

*Tratados, jueces y justicia en la economía y los negocios internacionales. Perspectiva en Colombia**

Jahir Alexánder Gutiérrez Ossa**

Graicy Sierra Ospina***

Andrés Felipe Vasco Cardona****

Recibido: agosto 19 de 2009

Aprobado: octubre 26 de 2009

RESUMEN

El propósito del artículo es analizar el papel de la justicia y del juez en los temas económicos y de los negocios internacionales ante los TLC, temas que merecen un estudio profundo por la necesidad de contar con sistemas jurídicos que provean la estructura idónea para responder ante dichos campos. La credibilidad de la justicia referente a estos temas no deja de estar en entredicho. Sin embargo, existe la posibilidad de que la designación de jueces económicos y de negocios internacionales en general pueda mejorar las condiciones en que las empresas se enfrentan ante situaciones de carácter legal. Dicha opción podría generarse si se hace un análisis económico del derecho y de la estructura jurídica. Al respecto, es importante buscar mecanismos que permitan mejorar la acción eficaz de la justicia en los temas económicos y de los negocios internacionales dispuestos en los TLC.

Palabras clave: Economía y derecho; derechos de propiedad internacional; legislación internacional.

* Este artículo es producto del proyecto de investigación "La regulación económica colombiana frente a las exigencias globalizantes en materia de negocios comerciales internacionales: entre el proceso justo o el proceso eficiente", financiado por la Universidad de Medellín, iniciado en el segundo semestre de 2008 y ejecutado por el grupo de investigación en Negocios Internacionales (GINI), registrado en Colciencias categoría D, y el grupo de investigación en Derecho Procesal (GIDP), registrado en Colciencias categoría B.

** Economista de la Universidad de Medellín, Colombia, magíster en Desarrollo, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia; PHD en Administración Pública, Atlantic International University (AIU), Honolulu, USA, estudiante especialización en Sistemas de Información Geográfica, Universidad San Buenaventura (USB), Medellín, Colombia. Docente e investigador, Programa de Negocios Internacionales, Universidad de Medellín, Colombia. Líder del grupo GINI, Universidad de Medellín, Medellín, Colombia. E-mail: jgutierrez@udem.edu.co

*** Abogada, Universidad la Gran Colombia de Armenia (ULGCA); especialista en Derecho de Familia, Universidad La Gran Colombia de Armenia; especialista en Pedagogía y Docencia Universitaria, Universidad la Gran Colombia, Bogotá; magíster en Derecho Procesal, Universidad de Medellín, Colombia; estudiante de doctorado en la Universidad del Rosario de Argentina. Investigadora en derecho comparado, Universidad de Medellín, Colombia. Grupo GIDP. E-mail: gsierra@udem.edu.co.

**** Abogado de la Universidad de Medellín, Colombia, especialista en Proyectos Públicos y Privados, Universidad de Medellín, estudiante Maestría en Derecho, Universidad de Medellín. E-mail: afvasco@udem.edu.co.

*Treaties, judges, and justice in the economy
and the international business.
Perspective in Colombia.*

ABSTRACT

The purpose of the article is to analyze the role of the justice and the judge on economic issues and international business before TLC's. topics, which deserve a deep study, since they need to have legal systems providing the competent structure to respond to those fields. The credibility of justice in relation to these issues is still questioned. However, there is the possibility that the appointing of international business and economic judge, may generally improve conditions as companies face legal situations. This option could be possible making an economic analysis of law and the juridical structure. It is important to look for mechanisms to improve the effective action of Justice in economic issues and international business available in the TLC.

Key words: Law and economics; property law; international law.

INTRODUCCIÓN

Los TLC que están firmando los países, particularmente los emergentes, requieren una mirada amplia desde el punto de vista de la concepción de justicia; por ello, requieren de un juez que, no sólo en derecho sino que con discrecionalidad económica y de negocios, sea garante de las circunstancias y exigencias que se generarán en dichas tareas. Más allá de las mismas instancias, se requiere de un soporte estructural que permita definir claramente los procesos jurídicos que involucran al mundo empresarial en los tratados internacionales.

Las circunstancias jurídicas y económicas que rodean los TLC exigen, más que un entendimiento estructural de los mismos, la comprensión de aquello a lo que se está exponiendo algún país cuando decide ampliar su frontera económica, comercial, de inversiones y de negocios. Para que este escenario sea completo y real, se requiere concebir una estructura jurídica fuerte que se corresponda con la forma de hacer y de resolver los temas económicos y de negocios que estos tratados traen consigo. Por ello, se perfila cada vez con mayor nitidez la posibilidad de que a medida que se afianza la globalización sea común la presencia de los jueces económicos y de negocios, al igual que toda la estructura de fiscales, peritos y demás personal de apoyo. Sin embargo, esta situación no ha sido explorada, porque de manera manifiesta se ha señalado que si la normativa internacional es clara no hay por qué advertir cambios en las instancias judiciales en lo particular de dichos temas.

En primer lugar, al proponer la creación de figuras como los jueces económicos y de negocios internacionales, no se pretende cambiar en profundidad sino en principio la forma como son resueltos los problemas económicos y de negocios internacionales. Por el contrario, se debe partir del esquema jurídico actual para tratar de acoplar los aspectos jurídicos que

vendrán al respecto, y que, al parecer, no hacen parte de la agenda de los sistemas jurídicos que adolecen de una estructura fuerte, como son los de los países que poseen el sistema romano-germánico.

En segundo lugar, la forma como son analizados dichos temas, dependiendo de su magnitud, deja al descubierto el desconocimiento y la consideración que se tiene de los temas económicos y de negocios internacionales, aspectos que son de su estricta correspondencia y que simplemente son interpretados bajo los parámetros desde los cuales se asume que es conocida la conducta empresarial, especialmente la referida a la relación económica y de negocios, expresada en los códigos de comercio.

Por ello, se propone el tema de los jueces económicos y de negocios internacionales. Esta figura podría catapultar la estructura jurídica en el campo de la economía y los negocios, y evitar los señalamientos internacionales con respecto a que algunos países –entre ellos, Colombia– no cuentan con la idoneidad jurídica en temas económicos y de negocios internacionales para afrontar procesos serios de internacionalización y apertura económica, porque aún no han tomado en serio el papel que debe cumplir el sistema jurídico en dichos frentes que, con el tiempo, deberán tener un espacio propio, diferente de las instancias jurídicas tradicionales.

Para ello, el análisis económico del derecho ha pretendido que la estructura jurídica permita la incursión de dichos temas a la hora de impartir justicia, más aun cuando se trata de temas propiamente económicos y de negocios internacionales, que serán crecientes en la medida en que se refuercen los acuerdos comerciales vigentes, se creen unos más. Igualmente, la jurisdicción internacional debe ser evaluada, de igual manera, por la normativa dirigida a la solución de los conflictos generados por la

actividad económica y de negocios internacionales entre los Estados, las empresas o los particulares, considerados sujetos económicos internacionales.

1. TRATADOS DE LIBRE COMERCIO, ECONOMÍA Y NEGOCIOS INTERNACIONALES

Los países emergentes tienen dificultades para afrontar con éxito los embates que en materia económica y de negocios internacionales traerán los TLC desde el punto de vista jurídico. Cuentan con sistemas jurídicos apegados a temas operativos y funcionales que desconocen los constantes cambios en las formas de hacer empresa y negocios en el mundo, lo que ha dejado cortos los códigos para normativizar las conductas relacionadas con ellos. No se trata de evaluar la constancia apreciativa del código sobre conductas cambiantes, pero sí se intenta que exista correspondencia entre dichos cambios y la composición jurídica de los códigos.

Hoy, cuando discuten un tratado (TLC), conviene recordar a los cultores del derecho, ante todo, que el tal TLC no se concreta solamente a comercio, sino a una serie de temas como propiedad intelectual o industrial, protección a los programas electrónicos, reformas en la Aduana, reformas al Código del Trabajo, aspectos ambientales, etc. Cierta día, cuando se produjo el embargo de bienes de un ecuatoriano en Quito, por orden de un Tribunal de Justicia de Nueva York, la pregunta fue: ¿Con qué actúan los gringos en la justicia ecuatoriana? La respuesta: que había tratados Ecuador-Estados Unidos que permitían hacerlo efectivo en nuestro territorio. Y el embargo se cumplió (Echavarría, 2004, p. 1).

Frente a esta perspectiva, una de las posibilidades es analizar hasta dónde los sistemas

apegados a conductas prescritas realmente pueden atender los llamados jurídicos en temas económicos y de negocios internacionales en terrenos como los de los TLC e, incluso, por encima de dichos acuerdos, cuando existe una alta relación económica y de empresas sin contar con tratados de libre comercio. Esta apreciación puede ser propia para escenarios en los cuales la estructura económica y de negocios de un país o lugar es tan conocida que, para el olvido, sólo hace falta recurrir a ellas para enderezar el camino y retomar los preceptos y aplicarlos, pero en el mundo internacional las cosas no se aprecian así. La entrada de diferentes sujetos económicos internacionales deja a un lado la idea de que con los códigos se puedan hacer negocios internacionales o convertirse en precepto normativo para las empresas internacionales.

Brownlie (1990) afirma que:

Para solucionar las controversias que puedan surgir de un tratado internacional se pueden utilizar mecanismos judiciales, así como mecanismos alternativos basados en negociaciones, buenos oficios, mediación, conciliación y arbitraje. Tanto en los buenos oficios como en la mediación, la conciliación y el arbitramento existen uno o varios terceros que intervienen para solucionar la disputa; sin embargo, en los buenos oficios el tercero sólo actúa acercando y facilitando el diálogo entre las partes, mientras en la mediación, el tercero tiene un carácter más activo, dado que se reúne y escucha a las partes, ofrece sus opiniones y recomendaciones, pero la solución al conflicto continúa por completo en manos de las partes. En la conciliación y el arbitraje, la solución es formulada por el tercero conciliador o árbitro; no obstante, en el caso de la conciliación, la decisión del árbitro es de obligatorio cumplimiento para las partes. La práctica internacional en materia de solución de conflictos se basó, durante muchos siglos, en la negociación, los buenos oficios y la

mediación. Estos mecanismos se caracterizaban por la diplomacia y la carencia de soluciones en derecho. A finales del siglo XVIII, con el Tratado de Jay entre Estados Unidos y Gran Bretaña, nació el arbitraje moderno, con soluciones extralegales y basadas en principio de equidad y justicia. Posteriormente, a finales del siglo XIX, se estableció la figura de la conciliación, a raíz de las comisiones de investigación previstas en la Convención de la Haya sobre Solución Pacífica de Disputas Internacionales de 1899 (Brownlie, 1990, citado por Rojas y Lloreda, 2007, p. 111).

En países como los europeos, E. U. y Japón, entre otros, en donde el respaldo y el conocimiento de las conductas empresariales no están prescritos sino advertidos bajo una reciprocidad jurídica colectiva, el esquema jurídico es casi similar. Estos países son escenarios que no obliga a repensar un tratado o un acuerdo comercial, puesto que las conductas empresariales y de acción de sus empresas –aunque no son conocidas en toda su expresión dados los grados de correspondencia de sus sistemas jurídicos y su irremediable reciprocidad– son el mejor ejemplo para apreciar cómo algunos países cuentan con una estructura jurídica conocedora de temas económicos y de negocios internacionales.

El desarrollo de la economía de mercado parece impulsar una intervención pública creciente sobre los intercambios privados, a través de tres factores. Primero: la ampliación continua del campo para la definición de derechos, su precisión y las garantías de su cumplimiento. Segundo: mayores requerimientos de coordinación autoritaria, a través de información y supervisión arbitrales sobre las consecuencias de una producción cada vez más masiva y sofisticada; a esto suele añadirse una demanda creciente por investigación estratégica, en algunos casos sin rentabilidad inmediata; y cuando la posee, proclive a conflictos sobre su adecuada

apropiabilidad. Tercero: el socavamiento de limitaciones morales por avances de la racionalidad mercantil, y por ende la sustitución creciente de normas éticas tradicionales e implícitas por códigos explícitos de conducta, detallados, sancionados y administrados por autoridades competentes (Cuevas, Alexei, Nuñez, Peña & Villa, 2002, p. 115).

Lo contrario sucede para los países emergentes como Colombia, en donde estos tratados obligan a prepararse jurídicamente en temas económicos y de negocios internacionales, puesto que en ellos se está ejecutando la acción comercial y de negocios sin considerar que, tras de dichos acuerdos, vienen obligaciones y reciprocidad para los países que deciden abrirse a la búsqueda de tratados internacionales. Para ellos, es una completa novedad, pero también un camino por recorrer, por cuanto las exigencias que emergen de estos tratados deben ser recíprocas y concomitantes con la realidad de los países con los cuales se están realizando dichos acuerdos.

Sin embargo, existe un antecedente importante. En 1997 el Ministerio de Justicia y del derecho creó el plan de armonización del derecho internacional privado (PADIP) para promover el estudio y la adopción en nuestro ordenamiento jurídico de los instrumentos del derecho mercantil internacional, elaborados por organismos internacionales como la comisión de las naciones unidas para el derecho mercantil internacional (CNUDMI) y el instituto internacional para la unificación del derecho privado (UNIDROIT) (Zapata, 2003, p. 211).

La propuesta de hablar directamente del administrador de justicia y del juez, y de la necesidad de entremezclarlos en los temas económicos y de negocios internacionales no pretende restarle protagonismo a la estructura actual ni tampoco acrecentar la relevancia de estos sobre los jueces tradicionales concedores

de dichos temas; por el contrario, pretende resaltar la trascendencia del sistema reinante en busca del cambio. Permitir la constitución de estas figuras es realmente preparar a los países en dichos temas y, de cierta manera, comprender que la estructura no cambia si no cambia la base, las cortes y las instancias relacionadas. Así, como se propone un cambio en la perspectiva de los administradores de justicia, la posibilidad de que se considere una Sala o Corte económica y de Negocios internacionales no suena del todo descabellado, pues en correspondencia con la reciprocidad internacional debe haber un órgano que permita recibir los casos económicos y de negocios internacionales que afectan intereses nacionales o de empresas internacionales.

El país se encuentra en mora de contar con un instrumento legislativo que responda a las necesidades del mundo moderno, caracterizado por su interdependencia y por la circulación internacional de personas, bienes y servicios. Entre tanto, la comunidad espera un papel protagónico de sus jueces para que a través de sus decisiones permitan la consolidación de un derecho internacional privado que abra las puertas del mundo para aquellos colombianos cuyas actividades desbordan nuestras fronteras (Zapata, 2003, p. 379).

Se comienza por el juez, pues es quien conoce el día a día de las vicisitudes de los temas económicos y de negocios internacionales de las empresas internacionales. Sobre él ya ha tomado rumbo la idea de que no es un espectador de la ley, sino que hace doctrina y avala el juicio conforme al desarrollo del mismo, es decir, también da garantías a las partes. De otro lado, no se ha definido aún cuál es la correspondencia de los esquemas jurídicos privados como el arbitraje o el minitrial, cuando estos no hacen parte del alcance de la ley o están por fuera de la norma, y no se encuentran legitimados ni legalizados, en algunos casos, para que sean asumidos como esquemas de

justicia avalados y apoyados por los sistemas tradicionales. También, porque es en esta figura en quien recaen todas las miradas y evaluaciones respecto a los sistemas jurídicos por parte de los organismos internacionales y multilaterales expertos en dichas áreas, y de otros correspondientes a la estructura jurídica plena de los países.

Uno de los factores que más negativamente están influyendo en la posición competitiva de Colombia es el desempeño del sistema judicial. De acuerdo con el más reciente ranking del Doing Business del Banco Mundial, Colombia ocupa la posición 149 entre 181 países en materia de cumplimiento de contratos. Según este indicador, en Colombia un proceso judicial civil dura el triple que el promedio mundial y cuesta un 50 por ciento más (Gamboa, 2009, p. 21).

Quien está desamparada actualmente no sólo es la justicia internacional sino los mismos sistemas jurídicos particularmente no sistemáticos en cuanto a dichos temas, es decir, que no tienen en su doctrina elementos de fondo que permitan actuar en derecho internacional cuando al frente acontezcan situaciones de dichas instancias, como se analiza igualmente para el caso en Colombia. Al considerar al juez, se quiere señalar también a los sistemas jurídicos a escala general, puesto que sobre ellos debe vislumbrarse un proceso de aprendizaje precisamente en los temas llamados a colación, y claro está, se señala el sujeto central de estudio “el juez”, quien finalmente decide y actúa sobre los sujetos económicos internacionales quienes hacen la economía, las empresas y los negocios internacionales.

¿Quién va a dirimir en Colombia las diferencias de orden económico que surjan de un TLC, si su Corte Constitucional dice no tener facultades constitucionales para hacerlo? Cuando se demandó ante la Corte Constitucional la nulidad del artículo 51 de la ley 788/2002, que faculta a los departamentos productivo-

res de licores para que en ejercicio del monopolio que ostentan, por sí solos, decreten impuestos diferentes pero en ningún caso menores a los que ordena la ley, la Corte Constitucional colombiana conceptuó: "No pueden considerarse parámetros de control constitucional los acuerdos, tratados o convenios de carácter económico, pues no existe disposición constitucional expresa que los incluya (...) Ni son normas que la Carta disponga supra legalidad" (Sentencia C-582 de 1999). ¿Qué se puede esperar en materia de cumplimiento de un TLC (libre comercio) si los departamentos pueden, por delegación del Congreso, legislar por su cuenta –convenios, impuestos, trabas– etc., sin que la Corte pueda declarar nulidad alguna? (artículo 51, Ley 788/2002). Es muy difícil, por no decir imposible, celebrar TLC's, o competir con un gobierno que es productor de lo mismo, como sucede con los licores, los cuales Colombia en el TLC andino, traba o no permite su libre ingreso, pero si lo exige para sí, libre y sin trabas como sucede en Ecuador, y con su aguardiente Cristal en los Estados Unidos. Las licoreras estatales demandan por sumas considerables ante tribunales internacionales a las grandes licoreras multinacionales, insinuando que se vería con buenos ojos que cerraran sus fábricas para que el producto no ingrese a países vecinos desde los cuales podrían llegar de contrabando a Colombia, donde el Estado es productor de lo mismo (El Comercio, 2004, 7 de diciembre, p. 1).

2. EL JUEZ ECONÓMICO Y DE LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES ANTE LOS TLC

Sobre los jueces recae la responsabilidad de la Administración de Justicia pero no la responsabilidad de cómo opera el sistema como tal. Es decir, que en ocasiones puede darse la situación de que sea el juez quien entienda la

realidad de los fenómenos económicos y de negocios internacionales, pero el sistema no le permite actuar en correspondencia con la razón, más que con la prescripción de los mismos. Son estos los protagonistas del sistema jurídico, aunque en esencia no se vean porque carecen de la autoridad y soberanía para actuar realmente en derecho.

El concepto de justicia global rompe la separación tradicional entre relaciones intra-nacionales e inter-nacionales, y extiende el análisis moral institucional a todo el campo. ¿Qué motiva esta drástica reorientación? Una motivación importante es la comprensión de que la concepción tradicional del mundo de las relaciones internacionales, habitado únicamente por Estados, es insatisfactoria. Todos sabemos que está perdiendo rápidamente su adecuación explicativa con la aparición y el tamaño creciente de otros agentes en el escenario internacional: compañías multinacionales, organizaciones internacionales y asociaciones regionales (Pogge, 2008, p. 103).

Es necesario medir la probabilidad de darle fuerza a una figura que como esta se requiere porque, de cierta manera, queda floja la idea de que la justicia depende de cuán llenos se encuentran los bolsillos de las partes en contienda o disputa cuando se trata, por ejemplo, de conflictos llevados al arbitraje. Los temas privados deben ir al orden institucional, siempre y cuando dicho esquema se encuentre en el panorama jurídico con plena claridad de las realidades de las empresas, los negocios y la economía. Mientras esto no suceda, la idoneidad de firmar acuerdos como los TLC o apostarle a esquemas de protección o seguridad a inversiones se diluyen, si estos no tienen un carácter y respaldo jurídico en la legislación interna.

El reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales es uno de los temas más difíciles del derecho

internacional privado. Durante mucho tiempo, y con múltiples artilugios procesales se dificultó el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras. Los países han tratado de sortear el problema adhiriendo a convenciones internacionales o dictando disposiciones internas (Marzorratti, 2003, p. 391).

La internacionalización económica y los procesos de apertura han hecho proliferar los negocios internacionales y la entrada de compañías extranjeras a distintas latitudes. Contrario a ello, las condiciones jurídicas para hacerlos viables o sostenibles desde el punto de vista de la factibilidad y garantía frente a los cambios jurídicos vienen descolgándose. Es decir, han sido más los elementos económicos que están proliferando en dichas áreas que la correspondencia jurídica que pueda dar manejo a dicho proceso. Las empresas actúan más que al filo de un sistema jurídico en particular: actúan al filo de la ley. Para ellas, la ley es asumida como la relación entre el precio y el producto, como cualquier otro bien del mercado. Y más que buscar un precio bajo, la opción que buscan es poder internacionalizar el sistema jurídico en sus acciones cuando deciden entrar directamente a un país.

A manera de consideración plantea Marzorratti:

El proyecto sobre inmunidad de jurisdicción de los Estados y su propiedad preparado por la Comisión de Derecho internacional de la ONU, el cual no ha sido considerado por los Estados miembros de la ONU por considerarlo lesivo, establece en su parte tercera que los Estados extranjeros no podrán invocar a la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado que es competente para entender en un procedimiento que se relacione con las siguientes materias: 1) derecho o intereses del Estado extranjero en bienes inmuebles o la posesión o uso de dichos bienes inmuebles o cualquier obligación resultantes de su interés, posesión o uso de bienes inmuebles situado en el país

del foro; 2) Derechos o intereses del Estado extranjero en bienes muebles o in muebles resultantes de sucesión o legado; 3) Derechos o intereses del Estado extranjero en la administración de bienes tales como un fideicomiso, el patrimonio de un fallido o concursado o el patrimonio de una sociedad que se queda liquida. El proyecto incluye propiedad intelectual y la industrial (Marzorratti, 2003, p. 405).

Temas que obedecen más a la concepción real del derecho que a la misma protección soberana. Los casos utilizados no pretenden ser convertidos en discusión sino en una balanza que permita estructurar la clase de juez económico y de negocios internacionales que se requiere, y cuya defensa, más que en otra escuela, se encuentra en el análisis económico del derecho. La forma como se estructura el esquema de solución y análisis jurídico de dichos temas desde los sistemas jurídicos también se convertirá en principio y fuente de derecho.

El uso de métodos analíticos del derecho, al igual que muchos otros usos de la metodología, implica el establecimiento de lo que en ocasiones se conoce en el derecho consuetudinario con el nombre de hechos legislativos. Es decir, hechos que ocurren en el mundo. Son relacionados para determinar lo que debiera ser una norma legal. Los métodos analíticos sirven también para determinar lo que a veces con el nombre de hechos adjudicativos, es decir, hechos relacionados con la determinación de si una norma legal es aplicable a una determinada transacción y cómo (Roemer, 1994, p. 25).

La forma general como es entendida la figura del juez, como el responsable de la dirección y rumbo que tome el sistema jurídico, implica observarlo, en primer lugar, como administrador de justicia pero también como garante de la misma en cuanto atañe a la correspondencia de los casos con la ley, para que sean resueltos de

la mejor manera. En segundo lugar, se pretende también definir los elementos que permitan estructurar el esquema que se requiere para su desempeño y éxito.

3. EFICIENCIA JURÍDICA Y JURISDICCIÓN INTERNACIONAL

Los sistemas tradicionales de justicia han perdido fuerza en cuanto a su papel de reguladores en la Administración de Justicia por cuenta de su incapacidad para ser efectivos y eficientes en virtud de los requerimientos, necesidades o expectativas que inducen a pensar que la justicia en general también hace parte de la canasta del mercado hecha por los agentes privados, llamadas empresas, particulares, o gremios, que han comprendido que no solamente la parte reglamentaria de la ley en cuanto a sus actividades hace parte de sus costos habituales sino que el escenario de la justicia como tal plantea una serie de valoraciones que son medidas o analizadas a la hora de llevarse a cabo un proceso jurídico. Esta situación es mucho más profunda, cuando se señala que las situaciones jurídicas internacionales han tenido que ser resueltas o conducidas por alternativas provistas por las mismas empresas internacionales, quienes, bajo su propia garantía y transparencia, respaldan al derecho internacional privado.

Expresan:

La solución de controversias en el ámbito del comercio internacional también evolucionó de un sistema puramente diplomático a la adjudicación judicial. Las controversias que surgieron a raíz de los primeros tratados de comercio internacional se solucionaron mediante negociaciones políticas. Luego, los acuerdos de comercio introdujeron la figura de los grupos especiales ad hoc para la solución de controversias particulares. En un comienzo, estos grupos decidían con base en consideraciones políticas,

Los TLC que están firmando los países, particularmente los emergentes, requieren una mirada amplia desde el punto de vista de la concepción de justicia; por ello, requieren de un juez que, no sólo en derecho sino que con discrecionalidad económica y de negocios, sea garante de las circunstancias y exigencias que se generarán en dichas tareas.

pero con el tiempo los argumentos y normas jurídicas fueron adquiriendo preponderancia sobre la política. En la actualidad, la mayoría de los acuerdos internacionales de comercio prevén la figura de los tribunales ad hoc, que deciden a partir de normas del respectivo acuerdo y que emiten recomendaciones para el cumplimiento, que deben ser adoptadas por el país demandado, so pena de ser objeto de retaliaciones económicas por parte del país demandante (Rojas & Lloreda, 2007, p. 111).

La eficiencia jurídica también ha sido trasladada a la definición económica del concepto, entendido como el proceso de productividad con los recursos y posibilidades existentes. Sin embargo, aunque es esta ciencia la que ha asumido todos los reparos, el derecho como tal debe abrir un espacio amplio en cuanto a lo que para él se entiende como eficiencia, ya sea como una justicia de impacto en el momento que se le requiere o a través de su actuación en lo que corresponde al ejercicio de administrarla.

Sin embargo, la economía sí tiene que ver directamente con el comportamiento jurídico internacional, y muestra de ello, la necesidad de que este último se acople a las necesidades que las mismas empresas requieren en cuanto a la estructuración jurídica. Toda la funcionalidad jurídica frente a las organizaciones internacionales se ha tratado de superar a través del arbitraje, pero más allá surge la

lex mercatoria¹ o la ius mercatorum, espacios jurídicos que auspician a las organizaciones para que definan, en últimas, el tipo de relación jurídica que debe existir entre ellas, conforme a la situación que acontezca, creando ellas su propio derecho.

Al respecto considera, por ejemplo, Fondevilla:

No cabe duda que el economista experto independiente ha tenido un papel preponderante, tanto en las suspensiones de pagos como en las quiebras bajo las distintas figuras que le confiere la actual legislación vigente de acuerdo con las distintas actividades y responsabilidades que asumían según la función que la ley actual le asigna. La Ley Concursal se justifica, porque en un mercado de libre competencia las empresas asumen el riesgo de poder incurrir en situaciones extremas, que las hagan incapaces de subsistir en un medio donde sólo sobreviven las que superan un nivel de eficacia suficiente. Esto implica que los negocios que no se ajustan a tales exigencias mínimas deban desaparecer, y que el objeto de los beneficios legales que pueda ofrecer esa nueva ley, procure que las soluciones que se apliquen a cualquier situación de insolvencia, resulten lo menos lesivas posibles para el sistema, evitando situaciones de pánico o liquidaciones desordenadas en perjuicio de los intereses, no solo del deudor sino de los propios acreedores (Fondevilla, 2002, p. 43).

Con mediación directa de la globalización las empresas internacionales siguen aumentando su presencia en el mundo. Sin embargo, en contexto frente al tema jurídico se evidencia una exagerada definición de dichos temas por parte del componente económico en compa-

¹ Literalmente significa "Ley del mercader". Expresión tomada del derecho medieval para designar el derecho elaborado por los medios profesionales del comercio internacional o espontáneamente seguido por estos medios, independiente de todo derecho estatal y cuya aplicación escapará, por esta razón al método del conflicto de leyes (Vocabulario Jurídico, 1995).

ración con el legal. Es decir, que el derecho internacional como tal no ha mediado para que se conozca aun más sobre la realidad empresarial internacional. Siguen siendo los sistemas jurídicos quienes al parecer impiden cualquier transformación y dilapidan los esfuerzos encaminados a conocer e interpretar dicho mundo desde la perspectiva y explicación jurídica para no verlo como un tema ajeno.

Ya no es que el derecho se preocupe por los hechos económicos tomándolos en mayor o menor grado de consideración, sino que se trata de que la ciencia económica, es decir, el modo científico de conocer los hechos económicos y sociales en general, sea necesaria para conocer, interpretar y valorar los hechos jurídicos. Comienza de esta forma lo que en puridad debe llamarse el Análisis Económico del Derecho (Torres, 1987, p. 15).

Los cambios provenientes de la globalización han colaborado para que se presente cierta alteración en la comprensión no solo del sujeto individual como empresario, sino de la empresa, de la propiedad internacional y de los derechos internacionales. Todos estos elementos se conjugan para plantear la necesidad de contar con un panorama jurídico internacional, mucho más claro en cuanto al vínculo de los países y de sus sistemas jurídicos con sus contrapartes—los sujetos económicos internacionales—; estos países y sus sistemas presentan un vacío estructural en cuanto a la apreciación que se tiene por cuanto siguen teniendo dificultades en figuras jurídicas que se suponían ya superadas, tales como las permanentes expropiaciones, nacionalizaciones y ocupaciones de las empresas por parte de los Estados.

Las empresas han tenido que manejar toda suerte de vicisitudes relacionadas con vinculaciones a procesos jurídicos y jurisdiccionales en distintos países. Así, no sólo han tenido que blindarse en temas vinculados con su gestión sino también cuando surgen llamados de orden

jurídico en cualquier país, que de no manejarse de la mejor manera pueden traerles escollos en su actividad. Ante estas circunstancias, es necesario fortalecer, más que los discursos jurídicos, el análisis de los mismos, a través de los principios que crean las leyes, como por ejemplo, las que tratan de proveer seguridad a la inversión o a las empresas, como en Colombia y en otros países.

La Ley del Inversionista (ley 963 de 2005), con la cual se instaura en Colombia la norma de estabilidad jurídica, respeta el derecho a la igualdad y señala que de los contratos de estabilidad jurídica podrán ser parte los inversionistas nacionales y extranjeros, ya se trate de personas naturales o jurídicas, así como los consorcios que realicen inversiones o amplíen las existentes en el territorio nacional, por un monto igual o superior a 7.500 salarios mínimos mensuales vigentes, que equivalen a 156.944 Unidades de Valor Tributario (UVT). Los contratos de estabilidad jurídica, suscritos entre el Gobierno y los empresarios del sector privado, buscan garantizar a los inversionistas reglas del juego bajo las cuales realizaron las inversiones, hasta por un espacio de 20 años. Los proyectos de inversión pueden estar relacionados con cualquier actividad que apruebe el Comité de Estabilidad Jurídica. Se excluyen, sin embargo, las inversiones extranjeras de portafolio. Instrumento que también ha sido objeto de reglamentación en: Panamá, Perú, Chile y Ecuador (Diario Portafolio, 2009, 5 de marzo, p. 10).

El análisis sobre las compañías tendría como propósito, a partir de las circunstancias en que han aparecido los litigios o disputas jurídicas, considerar dichas situaciones desde la perspectiva de la eficiencia jurídica, siempre y cuando se puedan tener presente los siguientes pasos: 1. Tomar como referencia los casos que han involucrado litigios internacionales entre empresas y Estados, con el ánimo de determinar las instancias hacia las que han sido

Los cambios provenientes de la globalización han colaborado para que se presente cierta alteración en la comprensión no solo del sujeto individual como empresario, sino de la empresa, de la propiedad internacional y de los derechos internacionales.

dirigidas; 2. Describir el impacto que algunos de los principales casos de estudio han traído para con la viabilidad de las empresas, cuando las sanciones no miden las consecuencias completas sino las disposiciones jurídicas; y 3. Analizar la percepción conceptual que existe alrededor del tema doctrinal del derecho internacional en este caso hacia el privado, en cuya referencia están consignadas las formas de actuar o desenvolverse las empresas a escala internacional.

La idea es que no se presenten situaciones de desconocimiento frente al desarrollo y los alcances de la forma como las empresas internacionales conducen sus problemáticas o situaciones frente a los sistemas jurídicos; de ahí la relevancia de la figura del juez económico y de negocios internacionales para evitar sobresaltos o alteraciones que manifiestan desorientación en cuanto a la credibilidad y seguridad jurídica de los sistemas jurídicos. No es coherente que se haga parte del hecho jurídico la sorpresa en cuanto a los temas vinculados a la economía y los negocios internacionales; deben ser el conocimiento y la sapiencia de los mismos los que deben permitir la articulación del derecho en escala internacional.

Hoyos comenta:

Los tratados de libre comercio que están firmando casi todos nuestros países –tal vez con la excepción de Chile y Costa Rica, que se prepararon para hacerlo– son como una partida de póker con las cartas marcadas y con jugadas por debajo de la mesa (Hoyos, 2006, 14 de mayo, p. 4).

Frente a las anteriores consideraciones expresadas, deben atenderse y estudiarse de manera amplia los cambios que para el país traerán todos los tratados que se están firmando, dado que tienen todos los elementos para conducir a una reforma constitucional en dichos temas, ya sea para acoger o rechazar algunos de los parámetros que caracterizan la estructura legal internacional de la economía y los negocios internacionales. La actitud frente al tema permitiría clarificar la estructura del derecho internacional privado para el país, y a través de ello las empresas tendrán más claridad no solo en cuanto a cómo actuar en ellos, sino conocer de primera mano las fuentes y estructura de la justicia relacionada con los temas propios de dicho campo.

CONCLUSIONES

El estrecho vínculo entre las economías y los mercados internacionales obliga a considerar el papel del juez económico y de los negocios internacionales. Independiente del sistema jurídico, esta figura tendrá preponderancia en el marco de los crecientes nexos globales entre las empresas y los individuos. La manera como se están desarrollando los juicios económicos y de los negocios internacionales ha desbordado la capacidad de respuesta de los sistemas jurídicos que no gozan de una estructura jurídica fuerte, contadas excepciones. Aunque son necesarios cambios en la estructura de los sistemas jurídicos, la obligación recae en su elemento más importante, el juez. La necesidad de darle vida a esta figura estriba en que las partes han coincidido en cuanto a que para que haya una verdadera justicia en dichos juicios, quien la imparte debe tener claridad jurídica y conocimiento del contexto empresarial internacional.

Es importante indagar sobre la capacidad de correspondencia jurídica de los sistemas jurídicos entre sí, reconocidos internacionalmente, y cómo dicha reciprocidad se registra concretamente. Las circunstancias que rodean al derecho internacional son más disímiles en el presente que en el pasado. Mientras se discute sobre la legalidad de los actos de justicia proferidos en otros países en contra de empresas o personas, se pierde la posibilidad de que la jurisdicción sea utilizada más que como un escenario de soberanía, como una posibilidad que permita catapultar la acción de la justicia en correspondencia con las condiciones de los hechos que produjeron dicha sanción o acto en otro país. A través del derecho comparado se podrían definir algunos elementos que servirían para cohonestar el contexto de la jurisdicción y procurar que la acción de la ley sea eficaz. Hasta ahora se reviste a la jurisdicción como un campo de impunidad y más aún cuando el caso es de carácter internacional o compromete a una misma situación en diferentes naciones y sistemas jurídicos en el mundo.

También es necesario determinar los elementos que permitirían concebir la figura del juez económico y de negocios internacionales en países cuyos sistemas jurídicos distan de claridad legal en dichos temas y que les impide, en detalle, estar preparados internacionalmente para afrontar situaciones en esquemas como los TLC o esquemas superiores, y evaluar la estructura jurídica en temas económicos y de negocios internacionales y de empresa en países y sistemas jurídicos cuya correspondencia y reciprocidad legal están circunscritas precisamente a la alta relación y movilidad no solo de los sujetos económicos internacionales de dichos países sino de las actividades que de uno y otro lado realizan entre sí.

REFERENCIAS

- Brownlie, I. (1963). *International Law and the Use of Force by States*. Oxford: Clarendon Press.
- Castañeda, Jorge. (1976). Justicia económica internacional. *Carta de derechos y deberes económicos de los Estados*. México: Fondo de Cultura Económica. p. 422.
- Corte Constitucional (2004, 7 de diciembre). *TLC sin Corte Constitucional*. Tomado de El Comercio.
- Cuevas, H., Alexei, J., Núñez, R., Peña, O. D. & Villa, E. (2002). *Teorías jurídicas y económicas del Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Echavarría G Enrique. (2004, 9 de agosto) *Estudiar los tratados*. Ecuador, p. 1.
- Fernández, J. C. (2001). *Sistema del comercio internacional*. Madrid: Biblioteca civitas economía y empresa.
- Fondevilla, E. (2002). *Derecho y economía. El economista y los tribunales de justicia*. Barcelona: Fondevilla & Cía editorial.
- Gamboa, J. (2009, 22 de Enero). ¿Cómo romper el cuello de botella de la baja productividad judicial? *Diario Portafolio*, 15, (3198), p 21.
- Gilpin, R. (1990). *La economía política de las relaciones internacionales*. Colección Estudios Internacionales. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano.
- Gómez, C. (2006). *¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Culpabilidad e imputabilidad empresarial en un verdadero derecho penal empresarial*. Bogotá: Legis editores.
- Hoyos, J. J. (2006, 14 de mayo). Con las cartas marcadas. *Periódico el Colombiano*, p. 4.
- Marzoratti, O. J. (2003). *Derechos de los negocios internacionales*. (3ª Ed., Tomo 2). Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma.
- Pogge, T. (2008). ¿Qué es la justicia global? *Revista de Economía Institucional*, 10, (19), 99-114., Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- DIARIO PORTAFOLIO. (2009, 5 marzo). *Ya van 42 contratos de estabilidad jurídica*, s. v. Comercio Exterior, Casa Editorial el Tiempo, Portafolio, 15, (3235), Bogotá, p. 10.
- Roemer, A. (1994). *Introducción al análisis económico del derecho*. En *Economía Contemporánea* (Ed.). México: Instituto Tecnológico Autónomo de México. Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística. Fondo de Cultura.
- Rojas, S. y Lloreda, M. E. (2007). ¿TLC? *Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos*. Bogotá: Grupo editorial NORMA.
- Sanchez, G. (2005). Legislador y Juez: ¿Garantías o amenazas al modelo de prestación de los servicios públicos domiciliarios? En M. A. Velilla (Ed.), *Los Servicios Públicos como instrumento de solidaridad y Cohesión social del Estado*. (pp. 189-201). Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibañez.
- Torres, J. (1987). *Análisis económico del derecho*. Madrid: Editorial Tecnos.

Vocabulario Jurídico. (1995). Asociación Henri Capítan (2ª Ed.). Bogotá: Editorial TEMIS S.A.

Zapata, A. (2003). Derecho internacional de los negocios y alcances. En *Homenaje a Fernando Hines-trosa 40 años de rectoría*, (Tomo I) (pp. 211-379). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Zweigert, K. & Hein, K. (2002). *Introducción al derecho comparado*. Colección de estudios jurídicos. Oxford: Universidad de Oxford.