

La lex mercatoria como fuente del derecho internacional*

The lex mercatoria as a source of international law

Clara María Mira González**

Resumen

En el escenario actual de las relaciones internacionales, caracterizado por las intervenciones unilaterales de algunos países dentro del ámbito internacional, es innegable la importancia del derecho internacional tanto en el manejo de la política interna y global, como en la producción de normas jurídicas que influyen y revierten la estructura normativa de los Estados, particularmente del Estado colombiano.

Esta importancia del Derecho Internacional, mas allá de plantear el problema político relacionado con la pérdida de soberanía interna como manifestación del fenómeno globalizador, pone en evidencia un problema adicional de tipo jurídico: la presencia de controles precarios respecto a la costumbre mercantil internacional.

Esta ausencia, manifiesta en el derecho internacional una clara intención de desregulación positiva, es decir, una pérdida de soberanía estatal reflejada en la ausencia de control constitucional.

Palabras Claves: Interés directo, contradictorio, derecho subjetivo

Abstract

In the current scope of international relations, characterized by unilateral interventions of some countries in the international arena, it is undeniable the importance of international law both in managing domestic and global politics as in the production of legal rules that influence and reverse the regulatory structure of states, particularly the Colombian State.

This importance of international law, beyond raising the political problem associated with the loss of internal sovereignty as a manifestation of the phenomenon of globalization, highlights an additional legal problem: the presence of poor controls over international custom.

This absence, in international law manifests a lack of regulation, and, in fact, a loss of state sovereignty reflected in the absence of constitutional control.

KeyWords: International law, lex mercatoria, international treaties, globalization, constitutional block.

El derecho interno y los tratados internacionales

El derecho internacional privado "es la rama del derecho de cada Estado que trata acerca de la regulación jurídica de las situaciones privadas internacionales" (Alvarez, 2001, p. 41), su finalidad es entonces normativizar las relaciones entre particulares, y aunque mucho se ha dicho sobre su naturaleza, se

* El artículo que se presenta a continuación hace parte de algunas reflexiones realizadas alrededor del tema del control constitucional en Colombia surgidas con ocasión de las diferentes reuniones en la línea de derecho público y en el curso de derecho internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad CES. La metodología utilizada para el desarrollo de este artículo consistió básicamente en análisis del control constitucional frente a los tratados internacionales y su contraste con los tratados en materia económica, teniendo en cuenta las disposiciones establecidas en el artículo 7º del Código de Comercio y el artículo 224 de la Constitución Política.

** Abogada de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT, especialista en estudios internacionales del Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia y Magíster en Ciencia Política del Instituto de Estudios Políticos de la misma universidad. Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad CES y de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT. Correo electrónico: cmira@ces.edu.co.



Recibido:
10 de septiembre
de 2013

Aprobado:
17 de octubre de
2013

considera un derecho internacional que comparte normativas pública y privada.¹

Según Luis Fernando Álvarez Londoño y Diego Ricardo Galán Barrera las fuentes del derecho internacional privado se dividen en nacionales e internacionales. Las nacionales son: la Constitución Política, la costumbre nacional, la doctrina nacional y la jurisprudencia nacional. Las internacionales son: los tratados internacionales, la costumbre internacional, la doctrina internacional especializada, la jurisprudencia internacional, los principios generales del derecho internacional privado y la nueva lex mercatoria. (Álvarez y Galán, 2001)

Una de las fuentes primordiales del derecho internacional privado es el tratado internacional², ello porque de acuerdo con lo que señala Paul Reuter, "el tratado internacional es el mecanismo que, aún apoyándose en las instituciones nacionales indispensables a su celebración y ejecución, las rebasa y las trasciende." (Reuter, 1999, p.14)

Como acuerdo o acto jurídico vinculante, los tratados internacionales, bien sean públicos o privados, están sometidos a las condiciones de validez y existencia propias de los negocios jurídicos; por lo que deben contar con sujetos capaces (con personería jurídica internacional), consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícitas; y adicionalmente deben estar conformes con las normas

¹ Son muchas las discusiones acerca del orden jerárquico del derecho internacional frente al derecho interno. Una de las tesis que sostiene que el derecho internacional hace parte del derecho interno, se sustenta "en el predominio de las fuentes internas sobre las internacionales y se cimienta además, en el razonamiento de que el Derecho internacional privado está estrechamente sujeto a la soberanía de los Estados...". La tesis contraria del Derecho internacional privado como derecho internacional, se sostiene en la idea de la independencia entre el derecho internacional y el derecho interno, argumentando que solo puede aplicarse el derecho internacional a un conflicto cuando hay reglas que le atribuyen tal competencia. (Álvarez, 2001, p. 46-48).

² Según la Convención de Viena de acuerdo con lo dispuesto por el párrafo 1º del artículo 2º "...Se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre estados y regido por el Derecho internacional público ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualesquiera que sea su denominación particular...".

internacionales que los regulan. (Álvarez, 2001, p.90)

Así las cosas, podríamos decir que en los tratados internacionales existen unas condiciones previas generales de validez por ser un acto jurídico interpartes, y otras adicionales especiales, por su carácter de fuente en el derecho interno. Las características de la validez del tratado internacional se refieren a su adecuación a la normativa específica de cada Estado, para que una vez estos sean adoptados, adquieran la modalidad de ley y fuente de derecho.

En cuanto a las especiales, que es el tema del que nos ocuparemos con mayor detenimiento, podemos decir que al incorporarse un tratado internacional a un Estado en particular se requiere un procedimiento de ratificación. Esta, en el caso colombiano, pasa por las siguientes etapas: en un primer momento el tratado es enviado al Congreso para que este haga el pertinente juicio de aprobación o improbación (control formal de legalidad), posteriormente el texto del tratado pasa a manos de la Corte Constitucional, para que esta haga el juicio de constitucionalidad pertinente. Si lo proferido por la Corte Constitucional resulta favorable respecto de la constitucionalidad, el texto del tratado pasa al presidente para que lo sancione. A partir de este último momento se considera que el tratado está ratificado y de este modo se predica la vinculación de las partes hacia el mismo³.

Al cumplirse con todas las etapas anteriormente mencionadas, se puede hablar de la incorporación del tratado internacional a la normativa interna. Con ello se puede afirmar su validez formal. Surge entonces una pregunta: ¿en qué nivel de las fuentes del derecho se ubican los tratados internacionales?

Este es un asunto que ha suscitado múltiples controversias en el ámbito doctrinario y que ha sido objeto de una extensa literatura.

³ Al respecto pueden confrontarse los artículos 93, 189, y 214 ordinal 10 de la Constitución Política de Colombia y Convención de Viena artículos 9º y 12º.

Doctrinantes que se ubican en la teoría del monismo constitucional sostienen que los tratados internacionales se ubican por encima de la Constitución Política debido a su carácter supranacional y que por lo tanto cualquier contradicción entre el derecho constitucional y el derecho internacional, se resuelve mediante la aplicación del derecho internacional; para otros, ubicados dentro monismo internacional, el derecho internacional apenas goza del carácter de ley y por lo tanto, cualquier contradicción entre el derecho internacional y el derecho interno, se resuelve mediante la aplicación la ley del derecho interno que según su jerarquía - prime en la aplicación. (Gaviria, 2005, p.1-15)

De acuerdo con el artículo 93 de la Constitución Política: "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de excepción, prevalecen en el orden interno."⁴ Esta norma da a entender que la posición más acertada es la que considera que solo los tratados internacionales que aluden a derechos humanos prevalecen sobre todo el ordenamiento interno. De este modo, es claro que los tratados que se refieren a materias distintas, como la economía, encuentran límite en el ordenamiento jurídico nacional, y sobre todo en la Constitución. Por ello no podrían ubicarse en un nivel superior a ésta, ni ser fuentes de derecho sin el respectivo juicio de constitucionalidad. (Vanossi, 2000)

⁴ En este punto es necesario mencionar que los tratados internacionales sobre derechos humanos hacen parte del bloque de constitucionalidad y que sólo estos tienen una primacía en el orden interno. El bloque de constitucionalidad, está definido como aquellos principios, derechos y valores que a pesar de no estar contenidos en la Constitución de 1991, hacen parte de esta o la extienden. Todo ello, bajo el entendido de que las constituciones no son textos cerrados, antes bien, estas a menudo hacen referencia a principios y valores que no están escritos dentro de la Carta Política.

Así las cosas, el bloque de constitucionalidad hace referencia a "todas las normas que sirven como parámetro de constitucionalidad y cuya infracción genera la inconstitucionalidad de una ley" (Uprimny, 2008, p. 8).

Hasta este momento hemos afirmado que para que un tratado pueda ser considerado fuente interna de derecho, es preciso que este haya cumplido con el proceso de control constitucional previo a su ratificación. Sin embargo, la legislación colombiana pareciera establecer algo bien distinto cuando expresamente abre la posibilidad de que tratados que no hayan sido ratificados, sean fuente de derecho.

El artículo siete (7) del código de comercio establece lo siguiente: "Los tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados por Colombia, la costumbre mercantil internacional que reúna las condiciones del artículo 3 así como los principios generales del derecho comercial, podrán aplicarse a las cuestiones mercantiles que no puedan resolverse conforme a las reglas precedentes".

Asimismo el artículo 224 de la Constitución Política consagra una situación similar y omite el control legal y constitucional a dichos tratados, allí se dice: "Los tratados, para su validez, deberán ser aprobados por el Congreso. Sin embargo, el Presidente de la República podrá dar aplicación provisional a los tratados de naturaleza económica y comercial acordados en el ámbito de organismos internacionales, que así lo dispongan. En este caso tan pronto como un tratado entre en vigor provisionalmente, deberá enviarse al Congreso para su aprobación. Si el Congreso no lo aprueba, se suspenderá la aplicación del tratado."

Estas dos situaciones plantean los siguientes interrogantes: ¿Qué sucede con el control de constitucionalidad y con las leyes expedidas conforme a un tratado que está vigente temporalmente? , ¿Es posible una demanda posterior de inconstitucionalidad respecto de un tratado que ha entrado en vigor sin la respectiva ratificación?

Ello implica que la Constitución adquiera una densidad mayor a la de un simple texto escrito y que no puede reducirse a su sentido literal

Pareciera que la ausencia de control de los tratados internacionales fuera la carta de entrada de la normativa internacional, en un espacio abierto de cláusulas de aplicación inmediata, sin tener en cuenta los riesgos que esto implica. Sobre este punto se recaerá con posterioridad.

Los tratados internacionales aprobados y ratificados por el ordenamiento colombiano y los que entran en vigencia sin su ratificación generan dos consecuencias: La primera se refiere al trastocamiento del sistema de fuentes a nivel interno, pues cuando estos tratados tocan temas relativos a derechos humanos ellos van a prevalecer sobre la ley, y la segunda a la aminoración del control constitucionalidad, pues a pesar de que, en dichos tratados, todavía es posible formular una demanda de inconstitucionalidad, la ausencia de control por parte del Congreso, los llevaría a producir efectos que bien pueden ser contrarios a la ley y a la Constitución.

De la costumbre mercantil a la lex mercatoria

La Costumbre en Colombia

“La palabra costumbre encuentra su raíz en la expresión latina *consuescere*, que significa *estar acostumbrado*” (Espinosa, 2000, p. 106), y se define, según Álvarez Londoño, como “un uso inventado que terminó por adquirir obligatoriedad, el cual debe contar con determinados requisitos de generalidad, reiteración, repetición, uniformidad y aceptación” (Alvarez, 2001, p. 80).

En el ordenamiento colombiano la costumbre juega un papel de vital importancia porque permite crear ella misma normas jurídicas con carácter vinculante. Este papel es mucho más latente en materias comerciales y civiles, dada la actividad dispositiva como consecuencia de la libertad económica y contractual (Espinosa, 2000, p. 106). Ello no quiere decir, a pesar de su importancia, que la costumbre sea considerada como fuente del derecho per se, para que esto ocurra en nin-

gún caso esta puede contrariar ni la Constitución, ni las leyes.⁵

La costumbre para ser considerada como norma consuetudinaria con fuerza obligatoria de ley, además de no ser contraria a una norma legal, debe reunir los siguientes requisitos: generalidad, uniformidad, reiteración, frecuencia y aceptación.

La generalidad es entendida como un requisito de publicidad, ello es, que sea observada por una pluralidad de sujetos, que no necesariamente, como acertadamente afirma Espinosa Pérez, deben coincidir en el mismo territorio, pero si por lo menos en el interior de una comunidad, grupo o gremio, en el que en consecuencia va a ser aplicable de cumplir con los demás requisitos. (Espinosa, 2001, p. 115).

La uniformidad, según la Corte Constitucional es “la semejanza del hecho en la situación contemplada” (Sentencia C 048 de 1994), esto es, que sea “entendida y acatada exactamente del mismo modo, sin variaciones aun cuando cambien las circunstancias de los correspondientes negocios realizados dentro del área de su vigencia” (Gaviria, 1981, p. 115).

La reiteración a su vez es la no solución de continuidad que no debe confundirse con el uso inventado o ancestral. Advierte Espinosa Pérez, que basta con la reiteración de una práctica durante un determinado lapso de tiempo sin que sea necesaria su longevidad. (Gaviria, 1981, p. 12)

La frecuencia, que es un requisito aducido en la sentencia C 048 de 1994 de 1993 y que algunos autores no consideran como elemento esencial, es la reiteración de los actos en breves intervalos de tiempo, para el caso podría subsumirse en la no

⁵ La prelación de la Constitución y de la ley, está consagrada en los artículos 246 y 330 de la Constitución Política, y en la ley 153 de 1988. Para algunos como Carlos Antonio Espinosa Pérez, este requisito es absurdo, dado que el ajuste a la ley hace perder a la costumbre de toda fuerza creadora autónoma, sugiriendo únicamente las costumbres *praeter legem* y *secundum legem* como fuentes de derecho y dejando a un lado la costumbre *contra legem* que es la verdadera costumbre capaz de renovar y crear derecho.

solución de continuidad o uniformidad. (Sentencia C 048 de 1994).

Y finalmente, la aceptación. Esta es un criterio subjetivo difícil de configurar pero constituye la clave de la obligatoriedad de la costumbre mercantil, consiste en el reconocimiento de los integrantes, bien sea de un gremio o una comunidad de ciertas prácticas y usos como verdaderas normas jurídicas de obligatoria observancia, en términos de la corte "la reconocibilidad en el ámbito social" (Sentencia C 048 de 1994)⁶.

En síntesis la costumbre como fuente de derecho, esto es como práctica general aceptada como derecho, debe reunir dos requisitos: la práctica (elemento material) que reúne la generalidad, aceptación, uniformidad, reiteración y frecuencia, y la *opinio juris* (elemento psicológico) referido a la aceptación.

Aunque la Corte Constitucional en principio planteó una jurisprudencia amplia en la materia contemplando a la costumbre como fuente de derecho directa al nivel de la ley, a través de un giro interpretativo logra ampliar el concepto de Ley a "todo el ordenamiento jurídico" (Corte Constitucional, Sentencia C 486 de 1993). Hoy en día a raíz de un cambio jurisprudencial la costumbre queda reducida a simple fuente subsidiaria que tiene preferencia únicamente en materia civil respecto a los asuntos que son regulados por el código de comercio y la costumbre mercantil. (Espinosa, 2001, p. 15).

Pese a todas las discusiones en las que muchos autores discrepan en torno a las fuentes del derecho, sigue siendo de recibo la opinión según la cual la costumbre se ubica en el rango de ley, ello siempre que, según nuestro criterio, se cumplan los requisitos que la hacen vinculante y particularmente que pueda ser reconocida y aceptada por quienes van a ser sujetos pasivos u obligados por la misma. Sin embargo no hay que perder de vista, si se acogiera esta tesis, que siendo la costumbre

⁶ *Ibid.*, p. 15.

interna fuente de derecho en el rango de ley, de todas formas esta se subordina a la Constitución y a los derechos fundamentales que priman en el jurídico interno. Esto último no puede ponerse en entredicho dado que la corte constitucional, en virtud del artículo 4º de la Constitución Política, ha sostenido en reiteradas ocasiones la tesis de la prevalencia de la constitución frente a todas las normas del orden jurídico interno. (Sentencia C 486 de 1993).

De todo lo anterior, y con respecto al tema que se va a sugerir a continuación, surge la inquietud de si este conjunto de prácticas y usos reiterados que conforman la costumbre interna de un país, que constituyen fuente de derecho aun cuanto sea subsidiaria, pueden aplicarse de la misma forma y con los mismos criterios aceptados en el proceso de formación de la costumbre internacional. ¿Es posible que los requisitos de generalidad, uniformidad, reiteración, frecuencia y aceptación se presenten en el ámbito internacional? ¿De presentarse, podría la costumbre mercantil y con ella la nueva *lex mercatoria* prevalecer sobre el ordenamiento constitucional interno de un país?

La nueva *lex mercatoria*

La costumbre internacional privada, denominada anteriormente *lex mercatoria* se caracterizó por ser "un conjunto de principios y reglas consuetudinarios que son amplia y uniformemente reconocidos y aplicados en transacciones internacionales..." (De Sousa, 1998, p. 104).

Surge en el Siglo XI con el crecimiento del comercio que se genera en ese entonces a partir de la modernidad con la configuración de los Estados Nación, sufre grandes cambios hasta el punto de desaparecer como fuente del derecho comercial.⁷

⁷ Señala De Sousa Santos que "a medida que el comercio se expandió y cada vez surgieron mas comunidades mercantiles, las costumbres cambiaron y se diversificaron. La diversidad de costumbres hizo que la *lex mercatoria* fuera menos predecible, menos transparente. Por otra parte, en tanto los estados modernos lograron el control de sus territorios, la existencia de un derecho desterritorializado, cuyas normas no provenían de tratados entre estados soberanos, fue vista como una amenaza". (De Sousa, 1998, p.105)

Lo que ocurrió entonces fue que lo que en principio podía predicarse como genérico observable y aceptado por todos de la misma forma, demostró su obsolescencia y falta de alcance en los ámbitos territoriales de cada Estado, que reclamaban su autonomía propia y una seguridad mayor en las disposiciones del comercio.

Hoy regresamos a una nueva lex mercatoria que aún cuando demostró su obsolescencia en el período moderno, renace con nuevas orientaciones. La nueva lex mercatoria se compone de "un conjunto de normas acordadas explícita o implícitamente por los grandes agentes económicos, con independencia de los poderes públicos, para regular sus relaciones recíprocas, para reglar sus relaciones con los estados abiertos y para determinar las políticas de estos" (Capella, 1997, p. 273). Esta nueva ley aun cuando su carácter vinculante pueda ser cuestionado⁸, legisla, ordena y regula las políticas internas de cada Estado.

Por eso es que Espinosa Pérez la califica como la "verdadera ley de los negocios internacionales" (Espinosa, 2001, p. 100), porque ella transforma y revierte el espectro normativo estatal sin necesidad de consentimiento alguno por parte de los Estados, porque estas prácticas son "aceptadas y consensuadas por las entidades significativas en la ocasión de soberano privado difuso, y encaminadas luego hacia las instituciones económicas internacionales: El Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, el Grupo de los 7 etc." (Capella, 1997, p. 273).

En el caso colombiano, la lex mercatoria encuentra un escenario propicio para su inserción en el código de comercio, donde en el artículo séptimo se establece que la costumbre mercantil interna-

⁸ Es cuestionado el carácter vinculante de la nueva lex mercatoria porque: la generalidad entendida como una conducta predicable de una pluralidad de sujetos en el ámbito internacional se reduce a círculos de decisión pequeños de grandes agentes económicos, donde la participación del Estado y del pequeño empresario no está presente; así mismo la aceptación o consentimiento, es predicado de fragmentos sociales muy pequeños que son quienes conocen y consienten los acuerdos según sus intereses económicos específicos. De ahí que tanto en la fase de formación, de donde se deriva la generalidad del uso como en la última fase la de la vinculación, se cuestiona la lex mercatoria como norma jurídica.

cional que reúna las condiciones del artículo 3º (publicidad, uniformidad, reiteración y aceptación), así como los principios generales del derecho comercial, podrán aplicarse a las cuestiones mercantiles que no puedan resolverse conforme las reglas precedentes (ley, o estipulaciones contractuales).

Son muchos entonces los interrogantes que surgen al respecto, que dificultan un examen jurídico de la costumbre mercantil en cuanto a fuente de derecho, como lo dispone el artículo 7º del código de comercio. Si las prácticas y usos de los agentes comerciales internacionales son la creación misma del derecho comercial en la actualidad, ¿podría esperarse que existieran normas a nivel interno que pudieran controlarlas? ¿Cómo realizar un examen de constitucionalidad de estas normas si su formación no pasa por los procedimientos establecidos en el Estado colombiano? ¿Es posible que la nueva lex mercatoria sea aplicada en asuntos mercantiles de modo directo cuando es evidente que no cumple ni va a cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 3º? ¿Donde queda la posibilidad del ciudadano común de impugnar la costumbre mercantil que es incorporada en el ordenamiento interno? ¿Ante quién?

Las respuestas son evidentes y señalan la pérdida de controles jurídicos por parte de los Estados además de la existencia de un orden constitucional favorable a los intereses de gremios reducidos encargados de distribuir el capital con operaciones nacionales avaladas por las regulaciones internas que no participan en estos procesos pero que son sometidas y obligados por los mismos.

Anotaciones finales: adopción y aplicación de los tratados y la costumbre mercantil internacional en la realidad actual

Se mencionaba con anterioridad que la constitución política establece en su artículo 224 la posibilidad de aplicar los tratados internacionales no ratificados por Colombia de manera temporal

en materias económica y comercial, asimismo se señalaba, que para que un tratado internacional sea válido es necesario que este se apruebe por el congreso. La validez a la que se hace alusión en este caso, se refiere al examen jurídico que permita el ajuste legal en un sistema de fuentes de los tratados en el ordenamiento jurídico, validez que está referida principalmente a un procedimiento donde se examinan los requisitos de forma y sustanciales, y que se aplicaría solo en este caso a los tratados ratificados por Colombia, y no, a los no ratificados.

Son evidentes, sin embargo, las excepciones a esta norma si se tienen en cuenta los artículos 3º, 4º, 5º, 6º y 7º del código de comercio en donde se establece la posibilidad de aplicar tratados no ratificados y la costumbre mercantil en materias que no puedan resolverse conforme a los demás principios del código de comercio.

Resulta entonces, de acuerdo con el planteamiento anterior, que la ley y la constitución, en sentido estricto (no en un contexto amplio como lo admite la corte constitucional) parece haber perdido, o por lo menos en materia mercantil, toda vigencia.⁹

Las prácticas comerciales internacionales, bien sea de grandes agentes económicos o de organismos internacionales (que de todas formas actúan influenciados por los primeros), son, en esta materia, quienes determinan las directrices del comercio internacional, que, al parecer, debido a la necesidad de liberalización, producto de la globalización económica, son acogidas por los Estados directamente, sin necesidad de control alguno.¹⁰

⁹ Vale la pena aclarar, que la pérdida de vigencia de la constitución está referida de acuerdo con los artículos 224 y 333 de la Constitución a la parte sustantiva, como carta fundamental de protección a los derechos humanos (aquí se incluyen los derechos económicos sociales y culturales), y es una pérdida impulsada por la constitución misma en su afán por dar cabida a la apertura económica. Ver: artículos 224 y 333 de la Constitución Política.

¹⁰ Por lo mismo, no es cierto, o parece dudable, como aparece en el artículo 9º de la Constitución Política que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional y en el respeto a la autodeterminación de los pueblos; lo que si resulta evidente es que se funden en los principios del derecho internacional aunque no necesariamente ratificados por Colombia.

Así las cosas, la penetración de un orden económico global, propone una nueva forma de solución de controversias en el ámbito jurídico en donde el Estado como coordinador de estas situaciones, pierden importancia.

Esta nueva forma de derecho es avalada por las nuevas constituciones a nivel global, que dan paso a una ausencia de controles formales y sustanciales abriendo el espectro al derecho internacional privado y con él a las prácticas comerciales globales para que sean estas las que regulen las distintas situaciones que surjan del actuar social.

Con la aparición del nuevo modelo empresarial, que define la *lex mercatoria*, surge un nuevo poder "el poder transnacional", que desplaza el antiguo modelo central. Este poder se caracteriza porque actúa como estructurante del orden económico mundial a través de una penetración de los organismos internacionales, tomando decisiones e influyendo en sus políticas. Allí, en este actuar, es donde se construye lo que denomina Juan Ramón Capella, el nuevo soberano, el "soberano privado supraestatal difuso".¹¹

Es allí, en el actuar de este nuevo poder, donde lo económico invade y determina el sistema político y lo social, reduciendo y haciendo inoperantes ciertas características del Estado nación, en especial en el Tercer Mundo: deteriora el poder adquisitivo de los salarios; genera dependencia tecnológica en la periferia, y hace al Estado, especialmente el Estado de la periferia, cada vez más débil.¹²

¹¹ La denominación de soberano privado supraestatal difuso se atribuye al titular privado de un poder supraestatal que produce efectos de naturaleza pública o política. Hay, efectivamente un nuevo poder que impone a los estados determinadas políticas, sobre todo en la configuración del ámbito económico; ese poder posee un carácter supraestatal. Al favorecer el monetarismo, la desregulación, el libre cambio comercial, el flujo de capitales sin trabas y las privatizaciones masivas los responsables políticos han posibilitado el traspaso de decisiones capitales de la esfera pública a la esfera privada". (Capella, 1997, p. 260)

¹² Un balance del poder relativo entre los socios en las transacciones se obtiene solo en raras ocasiones. En la mayoría de los casos, las prácticas dominantes que se encuentran en la base del derecho global son las de los actores dominantes. Los más preeminentes de estos gozan ciertamente de prerrogativas similares a las del Estado..." (De Sousa Santos, 1998, p.108)

Los organismos internacionales, llamados a amirorar esta situación, no logran efectos contundentes, dada su influencia por los grandes agentes económicos globales. Como consecuencia las soberanías externas siguen ejerciendo su poder generando una pérdida de identidades y particularidades, la desregionalización por la aparición de una aldea global; al mismo tiempo que el recrudecimiento de los movimientos fundamentalistas, regionalistas y antiglobalizadores, que se fortalecen paulatinamente con los instrumentos de criminalización y bloqueos económicos impuestos a los mismos.

Lo jurídico, se ubica en este contexto, como un mecanismo instrumentalizador de las políticas globales, frente a la necesidad de un orden comercial que posibilite la unidad del mercado y el liberalismo económico.

Sin embargo, su aparición, se hace como un reflejo de las prácticas económicas globales, no como un verdadero instrumento de control que permita la protección de los derechos de los ciudadanos.

Ello manifiesta, como lo explica Álvarez Londoño la prevalencia del derecho internacional, en todas las esferas, particularmente por encima de la legislación civil y constitucional, prevalencia que se hace posible con la desaparición de las funciones reguladoras del Estado- Nación. (Álvarez, 2001, p. 33)

La desregulación, en términos de Juan Ramón Capella:

Tiene el significado general de una mengua del ámbito de lo público. No solo decrece la conciencia cultural relativa a los intereses generales o públicos: decrece también el ámbito jurídico público mismo. Ello no siempre se manifiesta a través de una privatización formal del espacio público o de los bienes de titularidad pública, sino que a menudo opera implícitamente, por medio de la atribución a sujetos privados de la capacidad de decisión determinante para la configuración del ámbito público (...) Ello da impulso a la privatización de las fuentes materiales del derecho no solo privadas – tal es la nueva lex mercatoria supraestatal – sino también públicas". (Capella, 1997, p. 269)

Con un Estado- Nación en decadencia¹³, la nueva lex mercatoria entendida en el contexto de las prácticas jurídicas comerciales de los grandes agentes, se impone y normativiza en los órdenes jurídicos internos, a partir de las diferentes cláusulas abiertas, que como el artículo 7º del código de comercio y el artículo 224 de la constitución política, así lo permiten.

Esta inserción conlleva a los efectos ya señalados de la globalización, la desterritorialización, la privatización de lo público, la pérdida de identidad y la aparición de movimientos fundamentalistas y regionalistas a los que paralelamente se criminaliza. Estos efectos, como ya se ha dicho son mucho más nefastos en los estados tercermundistas.

A la merced del mercado, los derechos económicos, sociales y culturales paulatinamente desaparecen, o se transforman hacia los intereses particulares y de los inversionistas, perdiéndose el carácter protector característico del Estado Interventor¹⁴ y dando paso a un modelo liberalizador económico, que funciona a través de negociaciones contractuales de los grandes agentes económicos.

Referencias

Álvarez, L.F. (1998). Derecho Internacional Público. Bogotá: Universidad Pontificia Javeriana.

¹³ La intensificación de las interacciones que desbordan las fronteras y las prácticas transnacionales minan la capacidad del Estado-Nación de iniciar, guiar y controlar los flujos de personas, bienes, capital e ideas". (De Sousa, 1998, p.41)

¹⁴ Álvarez Londoño, enfatiza en la necesidad de que el derecho internacional se ocupe de la construcción de conceptos sobre un base transcultural, para que sus pretensiones de universalidad sean posibles y genuinas. Adicionalmente el autor recalca en la importancia de los derechos humanos ecológicos y sociales sobre las exigencias de los capitales y de los inversionistas. (Álvarez, 2001, p. 28-29). En esta misma línea Boaventura de Sousa Santos considera que con la globalización neoliberal de la economía, han surgido poderosos actores internacionales "privados" (empresas multinacionales e instituciones financieras internacionales, cuyas acciones pueden dar lugar a violaciones masivas de los derechos humanos" (Sousa, 2001, p.16)



- Alvarez, L. F. (2001). Derecho Internacional Privado. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Capella, J. R. (1997). Fruta Prohibida. Madrid: Trotta.
- De Sousa, B. (1998). La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Bogotá: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Nacional de Colombia.
- Espinosa, C. A. (2000) Del Uso Convencional a la Costumbre Mercantil. Revista de Derecho Privado No 25, Bogotá: UNIANDES, octubre de 2000.
- Gaviria, E. (2005). Derecho Internacional Público. Bogotá: Temis.
- Gaviria, E. (1981). Derecho Comercial. Medellín: Colección jurídica Bedout.
- Herdegen, M. (1998) Derecho económico Internacional, 2ª edición, Medellín: Biblioteca Jurídica DIKE.
- Kelsen, H. (2003). Principles of international law. New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd.
- Organización de las Naciones Unidas (1968). Convención Internacional de Viena.
- República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C 048 de 1994. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz, 10 de febrero de 1994.
- República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C 486 de 1993. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz, 28 de octubre de 1993.
- Reuter, P. (1999) Introducción al Derecho de los Tratados. México: Fondo de Cultura Económica.
- Uprimny, R. (2009). El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. Disponible en: <http://www.google.com.co/search?hl=es&q=El+bloque+de+constitucionalidad+en+Colombia+un+análisis+jurisprudencial&btnG=Buscar+con+Google&meta=&aq=f&oq>. (julio de 2010).
- Vanossi, J. R. (2000). Régimen Constitucional de los Tratados. Segunda Edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot.



UNIVERSIDAD CES
Un Compromiso con la Excelencia

Resolución del Ministerio de Educación Nacional No. 1371 del 22 de marzo de 2007