

LA CIENTIFICIDAD DEL DERECHO PROCESAL MERCANTIL

THE SCIENTIFIC NATURE OF COMMERCIAL PROCEDURAL LAW

A CIENTIFICIDADE DO DIREITO PROCESSUAL COMERCIAL

MARTÍN EDUARDO PÉREZ-CÁZARES*

* Universidad de Guadalajara. México. mperezcazares@yahoo.com.mx

RECIBIDO: 16 DE MARZO DE 2015. ENVÍO A PARES: 24 DE MARZO DE 2015
APROBADO POR PARES: 26 DE MAYO DE 2015. ACEPTADO: 28 DE MAYO DE 2015

DOI: 10.5294/DIKA.2015.24.2.8

PARA CITAR ESTE ARTÍCULO / TO REFERENCE THIS ARTICLE / PARA CITAR ESTE ARTIGO
PÉREZ-CÁZARES, MARTÍN EDUARDO, "LA CIENTIFICIDAD DEL DERECHO PROCESAL
MERCANTIL", EN *DIKAION*, 24-2 (2015), PP. 383-412. DOI: 10.5294/DIKA.2015.24.2.8



Universidad de
La Sabana

RESUMEN

En este artículo se pretende demostrar que el derecho procesal mercantil es una disciplina científica, y se propone que el avance que se obtenga como tal sea aplicado en la impartición de justicia, a fin de generar nuevas figuras procesales que permitan un desarrollo jurídico del procedimiento mercantil acorde a este nuevo milenio. Como ciencia es un subsistema científico que cambia por su propia naturaleza —al igual que el comercio—, evoluciona y se desarrolla como producto de la globalización y formas del mercado moderno, por tanto, existe la necesidad de renovación e innovación del procedimiento mercantil.

PALABRAS CLAVE

Derecho procesal mercantil; desarrollo científico del derecho procesal; ciencia; subsistema científico; problemática del derecho procesal mercantil.

ABSTRACT

The intent of this article is to demonstrate that commercial procedure law is a scientific discipline. It proposes that the progress obtained as such be applied in the administration of justice, so as to generate a new commercial procedural law that is in keeping with the new millennium. Because science is a scientific subsystem, the nature of which changes (just like commerce), evolves and develops as a result of globalization and modern market forms, there is a need for renewal and innovation in the commercial process.

KEYWORDS

Commercial procedural law, scientific development of procedural law, science, scientific subsystem, problems of commercial procedural law litigation.

RESUMO

Pretende-se demonstrar que o direito processual comercial é uma disciplina científica e propõe-se que o avanço que se obtenha com isso seja aplicado na distribuição da justiça a fim de gerar novas figuras processuais que permitam um desenvolvimento jurídico do procedimento comercial coerente com este novo milênio. Como ciência, é um subsistema científico que muda por sua própria natureza —assim como o comércio—, evolui e desenvolve-se como produto da globalização e de formas do mercado moderno; portanto, existe a necessidade de renovação e inovação do procedimento comercial.

PALAVRAS-CHAVE

Direito processual comercial, desenvolvimento científico do direito processual, ciência, subsistema científico, problemática do direito processual comercial.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN; 1. EL DERECHO PROCESAL MERCANTIL COMO CIENCIA; 2. EL SUBSISTEMA CIENTÍFICO DEL DERECHO PROCESAL MERCANTIL; 3. LA INDIVIDUALIZACIÓN DEL DERECHO PROCESAL MERCANTIL; 4. EL DESARROLLO DE LA CIENCIA DEL DERECHO PROCESAL MERCANTIL; 5. EL PROBLEMA DEL DESARROLLO DEL DERECHO PROCESAL MERCANTIL; 6. EL PROBLEMA DE LA DESIGUALDAD EN EL DERECHO PROCESAL MERCANTIL; 7. EL DERECHO PROCESAL MERCANTIL EN EL DESARROLLO; CONCLUSIONES; BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El comercio es una de las grandes actividades humanas desde los orígenes. Difícilmente alguien podría apartarse de esta actividad; aun por accidente o por necesidad, en algún momento estamos sujetos al comercio y no puede sustraerse del régimen jurídico al que obedecen todas las relaciones comerciales.

El comercio abarca una gran parte del campo jurídico, es una de las grandes categorías del derecho, y alrededor de sus conceptos e ideas fundamentales gira todo un círculo de instituciones jurídicas que, por la dinámica de las transacciones y negociaciones mercantiles, tiende a evolucionar de manera rápida, utilizando los usos y la costumbres que en el ámbito comercial se estilán, aun cuando la normatividad jurídica no los prevea. Es así que el derecho procesal mercantil debe de ir, en su normatividad, acorde con la agilidad del comercio.

El estudio de la norma procesal mercantil permite el desarrollo científico de su contenido, que proporciona la elaboración de conceptos y su crecimiento, lo que nos lleva a generar principios jurídicos propios, para ser concretados en la norma jurídica procesal y regular así la actividad comercial.

El desarrollo científico del procedimiento mercantil debe acceder a la modernización y al avance en todas sus etapas, utilizando la tecnología aplicada al procedimiento, innovando su aplicación con características comunes distintas al resto de la normatividad procesal, a fin de generar su autonomía científica.

1. LA CIENCIA DEL DERECHO PROCESAL MERCANTIL

El derecho procesal mercantil debe de verse, estudiarse y analizarse como una ciencia, puesto que su origen surgió de una especialización de la aplicación del derecho por los mercaderes, quienes tenían la necesidad de resolver sus problemas de manera rápida y alejados de los formalismos del derecho civil.

Así pues, el derecho mercantil surgió como un derecho especial (no excepcional) frente al común o general, que era y seguiría siendo el derecho civil; como un derecho profesional (de los comerciantes); de carácter consuetudinario y uniforme, por regular solamente, y en todas partes, iguales necesidades y similares relaciones de los mercaderes. "Era el derecho creado por los propios comerciantes para

regular las diferencias surgidas entre ellos en razón del trato o comercio que profesionalmente realizaban”.¹

Dar carácter científico al derecho procesal mercantil no es aventurado, la ciencia en general debe de producir hipótesis que establezcan teorías que sirvan para resolver los problemas que atañen al comercio en general y específico, y dar respuesta a interrogantes de cómo desarrollar mejor el procedimiento mercantil en cada una de sus etapas.

Como lo señala Couture, “la separación del derecho y de la acción constituyó un fenómeno análogo a lo que representó para la física la división del átomo”, siendo a partir de ese momento “que el derecho procesal adquirió personalidad y se desprendió del viejo tronco del derecho civil”.²

Bajo esta tesis, el derecho en general es una ciencia y una de sus ramificaciones es el derecho procesal mercantil, el cual genera principios y teorías procesales que son aplicadas para resolver problemas ajenos al derecho material u objetivo. En cuanto al estudio que nos ocupa, el derecho procesal mercantil resuelve los problemas de impartición y administración de justicia entre los comerciantes, desarrolla y construye conceptos de figuras e instituciones jurídicas procesales, genera métodos de estudio y técnicas de litigación para llegar al fin del juicio.

En este contexto, el derecho debe estar en armonía con el método ideal del procedimiento de aplicación, es decir, con el ideal de procedimientos, el cual posibilita las precondiciones justas, en la medida en que el principio regulador impone el objetivo de perseguir un orden justo que pueda ser aceptable para todos los sujetos afectados.³

Es así que el derecho procesal mercantil impone vínculos jurídicos entre las partes contendientes y el juzgador, vínculos que sujetan durante todas las etapas del procedimiento, con la idea de buscar un equilibrio y equidad entre las partes para llegar a una verdad, situación que es precisamente lo que busca la ciencia.

Nunca han enmudecido las voces que niegan absolutamente a la jurisprudencia el carácter de ciencia, ya sea porque se estima que algo tan cambiante y casual como el contenido de las normas jurídicas positivas no puede ser en absoluto objeto de una ciencia, ya sea porque el papel del conocimiento se estima secundario frente al momento volitivo y sentimental al tomar decisiones jurídicas y se considera un autoengaño el método científico de creación del derecho.⁴

1 Jorge BARRERA GRAF, *Instituciones de derecho mercantil*, México, Porrúa, 2000, p. 3.

2 Eduardo J. COUTURE, *Fundamentos de procesal civil*, 2 ed., Buenos Aires, De Palma, 1951, p. 64.

3 Juan Antonio GÓMEZ GARCÍA, “Fundamentación de la democracia a propósito de la dialéctica legalidad-legitimidad”, en Rafael Enrique Aguilera Portales (coord.), *La democracia en el estado constitucional*, México, Porrúa 2009, p. 35.

4 Karl LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 2001, p. 25.

Empero, el derecho es ciencia porque puede tener poder sobre un objeto o cosa a través de una prohibición, incluso sobre una cosa ajena; tiene la capacidad de poner límites tanto a las personas como a las cosas; tiene el poder de sometimiento; así mismo, el derecho procesal mercantil impone tiempos, cargas procesales y obligaciones.

Durante gran parte del tiempo, las ciencias han basado su desarrollo en el paradigma del método de reduccionismo, por el cual se debían identificar los elementos o componentes de un sistema, especificar las propiedades básicas de dichos elementos y elaborar una mecánica de leyes o teorías que explicaran sus movimientos. El derecho procesal no ha sido la excepción, y en su lucha por alcanzar un estatus científico encontró en el concepto de la acción la unidad fundamental para explicar el contenido de esta pretendida ciencia.⁵

Hay quienes dudan, por tanto, del carácter científico del derecho procesal mercantil, no obstante que demuestra la verdad o falsedad de un hecho a través de su procedimiento, cuando se aplica de manera individual y a casos concretos al dictarse la sentencia definitiva; por tanto, no puede haber duda de la científicidad del derecho procesal mercantil, al ser la ciencia del derecho que se encarga del enjuiciamiento de los actos mercantiles y que en su sistema va descubriendo la verdad de los hechos.

El derecho procesal, como parte de la ciencia jurídica, es decir, la moderna ciencia procesal como disciplina autónoma, tiene su origen a partir de la doctrina de los pandectistas alemanes a mediados del siglo XIX. Se afirma por la mejor doctrina procesal, que para lograr su autonomía científica influyeron dos acontecimientos. Por una parte, la famosa polémica entre Windscheid y Muther (1856-1857), al confrontar la primitiva *actio* romana con la *klage* germánica, lo que provocó la concepción de la acción como derecho subjetivo diferenciado del derecho material.⁶

La ciencia genera conocimiento y el derecho procesal mercantil genera el conocimiento no solo de la aplicación de las normas sustantiva y adjetivas positivas mercantiles, sino también de su aplicación y aplicabilidad, de conocer las necesidades económicas de los comerciantes, lo que le da un sesgo autónomo, puesto que conoce de las transacciones comerciales que realizan no solo quienes se dedican al comercio, sino la sociedad en general, sean o no comerciantes, se dediquen al comercio o no.

Estimamos que la jurisprudencia es de hecho una ciencia, porque ha desarrollado métodos que aspiran a un conocimiento racionalmente comprobable del derecho vigente.⁷

5 Omar SUMARIA BENAVENTE, "Las nuevas fronteras del derecho procesal en el siglo XXI: enfoque metodológico multidimensional del derecho procesal", en *Revista del Foro*, Colegio de Abogados de Lima sur, 1 (2013), p. 165.

6 Eduardo FERRER MAC-GREGOR, "La ciencia del derecho procesal constitucional", en *Dikaion*, 22 (17) (2008), p. 101.

7 Karl LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, op. cit., p. 26.

Al tener el derecho procesal mercantil la capacidad de demostrar la verdad o falsedad de uno o varios hechos, resulta ser una ciencia porque los hechos que se le plantean a un juzgador, mediante las etapas del procedimiento, el desahogo de las pruebas aportadas y admitidas, establece ciertos métodos y formas de continuar con un juicio, de desahogar las pruebas aportadas, con la firme idea de llegar a la verdad legal que es la sentencia, la cual aún puede ser revisada por magistrados; esto es, el derecho procesal mercantil es una ciencia porque tiene la capacidad de ser verificada en más de una ocasión, y, a su vez, va generando nuevos conceptos que se aplican a las situaciones futuras, creando con ello nuevos conocimientos.

La finalidad del proceso es la comprobación formal de los hechos y la identificación de la norma legislativa que regula el caso concreto. Investigar qué tutela concede la norma a un determinado interés y ver, en el caso especial, qué norma, entre las muchas que existen en el ordenamiento jurídico, es aplicable al caso concreto.⁸

Así, en la ciencia del derecho existen conceptos jurídicos generales y subconceptos jurídicos específicos; los subconceptos, aparte de ser la interpretación de las instituciones y figuras jurídicas, son la parte procesal del derecho, que se van construyendo a través de la experiencia en los litigios.

El derecho procesal exige creatividad, innovación, crítica y reflexión, e implica un debate respecto de la congruencia de los sistemas políticos y económicos con los sistemas jurídico-procesales; fenómenos presentes como la globalización, internalización e integración regional, así como la inserción en el mercado internacional, que son factores que afectan directamente al sistema jurídico y al sistema procesal, el cual debe estar preparado para los cambios que enfrenta este nuevo siglo.⁹

Uno de los fines de la ciencia es la innovación; por esta razón, es necesario innovar el derecho procesal mercantil; aplicar las nuevas tecnologías en y durante el procedimiento mercantil en beneficio no solo del mismo procedimiento sino de las partes contendientes y del juzgador. Utilizar los medios electrónicos en el procedimiento no es aventurado, estos son ya parte de la vida misma del ser humano y, en tal caso, ¿por qué no permitir el uso de los medios electrónicos que facilitan la vida al procedimiento mercantil?

El debate del siglo XX en materia procesal se centró en dar más facultades al juzgador o dar más facultades a la partes, esto es, de ser un juez pasivo a ser un juez activo en el proceso, o dar la actividad a las partes contendientes de disponer de los intereses deducidos en juicio.

El debate del siglo XXI se debe de centrar en la científicidad del derecho procesal, siendo uno de ellos el derecho procesal mercantil, a fin de tutelar de manera efectiva los intereses del comercio y los comerciantes, pues ello genera certidumbre jurídica y protege la inversión en beneficio de la economía del propio Estado.

8 José BECERRA RAMÍREZ, *El proceso civil en México*, México, Porrúa, 2000, pp. 86-87.

9 Omar SUMARIA BENAVENTE, "Las nuevas fronteras del derecho procesal en el siglo XXI", *op. cit.*, p. 166.

El dinamismo propio del comercio hace necesario postular conceptos fundamentales para ser aplicados en las controversias que se susciten, situación que beneficia al derecho en general, y al derecho procesal mercantil en particular.

Los conceptos básicos o más importantes de toda ciencia son las categorías o conceptos categoriales. En toda disciplina científica encontramos un conjunto de conceptos fundamentales o categorías, los cuales jerárquica y sistemáticamente son superiores a todos los demás conceptos, y los abarcan y determinan.

En la ciencia procesal ha sido preocupación de los diversos estudiosos determinar cuáles son los conceptos fundamentales de la misma. Briceño Sierra postula el dinamismo como concepto fundamental y expone que los conceptos básicos, a su juicio, son: litigio, controversia, acuerdo, desacuerdo y causa. Enfoca los aspectos doctrinales que considera más difundidos respecto de la acción, la jurisdicción y el proceso; que el proceso no puede ser elemental y hay otros procesos elementales que deben tomarse en cuenta, por ejemplo, el procedimiento, la instancia, la conexión y el proveimiento.¹⁰

Calamandrei,¹¹ por su parte, afirma que las ideas fundamentales para la elaboración de la sistemática procesal son tres: concepto de acción, concepto de jurisdicción y concepto de proceso. He aquí que acción, jurisdicción y proceso constituyen la parte fundamental del proceso y se convierten en una inseparable unidad, por el fin común al que se dirigen y al que sirven. La teoría del proceso y su estructura orgánica solo se consolidarán sobre base sólida, delineando su sistema científico en consideración a estos tres elementos.

A su vez, existe un mercantilismo comercial exacerbado, tanto al interior del país como al exterior; las herramientas tecnológicas han achicado al mundo, el uso de la Internet ha traído nuevas formas de hacer comercio. Ahora vemos innumerables transacciones comerciales por la red, lo que ha generado también la extraterritorialidad de la norma procedimental mercantil, buscando la homogeneización de los procedimientos para la solución de las controversias, y ante esta búsqueda de homogeneidad está el uso de la Internet como una herramienta procedimental. Recordemos que tanto la Organización Mundial del Comercio (OMC) como la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (Uncitral), buscan homogeneizar el sistema procesal mercantil.

El dinamismo del comercio ha generado nuevas formas de usos y costumbres entre los comerciantes que no están reflejadas en una ley o código, pero que son usadas y aplicadas por los comerciantes de manera diaria y cotidiana, no obstante estar prevista su aplicación en el artículo 1856 del Código Civil Federal en México, el cual establece: “El uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos”.

10 Humberto SIERRA BRISEÑO, *Derecho procesal*, 2 ed., México, Harla Colección Juristas Latinoamericanos, p. 135.

11 Piero CALAMANDREI, *Derecho procesal civil*, México, Harla, Clásicos del derecho, vol. 2, p. 46.

Como vemos, se encuentran previstos como una norma interpretativa, pero no en una procedimental, como norma solucionadora.

La aceleración de la vida moderna provoca un fenómeno con relación al derecho, consistente en que la vida real a veces deja atrás las normas jurídicas y con frecuencia estas, aunque continúan como derecho vigente, pierden su eficacia y van siendo sustituidas poco a poco por una serie de normas consuetudinarias, o bien por normas contenidas en multitud de disposiciones administrativas que no tienen las características de una ley.¹²

Existe ya un enorme abismo entre las normas consignadas en muchas leyes y la realidad práctica de la operación y el funcionamiento de instituciones. Es necesario un esfuerzo de renovación y reorientación de esta materia.¹³

Por tanto, necesitamos ya de nuevas instituciones y figuras jurídicas del derecho procesal mercantil que sean acordes, no solo con las necesidades del mundo comercial o empresarial, sino con el desarrollo del comercio mundial para la solución rápida y eficaz de las controversias que se susciten entre quienes se dedican al comercio; para tal objetivo es necesario que se le vea, estudie y analice como ciencia para buscar y encontrar nuevas formas procesales alejadas de formulismos que retardan el procedimiento.

Uno de los problemas que se afronta en la actualidad es el de tratar de romper el paradigma del derecho procesal como disciplina instrumental, accesoria y dependiente del derecho sustancial, para demostrar que el derecho procesal contemporáneo cumple unos objetivos superiores que pueden reunirse en tres aspectos: 1) el derecho procesal como máxima garantía en la protección y asignación de los derechos, 2) el derecho procesal como disciplina jurídica con mayor alcance de homogeneidad internacional a través de sus principios constitucionales, y 3) el debido proceso como la principal estructura del derecho procesal, lo cual lo convierte en el máximo límite que se le imprime a la autoridades jurisdiccionales y administrativas en el desarrollo de sus funciones.¹⁴

En este nuevo milenio, a raíz de la innovación tecnológica, se han transformado costumbre y forma; por ejemplo, los diálogos entre jóvenes son más a través de teléfonos móviles que de manera directa, hoy se han cambiado las cartas por correos electrónicos, este avance vertiginoso no puede pasar desapercibido para el derecho procesal mercantil, que tiene que adecuarse a los cambios, puesto que el comercio es también vertiginoso.

En México, la materia procesal mercantil se encuentra codificada en un código que data de 1890, esto es, hace ya más de un siglo, y nos preguntamos si todavía sigue siendo aplicable o ya cayó en desuso; un código en el que todavía no

12 Miguel ACOSTA ROMERO y Julieta Areli LARA LUNA, *Nuevo derecho mercantil*, México, Porrúa, 2003, p. 1.

13 *Ibid.*, p. 2.

14 Omar SUMARIA BENAVENTE, "Las nuevas fronteras del derecho procesal en el siglo XXI", *op. cit.*, p. 178.

existían los avances tecnológicos del siglo XXI, pero que se sigue aplicando aun cuando muchas instituciones jurídicas ahí legisladas han pasado a otros cuerpos normativos o han quedado caducas e inaplicables.

2. EL DERECHO PROCESAL MERCANTIL, ¿UN SUBSISTEMA CIENTÍFICO?

En la era del proceso, el derecho es un sistema que se ramifica, lo que engendra subsistemas de cada rama del derecho; el procedimiento mercantil es uno de ellos. Si bien la ciencia del derecho es una sola, tradicionalmente se ha dividido en dos grandes ramas, derecho público y derecho privado; esta tradición debe quedar atrás, hoy el árbol del derecho se ha ramificado en más de dos grandes ramas; la ciencia jurídica se ha especificado, especializado y dividido de tal manera que en el derecho laboral podemos encontrar el derecho a la seguridad social; dentro del derecho social se encuentra el derecho agrario; el derecho civil podemos dividirlo en derecho de familia, derecho de contratos, derecho de las obligaciones etc.; en el derecho mercantil podemos encontrar ramificaciones de derecho marítimo, derecho de banca y crédito, derecho de títulos de crédito, derecho societario, etc.

La división entre el *ius privatum* y el *ius publicum* ha dominado a partir de la fórmula de ulpiano: “*publicum ius est, quod ad statum rei romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet*” (derecho público es el que afecta a la utilidad del Estado; derecho privado el que se refiere a la utilidad de los particulares). A partir de esta concepción, han surgido teorías y criterios para tratar de distinguir estas grandes ramas jurídicas, atendiendo a los aspectos materiales (contenido de intereses tutelados), formales (norma externa de las relaciones jurídicas), subjetivos (sujetos dotados de imperio), entre otros.¹⁵

Como sistema, el derecho en general es el tronco o el centro del sistema, y alrededor están las ramas del derecho, una de ellas es el derecho procesal mercantil. En un sistema orgánico, el derecho en general vendría a ser el cuerpo, mientras que el derecho procesal mercantil un brazo de ese cuerpo,¹⁶ y las normas jurídicas del derecho procesal mercantil en particular serán las venas que conectan el torrente sanguíneo del brazo con el cuerpo.

Como manifiesta Karl Larenz, “la misión de la ciencia del derecho es conocer las normas en su conexión orgánica, condicionándose unas a otras, a fin de poder seguir la genealogía de las normas particulares hasta la altura de su principio y así mismo descender los principios hasta sus últimos vástagos”.¹⁷ Respecto al subsistema científico del derecho procesal mercantil no se restringe a una interpretación de otro subsistema como el derecho procesal civil, uno con otro

15 Eduardo FERRER MAC-GREGOR, *La ciencia del derecho*, op. cit., p. 100.

16 Dado que es la fuerza de trabajo que genera economía.

17 Karl LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, op. cit., p. 41.

interactúa, puesto que no pueden estar aislados, ya que toma figuras jurídicas del derecho procesal civil que no están legisladas para el derecho procesal mercantil. Las sociedades mercantiles, los comerciantes y quienes realicen actos mercantiles necesitan resolver sus problemas y diferencias de manera rápida ya que requieren de la innovación en la impartición de justicia, que necesita el sector económico empresarial, no el Estado, porque este no realiza actos de comercio, careciendo de legislación que permita el avance del derecho procesal mercantil puesto que este necesita desarrollar procesos más rápidos y eficientes.

Ahora bien, es necesario un sistema procesal mercantil que permita al comerciante, bien sea físico o moral, confiar en la justicia, una justicia que sea independiente y un derecho procesal mercantil autónomo, y que la sociedad en general, a través de la eficiencia en el procedimiento, acuda a los tribunales a pedir justicia que, en el caso particular de la rama mercantil, comúnmente es el cobro de adeudos. Alejar al comerciante de la justicia es alejarlo de un bien que clama a diario, por eso los conocimientos científicos del derecho procesal mercantil deben provocar un desarrollo tecnológico aplicable a la justicia, confiando en la seguridad jurídica para ofrecer una verdadera y pronta solución de controversias, puesto que vivimos en sistemas económicos poco estables, y ante ello es necesario la rapidez procedimental.

La autonomía no es algo que un sistema jurídico cobre por sí y para sí solo. Un sistema jurídico es autónomo solo en la medida en que los procedimientos institucionalizados para la producción legislativa y para la administración de justicia garantizan una formación imparcial del juicio y por esta vía permiten que penetre en el derecho una racionalidad procedimental.¹⁸

Todo sistema social se integra mediante las actividades diseñadas por un número de personas con actividades complementarias o interdependientes, ningún sub-sistema es autosuficiente. Si no funciona, desaparece; necesita nutrirse del otro, porque están incluidos en un sistema social que adquiere interdependencia estructural; dentro de este engranaje se encuentra el derecho procesal mercantil.

Las sociedades, debido a su naturaleza variada, representan agrupamientos organizados de personas cuyas actividades están institucionalmente encauzadas.¹⁹

De este modo, papeles, normas y valores proporcionan tres bases interrelacionadas para fincar sistemas sociales: a) la gente está unida debido a la interdependencia funcional de los papeles que desempeña; b) los requerimientos normativos de esos papeles agregan un elemento cohesivo adicional; c) finalmente, los valores centrados alrededor de los objetivos del sistema proporcionan otra fuente de integración.²⁰

18 Juan Antonio GÓMEZ GARCÍA, "Fundamentación de la democracia a propósito de la dialéctica legalidad-legitimidad", en Rafael Enrique Aguilera Portales (coord.), *La democracia en el estado constitucional*, México, Porrúa, 2009, p. 36.

19 Daniel KANTZ y Robert L. KAHN, *Psicología social de las organizaciones*, México, Trillas, 1990, p. 9.

20 *Ibid.*, pp. 47-48.

Cada una de las partes sociales tiene su propia estructura, sus propias normas que prescriben las formas adecuadas de conducta; también, sus propios sistemas de recompensas, para alentar los objetivos, así como sanciones para desalentar las desviaciones. Esto sucede en la actividad mercantil, donde se han desarrollado burós de crédito para informar quiénes han incumplido con sus obligaciones de pago, y ciertas costumbres que, si bien están reconocidas por el derecho, no están legisladas aunque de manera cotidiana las apliquen los comerciantes.

Así, el sistema del derecho procesal mercantil es un subsistema dentro del engranaje económico y social, y del derecho en general, que busca en la particularidad de quienes se dedican al comercio la solución de controversias rápidas.

Así, aparecen nuevas formas o enfoques de carácter económico, sociológico, histórico, psicológico para explicar el porqué de la existencia de los distintos sistemas procesales, desde aquellas que observan solo el carácter técnico sustantivo y los clasifican como pertenecientes a un sistema u otro.²¹

De esta forma, el derecho procesal sería un sistema complejo, cuyo estudio debe revisar sus bases y reorientarse a un abordaje transdisciplinario más que multidisciplinario, para reencontrarse y reconstruir la realidad que corresponde al fenómeno total al cual se aplica, que es la sociedad misma.²²

El derecho procesal se convierte así en el sistema de garantías que hace posible la función jurisdiccional hacia la realización de una tutela jurisdiccional efectiva, en oposición a la teoría de la instrumentalidad del proceso como herramienta necesaria para la satisfacción jurídica.²³

En consecuencia, el derecho procesal mercantil constituye una rama autónoma de la ciencia jurídica. Y ello opera dentro de un ámbito de conductas fundamentalmente distinto del que conceptualizan las normas de derecho material. Los vínculos jurídicos que surgen entre el juez y las partes, así como los requisitos y efectos de los actos procesales, se encuentran regidos por principios propios, ajenos a los del derecho material.

Es así que en un sistema orgánico, los miembros particulares del sistema giran en cierto modo alrededor de un centro. La unidad del sistema radica en la insuprizable relación de todos sus miembros con un centro, que descansa en sí mismo (y, a la inversa, en la relación del centro con los miembros, cada uno determinado por su posición respecto a aquel).²⁴

21 Omar SUMARIA BENAVENTE, "Las nuevas fronteras del derecho procesal en el siglo XXI", *op. cit.*, p. 165.

22 *Ibid.*, p. 166.

23 Antonio María LORCA NAVARRETE, *Estudios sobre garantismo procesal*, Madrid, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2009, p. 4.

24 Karl Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho*, *op. cit.*, p. 40.

Por consiguiente, el derecho en general es el centro del sistema legal y las ramas del derecho serán los miembros particulares del sistema convirtiéndose en los subsistemas. En comparación, será como el sistema solar, los planetas giran alrededor del centro que es el sol, estos vendrían a ser las ramas del derecho y el sol el derecho en general.

Es claro también que los nuevos avances tecnológicos tienden a modificar no solo las costumbres y la idiosincrasia de los pueblos, sino también de las formas de impartir y administrar justicia, que genera un mayor avance en su economía al generar certidumbre; estos avances tecnológicos han modificado incluso técnicas de procesos jurídicos al utilizar Internet (por ejemplo, el poder consultar un acuerdo de un expediente desde la propia oficina), que bien podrían ser de gran utilidad en el procedimiento mercantil, por ejemplo, para instaurar juicios en línea, bajando con ello costos en la tramitación de un juicio.

3. LA INDIVIDUALIZACIÓN DEL DERECHO PROCESAL MERCANTIL

El sistema procesal mercantil es especial e individual en su aplicación, porque solo es para los que de alguna forma se dedican al comercio o para realizar actos mercantiles, por tanto, su forma o manera de pensar lleva implícita una ganancia; por consiguiente, las instituciones procesales mercantiles tienen que transformarse, esto es, a mayor conocimiento del derecho procesal mercantil mayor conciencia individual como ente comerciante. El comerciante en su actividad diaria aplica usos y costumbres que va transmitiendo de generación en generación como un conocimiento propio de su actividad; es decir, aun sin asistir a una universidad, recibe una educación comercial.

En este marco gnoseológico, la verdad se entiende como correspondencia, como identidad entre el sujeto y su entorno —el orden objetivo: el procedimiento—, o bien como identidad entre la representación —el orden objetivo: el procedimiento— y la realidad. En consecuencia, considera como su objeto propio la realidad en tanto que objetiva, equipara formalmente lo objetivo y lo real, e identifica la objetividad de la cosa conocida con la objetividad de la realidad en el ámbito del pensamiento.²⁵

La norma jurídica del procedimiento mercantil es eminentemente individualizada y especializada; individualizada porque se aplica a quien realiza actos de comercio, y especializada porque es aplicada solo al comerciante, no atañe al conocimiento de lo social.

25 Juan Antonio GÓMEZ GARCÍA, "Fundamentación de la democracia a propósito de la dialéctica legalidad-legitimidad", en Rafael Enrique Aguilera Portales (coord.), *La democracia en el Estado constitucional*, México, Porrúa, 2009, p. 35.

Ello es así porque al momento de aplicarlo surgen formalismos legales y de costumbres adquiridas en el comercio que forman parte del procedimiento de usos y costumbres entre los comerciantes.

Alfred Schutz²⁶ elabora una teoría de las realidades múltiples, en la que describe de manera amplia las características del mundo de la vida pero también de otros ámbitos, tomado el concepto de “subuniversos” de la realidad social. En esta teoría sobre las realidades múltiples, afirma que hay distinciones entre el mundo de la religión, del arte, de los sueños, de la fantasía, de la teorización científica o de la vida cotidiana.

La vida cotidiana es el quehacer diario, el contacto del sujeto con su realidad, con el mundo que ve, que asimila a través de los sentidos, sin asistir a una escuela o universidad, y el comerciante se enfrenta a la vida diaria en los mercados, en los *tianquis*, comprando y vendiendo; en las transacciones mercantiles que realiza a diario encuentra su realidad y va adquiriendo un conocimiento del comercio, de la forma de comercializar, de obtener ganancias y de aplicar en muchos casos los usos y la costumbre que se utiliza en el comercio; es decir, sin conser, en la mayoría de los casos, la norma mercantil, y menos aun el procedimiento mercantil, emplean sus costumbres para comercializar.

De acuerdo con Rocco,²⁷ el término uso en el derecho moderno es un término amplio que comprende desde la simple habitualidad individual, hasta la verdadera y propia costumbre jurídica. Así, el comerciante va adquiriendo el conocimiento mediante hábitos que se convierten en costumbres, mismos que utiliza como un saber de la forma de realizar transacciones o conratos mercantiles y que sirven en muchos casos para resolver controversias.

El acervo del conocimiento es definido por Schutz²⁸ como un almacén de experiencias previas, tanto propias como transmitidas, que permiten el desenvolvimiento del sujeto en tres niveles: al percibir o captar el mundo y los problemas; al interpretarlo y actuar sobre él; y al resolver las distintas situaciones que vive. La forma en que almacenan estos conocimientos es a través de tipificaciones, es decir, categorías que aglutinan el conocimiento de manera ordenada, sintética, agrupada, tal como se procede al seguir un método dentro de las ciencias sociales.

De ahí que el sistema²⁹ jurídico procesal mercantil constituya, al momento de ser aplicado a un caso concreto, un ente individual e individualizado, cuyo conocimiento adquirido tendrá que ser compartido cuando entra en contacto con la impartición de justicia; el conocimiento jurídico no puede quedarse para sí mismo, tendrá que

26 Alfred SCHUTZ, *El problema de la realidad social*, Buenos Aires, Amorrortu, 1976, p. 133.

27 Alfredo ROCCO, *Principios de derecho mercantil*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1931, p. 119.

28 *Ibid.*, p. 152.

29 Le llamamos sistema porque como tal forma parte de otro general que es el derecho, y al formar parte del sistema general del derecho se convierte en un subsistema, aunque en lo individual sea un sistema.

aflojarlo al momento en que se imparta justicia y ese conocimiento son los usos y las costumbres que a diario aplican.

Considerado como una rama de la enciclopedia jurídica, el derecho procesal es la disciplina que tiene por objeto el estudio del sistema de las instituciones mediante las cuales el Estado cumple una de las funciones características: la función jurisdiccional.³⁰

Ahora bien, el subsistema procesal mercantil tiene que adecuarse a los tiempos actuales en que la información es mucho más rápida. Inimaginable sería años atrás pensar en realizar contratos mercantiles sin estar presentes físicamente, y más aun, sin tener que trasladarse a otro país para concretar un acto de comercio; por ello, el procedimiento mercantil debe de ser ágil y sencillo, utilizar las herramientas tecnológicas es agilizar el procedimiento y ello impacta en buscar nuevas teorías procesales, acordes a los tiempos actuales y apegadas a la realidad del comercio.

Así, debe existir una oferta abundante de sistemas y formas procedimentales de impartir justicia en la que se tenga un abanico de posibilidades de resolución de controversias más amplias, que se enfoquen en las necesidades no solo empresariales o del Estado, sino de la globalización que irá en beneficio de los comerciantes, a quienes se les aplicará un procedimiento rápido de manera directa o indirecta.

En esta individualización de la norma procesal mercantil, los artículos 1051, 1052 y 1053 del Código de Comercio en México establecen la forma de que los comerciantes puedan crear sus propios procedimientos en aras de buscar la rapidez en la solución de conflictos.

Artículo 1051. El procedimiento mercantil preferente a todos es el que libremente convengan las partes con las limitaciones que se señalan en este libro, pudiendo ser un procedimiento convencional ante tribunales o un procedimiento arbitral.

A tal efecto, el tribunal correspondiente hará del conocimiento de las partes la posibilidad de convenir sobre el procedimiento a seguir para solución de controversias, conforme a lo establecido en el párrafo anterior del presente artículo. (Adicionado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 9 de junio de 2009).

La ilegalidad del pacto o su inobservancia cuando esté ajustado a ley, pueden ser reclamadas en forma incidental y sin suspensión del procedimiento, en cualquier tiempo anterior a que se dicte el laudo o sentencia.

El procedimiento convencional ante tribunales se regirá por lo dispuesto en los artículos 1052 y 1053, y el procedimiento arbitral por las disposiciones del título cuarto de este libro. (Artículo reformado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 4 de enero de 1989).

Artículo 1052. Los tribunales se sujetarán al procedimiento convencional que las partes hubieren pactado siempre que el mismo se hubiere formalizado en escrito-

30 Rafael DE PINA y José CASTILLO LARRAÑAGA, *Derecho procesal civil*, México, Porrúa, 1982, p. 18.

ra pública, póliza ante corredor o ante el juez que conozca de la demanda en cualquier estado del juicio, y se respeten las formalidades esenciales del procedimiento.

Artículo 1053. Para su validez, la escritura pública, póliza o convenio judicial a que se refiere el artículo anterior, deberá contener las previsiones sobre el desahogo de la demanda, la contestación, las pruebas y los alegatos, así como:

- i. el negocio o negocios en que se ha de observar el procedimiento convenido;
- ii. la substanciación que debe observarse, pudiendo las partes convenir en excluir algún medio de prueba, siempre que no afecten las formalidades esenciales del procedimiento;
- iii. los términos que deberán seguirse durante el juicio, cuando se modifiquen los que la ley establece;
- iv. los recursos legales a que renuncien, siempre que no se afecten las formalidades esenciales del procedimiento;
- v. el juez que debe conocer del litigio para el cual se conviene el procedimiento en los casos en que conforme a este código pueda prorrogarse la competencia;
- vi. el convenio también deberá expresar los nombres de los otorgantes, su capacidad para obligarse, el carácter con que contraten, sus domicilios y cualquiera otros datos que definan la especialidad del procedimiento.

En las demás materias, a falta de acuerdo especial u omisión de las partes en la regulación procesal convenida, se observarán las disposiciones de este libro.³¹

Estos artículos nos dan la base no solo para individualizar la norma procesal mercantil, sino también para implementar un procedimiento moderno utilizando los avances tecnológicos y científicos, en aras de agilizar y facilitar el procedimiento, que bien podrían acordar las partes en realizarlo en línea, a través de Internet; o hacer el desahogo de las pruebas por videoconferencias; omitir la parte de los alegatos, por mencionar algunas formas procedimentales de manera específica.

Si bien la ciencia es una labor del individuo, este interactúa con otros científicos en busca de un mejor desarrollo del conocimiento, esto no puede escapar a la ciencia del derecho y menos aún a la ciencia procesal del derecho mercantil, en la cual debemos innovar buscando mejorar la legislación procesal vigente con nuevas figuras jurídicas que agilicen el proceso, que den certeza y seguridad a las partes contendientes, en una individualización que busca la especialización al ser aplicado solo a los actos de comercio y a las personas que lo realizan.

31 <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/2/>

4. EL PAPEL DE LA CIENCIA DEL DERECHO PROCESAL MERCANTIL EN EL DESARROLLO

La ciencia está fundada en el hecho de buscar el avance de los pueblos, de dar respuesta a los problema sociales, y uno de los grandes problemas ha sido la impartición y administración de la justicia, en especial de la justicia mercantil, porque comúnmente los juzgados están saturados de juicios en materia mercantil, dado que de alguna u otra manera todos compramos o vendemos algo con tal de obtener ganancia.

La ciencia busca dar respuesta a los hechos y a los actos, busca resolver problemas que atañen a la sociedad; el derecho procesal mercantil debe plantear su autonomía frente a los grandes poderes teológicos y políticos; la ciencia del derecho procesal mercantil debe tener únicamente juicios de hecho y no juicios de valor. Hoy, la ciencia y la tecnología pasaron de la periferia de la sociedad a su centro. Ahora se enfrentan al problema de tener que regular las transacciones mercantiles electrónicas a través de legislar las nuevas formas, usos y costumbres de los comerciantes que son aplicadas en el derecho procesal mercantil, que como ciencia cuenta con el poder del conocimiento, que se ha convertido en un instrumento para el avance.

En esta lucha de los saberes tecnológicos entre sí, el Estado había intervenido con una función de disciplinarización: vale decir, de selección, homogeneización, jerarquización y centralización a la vez. Ya no por razones directamente económicas, sino por razones de lucha, de lucha política.³²

La pregunta es ¿cómo lo podemos hacer?, y la respuesta es simple; es necesaria una regulación y la regulación la da la ciencia jurídica. Es decir, a través del derecho se impone una normatividad en la que se respeten los derechos humanos, entre ellos el de la impartición y administración de justicia, y estas regulaciones no deben ser solamente nacionales, sino internacionales, para que no pase que un país prohíba situaciones de comercio que otro permite. En este panorama entra el derecho procesal mercantil, al regular la actividad comercial que se da a nivel global.

La producción del derecho procesal mercantil debe basarse en la realidad y las necesidades de los comerciantes, buscando el descubrimiento de nuevas formas de impartir justicia, fórmulas, reglas y teorías que hagan mejor el desarrollo del procedimiento mercantil, buscando una mejor solución de controversias. En otras palabras, las normas del procedimiento mercantil deben adecuarse a las necesidades del comercio, deben obrar como una especie de aparato selector de los temas del derecho procesal mercantil.

El científico desea siempre aplicar sus descubrimientos en beneficio de la humanidad; ellos tienden a ser revolucionarios y utilizan sus verdades para iluminar al

32 Michel FOUCAULT, *Defender la sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 173.

mundo; por ejemplo, al descubrirse los microbios, se inició una nueva era en la terapéutica; al descubrirse las ondas hertzianas se transformó la comunicación, como de igual forma se ha transformado la misma con la aplicación de Internet; con el descubrimiento de la descomposición del átomo se inició una nueva era atómica; se descubrió la nanotecnología; el uso de las células madre, etc. Esto es, la ciencia es factor de cambio, de avance social, económico, político y cultural.³³

Cada país de latinoamérica tiene sus propias características comerciales, pero dentro de ellas existe más de una denominación común, no solo el idioma; existe una interculturalidad que se da a través de la información, unos que la difunden, otros que la investigan, encontrándonos con el comerciante universal que, a través de Internet interactúa y comercializa a nivel global; por ello, debemos encontrar procedimientos mercantiles de índole internacional, sin estar físicamente presentes en el lugar donde se lleve a cabo dicho procedimiento.

Este giro cultural no es ajeno al entorno en el que se lleva a cabo y que no es otro que el de la sociedad tecnológica. Una sociedad tecnológica que es más que una descripción del inmenso desarrollo de las nuevas tecnologías o del análisis del impacto de las mismas en todo lo relacionado con lo sociocultural.³⁴

En Guatemala existe un Código Procesal Civil y Mercantil, en el que están previstos los juicios orales, cuya demanda puede presentarse verbalmente, al disponer el artículo 201 del citado código lo siguiente: “Artículo 201. (Demanda). La demanda podrá presentarse verbalmente, en cuyo caso el secretario levantará el acta respectiva. Podrá también presentarse por escrito. En ambos casos deberá observarse lo prescrito en los artículos 106 y 107 de este Código, en lo que fuere aplicable”.

Se busca con ello la celeridad en los asuntos y que la justicia llegue a cualquier persona en aras de cumplir uno de los cometidos del Estado.

Por ello, es necesario intercambiar información del derecho procesal mercantil para retroalimentarse, de esa manera el comerciante global reacciona ante problemas similares y aumentará su base jurídica para aplicar la tecnología al desarrollo de nuevas formas procedimentales de impartir la justicia, que acarrea una cultura jurídica que se verá influenciada por otras sociedades modernas.

De acuerdo con Habermas, en ciertos momentos de su desarrollo, las sociedades se enfrentan con problemas de sistemas no resueltos, que desafían sus posibilidades de reproducción continuada y que no pueden ser abordados dentro del orden normativo existente.³⁵ La sociedad tiene entonces que transformarse, de lo contrario sus posibilidades de supervivencia pueden verse seriamente afectada.³⁶

33 Martín Eduardo PÉREZ CÁZARES, “La producción del conocimiento”, *Enl@ce, Revista Venezolana de Información, Tecnología y Conocimiento*, año 10 (1) (2013), p. 27.

34 Arnaiz Graciano GONZÁLEZ R., *Derechos Humanos nuevos espacios de representación*, Madrid, Escolar y Mayo, 2012, pp. 11-12.

35 Anthony GIDDENS, *Política sociología y teoría social*, Barcelona, Paidós, 1997, p. 271.

36 Idem.

En la actualidad, toda sociedad aspira a tener un desarrollo moderno, basado en la producción del conocimiento y tecnología que se da en las universidades y a través de la investigación, ello beneficia el desarrollo económico. Por eso, el derecho procesal mercantil debe crear las condiciones necesarias que fomenten el desarrollo de la ciencia jurídica procesal que busque y encuentre una nueva forma de impartir justicia, con juicios rápidos libres de formalismos que retarden el procedimiento.

El interés del poder real radicaba en disciplinar el saber histórico y establecer así un saber del Estado. Bajo esta tesitura, el Estado controlaba la investigación tecnológica, con la idea de vigilar el conocimiento, para que este no fuera antiestatal, y controlar la enseñanza no obstante que hubiera oposición.

De ahí que la justicia ha traído muchas inseguridades, ya no sabemos bien cuál es la fuente inobjetable de la verdad legal, pues cada quien tiene su punto de vista, de acuerdo con quién aporta el elemento económico para inclinar la balanza de la justicia; también es cierto que la ciencia jurídico-procesal ha avanzado a pesar de los obstáculos e intereses financieros, pero el derecho sigue estando sujeto a estos intereses económicos, aún en este siglo XXI.

Los derechos se han transformado y ahora son el reconocimiento de los deseos de los principales agentes económicos. En virtud de que un grupo o una colectividad se vuelva económicamente trascendente para el mercado, sus deseos se reconocerán como derechos, y esta producción de derechos se origina en razón de que a mayor participación económicamente activa van teniendo los agentes económicos en el mercado, este les va a reconocer sus deseos, que luego el sistema normativo traducirá en derechos.³⁷

Por ello será necesario abatir el elemento económico para encontrar la verdad legal y esto se logra a través de un procedimiento claro, transparente, alejado de formalismos, pues uno de los reclamos frecuentes es la dilación y los costos de los juicios, provistos de grandes tecnicismos, que en muchas ocasiones hacen nugatoria la justicia.

Este orden disciplinar de que hablamos se encuentra al momento de legislar, en el que se norman intereses ajenos a la sociedad, al comercio y al comerciante; se norman intereses económicos y políticos particulares. El Estado debe ser el primer interesado en cumplir su función pública de juzgar e impartir justicia, y por ello debe ser el primer interesado en el desarrollo del derecho procesal y, en especial, del derecho procesal mercantil, al ser este un derecho que impacta a la economía, a fin de poder cumplir con el valor superior o el ideal de toda sociedad, que es la justicia.

El Estado, por tanto, debe poner todos los medios y poderes, incluso los avances científicos y tecnológicos, a disposición de la ciencia procesal para alcanzar

37 Omar SUMARIA BENAVENTE, "Las nuevas fronteras del derecho procesal en el siglo XXI", *op. cit.*, p. 170.

el bien y el valor de la equidad, buscando la honradez y la imparcialidad, de ahí la importancia de apoyar el desarrollo científico del derecho procesal mercantil.

El derecho procesal mercantil debe buscar la sencillez y rapidez en la resolución de los casos que se le presenten al juzgador, y no quedarse al margen de avances científicos y tecnológicos. Por el contrario, para ser exitoso deberá estar abierto a nuevas modalidades, especialmente a aquellas prácticas que mejor respondan a necesidades comerciales o financieras, así como a innovaciones tecnológicas.³⁸

5. LA PROBLEMÁTICA DEL DERECHO PROCESAL MERCANTIL

La ciencia no es espíritu objetivo: es espíritu objetivado por las obras humanas. La ciencia no vive por sí misma, es algo que fabrica el ser humano. Ya fabricada, queda ahí tal y como fue hecha, fósil, petrificada como estatua. Si cambia, si evoluciona, como efectivamente ocurre, es por obra de nuevas mentes humanas, las cuales, al revivir el legado que recibieron de otros estudiosos, no se limitan a revivirlo estrictamente y sin más, atendiéndose de un modo exclusivo a lo que encontraron, sino que aportan nuevos matices de interpretación, de crítica, de superación, nuevas creaciones; la obra recibida no es revivida servilmente en pura copia, sino que al pensarla los nuevos sujetos la piensan de otro modo, y la corrigen y la transforman.

Así debe suceder en el derecho procesal mercantil, en el que existen instituciones y figuras jurídicas ya caducas, inaplicables a nuestra realidad comercial, que retardan y entorpecen la solución de conflictos, las cuales deben de ser cambiadas por instituciones nuevas, que produzcan agilidad en el proceso, acordes a la realidad tecnológica y social que vivimos, puesto que una de las características del derecho procesal mercantil es precisamente la rapidez.

Quienes intentan conocer el mundo científicamente, es decir, realizar una *epojé* fenomenológica, deben poner entre paréntesis la certeza, la confianza en lo que existe y comenzar a dudar metódicamente.³⁹

El objetivo de la ciencia es buscar y encontrar respuestas, resolver problemas que atañen a la sociedad, a la salud, la economía, la política, el derecho, en todo su entorno; buscar procesos de desarrollo. Y esta búsqueda no tiene límites, puesto que el conocimiento humano traspasa fronteras, al igual que el derecho procesal mercantil, cuyas normas son de ámbito internacional, como lo es el propio comercio, que es una de sus características de ser ciencia. Así, el derecho en general no puede quedar como un simple espectador, menos aún el derecho procesal mercantil, que debe de ir a la par de otras ciencias, buscar su desarrollo científico. Lamentablemente, su mayor obstáculo ha sido el Estado, puesto que su parte

38 Boris Kozolchyk, "Modernización del derecho mercantil. Uniformidad internacional y desarrollo económico", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 125 (2009), p. 800.

39 Zeyda RODRÍGUEZ MORALES, "Alfred Schutz y sucesores", *op. cit.*, p. 200.

legislativa no promueve el desarrollo de nuevas instituciones de derecho procesal mercantil, se limita a legislar por legislar, a poner parches jurídicos a problemas inmediatos tratando de resolverlos sin llegar a la raíz del problema, sin llegar al fondo del asunto, lo que ha generado mayores problemas sociales y, en muchas ocasiones, indignación, de ahí que el derecho procesal mercantil, en las más de las ocasiones, tenga que acudir a los usos y las costumbres.

Lamentablemente, el insuficiente apoyo frena el desarrollo científico; en algunas ocasiones, fuerzas conservadoras se oponen al desenvolvimiento de la ciencia jurídica, a su aplicación, e incluso, no permiten la aplicación del conocimiento jurídico, existiendo una inaplicabilidad del derecho a todas las personas por igual, en la cual los procesos para unos son más ágiles y rápidos y para otros lentos, con entorpecimientos inútiles, que niegan todo acceso a la justicia. En lo particular, el derecho procesal mercantil debe ser suficientemente rápido, pues de ello dependen cuestiones económicas, no solo para las partes contendientes, sino para la economía del Estado, puesto que a mayor certeza en los procesos mercantiles mayor confianza y seguridad en la inversión.

Ha sido tal la falta de legislación procesal mercantil, que en materia internacional se han aceptado usos y costumbres como el costo seguro flete (CIF, por sus siglas en inglés), el *cost insurance freight* o las cláusulas FOB, el libre a bordo o *free on board*, que en el comercio internacional se han convertido en normas que aplican los comerciantes aun cuando no se encuentren legisladas.

Esta falta de legislación de los usos y costumbres mercantiles no es otra cosa que la falta de concordancia entre la realidad social y la normatividad jurídica, esto es, no se da una legislación acorde con la realidad social, ni siquiera con las necesidades sociales, y menos aun, con las necesidades del comercio. Para el caso en particular, la legislación mercantil no es acorde con las necesidades de los comerciantes y ello impide el desarrollo del derecho procesal mercantil y frena la ciencia jurídica.

Independientemente de lo anterior, no existe en la legislación mercantil un concepto sobre los usos y las costumbres mercantiles, pues estas siempre tienden a ser de índole procesal; sano sería establecerlo en una norma mercantil, puesto que al momento de aplicar los usos y las costumbres queda un vacío en el juzgador al saber que estos se utilizan para aplicarlos a un caso determinado, no obstante que históricamente ocupan el primer lugar en las fuentes del derecho mercantil, nacen a la vida jurídica en el tráfico comercial y mercantil, son aplicados como norma jurídica (*regular iuris*); por tanto, la ciencia del derecho procesal mercantil debe tomarlas, analizarlas y estudiarlas, positivándolas e integrándolas a un cuerpo normativo. En el Código de Comercio de Chile se establece, en su artículo 4, un rango normativo que se acerca a un concepto sobre las costumbres en materia mercantil al señalar: “Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, general-

mente ejecutados en la República o en una determinada localidad, y reiterados por un largo espacio de tiempo, que se apreciará prudencialmente por los juzgados de comercio”.⁴⁰

Conceptualizar los usos y las costumbres es una necesidad urgente para aplicar en las controversias mercantiles, pues recordemos que muchos litigios en esta materia son de índole internacional, y los usos y las costumbres varían de país en país.

De ahí la necesidad de la comparación jurídica para conocer la tradición y el sistema legal que cada país aplica, bien sea en el derecho comparado o en el método comparativo de la ciencia del derecho, que busca encontrar las diferencias y semejanzas en la aplicación y la solución de conflictos.

Según señala Mantilla Molina,⁴¹ “se ha considerado como un obstáculo para la codificación internacional, la circunstancia de que en algunos países el derecho mercantil tenga autonomía legislativa y en otros esté unificado al derecho privado”.

En México, esta falta de legislación ha frenado el avance científico del derecho procesal mercantil, pues aun cuando hay propuestas de avances científicos o nuevas formas procedimentales del derecho mercantil, estas no son aplicadas y menos aún legisladas pues, como se mencionó, el Código de comercio en México data de 1890, y aún no se ha legislado, por ejemplo, la figura de la irregularidad o de la oscuridad en una demanda, teniéndose que apelar al Código Federal de Procedimientos Civiles.

Algunos de estos opositores consideran que la modernización de las instituciones jurídicas mercantiles de las naciones en desarrollo es producto de la arrogancia intelectual o del imperialismo jurídico cultural de los modernizadores. Ellos ponen en duda que las naciones en desarrollo puedan mejorar su condición social y económica si modernizan sus instituciones jurídicas con base en instituciones inspiradas por culturas jurídicas que ellos consideran crasamente comerciales y materialistas.⁴²

6. EL PROBLEMA DE LA DESIGUALDAD EN EL DERECHO PROCESAL MERCANTIL

El derecho procesal mercantil, como ciencia, debe romper paradigmas, suposiciones, hábitos, mitos; tiene el poder de transformar la forma de hacer comercio y de resolver las controversias mercantiles, que a muchos perjudica en su estatus económico, en sus privilegios cuando se busca una igualdad y equidad procesal, una impartición de justicia igual para todos.

40 http://leyes-cl.com/codigo_de_comercio/4.htm

41 Roberto L. MANTILLA MOLINA, *Derecho Mercantil*, México, Porrúa, 1982, p. 37.

42 Boris KOZOLCHYK, “Modernización del derecho mercantil”, *op. cit.*, pp. 803-804.

Toda la ciencia jurídica debe generarse de tal manera que su aplicación llegue a todos los estratos de la sociedad, que sea aplicable y aplicada por igual, sin distinción alguna, con el fin de que se vea claramente que no existe una ciencia jurídica para unos y otra ciencia jurídica para otros, sino que debe de aplicarse con todos los miembros de la colectividad, más aún en materia mercantil, cuyas demandas comúnmente son por el pago de dinero.

El problema de la aplicación del derecho se da en el ámbito procesal, y es quizás tan antiguo como el de la propiedad privada. Siempre hay quien tenga más y quien tenga menos. Así, el derecho se aplica de una forma para unos y de otra para otros.

¿Cómo dar solución a este problema? ¿Cómo repartir proporcionalmente el derecho al impartir la justicia? Es claro que pretender una repartición absolutamente igual sería no solamente necio, sino también injusto, pues como lo hizo notar Aristóteles, no hay peor injusticia que la de tratar a todos en forma igual, siendo estos desiguales.

Conviene advertir que no solo es posible ser objetivista en cuanto al pensamiento jurídico, sino en cuanto al pensamiento científico y tecnológico, y a la estructura lógica de la ciencia o del arte. Es decir, se puede ser objetivista o subjetivista en los diversos ordenes de la cultura; se puede ser una cosa u otra en la apreciación lógica, en la apreciación estética, ética, y, por ende, en el pensamiento jurídico, pero la ciencia siempre va a ser objetiva y el derecho debe ser así, cien por ciento objetivo, sin matices, sin colores, tan recto como lo debe de ser, tan firme como lo dicta la norma.

El derecho procesal mercantil debe ser objetivo, promover y propiciar la igualdad y equidad entre las partes, buscando la efectiva tutela judicial, contando con juicios sencillos y rápidos, para evitar vulnerar derechos fundamentales, favoreciendo la eliminación de formalismos innecesarios que obstaculicen el acceso a la justicia. Desde sus inicios, la ciencia jurídica se ha acompañado de un espíritu crítico. En este sentido, podemos decir que la ciencia del derecho procesal mercantil es desmitificadora, porque uno de sus fines es librarnos de perjuicios o mitos constantes a lo largo de la historia de impartir justicia.

La relación entre derecho y sociedad tiene efectos significativos de índole peculiar para las naciones en desarrollo, hay que vincular al derecho procesal mercantil con la sociedad, dado que actualmente vivimos un mercantilismo exacerbado; el problema radica en la cuestión ideológica, en ella hay persuasión, cuando debería haber comunicación del derecho procesal mercantil de manera directa con la sociedad; esta comunicación se da a través de los juicios, donde no se vea al juzgador ni al derecho como algo inalcanzable, imposible de acceder y menos aún, que se vea parcializado hacia una de las partes.

Estamos en la era de la información a través de las computadoras, de la telefonía móvil, de la Internet; esto ha traído la modificación de la forma de los usos y las costumbres, incluso de la forma de prestar servicios públicos por parte del Estado o de los entes privados. A raíz de esta era informática, podemos pagar

a través de Internet un servicio, un impuesto o una tarjeta de crédito; de igual manera, debe hacerse con el derecho procesal mercantil, ser aplicado a través de Internet, desarrollar los juicios en línea, puesto que si el comercio internacional se maneja a través de la red, ¿porque los juicios no?, y con ello se accedería a la justicia sin obstáculo alguno.

Desde el momento en que se produce una forma de control en el mecanismo, y por tanto en la disciplina moderna de los saberes, mediante un aparato destinado a ello, de control sobre el saber tenía que entrañar la condena, la exclusión de cierto número de enunciadados que eran científicamente verdaderos y fecundos.⁴³

El debate de la ciencia jurídica actual respecto a la impartición de justicia está en dos puntos opuestos: uno es el requerimiento de formalismos y tecnicismos para presentar una demanda que obstaculizan su acceso, y otro que favorece la eliminación de actos u omisiones innecesarias que obstaculicen la indicada prerrogativa o la hagan nugatoria.

Resulta orientador en este aspecto, el informe 105/99 emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso 10.194, "Palacios, Narciso vs. Argentina" de 29 de septiembre de 1999, en donde estableció que lo que protege ese derecho es que el acceso a la justicia no se convierta en un desagradable juego de confusiones en detrimento de los particulares, en tanto que se argumentó que las garantías a la tutela judicial efectiva y al debido proceso imponen una interpretación más justa y beneficiosa en el análisis de los requisitos de admisión a la justicia, al punto de que por el principio *in dubio pro actione* o *favor actionis*, hay que extremar las posibilidades de interpretación en el sentido más favorable. Así, dicho organismo sustentó que las garantías relativas a la eliminación de las trabas que impidan u obstaculicen el acceso a la jurisdicción, a la interpretación de las normas reguladoras de los requisitos de acceso a la jurisdicción en forma favorable a la admisión de la pretensión, evitándose incurrir en hermenéuticas ritualistas, y a que no se desestimen aquellas pretensiones que padecen de defectos que pueden ser subsanados, implican la obligación para las autoridades jurisdiccionales de resolver los conflictos que les plantean las partes de manera integral y completa, evitando formalismos o interpretaciones no razonables u ociosas que impidan o dificulten el enjuiciamiento de fondo y la auténtica tutela judicial, exigiendo que los órganos judiciales, al interpretar los requisitos procesales legalmente previstos, tengan presente la *ratio* de la norma, con el fin de evitar que los meros formalismos o entendimientos no razonables impidan un enjuiciamiento de fondo del asunto.⁴⁴

Todos concuerdan que la ciencia es una cultura con mucho poder que ha generado una forma de vida peculiar en Occidente.⁴⁵ El derecho también es cultura y

43 Michel FOUCAULT, *Defender la sociedad*, op. cit., p. 171.

44 <http://www.cidh.org/annualrep/99span/de%20fondo/argentina10.194.htm>

45 Michel FOUCAULT, *Defender la sociedad*, op. cit., p. 171.

engendra un poder cuando este es aplicado de manera incorrecta o por intereses particulares, que impiden cualquier acceso a la jurisdicción contenciosa.

Buscar la igualdad no solo en el acceso a la justicia, sino durante el desarrollo del procedimiento es algo que debe darse en los hechos y en el derecho. En el Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador existe una norma que establece:

Principio de igualdad procesal

Art. 5. Las partes dispondrán de los mismos derechos, obligaciones, cargas y posibilidades procesales durante el desarrollo del proceso.

Las limitaciones a la igualdad que disponga este Código no deben aplicarse de modo tal que generen una pérdida irreparable del derecho a la protección jurisdiccional.⁴⁶

Esta situación debe establecerse en todos los códigos procesales, no solo de Latinoamérica, sino a nivel global, pues es y ha sido una de las demandas de los comerciantes y de la sociedad en general.

7. LA IMPORTANCIA DEL DERECHO PROCESAL MERCANTIL EN EL DESARROLLO DE LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA

No podemos negar a la ciencia jurídica procesal su gran contribución al desarrollo de la sociedad con su reglamentación para la solución de conflictos entre las partes; por ello, el desarrollo del derecho procesal mercantil no debe ser propiedad de solo unas cuantas personas, esto es, no debe generarse solo un acceso a la justicia para unos cuantos; de ser así, caeríamos en el oscurantismo, en el ocultamiento de la verdad y en la negación del desarrollo.

Esto requiere de implementos materiales para la aplicación del derecho procesal mercantil, pues es lógico que se aplica en los tribunales y, por tanto, se requiere de ellos, pero se deben tener las tecnologías apropiadas para la solución de controversias.

Muchas sociedades contemporáneas todavía son predominantemente tradicionales, en el sentido de que su estructura demográfica, económica, educativa, religiosa, política y jurídica se parece mucho a la que existía hace siglos, antes de que empezara la modernización.⁴⁷ En dichas sociedades se vive un centralismo en la aplicación del derecho; se tiene que acudir a otros lugares en busca de la justicia; no en todos los lugares hay juzgados y, en donde los hay, son precarios, sin implementos para poder generar un proceso digno de la ciencia jurídica procesal. Son solo las capitales y alguna que otra ciudad las que concentran la infraestructura jurídica procesal, dejando al resto de la población aislada de los implementos

46 http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Procesal_Civil_Mercantil_El_Salvador.pdf

47 Amitai ETZIONI y Eva ETZIONI, *Los cambios sociales*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 231.

para la aplicación de la justicia. Llevar a cabo un procedimiento jurídico requiere de instalaciones apropiadas.

La centralización de los juzgados no es acorde con un federalismo, ni con el desarrollo; efectivamente, los grandes centros de justicia, o ciudades judiciales, solo se encuentran en las grandes capitales, se dan en el centro de los sistemas, en donde se encuentran las grandes empresas que presionan al Estado para tener mayor número de juzgados.

Al respecto, no podemos negar que el desarrollo de los lugares donde se imparte justicia se da solo en las grandes urbe, generándose un vertiginoso avance en la aplicación del derecho procesal mercantil, contrario a los lugares de poco volumen poblacional.

Si bien para las empresas que invierten en un país su principal objetivo será no solo recuperar lo invertido, sino tener ganancias a través de la venta de lo que se inventó o innovó, pues su idea va encaminada a descubrir nuevos satisfactores sociales, con el firme propósito de tener ganancias, para que sea constante el consumo de los insumos humanos; sin embargo, estas transacciones les generan más de una controversia que termina en los juzgados mercantiles, o bien sujetos al derecho procesal mercantil, por eso requieren un tipo de juzgados acordes con sus necesidades y, por tanto, presionan al Estado a la construcción de instalaciones apropiadas para la impartición de justicia.⁴⁸

Una manera de evitarlo es crear juzgados especializados geográficamente, esto es, diversificar los juzgados y las ciudades judiciales que tiendan a descentralizar la impartición de justicia.

La modernización afronta el problema de crear sectores especializados para aumentar el proceso de desarrollo económico, que trae como consecuencia una alta capacidad productiva que nos va a llevar a una industrialización, que es la base para el despegue económico que beneficia a la sociedad.

Todos los sectores de la sociedad cambian y se adaptan unos a otros bajo la influencia de la industrialización, pero la misma industrialización tiende a cambiar las estructuras jurídicas, de ahí que sea necesario establecer nuevas figuras jurídicas procesales mercantiles que benefician a la impartición de justicia en su desarrollo, buscando un desempeño ágil y equilibrado.

De no invertir en el desarrollo del derecho procesal mercantil, en su aplicación, este se condena al atraso, a buscar figuras procesales ajenas a nuestra realidad, a nuestra necesidad y a nuestra idiosincrasia; es someterse a figuras jurídicas de

48 Nótese que no hablo de una buena, ni de una ágil y rápida impartición de justicia, hablo de instalaciones, de infraestructura para la impartición de justicia, que el Estado ha dejado en segundo lugar, sin darle la importancia que requiere.

otras naciones que sí desarrollaron el derecho procesal mercantil y que han generado las nuevas figuras jurídicas aplicables a este siglo XXI.

Durante los años sesenta, un buen número de profesores de derecho se sintieron atraídos por el entonces inexplorado campo del “derecho y el desarrollo económico”. Infortunadamente, muy pocos estaban familiarizados con los sistemas legales y las culturas jurídicas de las naciones en desarrollo. A pesar de su deficiente entendimiento de las leyes y culturas de dichas naciones, algunos manifestaron, tanto a los poderes legislativos como ejecutivos de sus respectivos países, su desacuerdo respecto a la modernización de las leyes mercantiles, a la cual calificaron como un intento de “importar” instituciones jurídicas provenientes de naciones desarrolladas.⁴⁹

CONCLUSIONES

Primera. Al derecho procesal mercantil es necesario que se le vea, estudie y analice como ciencia para buscar y encontrar nuevas formas procesales alejadas de formulismos que retardan el procedimiento. Puesto que, como ciencia, desarrolla métodos, conceptos y técnicas, durante el desahogo del mismo procedimiento para llegar a sus resoluciones que son verificadas en más de una ocasión para encontrar la verdad de los hechos.

Segunda. El derecho procesal mercantil es un subsistema dentro del sistema del derecho, es una parte del engranaje jurídico y social. Hablamos del subsistema científico del derecho procesal mercantil como parte del derecho, siendo esta una de sus ramificaciones.

Tercera. Manejar la tecnología a favor del procedimiento mercantil le otorgaría una agilidad al juicio en aras de la pronta sentencia, lo que implica la solución rápida del conflicto y, como consecuencia de ello, un pronto pago o cumplimiento de la obligación demandada, por lo que en esta era de tecnología su implementación en las etapas del procedimiento mercantil ayudaría a la mejor y pronta impartición de justicia.

Cuarta. Son necesarios nuevos conceptos en el derecho procesal mercantil que nos lleven a nuevas figuras procesales que tiendan a buscar la agilidad del proceso y, por tanto, el desarrollo científico del derecho procesal mercantil, cuya tarea como ciencia es dar una nueva visión al comercio y al comerciante en su entorno jurídico, como uno de sus derechos fundamentales.

Quinta. La norma del procedimiento mercantil debe ser eficiente y eficaz, adecuarse a las necesidades de celeridad de los comerciantes y del comercio. Debemos evitar formalismos exacerbados e innecesarios que obstaculicen el acceso a la justicia, para lograr una efectiva tutela judicial del comercio y del comerciante.

49 Boris KOZOLCHYK, “Modernización del derecho mercantil”, *op. cit.*, p. 796.

Sexta. Apostar al desarrollo de la ciencia jurídica procesal mercantil implica no tener que trasladar figuras jurídicas ajenas a nuestra idiosincrasia que no sean aplicables a casos concretos.

Séptima. En México, no existe una definición en la legislación sobre los usos y las costumbres en materia mercantil, por eso es necesaria su conceptualización en una norma jurídica, pues recordemos que el derecho en general es una ciencia normativa. Los usos y las costumbres varían de país en país, y es necesario homogeneizar el derecho procesal mercantil para evitar obstáculos en las transacciones mercantiles internacionales, legislando los saberes, usos y costumbres de los comerciantes.

Octava. Homogeneizar el procedimiento mercantil es una necesidad de la globalización y del comercio internacional, para poder determinar mecanismos y formas de solución de controversias aplicables en toda transacción mercantil internacional.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ROMERO, Miguel y Lara Luna, Julieta Areli, *Nuevo derecho mercantil*, México, Porrúa, 2003.
- BARRERA GRAF, Jorge, *Instituciones de derecho mercantil*, México, Porrúa, 2000.
- BECCERRA RAMÍREZ, José, *El proceso civil en México*, Porrúa, 2000.
- CALAMANDREI, Piero, *Derecho procesal civil*, México, vol. 2, Harla, Clásicos del derecho, 1997.
- COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos de procesal civil*, 2 ed., Buenos Aires, De Palma, 1951.
- DE PINA, Rafael y CASTILLO LARRAÑAGA, José, *Derecho procesal civil*, México, Porrúa, 1982.
- DRUCKER, Peter F., *Landmarks of Tomorrow*, New York, Harper and Row, 1959.
- ETZIONI, Amitai y ETZIONI, Eva, *Los cambios sociales*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “La ciencia del derecho procesal constitucional”, en *Revista Dikaion*, 22 (17) (2008).
- FOUCAULT, Michel, *Defender la sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- GIDDENS, Anthony, *Política sociología y teoría social*, Barcelona, Paidós, 1997.
- GÓMEZ GARCÍA, Juan Antonio, “Fundamentación de la democracia, a propósito de la dialéctica legalidad-legitimidad”, en Rafael Enrique Aguilera Portales (coord.), *La democracia en el estado constitucional*, México Porrúa, 2009.
- GONZÁLEZ R., Arnaiz Graciano, *Derechos Humanos nuevos espacios de representación*, Madrid, Escolar y Mayo, 2012.

- KANTZ, Daniel y KAHN, Robert L., *Psicología social de las organizaciones*, México, Trillas, 1990.
- LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 2001.
- LORCA NAVARRETE, Antonio María, *Estudios sobre garantismo procesal*, Madrid, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2009.
- KOZOLCHYK, Boris, “Modernización del derecho mercantil. Uniformidad internacional y desarrollo económico”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 125 (2009).
- MANTILLA MOLINA, Roberto L., *Derecho Mercantil*, México, Porrúa, 1982.
- PÉREZ CÁZARES, Martín Eduardo, “La producción del conocimiento”, *Enl@ce, Revista Venezolana de Información, Tecnología y Conocimiento*, 10 (1) (2013).
- ROCCO, Alfredo, *Principios de derecho mercantil*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1931.
- RODRÍGUEZ MORALES, Zeyda, “Alfred Schutz y sucesores el desarrollo de una sociología del mundo de la vida y del conocimiento”, en Jorge Ramírez Plascencia y Ana Cecilia Morquecho Guitrón (coords.), *Repensar a los teóricos de la sociedad*, México, Universidad de Guadalajara, 2011.
- SCHUTZ, Alfred, *El problema de la realidad social*, Buenos Aires, Amorrortu Editores, 1976.
- SCHUTZ, Alfred, *Estudios sobre teoría social*, Buenos Aires, Amorrortu Editores, 1974.
- SIERRA BRISEÑO, Humberto, *Derecho procesal*, 2 ed., México, Harla Colección Juristas Latinoamericanos.
- SUMARIA BENAVENTE, Omar, “Las nuevas fronteras del derecho procesal en el siglo XXI: enfoque metodológico multidimensional del derecho procesal”, en *Revista del Foro*, 1 (2013).

PÁGINAS ELECTRÓNICAS

http://leyes-cl.com/codigo_de_comercio/4.htm

<http://www.cidh.org/annualrep/99span/de%20fondo/argentina10.194.htm>

http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Procesal_Civil_Mercantil_El_Salvador.pdf

nfo4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/2/