

## LA DESCODIFICACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL EN MÉXICO<sup>1</sup>

Por: JUAN PABLO PAMPHILO BAÍÑO<sup>2</sup>

SUMARIO: I. *Presentación del tema*, II. *¿La edad de la descodificación?*, III. *La descodificación en perspectiva histórica: globalización y localismos en el medioevo y en la actualidad*, IV. *El ius mercatorum medieval y el nuevo derecho comercial*, V. *La descodificación del derecho mercantil mexicano*, VI. *Conclusiones y perspectivas*

### I. PRESENTACIÓN DEL TEMA

Dentro del presente congreso, destinado a reflexionar sobre la codificación mercantil mexicana con motivo del 120 Aniversario de

---

<sup>1</sup> El autor desea agradecer a las entidades convocantes de este Congreso por su amable invitación a participar, especialmente al Dr. Oscar Cruz Barney, Presidente del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México. En la confección de la presente ponencia, fueron de especial ayuda las recomendaciones bibliográficas hechas por el Dr. Salvador Cárdenas Gutiérrez y las sugerencias y revisión de varios borradores que hizo el Profesor Francisco Villalón Ezquerro. El autor agradece también de manera especial a la Escuela Libre de Derecho por los apoyos prestados a sus trabajos de investigación.

<sup>2</sup> Abogado por la Escuela Libre de Derecho. Doctor en Derecho *cum laude* y Premio Extraordinario del Doctorado por la Universidad Complutense de Madrid. Investigador Nacional nivel I, nombrado por el CONACYT. Autor de varios libros y artículos científicos y profesor a nivel licenciatura, maestría y doctorado en las materias de Historia del Derecho, Filosofía Jurídica, Derecho Comparado y Derecho de la Integración Americana.

nuestro *Código de Comercio*, resulta muy oportuno analizar también el fenómeno de la descodificación.

La importancia de la descodificación es tan evidente en nuestros días, que a pesar de encontramos en un congreso onomástico del *Código de 1889*, sus propios organizadores no tuvieron empacho en ponerle el siguiente título: “*Codificación y descodificación del derecho mercantil mexicano*”...

No obstante la importancia de la descodificación del derecho público y privado en general y del derecho mercantil en lo particular, nuestra literatura científica no se ha ocupado del tema salvo por algunas referencias más bien tangenciales.<sup>3</sup>

En contrapartida, la descodificación ha sido ampliamente estudiada en otras latitudes, donde frecuentemente se retoman las reflexiones hechas por el tratadista italiano Natalino Irti, quien escribió hace treinta años una monografía que se ha vuelto clásica en la materia.

Sin embargo, a pesar de las indudables aportaciones de Irti, es necesario continuar con la reflexión de dicho fenómeno y tratar de entenderlo específicamente dentro del contexto del derecho mexicano.

Para tales efectos, dentro de la presente ponencia se retomarán en primer lugar las principales conclusiones de N. Irti.

En segundo sitio, se intentará encuadrar dichas conclusiones dentro del marco de la globalización, que se tratará de entender

---

<sup>3</sup> A manera de ejemplo, pueden considerarse tres de los tratados y manuales más comúnmente utilizados entre nosotros, como los de Jorge Barrera Graf. *Instituciones de Derecho Mercantil*. 4<sup>ta</sup> reimpresión. México. Editorial Porrúa. 2000, el de Roberto L. Mantilla Molina. *Derecho Mercantil*. 29<sup>ta</sup> edición. México. Editorial Porrúa. 2001 y el de Elvia Arcelia Quintana Adriano. *Ciencia del Derecho Mercantil. Teoría, doctrina e instituciones*. 2<sup>da</sup> edición. México. Editan la UNAM y Porrúa. 2004. Igualmente, existen referencias al tema de la descodificación en algunas monografías que discurren sobre diversos temas específicos relativos a la evolución del derecho mercantil mexicano durante los últimos años, tales como la de José María Abascal Zamora. “Derecho Mercantil Mexicano. Evolución y Reflexión” en *Obra Jurídica Mexicana*. 2<sup>da</sup> edición. México. Edita la Procuraduría General de la República. 1987, la de Jorge Barrera Graf. “Evolución del derecho mercantil en México en el siglo XX” en *DM’ Años de evolución jurídica en el mundo*. Volumen V. México. UNAM. 1979 y la de Elvia Arcelia Quintana Adriano. “El derecho mercantil o comercial en el siglo XX” en *La Ciencia del Derecho durante el siglo XX*. México. IJ-UNAM. 1998, por no citar aquí más que dos de los trabajos conocidos. A pesar de que en las anteriores obras se trata el tema de la descodificación, se hace de manera más bien indirecta, sin abundar sobre sus orígenes, significado, alcance y proyecciones.

mejor destacando los sugestivos paralelismos que pueden apreciarse entre la Edad Media y la actualidad, entre el *ius mercatorum* bajomedieval y el derecho comercial contemporáneo, con el objeto de identificar algunas de las características del derecho mercantil de nuestros tiempos.<sup>4</sup>

Posteriormente, se abordará el proceso de descodificación mercantil mexicano, para poder finalmente adelantar algunas conclusiones y perspectivas sobre nuestro tema.

## II. ¿LA EDAD DE LA DESCODIFICACIÓN?

En materia de descodificación existe —como se dijo— una obra clásica escrita por el connotado iusprivatista italiano, Natalino Irti, catedrático de la Sapienza de Roma. Dicha obra, escrita en 1978 y traducida al castellano en 1991, se llama *La edad de la descodificación*.<sup>5</sup>

La traducción castellana recoge, junto con el ensayo original del profesor Irti, una segunda monografía que publicó en el año de 1990, *La cultura del derecho civil*.

Ambas monografías, reunidas en la referida versión española, se encuentran enderezadas, desde la perspectiva fundamental del derecho privado —aunque también a partir de diversas apreciaciones de naturaleza histórica, filosófica y política—, a la comprensión del fenómeno del desgajamiento de los códigos del derecho privado, como resultado del surgimiento de una creciente legislación especial.

Su materia de estudio es —como observa el profesor Luna Serrano en su presentación— “*la a veces desconcertante tensión entre la asentada centralidad del texto codificado y la vivacidad de la fragmentaria y cambiante, con frecuencia imperfecta y aún contradictoria, de la legislación especial*”.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Me he ocupado ya de dichos paralelismos en Juan Pablo Pampillo Baliño. “Del *ius mercatorum* bajomedieval al moderno Derecho Comercial Internacional” en *Anuario de la Cultura Jurídica Mexicana*. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2005 y en Juan Pablo Pampino Baliño. “Retos y Proyecciones del Derecho Mercantil frente a la Globalización. Un intento de aproximación filosófica, histórica y dogmática” en *Panorama Internacional del Derecho Mercantil. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. 2 tomos. México. UNAM. 2006.

<sup>5</sup> Natalino Irti. *La edad de la descodificación*. Traducción e introducción de Luis Rojo Ajuria. Barcelona. Bosch. 1992.

<sup>6</sup> Presentación de Agustín Luna Serrano en Irti. *La edad de la descodificación...*, op. cit., p. 8

La importancia de la obra de N. Irti consiste en la identificación de un fenómeno que vino a reconfigurar la dinámica del derecho privado, la descodificación, analizando posteriormente algunas de sus proyecciones en los ámbitos de la teoría de las fuentes jurídicas, de la determinación del derecho aplicable y de la propia interpretación y aplicación del mismo.

Muchos de los planteamientos relativos a cuestiones de naturaleza estrictamente técnico-jurídica -principalmente dentro del ámbito del derecho civil- como a) el estudio sobre la unidad de un nuevo multi-sistema plural, b) las dinámicas generalidad-especialidad y normalidad-excepcionalidad, así como las consideraciones que se hacen sobre c) derogación tácita, d) interpretación, e) lagunas, f) analogía y g) principios generales, son correctas desde un punto de vista científico jurídico y siguen ofreciendo una orientación adecuada y precisa para la comprensión del fenómeno de la descodificación y de sus implicaciones jurídicas.

Sin embargo, existen dos planteamientos centrales en la obra del reconocido civilista italiano que merecen ser reconsiderados.

El primero tiene que ver con la importancia que le concede a la descodificación, que lleva hasta el extremo de considerarla, más que como un fenómeno jurídico propio de nuestro tiempo, como el fenómeno jurídico que define a nuestra era, misma que no duda en llamar, desde su mismo título, 'la edad de la descodificación'.

El segundo tiene que ver con el papel residual que el jurista italiano le atribuye al código civil dentro de la lógica del derecho privado, mismo que -más allá de nuestra incapacidad para juzgar dentro del ámbito del derecho italiano- no podemos acoger entre nosotros respecto de nuestro *Código Civil*, aunque sí —y en este sentido la obra en comento nos es de especial ayuda— en relación con nuestro *Código de Comercio*, que es el que aquí nos interesa.

Los dos planteamientos anteriores son como las conclusiones del análisis y las reflexiones que se desarrollan a lo largo del primer capítulo, dentro del cual, Irti se refiere a dos acontecimientos distintos aunque paralelos.

De un lado identifica el surgimiento y progresivo desarrollo de las leyes especiales, que cumplieron el doble papel de rendir "*un extrínseco homenaje a la unidad de los códigos*" y de "*dar respuesta las demandas apremiantes de la realidad*" que los habían rebasado.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Idem, p. 22

Por el otro lado, señala el nuevo constitucionalismo del siglo XX, que además de positivar los derechos fundamentales de libertad —en otro tiempo patrimonio del derecho privado común— recogió también otros derechos destinados “a desplegar... contenidos y formas” que conllevan el que la Constitución “determina programas y controles, dirige y coordina... fija modos de disfrute y límites a la propiedad privada...”<sup>8</sup> De ahí que en palabras del civilista italiano: “El Código civil ha perdido... todo valor `constitucional’: las libertades políticas y civiles, el derecho de la propiedad, la iniciativa privada y económica reciben hoy la tutela de la Constitución”.<sup>9</sup>

Del anterior desgajamiento del Código, jalonado hacia los lados por las leyes especiales y hecho jirones hacia arriba por la Constitución, el profesor de la Universidad de Roma deduce que el signo —santo y seña— de la cultura jurídica de nuestro tiempo es la descodificación.

En las propias palabras de Natalino Irti:

*“La edad de la descodificación —es decir, los años que vivimos y los que nos esperan en el Muro próximo— está ante nuestros ojos con la nitidez de su fisonomía. El Código civil ha perdido su carácter de centro del sistema de fuentes: ya no más sede de las garantías del individuo, ahora asumidas y desarrolladas por la Constitución, ya no más sede de principios generales, ahora expresados, para singulares categorías de bienes o clases de sujetos, por leyes externas.”*<sup>10</sup>

La opinión de Irti sobre el particular le lleva incluso a aventurar, de manera definitiva, la hipótesis según la cual no habrá más codificaciones en nuestros días: “el nuestro no es un tiempo de nuevas codificaciones”.<sup>11</sup>

Este primer planteamiento central que el civilista italiano nos propone merece una revisión crítica. ¿Realmente vivimos en la edad de la descodificación? ¿Es la descodificación la causa de la crisis del derecho contemporáneo, o se trata más bien de una más de sus consecuencias...?

Vistas las cosas desde una perspectiva histórica —como se intentará hacer más adelante— todo parece indicar que la descodificación es tan solo una parte —o si se prefiere una de las proyecciones— de una crisis mucho mayor y más profunda.

<sup>8</sup> Ibidem, p. 25

<sup>9</sup> Ibidem, p. 35

<sup>10</sup> Ibidem, p. 37

<sup>11</sup> Ibidem, p. 39

Si bien es verdad que la codificación del derecho, operada a partir del siglo XIX, cambió el rumbo de nuestra tradición jurídica, detrás de la codificación se encuentra un fenómeno más amplio y profundo: la estatalización del derecho.

De hecho, es la estatalización del derecho la que explica la codificación, así como el posterior voluntarismo y formalismos característicos de las dogmáticas jurídicas del siglo XIX y de la primera mitad del XX.<sup>12</sup>

De ahí que la descodificación sea —por lo menos en parte— una proyección de la desestatalización del derecho, como resultado de la crisis de una soberanía estatal-nacional que se ha visto fragmentada tanto por la globalización como por los nuevos localismos (glocalización).<sup>13</sup>

Por lo demás, las propias exigencias de la glocalización no solo han venido a replantear la estructura del derecho, sino que incluso han vuelto a hacer pensable la posibilidad de una nueva codificación, bien que sobre bases políticas e ideológicas muy distintas de las decimonónicas —racionalismo y sistematización— lo mismo que con un alcance —plenitud hermética— y contenido —normas— también bastante diverso.<sup>14</sup>

Ahora bien, el segundo planteamiento del profesor Irti que amerita una nueva consideración es su apreciación sobre la condición meramente residual que le atribuye al *Código Civil*.

---

<sup>12</sup> En general nos hemos ocupado de este tema en Juan Pablo Pampillo Baliño. *Historia General del Derecho*. México, Oxford University Press, 2008.

<sup>13</sup> Sobre este proceso económico y sus repercusiones dentro del ámbito jurídico puede verse el interesante análisis que ofrece Paolo Grossi. *Aspetti giuridici della globalizzazione economica*. Firenze. Academia dei Georgofili. 2004. Igualmente puede citarse entre nosotros a Miguel Carbonell, quien observa sobre el particular: “Paradójicamente, la globalización genera no solamente prácticas supranacionalizadoras, sino también efectos disgregadores... Algunos autores señalan este doble efecto de la globalización (hacia arriba, pero también hacia abajo) y sostienen que sería mejor hablar de ‘glocalización’, para dar cuenta de la combinación de energías...” Miguel Carbonell. “Globalización y derecho: siete tesis” en *Globalización y Derechos Humanos*. Coordinador Luis T. Díaz Müller. México. UNAM. 2003, p. 3. Específicamente sobre las proyecciones de este fenómeno dentro del ámbito del derecho mercantil puede verse el breve pero sugerente artículo de Francesco Galgano. “Los caracteres de la juridicidad en la era de la globalización” en Jorge Alberto Silva (coordinador). *Estudios sobre lex mercatoria*. México. 11J-UNAM. 2006.

<sup>14</sup> Es el caso de la codificación actual del derecho privado europeo, que sin embargo, se está desarrollando desde presupuestos completamente distintos a los de la codificación del siglo XIX, articulando más bien principios que normas, sin pretender conformar un cuerpo hermético de derecho. Cfr. Sergio Cámara Lapuente (coordinador). *Derecho Privado Europeo*. Madrid. Editorial Colex. 2003.

En sus propias palabras:

*‘Al Código civil no se le puede reconocer —como ya se ha apuntado— el valor de derecho general, de sede de principios que son desarrollados y ‘especificados’ por leyes externas. Ahora funciona como derecho residual... Nacidas como excepciones o como mero desarrollo de los principios codificados, las leyes especiales se apoderan de clases enteras de relaciones, las someten a nuevas y diferentes lógicas de regulación, expresan criterios generales y autónomos. El Código civil sufre así una inversión en su función: no derecho general, sino residual...’*<sup>15</sup>

El anterior planteamiento, referido al derecho civil codificado, parece —al menos en relación con nuestro propio derecho— excesivo.

Más allá del surgimiento y proliferación de leyes civiles —mercantiles-especiales, así como de las disposiciones constitucionales que han incido dentro del ámbito del derecho privado, nuestro *Código Civil* sigue —y parece que seguirá— ofreciéndonos no solamente los principios generales y comunes del derecho privado, sino también los fundamentos del régimen de las obligaciones, las bases del derecho de los contratos, el núcleo del derecho de familia, los ejes rectores en materia de derechos reales y prácticamente todos los elementos del derecho sucesorio.

No obstante —como se adelantaba— si bien los planteamientos de N. Irti sobre la función residual del Código no parecen aplicárcenos *en materia civil*, resultan enteramente adecuados para comprender la dinámica del *Código de Comercio* respecto de las leyes especiales hacia los lados y del *Código Civil* hacia el centro.

Así, por ejemplo, son válidas para nuestro derecho mercantil las siguientes apreciaciones que hace Irti respecto del derecho civil italiano:

*“Las leyes especiales, apropiándose de determinadas materias y clases de relaciones, vacían de contenido la disciplina codificada, y expresan principios que asumen una relevancia decididamente general. Alcanzando un alto grado de consolidación, las leyes especiales, surgidas en otro tiempo como mero desarrollo de disciplinas generales, revelan lógicas autónomas y principios orgánicos, que se contraponen a aquéllos fijados por el código civil y después acaban por suplantarlos del todo.”*<sup>16</sup>

Por añadidura, la condición residual del *Código de Comercio* dentro del ámbito de nuestro derecho mercantil debe contemplarse

<sup>15</sup> Irti. *La edad de la descodificación...*, op. cit., p. 33.

<sup>16</sup> Idem, p. 32.

desde una perspectiva más amplia, no viéndola solamente en relación con las leyes especiales, sino también a partir de su articulación con el *Código Civil* como derecho común general, con la *Constitución* —en especial con sus preceptos imperativos en materia económica— y, por supuesto, con el conjunto de los tratados internacionales aplicables en la materia, a pesar de que dentro de su exposición, N. Irti prácticamente no se ocupa de ellos.

En efecto, la naturaleza residual de nuestro *Código de Comercio* dentro del derecho mercantil mexicano, se reduce todavía más cuando consideramos que el derecho mercantil es un ordenamiento jurídico transfronterizo, es decir, internacional. De ahí que la función del Código deba ser aún contextualizada dentro del ámbito del derecho comercial internacional.

Así las cosas, una adecuada aproximación a la descodificación del derecho mercantil mexicano puede hacerse a partir de la obra de N. Irti, cuyas consideraciones sobre los ordenamientos jurídicos uni-multi-sistémicos, la dinámica norma general-norma especial, la determinación, interpretación y aplicación del derecho en la descodificación, siguen siendo útiles y vigentes y no se reproducirán aquí por obvias razones.

No obstante, dicha aproximación requiere también de la revisión crítica de los dos planteamientos a los que nos hemos venido refiriendo, revisión que puede hacerse —según se adelantó— contextualizando el fenómeno de la descodificación dentro del proceso de la desestatalización de nuestra cultura jurídica, para lo cual, la comparación entre la Edad Media y nuestros tiempos, entre el *ius mercatorum* bajomedieval y nuestro derecho comercial actual, nos ofrece algunas claves particularmente sugestivas, que nos permitirán después entender mejor nuestro propio proceso de descodificación mercantil.

### III. LA DESCODIFICACIÓN EN PERSPECTIVA HISTÓRICA: GLOBALIZACIÓN Y LOCALISMOS EN EL MEDIOEVO Y EN LA ACTUALIDAD

Desde un punto de vista histórico jurídico, el fenómeno de la descodificación forma parte de la crisis de la dogmática jurídica contemporánea, dogmática que tuvo su origen en la codificación.

Eso no quiere decir sin embargo —como se ha adelantado— que la descodificación sea, ni el eje de dicha crisis ni tampoco una alternativa para su superación.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> Cfr. Pampillo. *Historia...*, op. cit.

En realidad, la codificación de la tradición jurídica occidental constituye una paradoja, pues se llegó a ella por medio de la escuela del iusnaturalismo racionalista y, a través de ella, se transitó hacia la dogmática vigente del iuspositivismo legalista formalista que al final se desentendió de los contenidos materiales del derecho natural.<sup>18</sup>

Es decir, que el iusnaturalismo racionalista condujo, por medio de la codificación, al iuspositivismo voluntarista, al consumarse la expropiación del derecho por el estado y la identificación reductiva de lo jurídico con la ley.<sup>19</sup>

La dogmática positivista —cuyo origen se encuentra pues en la codificación— se fue conformando a lo largo del siglo XIX como resultado de los planteamientos de la *Escuela de la Exégesis Francesa*, alcanzando su configuración científica más acabada en la *Teoría Pura del Derecho* de Hans Kelsen, que fue, en realidad, la doctrina jurídica de la codificación del derecho privado y de la constitucionalización del derecho público.

El siglo XIX fue, en efecto, el siglo de la codificación del derecho privado, desde el *Código Civil Napoleón de 1804* hasta el *Código Civil Alemán de 1900*, pasando en materia mercantil por el *Código de Comercio Francés de 1807*, por el *Código de Comercio Español (Sainz de Andino) de 1829*, por el *Código de Comercio Italiano de 1882* y por el *Código de Comercio Alemán de 1897*.<sup>20</sup>

Ahora bien, la codificación, la exégesis y la misma dogmática positivista solo fueron posibles en razón del estatalismo, es decir, a partir del ascenso megalómano del Estado-Nación moderno, cuyo auge coincidió precisamente con el siglo XIX, que se extendió —históricamente hablando— hasta las guerras mundiales.

---

<sup>18</sup> Véase por todos a Guido Fassó. *Historia de la Filosofía del Derecho*. Traducción por José F. Lorca Navarrete. Tercera edición. Madrid. Ediciones Pirámide. 1966.

<sup>19</sup> Cfr. Pampillo. *Historia...*, op. cit.

<sup>20</sup> Sobre la codificación en general es clásica la exposición que ofrece Francisco Tomás y Valiente. *Manual de Historia del Derecho Español*. Madrid. Editorial Tecnos. 1997; brevemente sobre el particular puede consultarse también nuestra obra *Historia ...*, op. cit. Sobre la polémica en torno a la codificación en Alemania vale la pena consultar la selección de textos: Thibaut y Savigny. *La Codificación*. Introducción y selección de textos Jaques Stern. Madrid. Editorial Aguilar. 1970. Particularmente sobre la codificación mercantil en general, conviene consultar a José María de Eizaguirre. *El Derecho Mercantil en la Codificación del siglo XIX*. Bilbao. Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco. 1987.

Y así, las dos guerras mundiales con las que inició históricamente el siglo XX, constituyeron el principio del fin del paradigma estatalista, así como el inicio de la conformación de una sociedad universal de naciones y la propia conformación de bloques económicos que se han desarrollado durante los últimos cincuenta años sobre una base geográfica, social y cultural.

La irrupción del fenómeno de la globalización se hizo así presente a partir de la segunda mitad del siglo XX y ha venido erosionando desde entonces el mismo centro nuclear del Estado: la soberanía.<sup>21</sup>

De hecho —como también se apuntó anteriormente—, la crisis de la soberanía estatal ha venido siendo jalonada desde dos extremos: la globalización de un lado y los localismos del otro, dando lugar precisamente al complejo fenómeno de la ‘glocalización’.<sup>22</sup>

Ahora bien, lo interesante a destacar aquí es que la glocalización, a lo largo de los últimos años, ha minado la soberanía estatal hasta el extremo de hacer inviable el presupuesto estatalista del positivismo jurídico, que le permitía identificar reductivamente el derecho con la ley del estado.

Por ello mismo, la ley estatal ha debido alternar cada vez más con la creciente pujanza de los usos locales, de las costumbres internacionales, de las leyes extraestatales, de los tratados internacionales -incluidas las leyes modelo-, del derecho cooperativo de la integración, del arbitraje, de los contratos autorregulados y de un muy largo etcétera.<sup>23</sup>

Lo importante a subrayar es que más allá de que la crisis del estado nacional es tan solo uno de los aspectos de la crisis de la

---

<sup>21</sup> Véase el completo estudio de Xavier Díez de Urduñivia. *El Estado en el Contexto Global*. México. Editorial Porrúa. 2008. También puede consultarse con provecho José Ramón Narváez. “La soberanía en tiempos de globalización explicada a mi hijo” en *Historia Social del Derecho y de la Justicia*. México. Editorial Porrúa. 2007.

<sup>22</sup> Vid supra nota 10.

<sup>23</sup> Sobre los anteriores temas, pueden consultarse los trabajos que a continuación se citan: Carmen Alonso Ledesma. *El Derecho Mercantil del siglo XX: balance general de un siglo que se agota* en V.V.A.A. *La Ciencia del Derecho durante el Siglo XV*. México. IJ-UNAM. 1998, Pedro Alberto de Miguel Asensio. “El Derecho Internacional Privado ante la Globalización” en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*. Madrid. 2001. Tomo 1 y Francisco González de Cossío. “Mecanismos alternativos de solución de controversias. Nota sobre el creciente desarrollo del área” en *Ars. Iuris. Revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*. Número 30. México. Universidad Panamericana. 2003.

dogmática positivista y de la misma codificación —pudiendo también considerarse como parte de la misma la renovada búsqueda de la justicia material a través de los derechos humanos y la proliferación de las nuevas teorías de la argumentación jurídica—,<sup>24</sup> dicha crisis del estado nacional es un magnífico referente para entender a la descodificación.

En razón de lo anterior resulta conveniente intentar una comparación histórica —guardando desde luego todas las distancias debidas— entre la edad media y nuestros tiempos, entre el *ius mercatorum* bajomedieval y nuestro derecho comercial inmerso dentro del proceso de descodificación.<sup>25</sup>

Resulta llamativo observar en primer lugar, que un número cada vez mayor de estudiosos haya empezado a reconocer innegables similitudes entre el momento por el que actualmente atraviesa la civilización occidental y la igualmente radical coyuntura, que a partir de la Baja Edad Media, fue propiciando paulatinamente el advenimiento de la Edad Moderna.

Entonces como ahora, el orden político se debatía entre las fuerzas centrífugas del ‘universalismo globalizador’ y las fuerzas centrípetas del ‘regionalismo localista’.

Igual hoy que entonces, el comercio fue un exponencial dinamizador de la sociedad, creando nuevas formas de vida, promoviendo el desarrollo científico y tecnológico, fomentando una revitalización de las comunicaciones y propiciando un extraordinario intercambio de bienes e ideas.

Los paralelismos son incontables: la brújula de ayer es el satélite de hoy, las embarcaciones para descubrir nuevos mundos, son nuestras naves espaciales en busca de nuevos horizontes interplanetarios, la imprenta de entonces, como factor multiplicador de la cultura, es la computadora personal y el Internet de nuestros días...

---

<sup>24</sup> Sobre dicha crisis y las actuales alternativas que se ofrecen para la superación de la misma, véase Pampillo. *Historia...*, op. cit.

<sup>25</sup> Además de las obras que se citarán específicamente a lo largo del presente epígrafe y del siguiente, sobre la historia del derecho mercantil pueden consultarse con provecho tres obras clásicas: Francesco Galgano. *Historia del Derecho Mercantil*. Versión de Joaquín Bisbal. Barcelona. 1980, Paul Rehme. *Historia Universal del Derecho Mercantil*. Traducción E. Gómez Orbaneja. Madrid. Revista de Derecho Privado. 1941 y Lorenzo Mossa. *Historia del Derecho Mercantil en los siglos XIX y XX*. Traducción Francisco Hernández Borondo. Madrid. Revista de Derecho Privado. 1948. Sobre el sentido del *ius mercatorum* dentro de la experiencia jurídica medieval considerada en su integridad, es recomendable la lectura de la extraordinaria obra de Paolo Grossi. *El Orden Jurídico Medieval*. Traducción de Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez. Madrid. Edita Marcial Pons. 1996.

En el ámbito jurídico también son cada día más los estudiosos de la ciencia del derecho europeo, que han observado las notabilísimas similitudes entre el *ius commune* europeo y el derecho comunitario de nuestros días.<sup>26</sup>

Entre las múltiples similitudes que se presentan entre la Baja Edad Media y nuestros tiempos, se encuentra el que ambos momentos históricos constituyen épocas de coyuntura o de transición. En ambos nos encontramos, de manera especial, con paradigmas en crisis, paradigmas emergentes y, sobre todo, con una tensión dialéctica entre unos y otros, por cuanto que al dinamismo de las nuevas fuerzas, se oponen decididamente las inercias de la tradición.

Pero la característica central que se pretende destacar aquí como similitud fundamental entre la Baja Edad Media y nuestros días, es la presencia de dos fuerzas contrarias: las centrífugas universales y las centrípetas locales.

Durante la Baja Edad Media, fueron múltiples las fuerzas universales, particularmente la Iglesia, el Imperio -tanto el Bizantino como realidad remota, cuanto el Carolingio primero y el Sacro Imperio Romano Germánico después como idealismos próximos- y el comercio. Pero también fueron varias -y no menos poderosas- las fuerzas locales, particularmente los señoríos agrarios, las ciudades fundadas sobre privilegios locales y las ascendentes monarquías, recelosas de cualquier intrusión en su soberanía, todavía pendiente de consolidarse para dar nacimiento al moderno estado nacional.

En nuestros días también se aprecian oposiciones similares entre fuerzas universales como la comunidad de las naciones y los bloques económicos y políticos internacionales y supranacionales, por un lado y la creciente demanda de autonomía por parte de las regiones o divisiones políticas internas —las comunidades autónomas, los *lánders* y las *reggione*— y las minorías étnicas, los pueblos tribales y las comunidades indígenas, por el otro.

Las anteriores tensiones incidieron determinadamente en la elaboración y aplicación del derecho, que ha debido estructurar sus fuentes creativas en los distintos niveles —universal, regional, local e individual—, propiciando una rica coexistencia entre diversos ordenamientos plurales.

---

<sup>26</sup> Cfr. por todos Ricardo Alonso García. *Derecho Comunitario, Derechos Nacionales y Derecho Común Europeo*. Madrid. Editan Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense y Editorial Civitas. 1989. Sobre el particular también puede verse Juan Pablo Pampillo Baliño. “Del Derecho Comunitario al *Mos Europaëus*” en *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*. Número 31. México. ELD. 2007.

Dichas tensiones entre universalismo y localismo, complicaron también la dinámica política, económica y social en ambas épocas. Pero, precisamente por complicarla, la enriquecieron, obligando a los ordenamientos jurídicos a una necesaria armonización, también compleja, que los condujo hacia su progresiva sofisticación y perfeccionamiento.

Es precisamente la anterior complicación, complejidad y sofisticación, la que nos explica la ausencia de códigos mercantiles en la Edad Media, así como el propio fenómeno contemporáneo de la descodificación... (No de balde la codificación constituyó un esfuerzo de simplificación del derecho, debido a las pretensiones de seguridad de la burguesía y tan solo perdurable en virtud del *relentissement* histórico que supuso la *belle époque*, cuyo desfase con la realidad propició en alguna medida el estallido de las revoluciones y las guerras que ocuparon el primer tercio del siglo XX...)

En efecto, la descodificación es —al menos en parte— la consecuencia del quiebre de la soberanía estatal, que supuso la inviabilidad de la identificación del derecho con la ley del estado y específicamente con el código como ley sistemática y completa por antonomasia.

Pero también, por otro lado, la codificación resultaba insostenible —y por ende la descodificación tendía a sustituirla progresivamente— en la medida en la que se ha venido desdibujando la imagen piramidal del ordenamiento jurídico, concebido como un sistema geométrico cerrado, propuesta por la dogmática positivista.<sup>27</sup>

La anterior concepción del ordenamiento jurídico —monolítica y cerrada— resulta del todo incapaz para explicar las relaciones entre los diferentes derechos, así como sus necesarias bisagras articuladoras y sus mismas porosidades...

Por ello es que actualmente algunos proponen como imagen sustitutiva de la 'pirámide normativa' para comprender a los ordenamientos jurídicos, la que los visualiza como un entramado de 'redes horizontales' de naturaleza colaborativa...<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> Cfr. por antonomasia Hans Kelsen. *Teoría pura del derecho*. Trad. Roberto J. Vernengo. México. UNAM. 1979.

<sup>28</sup> Cfr. Sergio López Ayllón. *Globalización, Estado de Derecho y Seguridad Jurídica*. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2004. pp. 95 y ss. Sobre el particular puede verse también la interesante reflexión iusfilosófica que hace Gregorio Robles Morchón. *Pluralismo Jurídico y Relaciones Intersistémicas. Ensayo de una teoría comunicacional del derecho*. Navarra. Thomson-Civitas. 2007.

#### IV. EL *IUS MERCATORUM* MEDIEVAL Y EL NUEVO DERECHO COMERCIAL.

La comparación jurídica es una técnica extraordinaria para comprender mejor las características de cada ordenamiento. Sin embargo, su empleo por la ciencia del derecho comparado se ha agotado prácticamente en la comparación de los derechos vigentes, reduciéndose a una comparación meramente sincrónica u horizontal que desperdicia el vastísimo acervo hermenéutico que nos ofrecen los ordenamientos históricos para emprender un análisis comparativo de naturaleza diacrónica y vertical.<sup>29</sup>

Lo que aquí se pretende es servirnos de las técnicas comparatistas para apreciar diacrónicamente dos ordenamientos jurídicos mercantiles: el bajomedieval y el contemporáneo.

Conviene iniciar refiriéndonos primeramente a la reactivación comercial, igualmente presente en la Baja Edad Media y en nuestros días.

Hacia la Baja Edad Media se produjo una importante reactivación comercial, derivada del reestablecimiento de la seguridad y las comunicaciones suspendidas durante la Alta Edad Media. El restablecimiento de las comunicaciones propició el auge de un intenso comercio, que supuso la reapertura de los mercados europeos, cerrados sobre sí mismos para el autoconsumo a consecuencia de la inseguridad generada por los bárbaros y los sarracenos.<sup>30</sup>

De manera similar en nuestros días, el extraordinario auge comercial que experimentaron las sociedades capitalistas del primer mundo obedece también a una revitalización sin precedentes de las comunicaciones y de los medios de transporte.<sup>31</sup>

Para comprender la importancia de este fenómeno baste el siguiente dato: hasta antes del auge de los medios de transporte

---

<sup>29</sup> Un ejemplo de las ventajas de la comparación diacrónica nos lo ofrece el análisis y comprensión del derecho comunitario europeo a partir del *ius commune* medieval. Cfr. Alonso. *Derecho Comunitario...*, op. cit. Puede verse también la propuesta de comparación diacrónica, tradicional-actual-proyectiva, hecha ante la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado en Juan Pablo Pampillo Baliño. "Los principios generales comunes en la jurisprudencia europea" en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*. Número 21. México. AMEDIP. 2007.

<sup>30</sup> En general véase a Henri Pirenne. *Historia de Europa. Desde las invasiones hasta el siglo XVI*. Traducción de Juan José Domenchina. México. Fondo de Cultura Económica. 1996.

<sup>31</sup> Cfr. José Fontana Lázaro. "El comercio y el transporte en la Edad Moderna" en *Los Fundamentos del Siglo XX*. Navarra. Biblioteca Básica Salvat. 1972.

iniciada por el ferrocarril hacia el primer tercio del siglo XIX, la velocidad del transporte terrestre no podía superar —por ser el límite de la tracción animal— los 15 kilómetros por hora...

No está de más tampoco recordar aquí las repercusiones que han tenido en la economía los adelantos debidos a la segunda revolución industrial (1830-1880) con sus máquinas de vapor, el empleo de la energía eléctrica en diversos motores que transformaron la producción fabril y en especial aquellos inventos que contribuyeron a intercomunicar el mundo como lo fue la telefonía inventada por Bell hacia el último tercio del siglo XIX.<sup>32</sup> La fiebre inventiva al servicio de las comunicaciones se tradujo en trenes, grandes tendidos ferroviarios, automóviles, grandes carreteras, telefonía internacional, cableados que recorrían el mundo hasta el advenimiento de la telefonía celular, la televisión, los satélites, la aviación, la computación y el Internet...

Los anteriores inventos cambiaron la faz del orbe y la vida del hombre a la vuelta de unos pocos años, acortando distancias, borrando fronteras y modificando incluso la noción de tiempo, para hacer del hombre un ser ubicuo, para quien el mundo se ha vuelto demasiado pequeño, para quien la tierra se ha convertido en la famosa 'aldea global'...<sup>33</sup>

Detrás del gran comercio y del hipercapitalismo de nuestros días se encuentra pues una revitalización -sin precedentes- de las comunicaciones, que favorece un comercio y un intercambio transfronterizo de bienes e ideas.

En segundo lugar puede notarse que durante la Baja Edad Media surgió un nuevo grupo de hombres, los *mercatores*, que formaron un estamento nuevo que desbordaría la rígida estratificación social altomedieval —*oratores, bellatores, laboratores*— y que constituiría una de las principales fuerzas modernizadoras de Europa. Se produjo entonces un giro copernicano en la 'idea de la riqueza', que pasó de la noción inmobiliaria altomedieval a la mobiliaria bajomedieval y moderna. Los mercaderes fueron, precisamente por

---

<sup>32</sup> Cfr. Francisco De Luis Martín. "La segunda revolución industrial y sus consecuencias" en *Historia Universal Contemporánea*. Coordinador Javier Paredes. Tomo II. Barcelona. Editorial Ariel. 2001.

<sup>33</sup> Cfr. Marshall McLuhan y B.R. Powers. *La aldea global: transformaciones en la vida y los medios de comunicación mundiales en el siglo XXI*. Trad. C.G. Ferrari. Barcelona. Editorial Planeta. 1994 y Peter F. Drucker. *Managing in a time of great change. Su visión sobre la administración, la organización basada en la información, la economía y la sociedad*. Traducción de Jorge Cárdenas Nannetti. Bogota. Editorial Norma. 1996.

su condición de nómadas, los profesionales del transporte y del intercambio; no producían nada, solo traficaban y permutaban, de una comunidad donde había exceso a otra, muchas veces inclusive cercana, donde había carestía.<sup>31</sup>

De manera parecida, en nuestros días, la revitalización de las comunicaciones y el progreso tecnológico ha propiciado el surgimiento de un nuevo grupo de hombres, los empresarios profesionales, que son los creadores y administradores de un nuevo género de riqueza que ha venido a revolucionar la economía contemporánea: el conocimiento, la información.

Superada la que se pensó en su momento que sería la fase final del comercio, la etapa del crédito, que seguía precisamente a la de la economía dineraria como etapa en la que los bienes de capital habían sustituido con su hiperfungibilidad a los bienes de producción o de consumo, el conocimiento y la información vinieron a revolucionar el concepto mismo de riqueza y, donde Bacon afirmaba: *knowledge is power*, hoy se afirma preferentemente *knowledge is Money*.<sup>35</sup>

El conocimiento y la información han desplazado a un segundo término la riqueza dineraria del crédito o capital y a un tercer plano la mobiliaria de las mercaderías, reivindicando el mayor valor de los intangibles y en especial de los servicios, la actividad inventiva, la expresión original, el prestigio comercial arraigado en las marcas y los nombres comerciales.

El conocimiento supone un cierto *know-how* del técnico y del profesionista, que es explotado de manera exclusiva y excluyente a través de cédulas o mediante beneficios atribuidos a la actividad inventiva de aplicación industrial a través de nuevos modos de propiedad, caracterizados por proveerle al titular de los mismos una parte significativa de las ganancias que obtienen quienes comercializan los bienes tangibles que integran sus inventos, su buen nombre, o sus expresiones originales.

Los grandes operadores económicos de nuestros días ya no son pues los capitalistas del pasado, sino quienes a partir del conocimiento y de la información lucran con las comunicaciones y los intangibles, adaptándose congenialmente a las nuevas exigencias de la sociedad del conocimiento.

---

<sup>34</sup> Cfr. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano "Origen histórico del derecho mercantil" en *Estudios Jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*. Madrid. Editorial Tecnos. 1971.

<sup>35</sup> Cfr. Drucker. *Managing...* op. cit.

Ahora bien, cabe notar que nuestra sociedad del conocimiento cada vez reclama mayores espacios de gratuidad pues, a la postre, el conocimiento y la información no ocupan un lugar físico, no conocen fronteras, pueden viajar a velocidades vertiginosas por las modernas redes de telecomunicación, pero sobre todo, son difusivos y constituyen bienes que no se agotan por su consumo y además pueden multiplicarse al infinito.<sup>36</sup>

Retornando nuestra exposición comparativa, puede decirse también, por otro lado, que la Baja Edad Media, gracias al restablecimiento de las comunicaciones y del comercio, suscitó la formación de nuevos centros de aprovisionamiento. Éstos fueron como átomos concebidos a partir de su función exterior para relacionarse unos con otros, formando una especie de unidad molecular de mercados interconectados por el trueque de importaciones y exportaciones. Y dichos átomos empezaron a extenderse por toda la Europa occidental en las antiguas ciudades episcopales, en las grandes fortalezas y especialmente en los puertos. Así apareció una nueva vida urbana, caracterizada por su apertura hacia el exterior.<sup>37</sup>

De la misma manera en nuestros días, el auge de las comunicaciones, la revitalización del comercio, los avances tecnológicos y la creación de una nueva riqueza informática, ha propiciado el surgimiento de nuevos centros de aprovisionamiento, las computadoras, que por encontrarse en todas partes, han revulsionado las

---

<sup>36</sup> Respecto de la economía de mercado, que en buena medida ha propiciado una profundización de la pobreza y la desigualdad, han surgido recientemente —tras el agotamiento del socialismo a partir de 1989 y actualmente con motivo de la crisis mundial de 2008— diferentes planteamientos alternativos, entre los que pueden destacarse las consideraciones hechas por Francisco Villalón Ezquerro. Para Villalón, la economía de la gratuidad no supone una limitación a la libertad de mercado, sino que parte del mismo ejercicio de dicha libertad en forma dinámica, lo que se traduce en la sustitución de la compraventa por la donación como paradigma del derecho contractual, presentando también interesantes implicaciones en materia societaria, comunitaria, intelectual y sucesoria, a partir de la evolución de la gratuidad en el mundo digital y particularmente en Internet. Cfr. también Eduardo Ruiz Pesce. “Ética, Política y Economía” en Emilio Suñé Llinás (coordinador) *Filosofía Política y Jurídica de la Nueva Ilustración*. México. Editorial Porrúa y Escuela Libre de Derecho. 2009 (en prensa).

En palabras escritas por H.P. Glenn, hace más de diez años: “No hay por el momento una voluntad.

<sup>37</sup> Cfr. Henri Pirenne. *Las ciudades de la Edad Media*. Traducción de Francisco Calvo. Madrid. Alianza Editorial. 1983.

formas organizativas existentes, saltando de la ciudad moderna, a la aldea global del presente.

Y nuestra aldea global carece de una ubicación real, es utópica, es ubicua, está en todas partes y en ninguna, está en cada computadora personal y en la densa y entramada red de redes donde circula información y conocimiento, se hacen transacciones *on-line*, *off-line*, de naturaleza tranfronteriza, se toman programas de cómputo en licencia gratuita u onerosa, se hacen pagos, se realizan votaciones y encuestas, e inclusive se trabaja, muchas veces, para empresas extranjeras o para jefes que no se conocen sino por su dirección electrónica merced al ‘teletrabajo’...<sup>38</sup>

Ahora bien, expuestas algunas de las principales similitudes existentes entre las sociedades bajomedieval y contemporánea, conviene referirse ahora a las igualmente asombrosas coincidencias, entre las culturas jurídicas objeto de nuestra comparación.

Respecto del *ius mercatorum* bajomedieval se puede observar en primer lugar que nació como un ‘derecho de clase’, que regulaba más que a la actividad comercial, a los sujetos que intervenían en ella, permeando incluso los ámbitos no comerciales de su vida jurídica. También fue un derecho de clase en razón de su mismo origen estamental, al margen del poder político, conformándose como una serie de prácticas, usos y costumbres entre quienes ejercían el comercio de manera habitual.<sup>39</sup>

En nuestros días puede aún reconocerse que el principio subjetivo sigue informando poderosamente al derecho mercantil, más que en cualquier otra disciplina jurídica. Si bien es verdad que la codificación —sobre todo la francesa— buscó dentro del ámbito mercantil una objetivación del comercio a través de sus actos, no es menos cierto que dicha tendencia ha sido desvirtuada especialmente como resultado del proceso desestatalización del derecho mercantil.

En efecto, los comerciantes han buscado durante los últimos años, cada vez con mayor frecuencia, alternativas al derecho comercial estatal, encontrándolas en muy diferentes lugares tales como en la costumbre mercantil, nacional e internacional, en los contratos autorregulados, en las cláusulas de incorporación por referencia de normas extraestatales como lo son la *lex mercatoria* o los principios contractuales del UNIDROIT y un muy largo etcétera.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> Cfr. Emilio Suñé Llinás. *Tratado de Derecho Informático*. Volumen 1. Madrid. Universidad Complutense de Madrid. 2000.

<sup>39</sup> Cfr. Galgano. *Historia del Derecho Mercantil...*, op. cit.

<sup>40</sup> Cfr. Jorge Alberto Silva (coordinador). *Estudios sobre lex mercatoria*. México. IJ-UNAM. 2006. Sobre los principios contractuales del UNIDROIT, sus semejan-

Así también este fenómeno de desestatalización se acusa en la búsqueda de cauces informales para la resolución de conflictos, tales como el escalamiento, la mediación y el arbitraje, tanto personal como institucionalizado, proliferando las cámaras comerciales expertas tales como el *International Chamber of Commerce*, o en sectores específicos de la industria, mediante asociaciones especializadas tales como la *London Corn Trade Association*.<sup>41</sup>

Respecto del *ius mercatorum* puede decirse en segundo lugar que fue un derecho de extracción preponderantemente consuetudinaria, o sea, que no tuvo sus orígenes ni en la ley ni en la jurisdicción, que se configuró primeramente a partir de los usos de los comerciantes y que tardaría en ser aceptado por los juristas letrados. Sin embargo, hay que observar también que con el paso del tiempo las costumbres fueron recopiladas por escrito en una serie de estatutos y los consulados o tribunales de comerciantes fueron también conformando una especie como de jurisprudencia que recogió, decantó y delimitó dichos usos originarios.

Por lo que hace al derecho comercial contemporáneo, si bien es cierto que sigue encontrando una fuente extraordinariamente dinámica en los cada vez más sofisticados tratos que conciertan los grandes grupos empresariales transnacionales mediante complejísimos contratos autorregulados, no es menos cierto que dichos usos, tratos y costumbres mercantiles internacionales han sido recogidos en importantísimos estatutos de muy diversa índole, que van desde convenios internacionales hasta leyes modelos, pasando por códigos de conducta comercial, recomendaciones dadas por asociaciones de comerciantes y un muy largo etcétera.

Ello sin tener en cuenta el creciente interés que la ciencia del derecho mercantil ha suscitado entre muchos de los mejores juristas de nuestros días, que consideran la asesoría a los grandes consorcios como una actividad prestigiosa además de lucrativa.

Al igual que el *ius mercatorum* puede decirse que el derecho comercial actual es un derecho eminentemente desnacionalizado, un derecho que trasciende fronteras al igual que el comercio y por tanto, un derecho cosmopolita cuyo ámbito territorial de aplicación alcanza en nuestra época la totalidad del orbe.

---

zas y sus diferencias con el derecho norteamericano y mexicano véase Jorge Adame Goddard. *Contratos Internacionales en América del Norte*. Régimen Jurídico. México. UNAM y McGraw-Hill. 1999.

<sup>41</sup> Cfr. De Miguel. "El Derecho Internacional Privado ante la Globalización...", op. cit., tomo I.

De hecho, la globalización económica, los medios de comunicación a distancia y en especial el Internet, la búsqueda creciente de la productividad y los cada día más sofisticados y complejos mecanismos negociales de efficientización fiscal, han propiciado una creciente internacionalización del comercio, hasta el punto de que hoy puede decirse que las actividades transfronterizas han dejado de ser excepcionales para convertirse prácticamente en la regla.

Lo mismo que el derecho mercantil bajomedieval, el derecho comercial de nuestro tiempo se nos presenta como un derecho dinámico y versátil, capaz de acomodarse a las exigencias siempre fluctuantes de los nuevos tratos y contratos. Es pues un derecho dúctil, flexible, proteico, caracterizado por su factualidad, por su íntima relación con los hechos a partir de los cuales se construye y con las cosas sobre cuya objetividad edifica sus soluciones. La practicidad misma del comercio propicia que el derecho mercantil sea un derecho de realidades que busca su reorientación partiendo de las mismas.

Otra similitud característica entre ambos ordenamientos mercantiles consiste en su vocación antiformalista y simple. El derecho comercial es por antonomasia un derecho consensual, pendiente más de intenciones y voluntades que de palabras, gestos rituales o formalismos solemnes. Por lo mismo, el derecho mercantil actual es un derecho abierto a la novedad y a la realidad, a las que busca adaptarse en lugar de reducirlas a cauces estrechos y formas instrumentales. Así, como ejemplo máximo del consensualismo, pueden citarse los modos de perfeccionamiento contractual en Internet hoy tipificados bajo los nombres de *browse wrap agreements* o *click to accept agreements*.

Finalmente, cabe destacar como característica común entre ambos ordenamientos el provenir de una gran diversidad de fuentes. Dicha riqueza es particularmente notable en el derecho mercantil contemporáneo, que se nutre del derecho local, estatal, regional, internacional, supranacional, legislado, jurisprudencial y consuetudinario, formando un complejo entramado que se imbrica con otras disciplinas jurídicas muy cercanas, como el derecho internacional privado, el derecho civil, el derecho laboral y un muy largo etcétera.

De hecho, el profesor Jaime del Arenal, en la línea de los historiadores del derecho que han abordado el tema de la codificación desde una perspectiva crítica, observó hace cinco años, con motivo del Bicentenario de la Codificación Napoleónica, que la crisis de la codificación pone de relieve la necesidad de volver articular una teoría de las fuentes del derecho más comprensiva,

que junto a los códigos —y en general al derecho legislado— redescubra la importancia de las costumbres y sobre todo de la ciencia jurídica.<sup>42</sup>

Finalmente, tanto durante el auge del *ius mercatorum* como actualmente, se aprecia un importante enriquecimiento de las instituciones jurídicas mercantiles.

Al esplendor del *ius mercatorum* debemos, entre muchas otras figuras, los consulados o tribunales comerciales, el seguro marítimo, la letra de cambio, las sociedades mercantiles y especialmente la *accomandita*, la banca, la echazón —que hunde sus orígenes en la *Lex Rhodia de iactu*— la hipoteca y el registro de embarcaciones, las ferias comerciales, la contabilidad en partida doble y un muy largo etcétera.

Por su parte, por solo recapitular algunas de las principales instituciones del derecho comercial internacional contemporáneo, podemos mencionar el contrato autorregulado, las cláusulas de solución informal de conflictos incluidos el escalamiento, la mediación y el arbitraje, los contratos de teletrabajo, los contratos de licenciamiento, los contratos de acceso a bases de datos, los *click to accept agreements*, los contratos de tercerización o *outsourcing*, los contratos de empresa conjunta, asociación en participación o *joint venture*, los contratos de arrendamiento de ancho de banda o *collocation services agreements*, los contratos de franquicia y un larguísimo etcétera.

Por último, vale la pena tan sólo subrayar, que dentro del derecho mercantil contemporáneo, podrían señalarse como características adicionales y tendencias que han sido señaladas por varios tratadistas: a) la comercialización del derecho privado, b) la tendencia —no lineal— hacia su unificación y c) la desprivatización o socialización del derecho mercantil como consecuencia del surgimiento de las concepciones propias de la economía social de mercado, que han cobrado un nuevo auge a partir de la crisis financiera mundial de 2008.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> Cfr. Jaime del Arenal. "A 200 años de la Codificación Napoleónica" en *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*. Número 28. México. 2004. Del Arenal desarrolla su crítica histórica partiendo —al igual que se intenta hacer dentro del presente trabajo— de las ideas de F. Tomás y Valiente, B. Clavero, G. Tarello, M. Bellomo y P. Grossi entre otros. En general sobre la codificación, sus presupuestos filosóficos, políticos y jurídicos, así como en torno al agotamiento de los mismos, Panpino. *Historia...*, op. cit.

<sup>43</sup> Cfr. Galgano. *Historia del Derecho Mercantil...*, op. cit., Joaquín Garrigues. "Setenta y cinco años de derecho mercantil" en *LXXV Años de evolución jurídica en el mundo*. Volumen V. México. UNAM. 1979 y Alfredo Rocco. *Principios de*

Ahora bien, lo interesante a destacar aquí es que todas las características antes mencionadas, propias del derecho mercantil moderno y contemporáneo (reactivación de las comunicaciones, transformación del concepto riqueza, surgimiento de la 'aldea global', naturaleza desnacionalizada del comercio, proliferación de fuentes y mecanismos extraestatales de solución de controversias, preeminencia de las costumbres, condición antiformalista y variedad de soluciones atípicas) apuntan, todas ellas, hacia la inviabilidad de la Codificación Mercantil...

Por ello mismo Joaquín Garrigues se refería sin ambages a la "superación de los códigos de comercio", así como a su "incapacidad para cobijar toda la materia mercantil", destacando como "la evasión de los códigos de comercio" había comenzado ya desde 1838, con la *Ley de Quiebras* en Francia, consolidándose posteriormente con la importante *Ley de Sociedades Anónimas* de 1867. De manera similar sucedió en Alemania cuando en 1848 se publicó la *Ley Cambiarla*.<sup>11</sup>

En síntesis, para los efectos de la presente ponencia, conviene subrayar que la comparación entre el *ius mercatorum* bajomedieval y el derecho comercial actual viene a poner en evidencia la inviabilidad originaria de los códigos como leyes completas y cerradas.

No obstante, dicha inviabilidad está referida a los presupuestos filosóficos y metodológicos de la codificación decimonónica, sin que pueda tampoco generalizarse respecto de cualquier otro tipo de codificación como la que actualmente está desarrollándose en Europa.<sup>12</sup> Igualmente, dicha inviabilidad tampoco cancela la posibilidad —y hasta la conveniencia— de las recopilaciones o repertorios que cumplan con la función práctica de reunir —sin pretender unificar definitivamente— el acervo de disposiciones, reglas, principios y normas aplicables a las actividades comerciales.

## V. LA DESCODIFICACIÓN DEL DERECHO COMERCIAL MEXICANO

La codificación y la descodificación del derecho mercantil mexicano, debe entenderse dentro del anterior contexto de estatalización y desestatalización de la tradición jurídica occidental.

Dicho contexto nos explica, por un lado, la recepción de la codificación en nuestro derecho, como parte de la consolidación

---

*Derecho Mercantil*. Edición facsimilar. México. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. 2006.

<sup>11</sup> Garrigues. "Setenta y cinco años de derecho mercantil...", op. cit., p. 95.

<sup>12</sup> Vida supra nota 11.

del Estado Mexicano que nació de nuestra Independencia. Dentro de dicho proceso, los hitos fundamentales fueron el *Código de Comercio de 1854* (Código Lares) de efímera vigencia, la reforma constitucional que federalizó la materia mercantil en 1884 y el *Código de Comercio* del mismo año y, finalmente, nuestro *Código de Comercio* vigente, publicado el 15 de septiembre de 1889.<sup>16</sup>

También, por otro lado, el contexto anteriormente expuesto nos ayuda a comprender mejor las razones por las cuales, desde sus mismos orígenes, la codificación se encontraba —en su concepción original— condenada al fracaso. Así se dejó ver entre nosotros tempranamente, de manera similar a como aconteció en Francia y en Alemania.

Ya desde 1891, apenas al año de haber entrado en vigor nuestro Código, Jacinto Pallares identificaba una tendencia hacia especialización y la regulación de la materia mercantil a través de leyes particulares. Dicha dinámica habría de ser confirmada muy pocos años después, apenas en 1905, por Silvestre Moreno Cora.<sup>17</sup>

Y es que en efecto, desde finales del siglo XIX y hacia principios del siglo XX, antes de la promulgación de la *Constitución de 1917*, podemos ubicar un primer momento en la historia de la descodificación de nuestro derecho mercantil.

Fue entonces cuando se produjo el desgajamiento del *Código de Comercio* de varias disposiciones especiales, como la *Ley de Patentes* de 7 de junio de 1890, el *Reglamento de Corredores* de 1 de noviembre de 1891, la *Ley Minera* de 4 de junio de 1892, la *Ley sobre Compañías de Seguros* de 16 de diciembre de 1892, la *Ley de Instituciones de Crédito* de 19 de marzo de 1897, la *Ley de Marcas* de 17 de diciembre de 1897, la *Ley de Ferrocarriles* de 29 de abril de 1899, la *Ley sobre Almacenes de Depósito* de 16 de febrero de

---

<sup>16</sup> Sobre la codificación mexicana, considerando también la mercantil, puede verse la completa monografía de Oscar Cruz Barney. *La codificación en México: 1821-1917 Una aproximación*. México. UNAM-IJ. 2004. En torno a la codificación del derecho civil véanse los ensayos de Marfa del Refugio González. “Notas para el estudio del proceso de la codificación civil en México” en Jorge A. Sánchez Cordero (coordinador). *Libro del Cincuentenario del Código Civil*. México. IJ-UNAM. 1978. Francisco de Icaza Dufour. “La codificación civil en México, 1821-1884” en *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*. Número 9. México y Fernando Alejandro Vázquez Pando. “Los inicios de la tendencia codificadora en México” en *Homenaje a Manuel Boda Martínez*. México. Editorial Porrúa. 1992.

<sup>17</sup> Cfr. Jacinto Pallares. *Derecho Mercantil Mexicano*. México. Tipografía de Joaquín Guerra y Valle. 1891 y Silvestre Moreno Cora. *Tratado de Derecho Mercantil Mexicano*. México. Herrero Hermanos y Sucesores. 1905.

1900, la *Ley Monetaria* de 25 de marzo de 1905 y la *Ley de Instituciones de Fianzas* del 24 de mayo de 1910, entre otras.

Una segunda fase en la historia de nuestro proceso de descodificación lo encontramos con la proclamación de la *Constitución de 1917*. En efecto, nuestra ley fundamental vigente positivó, desde su redacción original, importantes disposiciones que vinieron a replantear algunos aspectos del derecho privado decimonónico, confiriéndole un nuevo matiz social.

Así, junto con las garantías individuales o derechos fundamentales de la primera generación —como la libertad de trabajo e industria— el constitucionalismo social de la Revolución Mexicana incorporó a nuestra norma primaria diversas reivindicaciones en materia agraria y obrera.<sup>48</sup> Y dichas reivindicaciones se tradujeron a su vez, de un lado, en diversas limitaciones al derecho de propiedad y en la prohibición a las sociedades por acciones para explotar fincas rústicas con fines agrícolas (artículo 27) y del otro, en la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas (artículo 123).

Lo cierto es que la inclusión de las anteriores demandas sociales —vista desde la óptica del proceso de descodificación del derecho mercantil— vino a traducirse en la sustracción del ámbito del derecho privado dispositivo de importantes parcelas que fueron reguladas desde entonces de manera imperativa.

El siguiente hito dentro de nuestra descodificación mercantil mexicano lo encontramos a partir de la segunda mitad de la década de los 1920's. Fue el resultado del intento de 'reconstrucción nacional' promovido a partir de la administración obregonista para reorganizar la economía tras diez años de revolución armada, aunque también —al menos en parte— fue consecuencia también de la recepción de las elaboraciones de la ciencia italiana del derecho mercantil.<sup>49</sup>

Este importante periodo de conformación de la legislación mercantil especial, particularmente de la corporativa y la financiera, durante el cual también se promulgó un nuevo *Código Civil*

---

<sup>48</sup> En general sobre la Constitución de 1917 y la positivación de los derechos sociales pueden verse las obras de Jorge Carpizo. *La Constitución Mexicana de 1917*. 12<sup>a</sup> edición. México. Editan el IJ-UNAM y Porrúa. 2000 y de Alfonso Noriega Cantú. *Los derechos sociales creación de la Revolución de 1910 y de la Constitución de 1917*. México. UNAM-IJ. 1988.

<sup>49</sup> Cfr. Abascal. "Derecho Mercantil Mexicano...", op. cit. y Barrera Graf. "Evolución del derecho mercantil...", op. cit.

supletorio del derecho comercial, abarcó los gobiernos de A. Obregón (1920-1924), de P.E. Calles (1924-1928), el Maximato (1928-1934) y las presidencias de L. Cárdenas (1934-1940) y de M. Ávila Camacho (1940-1946).

A partir de entonces se conformó un importante *corpus* de leyes especiales, entre las que destacaron entre otras la *Ley que creó el Banco de México* de 25 de agosto de 1925, las *Leyes de Instituciones de Crédito* de 1924, 1926, 1932 y 1941, la *Ley Monetaria* del 25 de julio de 1931, la *Ley General de Sociedades Mercantiles* del 4 de agosto de 1932, la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito* de 27 de agosto de 1932, la *Ley del Contrato de Seguro* y la *Ley General de Instituciones Mutualistas de Seguros*, ambas del 31 de agosto de 1935, la *Ley de Sociedades Cooperativas* de 1 de agosto de 1938, la *Ley de Vías Generales de Comunicación* de 19 de febrero de 1940, la *Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos* de 20 abril de 1943 y la *Ley Federal de Instituciones de Fianzas* de 29 de diciembre de 1950.<sup>50</sup>

Dentro de este periodo se expidió también, el 30 de agosto de 1928, el nuevo *Código Civil para el Distrito y Territorios Federales*, todavía vigente con sus diferentes reformas en la capital de la República y origen del *Código Civil Federal* de 29 de mayo de 2000, que es actualmente supletorio del *Código de Comercio* y en general del derecho mercantil.

Así las cosas, para mediados del siglo XX, el proceso de decodificación se encontraba completamente perfilado hacia los lados por un cuerpo completo de leyes especiales, hacia arriba por la Constitución y hacia el centro por un nuevo Código Civil-pudiendo afirmar desde entonces Joaquín Rodríguez Rodríguez en su *Curso de Derecho Mercantil* que el *Código de Comercio* era un código muerto, “un esqueleto del que penden sólo unos jirones”.<sup>51</sup>

Durante la segunda mitad del siglo XX y prácticamente hasta su última década, nos encontramos con un largo *impasse* que pudiéramos llamar de consolidación y aplicación de la legislación

---

<sup>50</sup> Un balance del derecho mercantil mexicano hacia mediados del siglo XX, con alguna referencia a la legislación especial entonces vigente puede encontrarse en Manuel G. Escobedo. “Derecho Mercantil” en *Evolución del Derecho Mexicano*. Volumen 11. México. Escuela Libre de Derecho. 1943.

<sup>51</sup> Joaquín Rodríguez Rodríguez. *Curso de Derecho Mercantil*. México. Porrúa. 1947. p. 17. A pesar de lo anterior, conviene destacar que durante esta misma época se realizaron diversos trabajos para la re-codificación mercantil, resultado de los cuales fueron los proyectos —no presentados al Congreso— de 1945, 1947 y 1950. Cfr. Barrera Graf. “Evolución del derecho mercantil...”, op. cit.

mercantil, durante el cual, más allá de algunas reformas más o menos significativas, el proceso de descodificación no presentó una mayor evolución salvo por lo relativo a la expedición de la *Ley de Navegación y Comercio Marítimo* del 21 de noviembre de 1963, que fue en realidad el último desmembramiento especialmente significativo del derecho mercantil general.<sup>52</sup>

Se debe destacar sin embargo dentro de este largo periodo de tiempo (1950-1990) un significativo viraje nacionalista, proteccionista e intervencionista en la política económica del Estado Mexicano.

Dicho viraje se tradujo en la *Nacionalización de la Industria Eléctrica* por virtud de *Reformas Constitucionales* del 27 de septiembre de 1960, en la exclusión de la participación de extranjeros en el desarrollo de actividades financieras por virtud de reformas a diversas leyes del 22 de diciembre de 1962, en la protección a la inversión mexicana y los nuevos límites a la inversión extranjera recogidos en la *Ley de Transferencia de Tecnología* de 30 de diciembre de 1972 y en la *Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera* del 9 de marzo de 1973, así como en el primer intento de protección de los derechos de los consumidores ofrecido por la *Ley Federal de Protección al Consumidor* del 22 de diciembre de 1975.

Adicionalmente, vale la pena poner de relieve que durante este periodo se consolidó la legislación financiera por virtud de la creación de la Comisión Nacional de Valores en 1946 y la expedición de la *Ley del Mercado de Valores* del 2 de enero de 1975. No obstante, con posterioridad vendría la *Nacionalización de la Banca* de 1982, que daría lugar a la publicación de la *Ley del Servicio Público de Banca y Crédito* de 31 de diciembre de 1982 y a la pos-

---

<sup>52</sup> La anterior estaticidad del derecho mercantil fue descrita expresivamente por F. Villalón como la 'paradoja de Bryce', por cuanto que la constitución mexicana, teóricamente rígida, fue objeto de múltiples y constantes reformas durante dicho periodo, mientras que en contrapartida, la legislación mercantil no fue objeto de una atención continua por parte del legislador secundario a pesar de estar recogida en normas flexibles. Cfr. Francisco Javier Villalón Ezquerro. "La Escisión: la realidad ante la ley" en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*. Número 3. México. UNAM. 1986. Puede encontrarse una completa enumeración y descripción de las leyes especiales hasta 1975 en Barrera Graf. "Evolución del derecho mercantil...", op. cit. Con posterioridad, pueden consultarse las obras de Rafael de Pina Vara. *Elementos de Derecho Mercantil Mexicano*. México. Editorial Porrúa. 1992 y más recientemente, la obra de Quintana Adriano. *Ciencia del Derecho Mercantil...*, op. cit.

terior de 14 de febrero de 1985, a la *Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito* del 14 de enero de 1985 y a una serie de reglamentos orgánicos de los diversos bancos gubernamentales.

Finalmente, el último periodo que es posible identificar dentro de nuestro proceso de descodificación del derecho mercantil se ubica a partir de la década de los 1990's.

Fue entonces cuando se dejó sentir el golpe de timón que se dio hacia 1985, cuando México abandonó su política económica cerrada de 'sustitución de las importaciones', para abrirse a la economía internacional mediante su adhesión al GATT.<sup>53</sup>

La apertura comercial de México habría de desembocar en la firma del TLCAN en 1992, como el primero de más de treinta tratados de libre comercio que se han suscrito en los últimos años como parte de nuestro proceso de inserción a la globalización.<sup>54</sup>

A partir de los 1990's se produjo así una importante actualización y reforma en nuestra legislación comercial en consonancia con las nuevas exigencias de la economía abierta de mercado.

Entre las más destacadas leyes especiales de este periodo que vinieron a operar la adecuación de nuestro marco legal a la apertura comercial podemos identificar la *Ley de la Propiedad Industrial* de 27 de junio de 1991, la *Ley sobre Metrología y Normalización* del 1 de julio de 1992, la *Ley Federal de Protección al Consumidor* de 24 de diciembre de 1992, la *Ley Federal de Correduría Pública* del 29 de diciembre de 1992, la *Ley Federal de Competencia Económica* de 24 de diciembre de 1992, la *Ley de Comercio Exterior* de 27 de julio de 1993, la *Ley de Inversión Extranjera* del 27 de diciembre de 1993, la *Ley de Navegación* de 4 de enero de 1994, la *Ley Aduanera* del 15 de diciembre de 1995, la *Ley Federal del Derecho de Autor* del 24 de diciembre de 1996 y *Ley de Concursos Mercantiles* de 27 de abril

---

<sup>53</sup> Cfr. Rodolfo Cruz Miramontes. "El Comercio Exterior de México en la Última Década" en *Jurídica*. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. Número 29. México. 1999. Véase también Jorge Witker y Gerardo Jaramillo. *Comercio Exterior de México, Marco Jurídico y Operativo*. México. UNAM y McGraw-Hill. 1996.

<sup>54</sup> En general véase Marco Antonio Conteras. *Los regímenes internacionales del comercio exterior*. México. Montiel y Soriano Editores. 2007, Rodolfo Cruz Miramontes. *Las relaciones comerciales multilaterales de México y el Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea*. México. IJ-UNAM. 2003, Loretta Ortiz y Fernando A. Vázquez Pando. *Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte*. México. Editorial Themis. 1998 y Filiberto Pacheco Martínez. *Derecho de la Integración Económica*. México. Editorial Porrúa. 2002.

de 2000. Pero además de las anteriores disposiciones, hay que decir que durante este periodo se produjeron importantes reformas legislativas a otros ordenamientos, destacando igualmente la misma adopción de un importante número de 'leyes modelos' por parte de nuestro derecho interno, como la de *Arbitraje Comercial Internacional*, *Comercio Electrónico* y *Firmas Electrónicas*, entre otras.

Adicionalmente, dada la creciente sofisticación de algunos ámbitos específicos de la práctica mercantil, sobre todo en materia financiera, es destacable también la conformación de un conjunto de leyes, reglamentos y circulares, que se promulgaron paralelamente al proceso de re-privatización de la banca a partir de 1990. Dentro de las mismas, destacan la nueva *Ley de Instituciones de Crédito* y la *Ley para Regular las Agrupaciones Financieras* del 18 de julio de 1990, la *Ley del Banco de México* de 23 de diciembre de 1993, así como múltiples reformas a las demás leyes financieras vigentes.<sup>55</sup>

Además, como parte del proceso de internacionalización del comercio, debe tenerse en cuenta el número creciente de tratados internacionales que han sido suscritos por México sobre temas tan diversos como arbitraje comercial, contratación internacional, poderes o títulos de crédito, así como la adhesión de nuestro país a la OMC y la OCDE, entre otros foros multilaterales de comercio internacional, que promueven la adopción de medidas comunes por parte de sus miembros en diferentes materias.<sup>56</sup>

Así las cosas y de manera esquemática, puede afirmarse que en materia de descodificación del derecho mercantil mexicano es posible hablar de las siguientes etapas: a) 'codificación del derecho mercantil' (1854-1889), b) 'descodificación temprana' a través de leyes particulares (1889-1917), b) 'profundización de la descodifi-

---

<sup>55</sup> Sobre el derecho financiero tras la reprivatización bancaria véase a Miguel Acosta Romero. *Nuevo Derecho Bancario. Panorama del Sistema Financiero Mexicano*. 8ª edición. México. Editorial Porrúa. 2000 y a José Gómez Gordoa. *El derecho financiero mexicano y sus reformas constitucionales*. México. UNAM y PGJDF. 1993.

<sup>56</sup> En general, véanse Luis Fernández de la Gándara y Alfonso-Luis Calvo Caravaca. *Derecho Mercantil Internacional*. Madrid. Editorial Tecnos. 1995, Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González. *Derecho Internacional Privado*. 6ª edición. Granada. Editorial Corvares. 2005, y entre nosotros Elvia Arcelia Quintana Adriano. *El Comercio Exterior de México*. México. Editorial Porrúa. 2003, Francisco José Contreras Vaca. *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*. 2ª edición. México. Oxford University Press. 2006 y Leonel Perezmieta Castro. *Derecho Internacional Privado. Parte General*. 8ª edición. México. Oxford University Press. 2003.

cación' como resultado de la *Constitución de 1917*, de la promulgación del nuevo *Código Civil de 1928* y de la consolidación de la legislación mercantil especial, corporativa y financiera (1917-1950), d) 'consolidación práctica de la descodificación' dentro del contexto de una economía cerrada caracterizada por el intervencionismo estatal (1950-1990) y e) 'consumación de la descodificación' dentro del contexto de una economía de mercado, de la apertura comercial y la globalización, a través de nuevas leyes, importantes reformas, la adhesión de México a diversos foros internacionales de comercio y la suscripción de un número creciente de tratados de libre comercio (1990 a la fecha).<sup>57</sup>

Como resultado del anterior proceso y tras ciento veinte años de vigencia, el *Código de Comercio* solamente regula en la actualidad: a) algunas generalidades sobre los comerciantes, en especial ciertas obligaciones secundarias comunes relativas a su contabilidad y correspondencia, b) el comercio y sus actos en general, c) el registro de comercio, d) los principios del comercio electrónico, e) la actividad de los factores, comisionistas y dependientes, O algunos muy pocos contratos mercantiles, como la compraventa, el préstamo, el depósito y el transporte y g) los juicios mercantiles y el arbitraje comercial.

La naturaleza general y residual de los anteriores contenidos, escasos y secundarios —salvo por la materia procesal—, pone en entredicho la misma viabilidad futura del *Código*. Piénsese por ejemplo que la materia contractual y de las obligaciones se encuentra especialmente disuelta, hacia el centro por el régimen común del derecho civil y por los principios contractuales de la *lex mercatoria* y hacia los lados por los contratos especiales regulados por la legislación y los tratados internacionales.<sup>58</sup>

El único contenido realmente central que permanece dentro del *Código* —como se adelantaba— es el relativo a los procedimientos y al arbitraje. Sin embargo —como se ha dicho reiteradamente a lo largo de este Congreso— dicha materia debiera y tiende a ocupar un lugar propio y separado del *Código*...

---

<sup>57</sup> Es muy posible que con motivo de la crisis económica de 2008 se presenten importantes cambios en la economía mundial, donde previsiblemente habrá de ganar terreno las economías mixtas, con una mayor intervención estatal y la búsqueda de nuevos esquemas de reparto de la riqueza, según se observó arriba en la nota 35. Sin embargo, no pensamos en este momento que dichos cambios afecten al proceso de descodificación tal y como ha quedado descrito.

<sup>58</sup> Cfr. Javier Arce Gargollo. *Contratos Mercantiles Atípicos*. 8<sup>o</sup> edición. México. Editorial Porrúa. 2001 y Oscar Vázquez del Mercado. *Contratos Mercantiles*. 13<sup>o</sup> edición. México. Editorial Porrúa. 2004.

Así las cosas, no es posible augurarle un futuro promisorio a nuestro *Código de Comercio*, que si se desviste de la materia procesal, se quedará completamente desnudo...

La descodificación de nuestro derecho mercantil se caracteriza así por: a) la proliferación y consolidación de las leyes especiales, que han venido incluso a replantear la unidad de la materia mercantil, conformando diversos sectores que han desarrollado una serie de principios e instituciones propios, b) un nuevo equilibrio dentro del derecho privado entre la autonomía de la voluntad y las normas imperativas de contenido social recogidas por la *Constitución*, c) una progresiva internacionalización del derecho mercantil que se ha traducido en un vasto aparato de tratados, leyes modelo, jurisprudencia, costumbres y estándares, d) el recurso al *Código Civil* como derecho común supletorio y e) la pervivencia anacrónica de un *Código de Comercio* prácticamente derogado en su integridad.

Lo cierto es que como resultado de la descodificación del derecho mercantil mexicano, nuestro sistema de fuentes se integra hoy en día por: a) la preeminencia de las disposiciones constitucionales que limitan el ámbito del derecho privado dispositivo, b) la presencia, en segundo lugar, de varios tratados internacionales, en diversas materias y también con distintos alcances, incluyendo las normas de *ius cogen*, c) la consolidación de una legislación mercantil nacional especial, d) el recurso cada vez más generalizado a los usos y costumbres comerciales, generales y específicos, en sus diversos niveles, global, regional, nacional, local, e) la proliferación de una normatividad terciaria y derivada contenida en reglamentos y circulares y f) el reservorio del derecho común supletorio contenido dentro del *Código Civil*.

Pero el anterior sistema de fuentes, plural y variado, ofrece ventajas e inconvenientes a los operadores jurídicos prácticos. Por un lado, las ventajas propias de un sistema de fuentes plural y variado se encuentran en su mayor riqueza de referentes y, por ende, en su mayor flexibilidad y adaptabilidad a los casos concretos. Sin embargo, por el otro lado, su instrumentación resulta necesariamente más compleja, así como más difícil la previsión anticipada del sentido de sus soluciones materiales concretas.<sup>59</sup>

---

<sup>59</sup> Cfr. Juan Pablo Pampino Baliño. "Nociones generales y esquemas ordenadores introductorios al curso de Historia General del Derecho" en *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*. Número 28. México. ELD. 2004 y Julio Montejano Hilton. *Las fuentes formales del Derecho condicionantes de un derecho justo*. Tesis profesional. México. Escuela Libre de Derecho. 1992.

Ahora bien, con el propósito de potenciar las anteriores ventajas y de acotar los referidos inconvenientes, conviene apuntar por lo menos algunas consideraciones generales.

En primer sitio, cabría reiterar aquí la referida inviabilidad de las concepciones jurídicas sistemáticas y herméticas que pretendieron explicar al derecho según la forma geométrica de la pirámide normativa a partir del paradigma estatalista.

Dicha imagen piramidal del ordenamiento jurídico resulta —como se dijo— incapaz de comprender las nuevas porosidades y la misma articulación de los diferentes derechos de nuestro tiempo, caracterizados por el entrecruzamiento de normas, reglas y principios de diferente procedencia, jerarquía, naturaleza y ámbito de aplicación.

Hoy por hoy parece más ajustada a la realidad contemporánea de la glocalización la figura de las ‘redes horizontales colaborativas’ como imagen sustitutiva de la pirámide normativa.<sup>60</sup>

En segundo lugar merecería la pena subrayar la necesidad de retomar una serie de principios y reglas profundamente arraigados dentro de nuestra tradición jurídica. Los principios a que nos referimos fueron característicos del pluralismo de la jurisprudencia romana clásica y del *ius commune* europeo medieval y están siendo —significativamente— propuestos nuevamente por la doctrina.<sup>61</sup>

Nos referimos particularmente a la dinámica generalidad-especialidad en la determinación y aplicación del derecho, que se encuentra estrechamente vinculada con cuestiones de derogación tácita e interpretación según el ‘principio de especialidad’.<sup>62</sup>

Dicho principio, frecuentemente expresado en su formulación latina —*lex specialis derogas generalis*—, hunde en realidad sus raíces en el derecho romano y en el derecho canónico clásico.<sup>63</sup>

<sup>60</sup> Vid supra nota 28.

<sup>61</sup> Es el caso del propio N. !di. *La edad de la descodificación...*, op. cit., pero también, indudablemente, de las teorías de la argumentación jurídica, que durante los últimos años, han venido a rehabilitar la tópica, la retórica, la lógica material y la dialéctica, tal como fue articulada en la Antigüedad y en la Edad Media por Aristóteles, Cicerón, Vico y un largo etcétera, como sucede especialmente en los casos de Th. Viehweg y de Ch. Pereltman. Un panorama de estas teorías de la argumentación puede verse en Manuel Atienza. *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1997.

<sup>62</sup> Cfr. José Antonio Tardío Pato. “El principio de especialidad normativa (*lex specialis*) y sus aplicaciones jurisprudenciales” en *Revista de Administración Pública*. Número 162. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2003.

<sup>63</sup> Efectivamente, en sus *Cuestiones*, Papiniano observaba: *In loto jure generi per speciam derogatur*, es decir, en todo el derecho el género se deroga por la

Ahora bien, conviene observar que dicho principio de especialidad tradicionalmente ha alternado con el principio de temporalidad —*lex posterior derogat priori*— y con el de jerarquía —*lex superior derogat inferiori*—, como ‘principios formales’ que remiten a la regla superior, especial y posterior.

Sin embargo, en su concepción original romana y medieval, dichos principios admitían también el regreso a la regla del ‘derecho común’ -que siempre era general y muchas veces inferior y anterior-, cuando el principio superior, especial y posterior era insuficiente o inadecuado para resolver el caso concreto. Se trata del principio característico de la ‘teoría de los estatutos’ del ‘derecho común europeo’, según el cual, ante la inidoneidad de los *iura propria*, cabía la aplicación paliativa y supletoria del *ius commune*.<sup>64</sup>

Lo interesante a destacar aquí —para los efectos de la instrumentación de la descodificación del derecho mercantil mexicano— es que el operador jurídico tenía libertad para aplicar los principios formales de especialidad, temporalidad y jerarquía, o el diverso principio formal de aplicación supletoria del derecho común, a partir de la consideración de un ‘principio material’, o de contenido, que le permitía valorar cuál era el mejor derecho para resolver el caso concreto.<sup>65</sup>

Así pues, la propuesta concreta para la reconducción de la pluralidad de fuentes que supone la descodificación mercantil supone, que ante la vocación de múltiples ordenamientos jurídicos para aplicarse a un caso concreto y más allá del empleo de los principios formales anteriormente enunciados, el operador jurídico pueda, en ciertos casos, valorar materialmente —de manera prudencial y atendiendo a diversos criterios objetivos que orienten una

---

especie. D. 50, 17. 80. Es el mismo principio que a través de su *ratio loci*, habría de retomar Juan Graciano en su Decreto, o *Concordia discordantium canonum*, que formó el primer libro del *Corpus Iuris Canonici*. Cfr. Pampino. *Historia...*, op. cit.

<sup>64</sup> Se trata del principio *ubi cessat statutum, habet locum ius civile*, es decir, que al final de la vigencia de los derechos propios (estatutos), podía tener lugar la aplicación supletoria del derecho (civil) común. Cfr. Pampino. *Historia...*, op. cit.

<sup>65</sup> La metodología para la determinación y aplicación del derecho dentro de la jurisprudencia romana clásica, así como en la época del *ius commune* europeo, muchas veces se guiaba por criterios materiales que buscaban la regla que resolviera de la manera más adecuada el problema planteado. Cfr. Juan B. Vallet de Goytsolo. *Metodología de la Determinación del Derecho*. 2 tomos. Madrid. Centro de Estudios Ramón Areces. 1994.

decisión racional evitando toda arbitrariedad— cuál es la norma, principio o regla que ofrece una solución más adecuada al conflicto planteado.<sup>66</sup>

Por lo demás y para no extendernos en mayores consideraciones, baste señalar que la descodificación en general y la descodificación del derecho mercantil mexicano en particular parecen procesos definitivos respecto de los cuales no se vislumbran vueltas al pasado.

La crisis y el agotamiento de la codificación en su versión decimonónica fue definitiva y no resultaría viable un regreso al paradigma de una ley estatal completa y cerrada que pretendiera fijar definitivamente las normas del derecho privado comercial.

Sin embargo, lo anterior no quiere decir que no sea posible, de un lado, la reunión física con pretensiones meramente instrumentales y prácticas, de repertorios o compilaciones que puedan ofrecerle a los operadores jurídicos prácticos prontuarios accesibles y ordenados que reúnan, junto con el cuerpo de leyes especiales, tratados internacionales, costumbres, jurisprudencia y doctrina, los mismos principios generales del derecho común.

Igualmente, no resulta descabellada la posibilidad de una codificación del derecho mercantil e inclusive del conjunto del privado internacional por materias en distintos niveles —global, continental o regional—, que reúna principios generales aplicables dentro de diversos campos. Es el caso —como se dijo— de los principios del UNIDROIT, de los *Restatements* del Derecho anglosajón y de los propios esfuerzos actualmente empeñados por varios iusprivatistas europeos, que no pretenden sin embargo la conformación de un código completo y cerrado de normas, sino más bien de un cuerpo homogéneo de principios, parcial, flexible y abierto, que

---

<sup>66</sup> Esta es la propuesta hecha dentro de la doctrina norteamericana por el estudioso del derecho internacional privado David F. Cavers, quien ha propuesto que el juez, ante una situación internacional litigiosa, deba seguir en la determinación del derecho aplicable un método *'result-selective'*, que le permita al juez apreciar el contenido material de las normas potencialmente aplicables, habilitándolo para elegir aquella que sirva mejor para dirimir los intereses en conflicto, conforme a ciertos criterios de preferencia, que consideren la voluntad de las partes contratantes, los vínculos más estrechos de la relación jurídica, la mayor protección de quien sufre un daño, etcétera. Cfr. Juan Pablo Pampillo Baliño. "Notas para un análisis comparativo de la recepción de la doctrina de los vínculos más estrechos en el Convenio de Roma y en la Convención de México. *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*. Número 18. México. AMEDIP. 2005.

permita la articulación y armonice los diferentes derechos aplicables a la práctica privada internacional.

## V. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS

A manera de conclusiones y perspectivas de la presente ponencia, pueden proponerse las siguientes hipótesis:

*Primera.* La descodificación es un fenómeno presente e importante dentro del derecho mexicano en general y específicamente dentro del derecho mercantil. Sin embargo, no ha sido objeto de una reflexión profunda y completa entre nosotros, a diferencia de lo sucedido en otras latitudes, donde la doctrina ha abordado este tema siguiendo frecuentemente las líneas generales de la obra clásica de Natalino Irti *La edad de la descodificación* de 1978.

*Segunda.* El análisis de N. Irti sobre la descodificación —a la que entiende como una nueva dinámica entre los *Códigos*, jalonados hacia arriba por la *Constitución* y hacia los lados por las *Leyes Especiales*— resulta adecuado para comprender el nuevo multi-sistema jurídico plural, así como las nuevas lógicas de generalidad-especialidad en la determinación del derecho aplicable y en la interpretación jurídica. Adicionalmente, siguen siendo útiles sus consideraciones en torno a la derogación tácita, las lagunas, la analogía y los principios generales.

*Tercera.* Sin embargo, hay dos planteamientos centrales en la obra del profesor italiano que nos parecen dignos de revisarse. El primero tiene que ver con la importancia, en nuestro criterio excesiva, que le concede a la descodificación, hasta el extremo de considerarla como el fenómeno jurídico que define nuestro tiempo. El segundo está relacionado con el papel meramente residual que le asigna al *Código Civil* como resultado de la misma.

*Cuarta.* Para efectos de contextualizar las aproximaciones de Natalino Irti a la comprensión de la descodificación, conviene intentar enmarcarlas dentro del actual fenómeno de la 'glocalización' (globalización + localismos) como uno de los principales aspectos de la crisis de la dogmática jurídica contemporánea del positivismo legalista formalista.

*Quinta.* La comprensión de la glocalización y sus efectos sobre el comercio y el derecho mercantil resulta más accesible a través de la comparación entre las similitudes existentes entre la Baja Edad Media y nuestro tiempo. Dicha comparación nos ayuda a entender mejor la dependencia de codificación respecto del para-

digma estatalista y la imagen geométrico piramidal del ordenamiento jurídico como un sistema cerrado propuesta por la dogmática positivista.

*Sexta.* Estando por un lado en crisis la soberanía del estado —y por ende la ley del estado por antonomasia, el código— y siendo por el otro inadecuada la comprensión de los ordenamientos como sistemas herméticos para comprender las necesarias articulaciones entre los diferentes derechos de nuestro tiempo, la codificación -en su diseño decimonónico- resulta radicalmente inadecuada para acoger al derecho mercantil. En otras palabras, la desestatalización es el contexto histórico que nos permite entender el fenómeno de la descodificación.

*Séptima.* Entre las principales similitudes que pueden encontrarse entre la sociedad bajomedieval y la sociedad contemporánea por lo que respecta al comercio, podemos señalar: a) la reactivación de las comunicaciones y la búsqueda de una mayor seguridad en las mismas como vehículo del intercambio, b) la preponderancia del sujeto mercantil sobre la actividad comercial, c) la transformación del concepto riqueza, que atraviesa por las fases inmobiliaria, mobiliaria, dineraria, crediticia e intangible (conocimiento e información) y d) la transformación del lugar de aprovisionamiento, distribución y encuentro entre la oferta y la demanda, de la ciudad, a la 'aldea global'.

*Octava.* Entre los principales datos que nos ofrece la comparación entre los ordenes jurídicos mercantiles medieval y contemporáneo, nos encontramos: a) la primacía del estatuto personal, b) la naturaleza desnacionalizada de las soluciones, c) la proliferación de técnicas estamentales o gremiales, en definitiva, extraestatales, de regulación y solución de conflictos, d) la preeminencia de las fuentes consuetudinarias, e) la condición antiformalista, reicentrista, dinámica y acomodaticia de las soluciones jurídicas, f) el rigor comercial como garantía de la seguridad del tráfico, f) la diversidad de fuentes, g) la variedad de soluciones atípicas e innominadas, h) la inviabilidad de los códigos como leyes completas y cerradas, así como la conveniencia práctica de recopilaciones o repertorios abiertos.

*Novena.* Adicionalmente, pueden señalarse como características del derecho mercantil actual las siguientes: a) la comercialización del derecho privado, b) la tendencia —no lineal— hacia la unificación del derecho privado y c) la desprivatización o socialización del derecho mercantil como consecuencia del surgimiento de las concepciones de la economía social de mercado.

*Décima.* Dentro de la historia de nuestro derecho patrio, podemos ubicar los siguientes hitos dentro de nuestro proceso de descodificación: a) 'codificación del derecho mercantil' (1854-1889), b) 'descodificación temprana' a través de leyes particulares (1889-1917), b) 'profundización de la descodificación' como resultado de la *Constitución de 1917*, de la promulgación del nuevo *Código Civil de 1928* y de la consolidación de la legislación mercantil especial, corporativa y financiera (1917-1950), d) 'consolidación práctica de la descodificación' dentro del contexto de una economía cerrada caracterizada por el interevencionismo estatal (1950-1990) y e) 'consumación de la descodificación' dentro del contexto de una economía de mercado, de la apertura comercial y la globalización, a través de nuevas leyes, importantes reformas, la adhesión de México a diversos foros internacionales de comercio y la suscripción de un número creciente de tratados de libre comercio (1990 a la fecha).

*Décima Primera.* La descodificación del derecho mexicano supone: a) la proliferación y consolidación de las leyes especiales, que han venido a replantear la unidad de la materia mercantil, b) un nuevo equilibrio dentro del derecho privado entre la autonomía de la voluntad y las normas imperativas de contenido social recogidas por la *Constitución*, c) una progresiva internacionalización del derecho mercantil que se ha traducido en un vasto aparato de tratados, leyes modelo, jurisprudencia, costumbres y estándares, d) el recurso al *Código Civil* como derecho común supletorio y e) la pervivencia anacrónica de un *Código de Comercio* prácticamente derogado en su totalidad.

*Décima Segunda.* Ante la pluralidad y variedad de nuestro sistema de fuentes, vale la pena retomar algunos principios profundamente arraigados dentro de nuestra tradición jurídica. Particularmente se propone, junto con el empleo de los principios formales para la determinación e interpretación del derecho aplicable (especialidad, jerarquía y temporalidad), la consideración de un principio material que permita a los operadores jurídicos prácticos considerar también los contenidos de los ordenamientos con vocación para aplicarse a un caso concreto, a efectos de permitirles la selección de la norma, regla o principio más idónea para resolver el caso concreto.

*Décima Tercera.* La descodificación del derecho mercantil y privado en general es un fenómeno irreversible en el sentido de imposibilitar un regreso a la codificación desde los presupuestos

filosóficos y con la estructura y contenido de su versión decimonónica. Sin embargo, dicha irreversibilidad no impide la conformación de repertorios y prontuarios que sirvan como apoyo a la práctica, ni la codificación parcial, abierta y flexible de principios de derecho privado como prueban los del UNIDROIT, los *Restatements* del derecho anglosajón y los proyectos que se han venido desarrollando durante los últimos años dentro del ámbito regional europeo.