Luis Villar Borda, *Influencia de la teoría pura del derecho en Colombia*, en Luis Villar Borda, Kelsen en Colombia 5-49 (Temis, Bogotá, 1991).

Manuel Atienza Rodríguez, *Diálogo entre Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado*, en Manuel Atienza Rodríguez & Juan Antonio García Amado, Debates iusfilosóficos: sobre ponderación, positivismo jurídico y objetivismo moral (Palestra, Lima, 2021).

Manuel Atienza Rodríguez, *García Amado y el objetivismo moral*, en Manuel Atienza Rodríguez & Juan Antonio García Amado, Debates iusfilosóficos: sobre ponderación, positivismo jurídico y objetivismo moral (Palestra, Lima, 2021).

Marcela Castro de Cifuentes, *Derecho comercial: actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios* (Universidad de los Andes, Temis, Bogotá, 2016).

María Virginia Gaviria Gil, *Aproximaciones a la historia del derecho en Colombia*, 22 Historia y sociedad 131-156 (Medellín, 2012).

Mario Losano, *Teoría pura del derecho: evolución y puntos cruciales* (Temis, Bogotá, 1992).

Maritza Osorio Gutiérrez, *Aspectos filosóficos del derecho comercial colombiano en el siglo XXI*, 48 Pensamiento Jurídico 59-101 (Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2018).

Mayda Soraya Marín Galeano & José Fernando Valencia Grajales, *Del derecho comercial a la economía solidaria*, 20(1) El Ágora USB 210-225 (Universidad de San Buenaventura, 2020).

Michael J. Sandel, *Justicia: ¿hacemos lo que debemos?* (Debate, 2021).

Óscar Correas, *El otro Kelsen*, en Óscar Correas, comp., El otro Kelsen (CEIICH - UNAM, Coyoacán, México, 2006).

Óscar Mejía Quintana, *Teoría consensual del derecho: el derecho como deliberación pública* (Universidad Nacional de Colombia, UNIJUS, Bogotá, 2016).

Patrick J. Deneen, *¿Por qué ha fracasado el liberalismo?* (Rialp, Madrid, 2018).

Pau Luque Sánchez, *De la Constitución a la moral: conflictos entre valores en el estado constitucional* (Marcial Pons, Madrid, 2014).

Pau Luque Sánchez, *Los desacuerdos jurídicos. Un mapa conceptual*, en Pau Luque Sánchez & Giovanni Battista Ratti, eds., Acordes y desacuerdos: cómo y por qué los juristas discrepan 23-59 (Marcial Pons, Madrid, 2012).

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 Revista Vniversitas (Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2024). doi:10.11144/Javeriana.vj73.necd.

Rafael E. Wilches Durán, *Protección jurídica del ambiente desde el derecho comercial en Colombia: estudio teórico a partir de la teoría del derecho reflexivo, el principio de precaución ambiental y la contratación mercantil*, Tesis para optar al título de Doctor en Ciencias Jurídicas y Doctor en Estado de Derecho y Gobernanza Global (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2019).

Ramón Eduardo Madriñán de la Torre & Yolima Prada Márquez, *Principios de derecho comercial* (Pontificia Universidad Javeriana, Temis, Bogotá, 2013).

Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, versión en línea disponible en moral | Definición | Diccionario de la lengua española | RAE - ASALE (2023).

Robert Schuett, *El realismo político de Hans Kelsen* (UNIJUS, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2025).

Rodrigo Ocampo Ossa, *Derecho del comercio: introducción al derecho comercial colombiano* (Confecámaras, Bogotá, 1982).

Ronald Dworkin, *Justicia para erizos* (FCE, México, 2016).

Sara Lagi, *Hans Kelsen: pensador político. Las dos ediciones de 'Sobre la esencia y el valor de la democracia' (1920-1929)*, en Mario Montoya Brand & Nataly Montoya Restrepo, eds., y comps., Hans Kelsen: el reto contemporáneo de sus ideas políticas 165-193 (EAFIT, Medellín, 2011).

Tullio Ascarelli, *Iniciación al estudio del derecho mercantil* (Bosch, Barcelona, 1964).

Víctor Alarcón Olguín, *Hans Kelsen: bitácora de un itinerante*, en Óscar Correas, comp., El otro Kelsen, 21-31 (CEIICH – UNAM, Coyoacán, México, 2006).

Victoria Camps, *Breve historia de la ética* (RBA, Barcelona, 2017).

Victoria Camps, *La fragilidad de una ética liberal* (Edicions UAB, Barcelona, 2018).

Notas

* Artículo de investigación

1 Óscar Correas, *El otro Kelsen*, en Óscar Correas, comp., El otro Kelsen 34-35 (CEIICH – UNAM, Coyoacán, México, 2006).

2 Cfr. Diego Eduardo López Medina, *Teoría impura del derecho: La transformación de la cultura jurídica latinoamericana* (Legis, Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2004).

3 En efecto, debido a 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, se plantea actualmente 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". Calixto Salomão Filho, *Teoría crítico-estructuralista del derecho mercantil* 234 (Marcial Pons, Madrid, 2017).

4 Cfr. López Medina, *supra* nota 2, págs. 399-461.

5 Cfr. Juan Pablo Pampillo Baliño, *Historia general del derecho* 417-424 (Oxford University Press, México, 2008).

6 "El pensamiento kelseniano, que llevó a su máximo esplendor la dogmática jurídica del positivismo legalista formalista, se estructuró a partir de las siguientes líneas generales: a) la ubicación de la ciencia del derecho en el ámbito del 'deber ser universal y formalizado' desde el pensamiento lógico trascendental kantiano; b) la definición de la norma jurídica como 'juicio lógico formal hipotético', como objeto propio y específico de la ciencia jurídica; c) la depuración objetiva y metódica de la ciencia del derecho, deslindándola de cualquier contenido ético, político o social, al cual se le conceptualizó como 'metajurídico'; d) la primacía de la 'norma sancionadora' sobre la 'norma prescriptiva' o prohibitiva; e) la identificación del derecho con el Estado y la asignación a éste de la misión de crear, con sus 'mandatos', los nexos de atribución, y f) la estructuración sistemática del ordenamiento jurídico como una pirámide normativa y formal, cuya validez descansa sobre la 'norma hipotética fundamental' como norma presupuesta". *Id*., pág. 424.

7 Entre otras críticas, se plantea que "revalorado críticamente a la luz de nuestro tiempo, fue posible observar del pensamiento jurídico kelseniano: a) su relatividad y limitaciones filosóficas, producto del criticismo gnoseológico kantiano en que basó sus fundamentos; b) su excesivo formalismo, que lo llevó a convertir la sola norma lógico-formal en objeto exclusivo de la ciencia del derecho; c) su abdicación de los contenidos jurídicos de la ciencia del derecho, so pretexto de una pretendida metajuridicidad; d) su insistencia desmedida en la importancia de la norma sancionadora, que deja de lado las funciones directrices y educativas del derecho, y e) su estructuración del derecho según una visión sistemática y formal, esclerosante y anquilosada". *Id*., pág. 424.

8 Cfr. Gustavo Ortiz Millán, *Sobre la distinción entre ética y moral*, 45 Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho 113-139 (2016). Remito a las definiciones que da el autor en dicho texto, en el que plantea que los términos no poseen una distinción relevante y, sobre todo, ataca la supuesta superioridad de la ética sobre la moral.

9 Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, versión en línea disponible en moral | Definición | Diccionario de la lengua española | RAE - ASALE (2023).

10 Cfr. Victoria Camps, *Breve historia de la ética* 10-14 (RBA, Barcelona, 2017).

11 Traigo como ejemplo de su aproximación este apartado de su Teoría general de las normas, en la cual puede leerse lo siguiente: "Si la ética describe una norma moral general en el principio que dice: 'si alguien está necesitado, uno debe ayudarlo', o si el derecho establece una norma legal general mediante el principio que dice: 'si alguien ha recibido un préstamo, debe pagarlo', es evidente que el enlace entre la condición y la consecuencia no presenta el carácter de una necesidad causal. Tal enlace se ve expresado a través de un 'deber ser' y no a través de un 'tener que'. Es una necesidad normativa y no causal. [...] La moral se distingue del derecho en que la reacción que prescribe, es decir, sus sanciones, no presentan el carácter de actos coercitivos como las sanciones prescritas por el derecho, esto es, que dichas sanciones no se realizan por medio de la coerción física —como sería el caso de la sanción del derecho, si es que encuentra oposición. Por otra parte, las sanciones de la moral no son, como las sanciones del derecho, solamente reacciones hacia un comportamiento contrario a la norma, sino que también son reacciones en contra de un comportamiento que puede estar apegado a una norma. Es decir, de la misma manera que el comportamiento contrario a la moral es desaprobado por parte de los miembros de una comunidad, el comportamiento acorde con la moral debe ser aprobado por ellos: a través de actos de alabanza, manifestaciones de honor, etc.". Hans Kelsen, *Teoría general de las normas* 39-40 (Trillas, México, 1994).

12 Con apoyo en Sendín Mateos, profundizaré luego en el asunto de la aproximación metaética de Kelsen. Por ahora, para ilustrar el asunto de su aproximación a los juicios de valor en el derecho, transcribo este apartado de autoría de Kelsen, quien afirmó que "a las normas de derecho positivo corresponde una realidad social determinada, no así a las normas de justicia. En este sentido, el valor del derecho es objetivo, mientras que el valor de la justicia es subjetivo. Y esto es verdad aun cuando a veces una gran cantidad de personas tenga el mismo ideal de justicia. Los juicios jurídicos de valor son juicios que pueden ser comprobados objetivamente con

ayuda de los hechos. Son, por tanto, admisibles dentro de una ciencia del derecho. Los juicios de justicia no pueden ser objetivamente comprobados; por tanto, una ciencia del derecho no tiene lugar para ellos. Los juicios morales y políticos son de la misma naturaleza que los juicios de justicia. [...] Los juicios morales y políticos de valor se basan en ideologías que no son paralelas a una determinada realidad social". Hans Kelsen, *Los juicios de valor en la ciencia del derecho*, en La idea del derecho natural y otros ensayos 263-264 (Editorial Losada, Buenos Aires, 1946).

13 Cfr. José F. Palomino Manchego, *Bio-bibliografía de Hans Kelsen (la Teoría Pura del Derecho)*, en Gonzalo A. Ramírez Cleves, ed., Kelsen en el mundo: la influencia de la Teoría Pura del Derecho en distintos lugares 56 (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2023).

14 Palomino Manchego se refiere expresamente a la propuesta de clasificación de la obra kelseniana originalmente realizada por Rudolf Aladár Métall en la biografía *Hans Kelsen. Vida y obra*, UNAM, 1976.

15 Cfr. Luis Villar Borda, *Influencia de la teoría pura del derecho en Colombia*, en Kelsen en Colombia 5-49 (Temis, Bogotá, 1991).

16 Correas, *supra* nota 1, pág. 57.

17 Víctor Alarcón Olguín, *Hans Kelsen: bitácora de un itinerante*, en Óscar Correas, comp., El otro Kelsen 21-31, 31 (CEIICH-UNAM, Coyoacán, México, 2006). Alarcón Olguín comienza su escrito con el pasaje de Kelsen de "¿Qué es la justicia?", en el que dice que debe conformarse con una justicia relativa, pues es imposible conocer la justicia absoluta, de manera que habla sólo de su justicia, la de él, la cual es una justicia de libertad, de paz, de democracia y de tolerancia. A partir de ahí nos ilustra Alarcón Olguín sobre cómo llega a ese concepto de democracia para Kelsen.

18 David Dyzenhaus plantea el asunto en términos mucho más severos, al sugerir que la solución propuesta por Kelsen habría terminado siendo "satánica", cuando afirmó que "I thus want to suggest that Kelsen's 'logic-driven' solution to the problems of state illegality and the indeterminacy of law left him in an even worse position than a doctrine he mentioned in his discussion of theology and legal theory, one which hypothesizes Satan as a fallen angel in order to preserve the unity of its system. That theology at least excludes Satan from its normative system, leaving him to build his own parallel system in hell. But Kelsen found himself driven to permit Satan to subvert the system from within. Even worse, from the point of view of the Pure Theory there is no criterion of the rights of the individual, nor any other criterion, against which law can be judged. One cannot tell who Satan is". David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar* 157 (Oxford University Press, Oxford, 2003). Frente a esa afirmación, la inquietud que me surge es la de cuál solución, frente a los problemas abordados por cada uno, fue más "satánica", si la de Schmitt o la de Kelsen, pero ese asunto claramente escapa del ámbito de este escrito.

19 López Medina, *supra* nota 2, pág. 356.

20 *Id.*, pág. 134.

21 *Id.*, pág. 133.

22 *Id.*, págs. 129-130.

23 Cfr. *Id*., págs. 212-218.

24 Cfr. *Id*., págs. 218-224.

25 *Id.*, pág. 222.

26 Dyzenhaus expone con claridad y profundidad el asunto, en lo que a Kelsen se refiere, afirmando que "it is Schmitt who in some way united all of these criticisms, holding that legal positivism, the doctrine of which Kelsen is the most important exponent in Weimar, is substanceless but also subversive of substance in the interests of a liberal avoidance of politics, one masked by a veneer of science. [...] Kelsen thus illustrated perfectly liberalism's desire always to subsume politics under a norm and its substantive inability to do so", así como que "it must be more than mere coincidence that the way that Kelsen unpacked the principle of legality makes its mechanics just what is required to secure liberal democracy". Dyzenhaus, *supra* nota 18, págs. 106, 122 y 153.

27 Cfr. Francis Fukuyama, *El liberalismo y sus desencantados: cómo defender y salvaguardar nuestras democracias liberales* (Ariel, Bogotá, 2022).

28 López Medina, *supra* nota 2, pág. 328.

29 *Id.*, pág. 135.

30 Cfr. *Id*., págs. 383-385.

31 Basta con leer lo afirmado por Kelsen cuando dijo lo siguiente: "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?* 51-52 (Universidad de Antioquia, Medellín, 2014).

32 Mario Losano, *Teoría pura del derecho: evolución y puntos cruciales* 208 (Temis, Bogotá, 1992).

33 Cfr. *Id*., págs. 204-210.

34 Sobre el rechazo de Kelsen a lo religioso y metafísico basta leer este apartado, en el que afirma lo siguiente: "No cabe la menor duda del origen religioso y metafísico de la doctrina jusnaturalista que ha dominado en los siglos XVII y XVIII y que, después de un retroceso en el siglo XIX, ha pasado, junto con la especulación religiosa y metafísica, al primer plano de la filosofía jurídica y social en el siglo XX, como consecuencia de dos guerras mundiales y como reacción contra el nacionalismo, el fascismo y, en particular, el comunismo". Hans Kelsen, *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*, en Contribuciones a la teoría pura del derecho 126 (Fontamara, México, 2008).

35 José A. Sendín Mateos, *La filosofía moral de Hans Kelsen* 38-43 (Marcial Pons, Madrid, 2017).

36 *Id.*, pág. 317.

37 *Id*., págs. 315-316.

38 "This other Kelsen was a democrat, a pacifist, an apostle of tolerance, and a defender both of individual rights and liberties and of the project of equalizing inequalities in social and economic power. Moreover, his aim was a conception of law suited to the service of power in the midst of 'rational considerations'. But even when he manifested himself most strongly, this Kelsen had the Pure Theory sitting on his shoulder, chattering constantly into his ear the lesson of the Pure Theory: politics and ethics are the realm of the irrational. At his most convincing moments, Kelsen also experienced the deepest tensions". Dyzenhaus, *supra* nota 18, pág. 159.

39 Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho: introducción a la ciencia del derecho* 63-64 (Eudeba, Buenos Aires, 1985).

40 Por ejemplo, Michael Sandel plantea que "la justicia no solo trata de la manera debida de distribuir las cosas. Trata también de la manera debida de valorarlas", 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. Cfr. Michael J. Sandel, *Justicia: ¿hacemos lo que debemos?* 295-304 (Debate, Bogotá, 2021).

41 Patrick J. Deneen, *¿Por qué ha fracasado el liberalismo?* 25-26 (Rialp, Madrid, 2018).

42 Antonio José Uribe, *Derecho mercantil colombiano* 5-6 (R. v. Decker's Verlag, Berlin, 1907).

43 Cfr. José Gabino Pinzón, *Derecho comercial*, vol. I: cuestiones generales y quiebras 1-65 (Temis, Bogotá, 1957).

44 Gabino Pinzón, *Introducción al derecho comercial* 58 (Temis, Bogotá, 1985).

45 Al comentar la expansión de la disciplina, afirma que "la órbita del derecho mercantil es inmensamente más amplia que la de cualquier cuerpo legal, pues abarca, en general, todas las relaciones jurídicas originadas en el tráfico económico y tiende de modo constante a convertirse en el forjador de los mecanismos técnico-jurídicos de la economía", así como por su reconocimiento de que "el desarrollo del capitalismo y la revolución industrial robustecieron las instituciones mercantiles y dieron origen a otras nuevas, no exclusivas de los mercaderes". José Ignacio Narváez García, *Derecho mercantil colombiano*, vol. I: parte general, 45 y 63 (Legis, Bogotá, 2008).

46 Al momento de dar su valoración sobre el derecho mercantil colombiano en 1968, afirmó que "todos los Códigos modernos, con la curiosa excepción del proyecto nuestro, a la vez que aceptan la unidad de normas en materia de obligaciones y contratos, estructuran el derecho comercial propiamente dicho en torno a la empresa y el empresario reconociendo así que la actividad económica actual se realiza a través de empresas, las cuales han desplazado cada vez con mayor fuerza a los comerciantes individuales, a los artesanos y a los pequeños negocios en general", para luego afirmar, al momento de estudiar el concepto y contenido del derecho mercantil, que "tratándose pues del Derecho Mercantil, será preciso interrogar a la realidad económica y social de cada país y a su tradición jurídica para delimitar con cierta exactitud el contenido del Derecho Mercantil; y en este sentido no hay alternativa diferente a la de aceptar el abandono de toda pretensión científica y afirmar llanamente que el contenido del Derecho Comercial es el que señale la legislación positiva en un país dado y en un momento dado", de manera que termina abogando Gaviria por tomar a la empresa y el empresario como el fundamento de un derecho comercial "sólido y conceptualmente correcto". Enrique Gaviria Gutiérrez, *Reflexiones sobre derecho mercantil* 36-38 (Universidad de Antioquia, Medellín, 1968).

47 Afirmó que "el derecho del comercio no tiene suerte, pues, aun cuando abarca en la actualidad casi todos los aspectos de la vida diaria y está presente en todas las acciones que tienen significación dentro del concierto económico, ha carecido de una estructura teórica suficiente que le permita marchar al ritmo de los acontecimientos creados por su mismo desarrollo", aunque acepta incluirlo dentro del derecho privado y no en el derecho público, "pues regula fundamentalmente actividades en las que el interés protegido es individual". Rodrigo Ocampo Ossa, *Derecho del comercio: introducción al derecho comercial colombiano*, Presentación, 7 (Confecámaras, Bogotá, 1982).

48 Cfr. Carlos Dávila L. de Guevara, *Historia empresarial de Colombia: diversidad regional y empresariado heterogéneo*, en Andrea Lluch, Martín Monsalve Zanatti & Marcelo Bucheli, eds. académicos, Historia empresarial en América latina: temas, debates y problemas 99-120 (Universidad del Pacífico, Universidad de los Andes, Lima y Bogotá, 2021).

49 Juan Jorge Almonacid Sierra, *Insumos para la cimentación de la historia del derecho comercial colombiano a través de la teoría del transplante jurídico: itinerario de la superación del complejo de inferioridad de la teoría jurídica nacional*, 20 Pensamiento Jurídico 173-208, 207 (Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2007).

50 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, Bogotá, 2014).

51 Cfr., entre otros, Gabino Pinzón, *supra* nota 44, págs. 1-3 (1985); José Ignacio Narváez García, *Introducción al derecho mercantil* 43-49 (Legis, Bogotá, 2008); y Ramón Eduardo Madriñán de la Torre & Yolima Prada Márquez, *Principios de derecho comercial* 41-43 (Pontificia Universidad Javeriana, Temis, Bogotá, 2013).

52 Cfr. María Virginia Gaviria Gil, *Aproximaciones a la historia del derecho en Colombia*, 22 Historia y sociedad 131-156 (Medellín, 2012).

53 Cfr. López Medina, *supra* nota 2, págs. 399-461. [54] "El melancólico diagnóstico lopista podría empezar a cuestionarse evidenciándose que desde tempranas épocas, sin mayor resistencia y fruto de transplantes jurídicos que transitaron por senderos diferentes a los efectuados en el campo del derecho civil, se ha aceptado que dentro del núcleo dogmático del derecho comercial colombiano se encuentran los principios relacionados con la atenuación de la injustificada protección jurídica preferencial a las '*res inmóviles*', la aceptación de la costumbre como fuente formal del derecho, la aplicación de la analogía para llenar las lagunas de la ley positiva, la represión del enriquecimiento sin causa y del abuso del derecho, el debilitamiento de la teoría '*pacta sunt servanda*' y el fortalecimiento de la tesis de '*rebus sic stantibus*', el beneplácito con las obligaciones unilaterales y precontractuales, el acogimiento de contratos inter-ausentes, la admisión de contratos atípicos, el amparo de regímenes de responsabilidad objetiva, la protección legal de la confianza representada en la buena fe exenta de culpa, la conservación y conversión del negocio jurídico para superar las anomalías del acto jurídico, etc.". Almonacid Sierra, *supra* nota 50, págs. 103-104.

54 "El melancólico diagnóstico lopista podría empezar a cuestionarse evidenciándose que desde tempranas épocas, sin mayor resistencia y fruto de transplantes jurídicos que transitaron por senderos diferentes a los efectuados en el campo del derecho civil, se ha aceptado que dentro del núcleo dogmático del derecho comercial colombiano se encuentran los principios relacionados con la atenuación de la injustificada protección jurídica preferencial a las *'res inmóviles'*, la aceptación de la costumbre como fuente formal del derecho, la aplicación de la analogía para llenar las lagunas de la ley positiva, la represión del enriquecimiento sin causa y del abuso del derecho, el debilitamiento de la teoría *'pacta sunt servanda'* y el fortalecimiento de la tesis de *'rebus sic stantibus'*, el beneplácito con las obligaciones unilaterales y precontractuales, el acogimiento de contratos inter-ausentes, la admisión de contratos atípicos, el amparo de regímenes de responsabilidad objetiva, la protección legal de la confianza representada en la buena fe exenta de culpa, la conservación y conversión del negocio jurídico para superar las anomalías del acto jurídico, etc.". Almonacid Sierra, *supra* nota 50, págs. 103-104.

55 Cfr., entre otros, Juan Jacobo Calderón Villegas, *Constitución y derecho comercial*, en Juan Pablo Cárdenas Mejía, Juan Jacobo Calderón Villegas & Yira López Castro, eds. académicos, Derecho comercial: cuestiones fundamentales 47-65 (Universidad del Rosario, Legis, Bogotá, 2016); Ciro Angarita Barón, *La evaluación del Código: consideraciones preliminares, en Código de Comercio 20 años: evaluación y perspectivas* 12-37 (AA. VV., Cámara de Comercio de Bogotá, Universidad de los Andes, Bogotá, 1992); Andrew Abela Maldonado, *Actualidad y futuro del Código de Comercio de Colombia, con ocasión de su 50 aniversario*, en Yira López Castro, Jorge Oviedo Albán & Mario Fernando Ávila Cristancho, coords. académicos, Transformaciones del derecho comercial: reflexiones a propósito de los 50 años del Código de Comercio 21-58 (Tirant Lo Blanch, Bogotá, 2021); Juan Pablo Cárdenas Mejía, *Derecho comercial en el siglo XXI. Presente y futuro*, en Juan Pablo Cárdenas Mejía, Juan Jacobo Calderón Villegas & Yira López Castro, eds. académicos, Derecho comercial: cuestiones fundamentales 5-27 (Universidad del Rosario, Legis, Bogotá, 2016); y Germán Gama Chirolla & Alejandro García De Brigard, *La Constitución de 1991 frente al Código de Comercio: consecuencias, implicaciones y efectos de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 desde la perspectiva del derecho mercantil*, Trabajo para optar al título de abogado (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005).

56 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, Bogotá, 2007); y José Luis Torres, *Desarrollo histórico del derecho comercial*, 3 Espiga 108-129 (UNED, Costa Rica, 2001).

57 "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*, 48 Pensamiento Jurídico 59-101, 83 (Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2018).

58 Marcela Castro de Cifuentes, *Derecho comercial: actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios* 2 (Universidad de los Andes, Temis, Bogotá, 2016).

59 Cfr. Mayda Soraya Marín Galeano & José Fernando Valencia Grajales, *Del derecho comercial a la economía solidaria*, 20(1) El Ágora USB 2010-225 (Universidad de San Buenaventura, 2020).

60 Cfr. Rafael E. Wilches Durán, *Protección jurídica del ambiente desde el derecho comercial en Colombia: estudio teórico a partir de la teoría del derecho reflexivo, el principio de precaución ambiental y la contratación mercantil*, Tesis para optar al título de Doctor en Ciencias Jurídicas y Doctor en Estado de Derecho y Gobernanza Global (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2019).

61 Cfr. Fukuyama, *supra* nota 27.

62 Cfr. Juan Sebastián Alejandro Perilla Granados, *Alineación iusteórica de las fuentes del derecho comercial*, 53 Revista de Derecho Privado 1-24 (Universidad de los Andes, Bogotá, 2015).

63 Cfr. 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 Revista Vniversitas (Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2024).

64 Cfr. Filho, *supra* nota 3, págs. 223-234.

65 *Id.*, pág. 229.

66 *Id.*, pág. 234.

67 Cfr. Óscar Mejía Quintana, *Teoría consensual del derecho: el derecho como deliberación pública* (Universidad Nacional de Colombia, UNIJUS, Bogotá, 2016).

68 Correas, *supra* nota 1, pág. 49.

69 Cfr. Agustín E. Ferraro, *Kelsen y la ética universalista*, 21(0) DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho 129-144 (Universidad de Alicante, Alicante, 1998).

70 Cfr. Victoria Camps, *Breve historia de la ética*, RBA, Barcelona, (2017).

71 *Id*., pág. 226.

72 Cfr. Victoria Camps, *La fragilidad de una ética liberal* (Edicions UAB, Barcelona, 2018), y Deneen, *supra* nota 41.

73 Cfr. Pau Luque Sánchez, *Los desacuerdos jurídicos. Un mapa conceptual*, en Acordes y desacuerdos: cómo y por qué los juristas discrepan, Pau Luque Sánchez y Giovanni Battista Ratti, eds., 23-59; 38-45 (Marcial Pons, Madrid, 2012).

74 "En cuanto al positivismo jurídico incluyente, como hemos visto ya parcialmente, las fuentes de derecho válidas sólo pueden ser hechos sociales, pero contingentemente estos hechos sociales pueden hacer referencia a argumentos o razones morales sustanciales. De esta manera, aunque algunos principios morales sean jurídicamente vinculantes, no todos los principios morales serán jurídicamente vinculantes. Sólo serán vinculantes jurídicamente aquellos principios morales que acuerden los 'officials'; cuando exista una convención entre los 'officials' según la cual un determinado principio resulte ser una fuente de derecho válida para un caso particular, tal principio moral pasará a estar incorporado al derecho. Así, el positivismo jurídico incluyente salvaría el escollo empírico que se imputa a su primo excluyente: los jueces, de hecho, usan a veces estándares morales como fuentes de derecho para resolver casos particulares y, por otro lado, las constituciones (aunque no sólo las constituciones, sino también otras normas de rango inferior) contienen derechos, principios o valores éticos cuya interpretación y aplicación reenvía a argumentaciones morales sustantivas. El problema es que la crítica de Dworkin pone énfasis precisamente en este punto: no existe tal acuerdo o convención entre los 'officials'. [...] Es por ello que cuando un juez o un 'official' manifiesta un desacuerdo con la convención dominante y apela a una norma moral X cuando la convención no permite tal referencia, el positivista incluyente dirá que tal juez se ha equivocado. No me pronunciaré aquí sobre cuál de estas opciones, iusnaturalismo, teorías 'dworkinianas', realismo jurídico, positivismo excluyente o incluyente supone una mejor explicación para el fenómeno de los desacuerdos acerca de cuáles son las fuentes de derecho válidas. Mi único propósito aquí es el de dar cuenta de la manera en que las teorías de diferente cuño lidian con este tipo de desacuerdos". Luque Sánchez, *supra* nota 73, págs. 23-59.

75 Luque Sánchez, *supra* nota 73, págs. 23-59.

76 Cfr. Pau Luque Sánchez, *De la Constitución a la moral: conflictos entre valores en el estado constitucional* 140 (Marcial Pons, Madrid, 2014).

77 Camps, *supra* nota 72, pág. 99.

78 Ronald Dworkin, *Justicia para erizos* 502 (FCE, México, 2016).

79 Juan Antonio García Amado, *Objetivismo moral y derecho: argumentos para el debate con Manuel Atienza*, en Manuel Atienza Rodríguez & Juan Antonio García Amado, Debates iusfilosóficos: sobre ponderación, positivismo jurídico y objetivismo moral 198 (Palestra, Lima, 2021).

80 Manuel Atienza Rodríguez, *Diálogo entre Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado*, en Manuel Atienza Rodríguez & Juan Antonio García Amado, Debates iusfilosóficos: sobre ponderación, positivismo jurídico y objetivismo moral, Palestra, Lima, 173 (2021).

81 Cfr. Robert Schuett, *El realismo político de Hans Kelsen* (UNIJUS, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2025).

82 Evidente, por ejemplo, en su visión del derecho como una forma de "organización de la fuerza", en aras de la defensa de la paz. Cfr. Hans Kelsen, *La paz por medio del derecho* (Trotta, Madrid, 2008).

83 Sara Lagi, *Hans Kelsen: pensador político. Las dos ediciones de 'Sobre la esencia y el valor de la democracia' (1920-1929)*, en Mario Montoya Brand & Nataly Montoya Restrepo, eds. y comps., Hans Kelsen: el reto contemporáneo de sus ideas políticas 165-193, 189 (EAFIT, Medellín, 2011).

84 Juan Antonio García Amado, *¿Es posible ser antikelseniano sin mentir sobre Kelsen?*, en Mario Montoya Brand & Nataly Montoya Restrepo, eds. y comps., Hans Kelsen: el reto contemporáneo de sus ideas políticas 19-93, 87 (EAFIT, Medellín, 2011).

85 Luigi Ferrajoli, *La lógica del derecho: diez aporías en la obra de Hans Kelsen* 11 (Trotta, Madrid, 2017).

86 Un ejemplo es el asunto de la *Grundnorm* o 'norma fundamental', respecto de la cual afirmó, por ejemplo: "La norma fundamental determina solamente el fundamento, no así el contenido de validez del derecho positivo. Este fundamento de validez es completamente independiente del contenido de validez. La norma fundamental deja la determinación del contenido del derecho positivo al proceso de creación del derecho, determinado por la constitución: la legislación y la costumbre. Por tanto, el derecho positivo no puede jamás estar en contradicción con su norma fundamental, mientras que la posibilidad de un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es esencial para la doctrina jusnaturalista. Esto significa, empero, que la norma fundamental no representa ninguna escala de valor o de disvalor, de justicia o de injusticia del derecho positivo. Justamente por eso se considera insuficiente al positivismo y se le contrapone la doctrina del derecho natural que aparenta proporcionar esa escala como un criterio

seguro de justicia o injusticia del derecho positivo y dar una respuesta incondicional a la pregunta por el fundamento de validez de un derecho positivo". Kelsen, *supra* nota 34, pág. 133.

87 Atienza Rodríguez, *supra* nota 80, pág. 175.

88 Manuel Atienza Rodríguez, *García Amado y el objetivismo moral*, en Manuel Atienza Rodríguez & Juan Antonio García Amado, Debates iusfilosóficos: sobre ponderación, positivismo jurídico y objetivismo moral 237 (Palestra, Lima, 2021).

89 Cfr. Tullio Ascarelli, *Iniciación al estudio del derecho mercantil* (Bosch, Barcelona, 1964).

90 Cfr. Deneen, *supra* nota 41, pág. 244.

91 Hago referencia a la expresión "estamos todos en la misma barca y somos llamados a remar juntos", pronunciada por el Papa Francisco el viernes 27 de marzo de 2020 en Roma.

92 "This relativism seems to me to be at the root of all the tensions and difficulties in the Pure Theory of law. It required Kelsen to argue that law is both logically closed and radically indeterminate. It landed him with the position of arguing both that the idea that the law is full of gaps serves a natural law ideology subversive of the law and that the idea of gap is needed in order to prevent a wholesale shift in legislative power from the legislature to the judiciary. It had him indignantly denying that he thought that the substance of constitutionality lies in enhanced procedures for legislative amendment and at the same time affirming that this is just what the substance of a constitution amount to, thus rendering his criterion of substance purely formal. It led to him asking us to accept a highly counterintuitive idea that normativity can be understood scientifically, that is, without reference to politics or ethics, and then both finding himself unable to say what the value of such a scientific inquiry is and in fact saying that it is an ethical necessity to accept its value. [...] the Pure Theory perforce loses contact with the realities with which it has to deal. [...] It thus justifies nothing but at the same time justifies everything". Dyzenhaus, *supra* nota 18, págs. 158-159.

Acerca del autor

Rafael E. Wilches Durán es abogado, magíster en Derecho Económico y doctor en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Javeriana, y doctor en Estado de Derecho y Gobernanza Global por la Universidad de Salamanca. Es profesor asociado del Departamento de Derecho Privado y director de la Especialización en Derecho de Sociedades de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.

Licencia Creative Commons CC BY 4.0

Cómo citar: Rafael E. Wilches Durán, *La ausencia de la discusión ética en Derecho Comercial colombiano: estudio alrededor de la inAuencia de Hans Kelsen en Colombia*, 75 Vniversitas (2026) (edición especial Perspectivas Kelsenianas). https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj75.aded