RESURGIMIENTO DE LA *LEX MERCATORIA*: LA REGULACIÓN DE LAS RELACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES

Jorge Alberto SILVA*

SUMARIO. *Introducción*. Primera parte. I. Lex mercatoria *medieval y su desarrollo*. II. *El desplome de la* lex mercatoria *frente a un derecho estatal vigoroso.* Segunda parte. I. *¿Resurgimiento de la* lex mercatoria? II. *Identificación de la llamada nueva o moderna* lex mercatoria. Tercera parte. I. *Las posiciones autonomistas y dependientes*. II. *Conclusión*. III. *Bibliohemerografía*.

INTRODUCCIÓN

Al lado de los tratados y convenios internacionales hay una faceta en la regulación del comercio internacional que ha atraído con singular interés la atención de los juristas, y es el fenómeno que comprende los usos, costumbres y acuerdos empleados por los comerciantes en sus transacciones.

Aunque la legislación interna de cada Estado, así como los convenios internacionales, suelen regular las transacciones comerciales, no son precisamente estos instrumentos los únicos a los que se recurre en las transacciones particulares. Al amparo del derecho estatal (aquí incluyo a los tratados) los

* Universidad Autónoma de Ciudad Juárez (México). Agradezco el auxilio de los profesores Alfonso Calvo Caravaca y Esperanza Castellanos, de la Universidad Carlos III, con quienes trabajé en octubre de 2004. Para la preparación de este módulo, así como la obtención del material que utilicé, agradezco las facilidades para obtener la información necesaria al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México; la Universidad de Texas, la Universidad de Arizona, la Universidad Autónoma de Ciudad. Juárez, en México; la Universidad Carlos III, en España. Agradezco a los profesores Arturo Díaz Bravo y Adrián Rentería Díaz la lectura y sugerencias al texto de este documento. Con su ayuda he mejorado el trabajo.

comerciantes han desarrollado diversas pautas que les han permitido negociar, creando sus estilos de conducta que se han venido uniformando a escala regional y mundial. Incluso, la misma globalización económica, hoy dada como un hecho irreversible, condiciona a los Estados en los contenidos de su derecho.

Al amparo de una explicación esencialmente estatista y valiéndose de la autonomía de la voluntad, esto es, del derecho que el Estado les concede a sus súbditos para actuar (incluso con la posibilidad de realizar conductas diversas a las que establece el derecho estatal dispositivo), esos estilos y pautas se han convertido en un fenómeno objeto de estudio, con estilos y hábitos uniformados, en torno a los cuales los comerciantes han llegado a alinear sus acciones, sin el temor de caer en localismos legales que interfieran en su actividad. Se trata de un fenómeno que una vez transmutado en materiales jurídicos, suele presentarse como reglas de observancia en las transacciones comerciales, conformando lo que se conoce como lex mercatoria o más específicamente, nueva *lex mercatoria*, que como explicaré, tiene un ascendiente en la llamada *lex mercatoria* medieval. Su importancia es de tal magnitud que suele estimársele como una fuente del derecho internacional privado (DIPr).

Este fenómeno, percibido por algunos como una manifestación jurídica autónoma (diversa a la estatista), ha sobrevivido frente a diversas corrientes de opinión que lo estiman como una manifestación de la realidad, estimado por algunos como un fenómeno independiente, del que, incluso, se ha llegado a afirmar que constituye un ordenamiento jurídico autónomo, un derecho viviente.

Este ensayo corresponde al resultado de algunas de mis preocupaciones por indagar si la *lex mercatoria* contemporánea es una continuación de la *lex mercatoria* medieval, aunque evolucionada. El objeto de mi interés giró en torno a tres puntos: *a*) precisar si lo que hoy llamamos *lex mercatoria* es una forma continuada y evolucionada de la *lex mercatoria* medieval; *b*) definir qué es lo que la actualmente identificada como *lex mercatoria* comprende, es decir, explicar qué es lo que por ahora suele comprenderse en ella; y *c*) aclarar si este fenómeno o pautas de comportamiento, al ser tratadas como reglas o material jurídico son autónomas con respecto al derecho de fuente estatal.[1]

[1] Tal vez los dos últimos puntos sean los más importantes en el desarrollo de la *lex mercatoria*. Goldman los destaca como los de mayor interés (el ámbito y las fuen-

PRIMERA PARTE

I. *LEX MERCATORIA* MEDIEVAL Y SU DESARROLLO

Inicio presentando algunos elementos históricos que caracterizaron al comercio medieval, que en algunos lugares se proyectó hasta el siglo XIX. No se trata de hacer una presentación histórica, sino de destacar algunos datos que auxilien a explicar el desarrollo del derecho comercial o *lex mercatoria* de una época, lo que será útil para resolver si las pautas que actualmente siguen los comerciantes tienen su antecedente en la *lex mercatoria* medieval y si éstas conformaron un cuerpo jurídico.

1. *El comercio medieval*

El comercio que se comenzó a desarrollar a partir del siglo XI dio lugar a una rama del derecho, no desarrollada hasta entonces. Su normatividad se apoyó en realidades y en una amplia libertad frente al derecho del príncipe.

A. *Ambiente preliminar*

Hasta antes del siglo XI los ordenamientos jurídicos no parecían haberse preocupado por el comercio. El antiguo derecho romano ni siquiera se preocupó por estos aspectos.

Para Berthold Goldman (un destacado jurista francés de la segunda mitad del siglo XX), el otorgamiento de la ciudadanía romana a todos los miembros del imperio dio por concluido un ambiente de *lex mercatoria*, creada al amparo del *praetor peregrinus*. Conforme al derecho pretorio, se creó un sistema regulador del comercio diferente al derecho civil, exclusivo para los ciudadanos.[2]

Desde entonces, hasta el siglo XI, el derecho comercial dejó de estar en manos del Estado o el príncipe (si es que en algún momento lo estuvo),[3]

tes). Goldman, Berthold, "*Lex mercatoria*", *Forum Internationale*, núm. 3, noviembre de 1983, p. 6.

[2] *Ibidem*, p. 3. A mi parecer, en Roma no existió una *lex mercatoria*, sino un pluralismo jurídico. Creo que a esto es a lo que Goldman se refiere.

[3] En realidad, con la desintegración del Imperio el derecho fue olvidado.

pues cuando la religión cristiana se convirtió en oficial, el comercio ya no fue regulado por el príncipe.

La influencia religiosa impuso la creencia y dogma de que el rico no llegaría al cielo. El comerciante no fue tolerado por la sociedad de la época, y el comerciante que existía era desprestigiado. Esta vida (según la cosmogonía) sólo era un paso a otra llena de placeres.[4]

El derecho de familia, que era regulado por el Estado, dejó de ser facultad de este último. La Iglesia fue la que impuso sus reglas o principios. Todo lo anterior se produjo, entre otros factores, por la falta de escuelas, la presencia de una población ampliamente campesina, dogmatizada por la religión, preocupada solamente por sobrevivir, la existencia de muy pocas ciudades, no excedentes en la producción, orfebrería prácticamente inexistente, carencia de caminos y transporte, etcétera.

B. *El inicio*

Los siglos XI y XII cambiaron la manera de pensar y actuar. El fenómeno social y económico que se produjo a partir de esa época es comparable, en la idea del gran historiador francés Henri Pirenne, con las manifestaciones y cambios producidos con la Revolución Industrial.

Hay varios factores que produjeron un cambio de mentalidad y de costumbres, entre otros, un derecho romano anquilosado y fuera de época, los excedentes en la producción agrícola, que obligaron a la búsqueda de mercados; el crecimiento de las ciudades, hacia donde se trasladaron innumerables campesinos, que luego constituirían grupos de orfebres, comerciantes y banqueros; la expansión papal hacia el Oriente, debido a las Cruzadas; el desarrollo del comercio marítimo, un cambio de mentalidad en la Iglesia, el descubrimiento de América, etcétera.

La Iglesia, que durante siglos se había opuesto al comercio, comenzó a introducir excepciones, así como a dar giros gramaticales a la interpretación de sus disposiciones, hasta llegar a admitir el comercio. Varios merca-

[4] Según la religión católica, Jesús dijo a un joven rico que renunciara a su fortuna y lo siguiera (Marcos 10:21). En otra ocasión afirmó que "es más fácil que un camello pase por el ojo de una aguja, que el que un rico entre en el reino de Dios" (Marcos 10:25). Las personas ricas, de la época, para no irse al infierno, comenzaron a destinar en sus testamentos grandes riquezas para la Iglesia, pues se arrepentían de todo aquello que le "habían robado a los pobres".

deres fueron, incluso, santificados,[5] y algunos monasterios se dedicaron a prestar dinero a rédito. El príncipe pasó de la tolerancia al comercio y a su admisión, y una gran parte de la realeza comenzó a dedicarse al mismo. Pero los comerciantes no sólo se filtraron a la realeza, sino también a la Iglesia. Aunque la usura estaba prohibida y era encarnada por los banqueros, éstos, por medio de la familia Médicis, hasta lograron colocar un papa.

C. *El desarrollo*

Con el cambio de mentalidad y necesidades el comercio comenzó a desarrollarse. Así, el intercambio de mercancías se intensificó en las nuevas ciudades; los viejos campesinos, ahora inmigrados en las ciudades, se transformaron en orfebres y comenzaron a elaborar mercancías, mientras que otros se dedicaron al comercio; cuando hubo dinero, algunos se dedicaron a prestar y cambiar moneda, dando lugar a los cambistas, luego banqueros.

Sobre esos antecedentes, el comercio comenzó a magnificarse y el número de comerciantes fue en aumento. Los pequeños comerciantes se tornaron en grandes comerciantes y sus transacciones fueron de menor a mayor escala. Los capitales, que crecían, se dirigieron al comercio. Era casi normal ver que el pescado se llevara de la costa al interior; que el algodón inglés se vendiera en Flandes a las hilanderas y tejedoras; que los paños de Flandes se llevaron a Inglaterra; que el cuero y pieles de Florencia se distribuyeran en otros lugares; algo similar ocurrió con el cristal de Colonia, que se comercializaba a otros lugares; que el comercio de especias orientales se intensificara a partir de las Cruzadas, etcétera. Los caminos por mar y tierra comenzaron a multiplicarse.

A partir de 1250 el transporte marítimo comenzó a crecer. Se mejoraron los barcos, y los marineros estuvieron más preparados. Apareció la brújula en Occidente, las distancias se fueron haciendo más cortas, y nuevas rutas fueron surgiendo; el costo del transporte fue bajando.[6]

Los intrépidos marineros comenzaron a desplazar mercancías; los comerciantes estuvieron comercializando diferentes bienes: paños, orfebrería,

[5] Le Goff, Jacques, *Mercaderes y banqueros de la Edad Media*, Buenos Aires, Ed. Universitaria de Buenos Aires, 1975, p. 112; Faver, Jean, *Gold Ápices, The Rise of Commerce in the Middle Ages*, Colmes and Meier, Nueva York-Londres, 1998, pp. 193 y ss.

[6] Faver, Jean, *Gold ápices...*, *cit*., nota anterior, pp 31 y ss.

plata, caballos, lanas, vinos, especias, frutas, pieles, tapices (en la época de las Cruzadas). Con esta actividad se desarrollaron las ferias,[7] creándose reglas "vivientes" sobre el particular.

Europa se benefició de América, de donde llegaron patatas, chocolate, tomates, etcétera. Especialmente el oro y la plata tornaron a los peninsulares como envidiables.

El desarrollo del comercio se volvió una actividad importante, que se hacía con el permiso del príncipe. En el intercambio comercial se presentaron dos problemas diferentes y para cada uno las respuestas fueron especiales.

Por un lado, no había una moneda única para el intercambio. De hecho, cada pueblo y cada principado tenían su moneda. Para este problema, los comerciantes manejaron monedas diferentes como los florines (de los florentinos), el noble (de los ingleses), el dinar (de los árabes), el ducado (de los venecianos), el dirhem (de los musulmanes), etcétera. Sólo los comerciantes y cambistas sabían darle valor a cada moneda; para ello tomaban en consideración el peso del metálico. La plata y el oro eran los metales a que se recurría como patrón.[8]

Por otro lado, a falta de dinero se podía recurrir al trueque, aunque fue más importante recurrir al crédito, lo que se hizo mediante operaciones innovadoras, de hecho desconocidas hasta esa época, que no fueron invención de los juristas, sino de los comerciantes y producto de las realidades. Para estas operaciones, la letra de cambio, el pagaré y el cheque fueron los instrumentos principales.

Como las ferias se cambiaban de lugar en lugar, fueron surgiendo los documentos crediticios y de pago mencionados. El cheque, por ejemplo, fue un documento que inicialmente se giraba contra el recaudador de impuestos, quien debía pagar la suma anotada, aunque posteriormente se perfeccionó en la forma que hoy lo conocemos.[9] La letra de cambio, aunque

[7] Las ferias más importantes fueron las de Champagne (varias de ellas), así como las inglesas. Se trataba de mercados, con sus puestos, que trabajaban durante varios meses distribuidas en diversos pueblos (aproximadamente de marzo a noviembre), generalmente en las afueras de cada uno.

[8] Una porción de oro equivalía a 20 de plata. Algunas monedas llevaban plomo; otras, otro metal; otras, plata u oro. Sus pesos eran diferentes. Los falsificadores de moneda comenzaron por esa época, así como las devaluaciones.

[9] Esto se explica porque al parecer, cuando un noble o un príncipe compraba algún bien, pagaba con el cheque que era una orden de pago dirigida al recaudador.

surgió a finales de la Edad Media, no era endosable, permitió el pago en otra plaza, y el pagaré fue empleado para pagar en otra época, así como para encubrir los préstamos usurarios.

La resolución de controversias también fue objeto de atención por los comerciantes, haciendo surgir un procedimiento ágil y rápido, diferente al civil creado por los romanos, en el que no se admitían triquiñuelas.

Un aspecto importante fue el desarrollo de las agrupaciones de comerciantes, que le permitieron a los artesanos y a los comerciantes (siglo XII) reunirse en corporaciones y gremios. Por esa época también aparecieron las universidades, que reactivarían el desarrollo del derecho.[10]

Al comercializar de feria en feria, los comerciantes cruzaban fronteras y feudos, por lo que requerían de organización. En esta sociedad surgió la nueva clase social conformada por mercaderes. En estas agrupaciones se diferenciaron los gremios (organizaciones más pequeñas, de carácter local) de las guildas o hansas (agrupaciones de comerciantes que controlaban el tráfico interlocal e internacional).

En 1241 se formó una guilda que con el tiempo vino a controlar a todos los comerciantes del norte de Europa, creando la Liga Hanseática, compuesta por 85 ciudades,[11] incluida Londres. Esta Liga fue una agrupación de comerciantes que establecían reglas para regular sus conductas en el comercio y protegerse. Lübeck fue su capital, también conocida como Hansa Teutónica. Su apogeo se sitúa en el siglo XIV. Llegó a recurrirse a ella para protegerse cuando la ley estatal no protegía a los comerciantes o no les reconocía derechos. El poder de la Liga llegó a ser tan amplio, pues celebraba acuerdos comerciales e, incluso, contó con un ejército y una flota naval. Su ejército venció a los daneses con el fin de alcanzar el dominio sobre el mar Báltico controlando a Rusia. El mar Mediterráneo también fue escenario del comercio que realizaba. Al parecer, la última reunión se realizó en 1669, pero para entonces su fuerza ya había disminuido.

El poderío y necesidades de los comerciantes no sólo hicieron surgir a la banca, sino también a diversas fuerzas militares para que los protegieran

[10] Tamayo y Salmorán, Rolando, *La universidad, epopeya medieval (notas para un estudio sobre el surgimiento de la universidad en el alto medievo)*, 2a. ed., México, Huber, 1998.

[11] Cadena Afanador, Walter René, "El resurgimiento de la *lex mercatoria*: ¿realidad en construcción o elucubración académica?", *Temas Socio-jurídicos*, Bucaramanga, vol. 20, núm. 43, diciembre 2002, pp. 48 y ss.

por los caminos enemigos; de igual manera, surgió el correo, para facilitar las comunicaciones entre los comerciantes.

2. *La regulación del comercio a partir del siglo XI*

El fenómeno comercial iniciado en el siglo XI también fue regulado, aunque no por un derecho estatal o del príncipe. Aunque a esta normativa se le conoce como *lex mercatoria medieval*, el fin de la Edad Media no dio por concluido a este sistema jurídico, que se prolongó durante el Renacimiento hasta el siglo XVII.

No es muy seguro afirmar que los juristas medievales estuvieron conscientes de que los comerciantes se regían por un sistema jurídico diferente al estatal, esto es, que su regulación no se enlazaba con este último; ni siquiera de que existía un pluralismo jurídico. A su *lex mercatoria* (cuyo origen no se encontraba en el príncipe) también se le conoció como *diritto vivente*, *droit corporatif* o *selbstgeschaffenes recht wirschaft*.[12]

En realidad, los diversos fenómenos o situaciones fácticas, al ser observadas por los juristas, fueron calificados como usos, transmutándose en normas jurídicas que no se oponían al derecho estatal o del príncipe. Daré algunas explicaciones.

A. *Necesidades del comercio*

El desarrollo del derecho comercial de la Edad Media se apoyó en la necesidad de resolver los problemas de la época, lo que al parecer auspició su gran desarrollo.

Ni el derecho romano ni el *common law* parecieron preocuparse de la actividad comercial. En ninguna de ambas familias jurídicas se contemplaban los tribunales para comerciantes, ni disposiciones sustantivas.

En el *common law* las reglas que existían eran rudimentarias y fuera de realidad. Por ejemplo, el *common law* prescribía que nadie podía vender algo si carecía de medios que comprobaran su propiedad. Para salvar esta regla, que interfería con el comercio, los comerciantes introdujeron una regla que se acoplara a sus necesidades. ¿Cómo poder vender una mercancía

[12] Joachim Bonell, Michael, "La moderna *lex mercatoria* tra mito e realtà", *Diritto del Commercio Internazionale*, Génova, núm. 2, julio-diciembre, 1992, p. 315.

cuando aún no se producía? La nueva regla admitió la posibilidad de vender aquellas cosas aun cuando se careciera del título de propiedad. El comerciante se comprometía a conseguir la cosa y luego entregarla. Sólo así se podía hacer el comercio. Esta nueva regla fue tolerada por el príncipe y, después, admitida. La *lex mercatoria* (la conocieron como *merchant law*) le ganó a la estatal, que fue desplazada.

De esta forma, el derecho comercial no fue precisamente lo poco que de estatal pudiera existir (el *common law*). Las necesidades, nunca antes vistas, provocaron una nueva orientación normativa que se construyó sobre la base de prácticas, usos y costumbres que los comerciantes fueron introduciendo y moldeando.

Cabe destacar que el derecho comercial surgido no fue el único ordenamiento cultivado en la Edad Media. Al lado del derecho regulador de los comerciantes también se desarrolló, con específicas pautas, el derecho canónico y el familiar, donde el romano tendió a ser supletorio. Vamos, esto es lo que caracteriza al pluralismo jurídico.

Puede decirse que el segundo milenio sorprendió a los juristas. El comercio se desarrolló tan rápidamente que los juristas ni tiempo tuvieron para advertirlo. Se dejó que las cosas pasaran, sin regulación oficial; fue algo así como un *laissez faire, laissez passer*. El príncipe, que podía haber intervenido en la regulación, no lo hizo; se abstuvo. Con esta actitud, se permitió que los comerciantes desarrollaran sus reglas en torno al comercio, tuvieran sus mecanismos para resolver controversias (consulados), y tuvieron que ingeniárselas para desarrollar reglas que les permitieran trabajar en un terreno que no les fue fácil.

Las necesidades de la época y la astucia de los comerciantes llevaron a la conformación de sus instituciones jurídicas, que no tenían un origen precisamente estatal. Así, por ejemplo (ya lo decía), el pagaré y la letra de cambio funcionaron como formas de crédito. Mediante el pagaré el vendedor entregaba la mercancía y le daba crédito al comprador que debería pagar en otra fecha y, tal vez, en otra moneda. Mediante la letra de cambio, el pago se haría en otro lugar y al tenedor del documento. Mediante sus figuras crediticias, apareció la hipoteca sobre muebles (conocida como prenda).

Aparecieron formas de agrupación empresarial o corporativa. Había lo que hoy llamaríamos una sociedad, en la que un socio era el inversionista y, otro, el que realizaba el trabajo, que consistía en llevar la mercancía a otros lugares, venderla y luego repartir la ganancia con el socio capitalista.

Hubo socios capitalistas que por ser ancianos no podían viajar tan fácilmente como en su juventud, así como viudas, cuyo marido comerciante ya no podía hacerlo; asimismo, niños huérfanos y, hasta sacerdotes, poseedores de capital.[13]

Aunque se trataba de fenómenos fácticos, fueron interpretados como normas e instituciones jurídicas. En el ordenamiento creado por los comerciantes no interfirió el príncipe. Los abogados siguieron a aquéllos, sin necesidad de seguir al príncipe. Como decía, el derecho estatal no reñía con el comercial. Estas prácticas continuaron así hasta el siglo XVI.[14] En gran medida, era fácil entenderlo como un derecho consuetudinario que como un derecho del príncipe.

B. *Ambiente favorable de los juristas*

Como explicaba, el comercio al inicio del segundo milenio no fue una actividad bien vista por la Iglesia, ni tampoco era regulado por el príncipe. En la cosmovisión habida hasta antes del desarrollo del comercio no cabía admitir la riqueza, ni siquiera la obtenida por el comercio; lo que nos presenta a una sociedad con un comercio nulo o reducido. A pesar de esto, el comercio se comenzó a realizar y expandir. Como ni con la Iglesia ni con el príncipe cabía la posibilidad de aceptar el comercio, tampoco cabía la posibilidad de regularlo. Su regulación se debió a los comerciantes sobre la base de sus necesidades y costumbres; con esto, al regular su actividad, se sobrepusieron a la Iglesia y a los legisladores. Primero hubo tolerancia; después, admisión y auspiciamiento. Para su explicación fue un simple derecho consuetudinario.

El comerciante, además, gozaba de privilegios que, explica el historiador Francis Jean Faver, no significaban ventajas, sino orden. La exención de impuestos establecido por el príncipe, así como la obligación de respetar al comerciante en los caminos, debía cumplirse: un asalto al comerciante podía estimarse como una ofensa al rey.[15]

[13] Berman, Harold J., *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 365 y ss.

[14] Medwing T., Michael, "The New Law Merchant: Legal Rhetoric and Commercial Reality", *Law and Policy in International Bussiness*, Washington, vol. 24, núm. 2, winter, 1993, pp. 593 y ss.

[15] Gold Faver, Jean, *ápices, The Rise of Commerce in the Middle Ages*, Nueva York-Londres, Colmes and Meier, 1998, p. 79.

Los glosadores, que también aparecieron a partir del siglo XI, en cierta forma coadyuvaron en la concepción del derecho comercial imperante de la época al sostener que el derecho positivo devenía de la costumbre. Graciano, incluso, afirmaba que la costumbre modificaba al derecho legislado, lo que de alguna manera significaba que la costumbre comercial podía sobreponerse al mandato del príncipe.[16] El *iusnaturalismo*, vamos a llamarle *teológico* (en cuanto a su relación con la *lex aeterna* y la *lex divina*), que imperaba en el primer milenio, fue sustituido por un *iusnaturalismo* racionalista que hizo pensar en satisfacer las necesidades del comercio. Con los glosadores cupo la posibilidad de darle independencia al estudio y tratamiento del derecho estatal respecto de las normas morales y religiosas. A la vez, para reconocer lo que podríamos llamar autonomía de la *lex mercatoria*.

Otro aspecto importante en la concepción del derecho fue que para los alemanes de esa época, las normas jurídicas eran propias de la comunidad. El derecho no era una actividad que llegara de fuera, sino desde adentro, algo que le era consustancial a la comunidad y que consistía en *la paz*. La paz —se afirmaba— es lo que trae sosiego y armonía. Las normas jurídicas no dependen de órganos determinados o del príncipe.

Aunque para el siglo XIII ya se expedían leyes, éstas no eran más que una expresión de las costumbres. Las ideas voluntaristas (el derecho lo impone el príncipe) vendrían hasta casi el fin de la Edad Media. Para esta filosofía alemana, ampliamente divulgada, los parlamentos sólo descubren, precisan y adaptan las costumbres, no las crean. En cierta forma, la idea todavía alcanzó a Savigny cuando afirmó que el derecho "representa el alma popular".[17]

Como no había un predominio del derecho positivo estatal, a la manera como hoy suele afirmarse por muchísimos juristas (los positivistas), la concepción de un derecho realista coadyuvó a sostener la idea de que el derecho mercantil, esto es, la *lex mercatoria*, también era un derecho autónomo al estatal (es decir, al del príncipe). Esto suponía, entonces, que los usos

[16] Baldo de Ubaldis llegó a afirmar que "inter mercatores non convenit de iuris apicibus disputare, sed de mera veritate et consuetudine mercatorum". Berger, Klaus Peter, *The Creeping Codification of the* lex mercatoria, The Hague-Londres-Boston, Kluwer Law International, 1999, p. 103.

[17] Galindo Pohl, Reynaldo, *Guión histórico de la ciencia del derecho*, San Salvador, Centroamérica, Uca Editores, 1978, t. I, pp. 591 y ss. No obstante, las ideas de Savigny son propias de la corriente historicista.

y costumbres mercantiles eran ley. Un derecho consuetudinario donde las disposiciones provenían de los comerciantes.

A pesar de la aparente rivalidad entre lo creado por los comerciantes y lo ordenado por el príncipe, cuando este último "daba" algún derecho (una disposición), su contenido no solía rivalizar con el comercial existente. Normalmente el derecho que "se hacía" se armonizaba con las costumbres y prácticas comerciales. Aunque el derecho que el príncipe "hacía" se correspondía con su voluntad soberana, en ocasiones podía ser diverso al consuetudinario. Pero en estos casos la filosofía cristiana de la época solía regular o arreglar las diferencias, en otras, se tuvo que tolerar, como en los casos de los préstamos usurarios.

No hay que olvidar que por esa época se pensaba que el derecho era una actividad ajena al ser humano. El derecho no se otorgaba, sino que se reconocía.

La construcción de la *lex mercatoria* se vino haciendo con la complacencia del príncipe, que no interfirió en el actuar y en las conductas de los comerciantes, ni tampoco las prohibió. El desarrollo normativo creado por los comerciantes no se hizo contra lo que el príncipe quería u ordenaba (aunque hubo excepciones), más bien, se creó en el ambiente de lo que el príncipe admitió o, incluso, toleró. En ningún momento pareció oponerse a que los usos comerciales fueran interpretados por los operadores jurídicos como normas.

C. *Codificación y recopilación de usos y costumbres*

Al amparo de los usos y costumbres comerciales, propios de la *lex mercatoria*, se elaboraron algunas codificaciones, aunque más bien fueron recopilaciones y no codificaciones, en la forma que hoy conocemos lo que es codificación. Así lo demuestran, entre otros textos, las *Tablas de Amalfitana*, que fueron unas leyes marítimas de 1095, adoptadas tras la primera Cruzada; la Compilación de los juicios marítimos (las sentencias) del Tribunal de Olerón (1150), esto es, el librito rojo de Bristol (*Little Red Book of Bristol*) en el que se alojaban los Rôles d'Olerón; las *Leyes de Wisby* (1350), documento similar a los rollos de Olerón; el libro del Consulado de Mar o Consulado de Barcelona (siglo XV), un tanto similar a los Rôles de Olerón (siglo XIII), que contenía principios sobre derecho

marítimo, así como resoluciones jurisdiccionales anteriores al siglo XI.[18] De igual forma, en 1622 apareció en Inglaterra el *First Treatise on Merchant Law in England*, escrito por Gerard Malynes, titulado *Consultudo Vel Lex Mercatoria*.

En las reglas y compilaciones de las costumbres también destacó la actividad realizada por la Casa de la Contratación de Sevilla, que originalmente tuvo jurisdicción sobre los asuntos marítimos realizados con México y Lima. No obstante, en 1511 debió trabajar como el Consulado de Burgos (esto es, gozaba de fuero mercantil). En 1543 se fundó la Universidad de los Cargadores de Indias, a la que se le otorgaron facultades para actuar con autonomía, pero quedaron restringidas, pues el rey debía aprobar sus ordenanzas y ratificar a sus autoridades.

Se trató de textos que eran consultados por las guildas de la época y con una gran influencia sobre las codificaciones futuras.

En fin, los usos y costumbres no sólo quedaron en la mera práctica, sino que gran parte de ellos fueron interpretados como textos normativos que fueron recopilados y utilizados por los interesados en el desarrollo del comercio.

D. *Características del orden normativo*

Aunque ya me he referido a algunas de las notas que caracterizaron a la *lex mercatoria* medieval, no está por demás recordar las que otros juristas han destacado.

El profesor Harold J. Berman ha estudiado con acuciosidad estas características, que, independientemente de que pudiéramos estar de acuerdo con ellas, procuraré sintetizar. Para Berman hay varias cualidades a destacar. Sostiene que el derecho mercantil del medievo se caracterizó por ser: 1) *objetivo*, esto es, un derecho definido, no un criterio aislado para cada problema; 2) *universal*, que significó tener reglas más uniformes. Más generales, menos discriminatorio. Afirma que su autoridad no se debía a algún príncipe y que no establecía trato discriminatorio a comerciantes extranjeros.

[18] L L. M., Berger, Klaus Meter, "The Concept of the 'Creeping Codification' of Transnational Commercial Law", *Center for Transnational Law (CENTRAL)*, Alemania, University of Cologne, http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_document.php?pubdocid=000004&pubwithoutheaders=ja#fulltextmark.

Como un tercer aspecto o cualidad, Berman afirma que el derecho mercantil medieval se caracterizó por la *reciprocidad de derechos*, lo que para él significaba equidad en las cargas. Lo explica de la siguiente manera: mientras el vendedor se desprende de sus bienes, el comprador de su dinero. En esta operación o intercambio no debía haber dolo ni abuso, todo lo cual retrata como una reciprocidad en derechos.

El cuarto aspecto lo llama *adjudicación participatoria*, punto relacionado con los tribunales. Los tribunales se encontraban en mercados y ferias, gremios mercantiles y en zonas urbanas. Los jueces no eran profesionales. Se trataba de comerciantes juzgando a comerciantes. Los comerciantes de una nacionalidad podían pedir que sus jueces también fueran de su nacionalidad. Berman llama la atención al hecho de que eran los mismos comerciantes quienes designaban o elegían a sus jueces. Como en algunos lugares los alcaldes eran los jueces, se llegó a la posibilidad de que los mismos comerciantes podían elegir a esos alcaldes.

La quinta cualidad la hace consistir en la *integración del derecho mercantil*, del que afirma, consistía en principios, conceptos, reglas y procedimientos.[19]

La presencia de todo este material normativo se unifica, en las palabras de José Carlos Fernández, cuando afirma que se trató de un *derecho mercantil estatutario*, por cuanto que, derecho corporativo, derivó del estatuto del gremio de los comerciantes; aunque con el tiempo se difundió, por un lado, extendiéndose a quien contrataba con un agremiado, y, después, por el solo hecho de realizar un acto de comercio.[20]

Destaca la característica subjetiva, puesto que la normativa tendió al comerciante como tal, más que a la actividad, que como elemento objetivo (acto de comercio) fue objeto de aprehensión más adelante.

E. *Síntesis*

De todo lo explicado aparece que la regulación del comercio medieval se prolongó muchos años adelante, desarrollándose, incluso, contra los cri-

[19] Berman, Harold J., *La formación de la tradición..., op. cit.*, nota 13, pp. 357 y ss.

[20] Fernández Rozas, José Carlos, Ius mercatorum, *autorregulación y unificación del derecho de los negocios trasnacionales*, Madrid, Colegios Notariales de España, 2003, pp. 32 y 33.

terios religiosos que originalmente lo reprimían. Las necesidades de la actividad comercial fueron conformando usos y prácticas, en gran medida, que dieron lugar a la *lex mercatoria*.

Estas prácticas y usos, que fueron respetados por el príncipe y por la Iglesia, conformaron diversas instituciones jurídicas que aún perduran, como los títulos de crédito, las asociaciones de comerciantes (locales e internacionales), banca, medios de solución de controversias (desarrollo del arbitraje), medios de comunicación (marítima y terrestre), etcétera.

La *lex mercatoria* fue un ordenamiento jurídico especial para los comerciantes, creado al amparo o con la tolerancia del príncipe, pero diferente al de fuente estatal.

En gran medida los usos y costumbres fueron interpretados como textos normativos y, luego, recopilados en diversos documentos que "codificaron" la actividad normativa existente.

II. El desplome de la *lex mercatoria* frente a un derecho estatal vigoroso

A partir del siglo XVI cada Estado comenzó a legislar y establecer tribunales para comerciantes promulgando leyes y compilaciones de textos normativos sobre comercio. En gran medida, las instituciones y normatividad que fueron creadas por los comerciantes se receptaron en el derecho positivo estatal.

Las ideas sobre soberanía estatal no sólo llevaron a las autoridades estatales a independizarse de la Iglesia, sino también a ejercer su autoridad sobre los comerciantes, negándoles la posibilidad de autorregularse.

De la que fue inactividad del príncipe se pasó a una creciente intervención del Estado, no sólo para legislar o juzgar, sino también para ejercer el comercio, mediante las empresas de participación estatal.

Aunque el surgimiento del Estado moderno propició el cambio explicado, la codificación fue un instrumento destacado para que el Estado sometiera a los comerciantes. Mediante la codificación, los legisladores estatales se hicieron cargo de la regulación comercial, con la que pretendieron ser exhaustivos; además, declarando a los tribunales estatales como los competentes para conocer de la actividad comercial. Lo que antes conocían los tribunales de arbitraje (los consulados) pasó a los tribunales estatales. Con esto, los fueros y tribunales para comerciantes se extinguieron y el

derecho comercial se fundió con el civil (al menos, en muchos países). México no fue la excepción a este actuar, como lo ha puesto de relieve Óscar Cruz Barney.[21]

Bajo el *common law* ocurrió lo mismo. La autonomía de que gozaban los comerciantes fue sometida al *common law* desde el siglo XVII. Para la época del lord Chief Justice, sir Edward Coke, la Corte de Almirantazgo fue aboliendo o limitando la jurisdicción de la *lex mercatoria*. Los litigios comerciales comenzaron a ser resueltos por el *common law*, mientras que las reglas de los comerciantes fueron, de hecho, abolidas y, en el mejor de los casos, tuvieron que ser probadas en cada proceso, "hasta satisfacer razonablemente la ignorancia de los jurados".[22]

De la historia inglesa tenemos conocimiento de soluciones judiciales que rechazaron la posibilidad de recurrir al arbitraje. Por ejemplo, hasta antes del caso Scott *vs*. Avery, ocurrido en 1856, era imposible que los conflictos se solucionaran mediante el arbitraje, debido en parte a que por aquel entonces los jueces cobraban por resolver litigios entre particulares y al hecho de que reconocer el arbitraje significaría tanto como alentar a la competencia. Celos, dicen Lorenzen y Deshpande.[23]

De esta forma, a partir del siglo XIX, especialmente a partir del Código de Comercio napoleónico (1807) (incluso antes, con las Ordenanzas de Colbert), los códigos de comercio codificaron con una mayor fuerza la actividad mercantil, y el Estado monopolizó la solución de controversias, y se olvidó regular el arbitraje. Al estatizarse la normativa e instituciones mercantiles el derecho comercial existente se osificó; dejaron de aparecer nuevas instituciones mercantiles, y las que fueron necesarias tuvieron que convenirse con los políticos del nuevo Estado. El ordenamiento comercial

21 Véase Cruz Barney, Óscar, *El régimen jurídico de los consulados de comercio indianos: 1784-1795*; "Para la historia de la jurisdicción mercantil en México: de la independencia a la creación de los tribunales mercantiles 1821-1841", *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 32, 2002.

22 Baron, Gesa, "Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts Form A New *lex mercatoria*?", http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/baron.html, mayo 22, 2005.

23 Lorenzen, Ernest, "Commercial Arbitration, International and Interstate Aspects", *Select Readings on Conflicts of Laws*, St. Paul, Minn, West Publishing, 1956, p. 699; y Deshpande, V. S., "How International Arbitration Can Always Prevail Over Litigation", *Journal of International* Litigation, p. 9. Silva, Jorge Alberto, *Arbitraje comercial internacional*, México, Oxford University Press, 2001, p. 42.

ya no cambiaba con el ritmo que el comercio requería, ni las instituciones se actualizaban.

Además, al surgir varios Estados con un concepto de soberanía polarizado (una *super omnia* total), el derecho comercial se multiplicó por el número de Estados existentes. La unificación del ordenamiento comercial existente se desintegró. Bajo el nuevo Estado, cada uno dictó reglas para el comercio, que no fueron similares ni uniformes para el comercio internacional.

La soberanía estatal enarbolada, especialmente la decimonónica, cerró las fronteras y monopolizó el poder en la clase gobernante, que se multiplicó por el número de Estados soberanos existentes.

Con el desconocimiento y abandono progresivo de las prácticas y usos que los comerciantes se habían venido dando y, que luego eran interpretadas como textos jurídicos, los abogados ya no las siguieron, sino sólo a las de los legisladores de sus Estados. Los intereses y necesidades de los comerciantes ya no parecieron contar. Sus innovaciones, prácticamente, tampoco fueron tomadas en cuenta. La regulación del comercio internacional sobre la base de usos particulares pareció irse a pique. La regulación, que históricamente fue internacional, se redujo al ámbito territorial estatal.

Bajo el enfoque y concepción paradigmática de la nueva teoría jurídica, el *iusnaturalismo* también se vino abajo; el derecho ya no fue algo que estaba por fuera del ser humano ni extraestatal, sino que era creado por el ser humano por medio del Estado; ya no fue meramente racionalista, sino voluntarista y válido solamente en los límites territoriales del Estado.

Para el nuevo jurista, el derecho comercial se estatizó y codificó. Con el nuevo ideal jurídico se pretendió lograr la *seguridad jurídica*, aun por encima de la justicia y el bien común sostenidos por el *iusnaturalismo*. La Escuela de la Exégesis sólo reconoció al legislador como el dador de las leyes. Durante el siglo XIX se admitió, como modelo, la idea de que el derecho sólo es el estatal y que sólo impera en la porción territorial que a cada Estado le corresponde. Con el marco de estas ideas el positivismo se consolidó. Conforme a las ideas positivistas, el Estado ya no reconocía derechos, sino que los otorgaba.[24]

[24] La Constitución mexicana de 1857 (artículo 1o.) prescribía que *reconocía* los derechos de las personas, mientras que la de 1957 ya no reconocía derechos, sino que los *otorgaba*.

En México, el Código de Comercio de finales del siglo XIX reguló el comercio con tan mala fortuna que las reglas de procedimiento, como las del arbitraje, ni siquiera se previeron en forma específica para los comerciantes, sino que, simplemente, se copiaron, casi literalmente de las disposiciones procesales que preveía el Código de Procedimientos Civiles de la época.

Al inicio del siglo XX el positivismo no sólo estatizó el derecho, sino que idealizó la afirmación de que derecho sólo es el estatal, siendo el único que puede otorgar derechos. El nuevo paradigma había cristalizado: el derecho sólo puede entenderse a partir del Estado.

Un dato de gran importancia bajo este enfoque lo constituye el hecho de que mientras el comercio tiende a la libertad, a las no ataduras, el derecho estatal intervencionista tiende a estabilizar las conductas y darles un sentido estático; mientras los comerciantes, los protagonistas de la *lex mercatoria*, se debaten entre querer ser libres frente a un derecho estatal que los afianza, el derecho estatal de esta época parece detenerlos.

Con el nuevo enfoque paradigmático se beneficiaron los abogados, aunque no los comerciantes. Ahora los abogados sólo veían y defendían los textos normativos expedidos por el Estado, más fáciles de consultar cuando estaban codificados. Las escuelas de derecho adoptaron pronto esta dirección metodológica. A la teoría del derecho kelseniana ya ni siquiera le importó los contenidos del derecho, sino sólo la forma o estructura. Cualquier disposición normativa tenía que encontrar una norma fundamental, conectada con el Estado. El mito de la seguridad jurídica surgió al amparo de la idea de que sólo el derecho codificado es derecho. "Yo no conozco más derecho, que el código de Napoleón", fue el grito ensordecedor del siglo XIX, que caracterizó a la Escuela de la Exégesis.

Para los comerciantes, el derecho (ahora, únicamente el estatal) se convirtió en un intermediario en la realización de su actividad mercantil, pues se interpuso entre las necesidades del comercio y del comerciante.[25] Ahora, los políticos (que se dieron la tarea de legislar) se dedicaron a regular el comercio. En realidad, ni eran comerciantes ni conocían cómo se ejerce el comercio.

Con todo lo anterior, la *lex mercatoria*, como sistema diverso al estatal, había muerto; el derecho positivo monopolizó la normatividad mercantil. Para el nuevo paradigma sólo el derecho estatal es derecho.

[25] Medwing T., Michael, "The New Law Merchant: Legal Rhetoric and Commercial Reality", *Law and Policy in International Business*, vol. 24, núm. 2, winter, 1993.

Durante la primera mitad del siglo XX la regulación del comercio quedó casi por completo en el Estado. Las ideas sobre intervencionismo estatal en la vida privada, así como las grandes empresas del Estado que crecían, no parecieron darles acceso a los comerciantes para conformar nuevo material jurídico. De hecho, desde el naciente Estado nacional, la *lex mercatoria* medieval murió, pues el soberano se opuso a cualquier poder que pudiera estar por encima de él o a su lado. El ideal de la soberanía —a la manera del Leviatán— tendió a concretizarse en el Estado, en algunas ocasiones confundido con su rey ("el Estado soy yo").

SEGUNDA PARTE

I. ¿RESURGIMIENTO DE LA *LEX MERCATORIA*?

Luego del aniquilamiento (si es que así puede llamársele) de la *lex mercatoria* originada en el medievo, han surgido en nuestra época importantes explicaciones que afirman su resurgimiento (la nueva o moderna *lex mercatoria*), mientras que otras lo niegan. En cierta forma, a esto ha contribuido el hecho de que el positivismo no ha podido explicar algunos problemas.[26]

Partiré del hecho de que la *lex mercatoria* medieval terminó cuando el Estado asumió la reglamentación directa del ordenamiento comercial (desde Luis XIV, el ministro Colbert y las Ordenanzas de 1673 y 1681), pero que a partir del momento en que concluyó la Segunda Guerra Mundial se propiciaron diversas políticas de los Estados para impulsar el comercio mundial. Con esto, se comenzó a flexibilizar el intervencionismo estatal para dar lugar a una participación de los comerciantes en el comercio mundial, reconociéndoles la facultad de crear material jurídico al amparo de la autonomía de la voluntad. El fenómeno producido con esta participación ha dado pie a que algunos piensen que ha resurgido la *lex mercatoria* (ob-

[26] Problemas que no sólo son propios de la *lex mercatoria*. En México, por ejemplo, el derecho indígena no puede ser explicado sobre la base de mero derecho estatal. Véase, por ejemplo, la obra de González Galván, Jorge Alberto, *El Estado y las etnias nacionales en México. La relación entre el derecho estatal y el derecho consuetudinario*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995, pp. 70 y ss. Para este autor, el derecho indígena sólo puede entenderse despojándose del paradigma estatal del derecho, esto es, sobre la base de un pluralismo jurídico.

viamente, con origen diverso al estatal) y se piense en ella como una nueva fuente del derecho comercial internacional.

Antes de pronunciarme respecto a si existe una nueva *lex mercatoria*, es necesario tomar en cuenta los datos sobre los que apoyan los sostenedores de su resurgimiento, en especial las carencias y necesidades sobre las que se basa el nuevo comercio internacional, así como el nuevo material jurídico surgido.

1. *Carencias y necesidades*

El exagerado intervencionismo estatal no sólo hizo a un lado la actividad reguladora de los comerciantes, sino que, al convertirse la normativa en un sistema inflexible y difícilmente modificable,[27] impidió, al paso del tiempo, un desarrollo flexible y acompasado con el momento histórico. Bien pronto, las instituciones estatales se hicieron obsoletas e inadecuadas para un comercio dinámico en expansión constante.[28]

La devastación que produjeron las guerras mundiales al comercio hizo pensar, no sólo por los comerciantes, sino también por los Estados, en la necesidad de revitalizarlo. Al efecto, convergen a la nueva época diversos factores, en los que cabe la creación de convenios, instituciones y foros que comenzaron a auspiciarlo.

Se aúna a lo anterior, el espacio de libertad con el que se revitaliza a los comerciantes. En efecto, al ampliarse la autonomía de la voluntad se produjo una flexibilización del derecho estatal, la que, aunada a la extraordinaria organización y unificación de los comerciantes en el ámbito mundial, ha propiciado pautas comunes y más universales que han dado lugar al surgimiento de material jurídico que no ha sido creado directamente por el Estado.

El desarrollo del comercio internacional habido ha requerido de personas expertas que puedan elaborar los contratos y las reglas correspondien-

[27] Cuando menos, para hacer cambios se requerían procedimientos tardados y tortuosos.

[28] A pesar del intervencionismo estatal e, incluso, de las barreras que llegaron a imponerse, el comercio continuó pese a la falta de disposiciones estatales que lo favorecieran. Y aun contra estas políticas cerradas, el comercio se dio aun con vicios e ilegalidades. Tal es el caso del contrabando de mercancías, el pago de comisiones fuera de la ley y la corrupción de funcionarios. Se trata de un hecho innegable: el comercio, a pesar de que se le restrinja, ha caminado independientemente de la voluntad estatal.

tes, pero es difícil que estas personas se encuentren en los parlamentos y órganos legislativos locales, en donde son los políticos los que dominan. En la mayoría de las ocasiones los políticos de profesión son líderes, actrices y vedetes sin preparación alguna. Todos ellos con intereses partidarios, demagógicos, populistas y poco o nada relacionados con el comercio internacional. Aúnase a lo tortuoso del procedimiento legislativo que siguen, lo lento de las discusiones parlamentarias, la falta de preparación, el hecho de que generalmente se llega a respuestas sin fondo o contenido, aunque con la posibilidad de arribar, al final (en la mayoría de las ocasiones) a un acuerdo concertado (entre comerciantes y políticos) que difícilmente atiende a las necesidades del comercio internacional, la especificidad de la actividad y la rapidez requerida.

Hay otras variables que han influido en el pensamiento jurídico de la actualidad: el comercio internacional de nuestra época encaja en la expansión de mercados que, de alguna forma, ha dado lugar a la globalización de las economías con las que ha hecho su aparición el neoliberalismo.[29]

Las necesidades de cada Estado para darles trabajo a sus ciudadanos se han resuelto dándoles participación a los comerciantes para revitalizar la economía, lo que ha implicado la posibilidad de que puedan crear materiales jurídicos. Frente a la debilidad económica de los Estados y el poderío de los comerciantes, los primeros han quedado, de hecho, sometidos a los segundos.[30] Ya no queda en duda que el Estado de la actualidad está condicionado por la economía y sus actores económicos.

Esta diferencia no sólo se ha manifestado en el renglón económico, ya que los comerciantes también han asumido algunas funciones que bajo el tradicional criterio del derecho positivo les corresponde a los legisladores estatales. Ahí está el caso de las reglas de procedimiento arbitral o las reguladoras de los contratos internacionales, a las que me referiré adelante, o

[29] Mientras que los liberales del siglo XVIII sostuvieron una política de libertad del individuo, dentro de la cual cabía el comercio, los neoliberales de nuestra época sostienen que el comercio es el centro de la vida. El mercado es el centro de lo social; en torno al mercado gira la idea sociopolítica. El Estado está determinado por el mercado de dinero y capitales. Lo económico y social se forma de manera independiente al Estado. El Estado, para estas ideas, sólo es un complemento de las leyes mercantiles. Witker, Jorge y Hernández, Laura, *Régimen jurídico del comercio exterior de México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

[30] A no dudarlo, hay empresas comerciales cuyo presupuesto es mayor que el de muchos estados. Basta pensar en *Coca Cola, Ford, Chevrolet, MacDonalds, Microsoft*, etcétera.

los contratos modelo utilizados en las operaciones bancarias, transporte marítimo, aéreo, contracción, etcétera, que son ejemplos del nuevo material jurídico surgido, aunque no necesariamente del Estado.

La Cámara Internacional de Comercio es un ejemplo de corporación, que aunque no es organismo oficial de algún gobierno, ha trabajado en el desarrollo de la actividad comercial y su regulación. Otro organismo privado es la Asociación Internacional del Transporte Aéreo (IATA), que integra a la mayoría de las empresas aéreas en el mundo. Así como estos organismos hay otros más.

Los organismos internacionales que existían volvieron a la vida, como la Cámara Internacional de Comercio y la American Arbitration Association.[31] Otros hicieron su aparición por primera ocasión, como el Gatt llegado hasta la Organización del Comercio Mundial de nuestra época y otros más.[32]

Varios centros administradores del arbitraje comercial circundan el mundo, casi todos resolviendo controversias, expidiendo reglas de procedimiento y organización de sus tribunales. Todos, basándose en reglas expedidas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional o United Nations Commission on International Trade Law (CNUDMI o, en inglés, UNCITRAL).[33] En estas agrupaciones también cabe destacar al Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), que se han preocupado por el examen de las vías y métodos para la modernización, armonización y coordinación del derecho

31 Berthold Goldman traza algunos antecedentes inmediatos como la creación de la London Court Trade Association en el siglo XIX, la publicación de los Uniform Customs and Practice for Documentary Credits, que, en 1933, había hecho la Cámara Internacional de Comercio, así como los Incoterms, y la publicación de las cláusulas de los contratos. Goldman, Berthold, "*Lex mercatoria*", *cit*., nota 1, pp. 4 y 5.

32 Hoy en día hay una gran cantidad de organismos que procuran impulsar el comercio mundial. Basta citar el UNIDROIT, UNCITRAL, la Conferencia de La Haya, CIDIP, el Banco Mundial, Miga, el Fondo Monetario Internacional, etcétera.

33 La UNCITRAL cumple diversas funciones básicas: es el foro en donde se discuten y elaboran proyectos de convenciones en materia de derecho mercantil internacional; algunas de las cuales de aquí han surgido; se preocupa por elaborar *leyes modelo* en diferentes temas relacionados con el derecho mercantil, guías legislativas y disposiciones sobre comercio internacional. Pereznieto, Leonel y Silva, Jorge Alberto, "Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional o United Nations Commission on International Trade Law "CNUDMI o, en inglés, UNCITRAL", *Diccionarios temáticos. Derecho internacional privado*, México, Oxford University Press, 2002.

privado, en particular, el derecho comercial entre los Estados y entre grupos de Estados. Uno de sus más reconocidos logros ha sido la codificación de lo que denomina Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales (1994, reformado en 2004).

Ni siquiera las ideologías marxistas imperantes en la vieja Unión Soviética atenuaron el surgimiento de nuevos organismos y reglas para el comercio.

Además, hay cosas en el comercio internacional que no respetan las fronteras estatales; tal es el caso de las ondas hertzianas, el teléfono, la televisión, la Internet. Para ninguna de estas actividades existen fronteras marcadas por boyas, cerros, ríos, púas, etcétera. Se trata de cosas tan naturales que transitan como si fueran aire y nubes. En estos fenómenos se inserta el comercio internacional como queriendo imitar a este tipo de fenómenos, no sólo desde ahora, sino desde hace muchos siglos; prueba de ello es que en la época de feudalismo cerrado y territorialista el comercio se expandió, incluso contra la original voluntad de la Iglesia.

A no dudarlo, es de gran trascendencia el hecho de que los comerciantes contemporáneos tratan de escapar de un orden o sistema jurídico estatal represor y atrasado. El temor no sólo se manifiesta contra las leyes sustantivas y órganos de gobierno, sino también contra la normatividad conflictual estatal. Prueba de lo anterior es que los protagonistas del comercio internacional contemporáneo han tendido a elegir tribunales de arbitraje y leyes o disposiciones no vinculadas a algún Estado en especial.[34] Mediante esta aparente escapatoria procuran realizar lo necesario para liberar al comercio de fronteras, procurando una normatividad o reglamentación en la que ellos participen y no la monopolice el Estado con pretensiones ajenas a sus intereses. El esfuerzo de los comerciantes de nuestra época se comprende cuando advertimos que el ordenamiento estatal no siempre va de la mano con la evolución de las instituciones comerciales y necesidades del comercio internacional.[35]

En fin, la necesidad del comercio internacional ha llevado al Estado a dejar de interferirlo en la medida de lo posible y sin negar su "soberanía", así como a permitir y auspiciar el comercio internacional, otorgándoles

[34] Medwing T., Michael, "The New Law Merchant: Legal Rhetoric and Commercial Reality", *cit.*, nota 25, p. 590.

[35] García Guzmán, David, "La nueva *lex mercatoria*", *Alegatos*, núm. 4, septiembre-diciembre de 1986, p. 9.

mayor libertad a los comerciantes para pactar (autonomía de la voluntad), lo que ha dado lugar al surgimiento de un nuevo tipo de material jurídico. Los mismos positivistas han llegado a admitir la *lex mercatoria*, pero bajo la condición de que sus reglas se ajusten a la soberana voluntad del Estado.

En general, la inadaptación de los derechos estatales al comercio internacional ha sido sustituida por una actitud de tolerancia y auspiciamiento estatal; para ello, la actividad de los comerciantes ha influido poderosamente para alcanzar disposiciones y reglas diseñadas por ellos que los auxilien. La segunda mitad del siglo XX coincide con un retraimiento significativo de la actividad del Estado en el ejercicio del comercio. La privatización de las empresas estatales en un ejemplo de ello. No obstante, los Estados han cuidado ciertas medidas proteccionistas a favor de los consumidores, así como garantías mínimas al procedimiento.

2. *Las nuevas pautas y estilos de comportamiento*

Sin duda alguna los comerciantes de nuestra época se caracterizan por nuevos hábitos, prácticas y actitudes en la ejecución de su actividad comercial internacional. Me referiré brevemente al desarrollo producido a partir del momento en que el Estado prácticamente aniquiló a la *lex mercatoria*, para explicar el resurgimiento de esta última, no sólo con nuevas normas o disposiciones, sino también con una nueva concepción paradigmática.

El intervencionismo estatal sujetó las transacciones comerciales a un derecho específico, es decir, un derecho estatal, y no uno de fuente originada en los comerciantes. Esto no significa que se trató de un derecho meramente territorialista, pues se admitió la posibilidad de que las normas de conflicto pudieran vincularse con otro ordenamiento jurídico. De cualquier forma, siempre se trató de un derecho estatal.

El cambio operado para la nueva época se debió a diversos factores. Cuenta, en uno de ellos, la descodificación que se ha sucedido hasta ahora.[36]

[36] Murillo, María Luisa, "The Evolution of Codification in the Civil Law Legal Systems: Towards Decodification And Recodification", *Journal Transnational Law & Policy*, vol. 11, puede verse en http://www.law.fsu.edu/journals/transnational/vol11_1murillo.pdf. Aunque no estuvo en mis manos también puede verse Irti, Natalito, *L'età della decodificazione. «L'età della decodificazione» vent'anni dopo*, Milán, Giuffré, 1999.

Supone aceptar que una codificación total es imposible por no responder a la realidad y producir, al poco tiempo, un retraso de la materia codificada.[37]

La apertura a la autonomía de la voluntad (sustantiva y conflictual) dio lugar a una mayor libertad en la contratación que permitió a los particulares establecer la regulación para una transacción específica. Esta apertura no sólo se advirtió en estudios doctrinales, sino también en los legislativos.

Mientras el comercio internacional se intensifica y los comerciantes se unen, diversas prácticas y contratos modelo también comienzan a multiplicarse. Por ejemplo, en el transporte aéreo, los contratos en las empresas aéreas se van uniformando con cláusulas tipo o modelo. Todo esto, al amparo de la Asociación Internacional del Transporte Aéreo. Se trata de materiales creados por los particulares.

Lo mismo ocurre en el caso de los contratos de crédito, donde la banca uniforma su documentación. El arbitraje no se escapa y, recientemente, los contratos en general.

La organización y uniformidad en los actos de los comerciantes comienza a inspirar a los comerciantes que comienzan a darle forma a textos uniformes sobre transporte, crédito documentario, arbitraje, etcétera. Con esto, se uniforman patrones y pautas de conducta en diversas regiones, que a su vez comprenden varios Estados.

A partir de las similitudes que en diversas transacciones se comienzan a presentar, no sólo se recopilan criterios uniformes (como en el caso de las sentencias arbitrales o de los contratos), sino también se "codifican" y comienzan a establecer reglas sobre nuevas instituciones mercantiles. Pero ahora esta actividad queda en manos de los particulares organizados.[38]

Estos contratos tipo, así como las reglas creadas (el nuevo material creado), se presentan por algunos estudiosos como *lex mercatoria*. Al menos, esta denominación que se le da a las prácticas, reglas y reglamentaciones particulares se le bautiza con esa denominación.

Estas prácticas, reglas y contratos se acogen en el derecho positivo bajo dos vertientes: por incorporación a los contratos celebrados por los comer-

[37] Fernández Rozas, José Carlos, Ius mercatorum, *autorregulación y unificación del derecho de los negocios transnacionales*, *cit*., nota 20, pp. 49 y 50.

[38] Tradicionalmente cuando se hablaba de codificación su actividad parecía estar monopolizada por el Estado. Hoy en día, el hecho de que en un texto se establezcan reglas ordenadas no significa que necesariamente la actividad le corresponda en exclusividad al Estado. Prueba de ello son estos códigos privados.

ciantes o por vía de recepción en tratados internacionales. Esto es, que las pautas y estilos de conducta que adoptan los comerciantes, en especial el material creado, conforman parte del derecho cuando esas prácticas o reglamentaciones particulares se incorporan en los convenios y contratos de los comerciantes o por recepción de estas prácticas reglamentos en los tratados internacionales.

Lo que se suele llamar *lex mercatoria* se corresponde con esas pautas, patrones, prácticas y hábitos de conducta mercantil, en la medida en que no han sido regulados directamente por el Estado.

Si se me permite una metáfora, la diferencia entre el derecho estatal (su regulación directa) y la *lex mercatoria* podría verse como una metáfora en el caso en que nos lavamos las manos. Cuando las lavamos, las frotamos. Se trata de algo tangible y directo. Lavar y frotar (en este caso) parece ser lo mismo, sólo que con el lavar el jabón produce espuma. Mientras más nos frotamos las manos, más espuma se produce. La *lex mercatoria* es como esa espuma. La espuma sólo se genera si nos frotamos las manos. Por si sola no se genera, aunque hay quienes afirman esa posibilidad.

3. *Desarrollo de la teoría jurídica*

Con la expansión de la actividad comercial y las reglas que la rigen, los teóricos del derecho han mostrado diferencias en el tratamiento a las nuevas pautas y estilos de comportamiento comercial. Hay quienes le niegan carácter jurídico, así como los que se la afirman. En este último grupo la teoría se ha escindido en dos posiciones paradigmáticas: afirmar que la *lex mercatoria* deriva de la autonomía de la voluntad estatal, o que la nueva normatividad (el material creado por los comerciantes) es autónoma a plenitud, como derecho viviente, careciendo de relación o vínculo con el derecho estatal.

Quienes niegan que en la *lex mercatoria* se cobijan verdaderas reglas jurídicas suelen afirmar que estos comportamientos para lo más que pudieran entenderse, son para *modelos argumentativos* a los que podría recurrir una autoridad.

En el renglón de quienes estiman que se trata de textos jurídicos (ya lo decía) las ideas paradigmáticas se escinden entre los *positivistas* (que le afirman dependencia al derecho estatal) y los *pluralistas*, que afirman

que estos comportamientos comerciales forman un orden jurídico autónomo.[39]

Para los estatistas, en especial los positvistas, la *lex mercatoria* puede ser derecho, pero sólo cuando se enmarca dentro de las pautas del derecho estatal, que sigue siendo soberano.

Para los pluralistas, la afirmación de que el derecho sólo proviene del Estado es un mito. No aceptan la idea de que todo derecho sólo puede derivar exclusivamente del Estado. En estas ideas pluralistas, que no deben confundirse con las corrientes iusnaturalistas, se encuentra Santi Romano (el máximo representante del *institucionalismo*). En la explicación de éste, el derecho no es un producto exclusivamente estatal, sino un fenómeno verificable en todas las organizaciones sociales que, como las del propio Estado, son centros de producción de normas (*ubi societas ibi jus*). El derecho se identifica con la realidad social, que es más comprensible que la realidad organizada. Por tanto, para Santi Romano, *donde hay sociedad, hay derecho*. Acorde a esta idea, pueden coexistir varios órdenes jurídicos, co-

[39] El pluralismo jurídico viene a ser un enfoque metodológico al que recurre (principalmente) el investigador jurídico y que presupone diferentes paradigmas en la concepción de los ordenamientos, uno de ellos es este. Para éste, existen diferentes maneras de organizar la vida comunitaria. Cada comunidad se organiza según sus particulares condiciones geográficas y económicas. A partir de esta concepción, que pugna con la idea de que sólo existe un solo ordenamiento, el estudio de la experiencia jurídica debe mostrar la congruencia con las diferencias de cada comunidad. Como decía, dos aspectos o paradigmas pueden advertirse en el investigador jurídico, sostener una concepción meramente estatista o la que indica que el derecho es producto de la vida real, independientemente de lo que el Estado establezca. Derecho viviente se le suele llamar a este último.

Al amparo del enfoque estatista, cada ordenamiento tiene su origen en el estado, no puede admitirse la existencia de derecho fuera del Estado. Conforme al enfoque no estatista o derecho viviente, suponemos que existen comunidades no estatales que crean derecho, como ocurre con el consuetudinario derivado de usos indígenas, comerciantes, religiones, etcétera.

Los positivistas, que sustentan un enfoque estatista, explican que aunque hay ordenamientos que no se originan directamente por el Estado (como la *lex mercatoria* o el derivado de los usos indígenas), afirman que son jurídicos en la medida en que el Estado los acoge o recepta. Son algo así como subsistemas. En cambio, para otros enfoques, estos ordenamientos que no derivan directamente del Estado, son jurídicos en la medida en que responden a realidades sociales. Una fuerte corriente en este sentido es adoptada por varios sostenedores de la *lex mercatoria* o de los usos indígenas. El investigador ha de partir de alguno de estos paradigmas. González Galván, Jorge Alberto, *El Estado y las etnias nacionales en México. La relación entre el derecho estatal y el derecho consuetudinario*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995, pp. 70 y ss.

mo pueden ser la sociedad de civiles o la de los comerciantes; alguna supranacional o paraestatal. Su teoría auspicia una corriente pluralista de órdenes o sistemas jurídicos. Para Santi Romano no existe un único derecho positivo, sino una pluralidad de órdenes, cada uno de ellos correspondiendo a una institución.[40]

A la idea de Santi Romano se opone la teoría kelseniana, caracterizada como una teoría monista o estatista.

Mientras en la teoría institucionalista el derecho es una institución, en la teoría normativa el derecho parte de la norma y reglas de conducta estatales.[41]

El enfoque pluralista, opuesto al formalismo positivista o monista, ha dado un aliciente a varios juristas de la *lex mercatoria* para afirmar la autonomía de ésta, como adelante lo explicaré.

4. *Una nueva* lex mercatoria *cobija al comercio internacional*

Como explicaba, es incontrovertible la existencia de usos y hábitos sobre los que se mecen los comerciantes, por lo que no cabe la posibilidad de negar su existencia. La existencia de un material normativo creado por los particulares no puede ponerse en tela de duda. Hasta los positivistas han admitido la existencia de la *lex mercatoria*, aunque subordinada al derecho estatal.

Sea que sólo se trate de argumentos o de una regulación (autónoma o dependiente del derecho estatal), las construcciones o producciones a que han llegado los teóricos de nuestra época pueden plantearse como pautas, hábitos, usos, cuya denominación ha variado.

Los defensores de la existencia de la *lex mercatoria* han utilizado una metodología consistente en comparar el dato histórico (la *lex mercatoria* medieval) con el fenómeno o datos actuales, para afirmar semejanzas; in-

[40] Santi Romano abre un apartado en su obra para referirse al derecho internacional. Afirma que hay autores que subordinan la existencia del derecho internacional al interno, lo que no debe ser así. La comunidad internacional de Estados está organizada en una institución. Los Estados no existen por sí solos, sino en atención al derecho internacional. Sus acuerdos o tratados tampoco surgen porque los Estados lo admiten, sino porque el derecho internacional así lo ha establecido. Romano, Santi, *El ordenamiento jurídico*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963, pp. 142 y ss.

[41] Paliani, Stefania, "L'istituzionalismo puro di Santi Romano e Maurice Hauriou", http://www.dialettico.it/istituzionalismo.htm, 22 de mayo de 2005.

cluso, se han valido de la misma nomenclatura medieval: *lex mercatoria*, para bautizar los nuevos hábitos y usos retomados como material jurídico.

Otra denominación atribuida a esta normatividad, pero por los autonomistas de la *lex mercatoria*, es la de *derecho trasnacional*.[42] La denominación *derecho trasnacional* hace pensar en una denominación que sugiere e implica un desprendimiento o falta de asidero al derecho nacional o estatal. Por lo que si de alguna manera tuviéramos que llamar a esas o pautas y estilos de comportamiento yo preferiría *lex mercatoria*.

Como se advierte, *lex mercatoria* y nueva *lex mercatoria* son denominaciones que corresponden, la primera al desarrollo de la habida durante la Edad Media, la segunda, a la que se viene desarrollando a partir del siglo XX. Ambas construcciones admiten pensar que por sus características se trata de una *lex mercatoria*, en el segundo caso, de un resurgimiento, como la medieval, pero actualizada. Nótese que tanto estatistas como pluralistas admiten la *lex mercatoria*, aunque, como ya lo explicaré, van a diferir en la explicación de la fuente de sus disposiciones: unos les darán autonomía, otros las cobijaran al amparo de la autonomía de la voluntad.

II. IDENTIFICACIÓN DE LA LLAMADA NUEVA O MODERNA *LEX MERCATORIA*

El revuelo de ideas que causó la afirmación de que había resurgido la *lex mercatoria* medieval ha provocado diversos estudios en torno a lo que ahora se denomina nueva o moderna *lex mercatoria*, pero el hecho es que no existe un acuerdo en torno a qué es lo que constituye o contiene esa *lex mercatoria*, pues han surgido discrepancias al identificar su contenido.[43]

[42] Berger, Klaus Meter, "Transnational Commercial Law in the Age of Globalization", *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Saggi, Conferenze e Seminari*, 42, Roma, 2001, http://w3.uniroma1.it/idc/centro/publications/42berger.pdf, p. 17, 22 de mayo de 2005.

[43] Para un estudio breve de las teorías producidas sobre *lex mercatoria* véase Ly, Filip de, *Internacional Business Law and* lex mercatoria, Amstendam-Londres-Nueva York-Tokyo, North-Holland, 1992, p. 287. Siguiendo la opinión de este autor, las ideas sobre *lex mercatoria* se asientan sobre cuatro juristas: Eduardo Lambert (*Theory of Droit Corporativ International*), Clive Schmitthoff (*Theory of New Law Merchant*), Berthold Goldman (*Theory of* lex mercatoria) y Philippe Kahn (*Theory of the societé internationales des comerçants*). Ly, Filip de, *op. cit*., p. 208.

Así se advierte con los autores de los *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, de 1994, al exponer en el preámbulo de su documento que:

> El concepto de *lex mercatoria* ha sido criticado, entre otros motivos, por su extrema vaguedad, puesto que no identifica con precisión las reglas de carácter supranacional o transnacional que lo conforman. Con el fin de eliminar, o por lo menos reducir considerablemente, la incertidumbre que implica el uso de estos conceptos tan vagos, es aconsejable recurrir a un conjunto de normas sistemáticas y bien definidas como las que componen los Principios.

La incertidumbre deriva de la diversidad de criterios de identidad que se le asignan a la *lex mercatoria*, esto es, que responden a la interrogante ¿qué es? No se niega que exista un cuerpo de pautas, usos y hábitos que siguen los comerciantes; en lo que no se atina es en deslindar o definir cuáles son.

Aunque hay quienes afirman que la *lex mercatoria* sólo es un mito (George Delaume) o un enigma (Keith Highet), el hecho es que de la *lex mercatoria* se sigue hablando. Y si de ésta se sigue hablando, eso podría indicar que tal vez existe; punto sobre el cual llama la atención Berhold Goldman al reaccionar a lo afirmado por Keit Highet.[44]

En lo que parece existir acuerdo es en que la nueva *lex mercatoria* (*lex mercatoria* continuaré designándola) no debe ser confundida con la *equidad*. Se trata, como explica Klaus Peter Berger[45] y Keith Highet,[46] de dos temas diferentes. Cuando un árbitro decide *ex aequo et bono*, no tiene por que aplicar *lex mercatoria*. Un amigable componedor recurre a la equidad sin necesidad de recurrir a *lex mercatoria*. Un punto de vista similar expresaba Goldman.[47]

[44] Goldman, Berthold, "Introducción", en Carboneau Thomas E. (ed.), Lex mercatoria *and Arbitration. A Discussion of the New Law Merchant*, Nueva York, Transnational Juris Publicatons, 1990, p. XV. En realidad, Goldman acepta que no basta hablar de *lex mercatoria* para que de ese solo dato se afirme su existencia.

[45] Berger, Klaus Meter, "The *lex mercatoria* Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", *Law and Policy in International Business*, 1998, vol. 28, núm. 4, 1997, Washington, p. 980.

[46] Highet, Keith, "The Enigma of the *lex mercatoria*", en Carboneau, Thomas E. (ed.), Lex mercatoria *and Arbitration A Discussion of the New Law Merchant*, Nueva York, Transnational Juris Publicatons, 1990, p. 107.

[47] Goldman, Berthold, "*Lex mercatoria*", *op. cit*., nota 1, pp. 20 y 21.

Las ideas sobre su identificación han sido tan diversas (aquí los enfoques paradigmáticos), que en algunos sectores se afirma que dependen del derecho estatal o que son autónomas de éste (enfoques que adelante explicaré, suponiendo el segundo un pluralismo jurídico). Para la mayoría de sus estudiosos, la *lex mercatoria* se reduce a usos y prácticas comerciales, otros han agregado los principios del derecho, mientras que algunos la reducen a datos o elementos complementarios a los que puede recurrirse como método para argumentar. En el contradictorio ambiente doctrinal hay juristas que incorporan a los laudos de los árbitros las reglas de algún centro y hasta tratados y convenios internacionales sobre materia comercial. Algunas veces se incluyen reglas escritas o no escritas, etcétera.[48]

Leonel Pereznieto Castro desde hace ya muchos años (y aun hasta ahora), trata de identificar la *lex mercatoria* explicando que, en sus ideas,

> pueden apuntarse las siguientes: *a*) se trata de una delegación efectuada por los derechos nacionales a los órganos descentralizados; *b*) se trata de una recepción centralizada por los derechos nacionales de una normatividad creada de manera descentralizada; *c*) se trata de una normatividad descentralizada derogatoria, o contraria a las normas nacionales que los Estados reconocen aun por encima de sus propias normas, o bien, *d*) se trata de un sistema descentralizado convalidado por la costumbre internacional que es admitido por los sistemas nacionales. En los tres primeros casos estamos frente a una nueva concepción de creación normativa, en el último, frente a un medio novedoso de reconocimiento de la costumbre como fuente de creación.[49]

Se trata de identificaciones diferentes en las que se comprende el derecho positivo que ha sido tomado de lo que él llama "órganos descentralizados".

[48] Molineaux, Charles, "Moving Toward a Contruction *lex mercatoria*; a *lex* contructionis", *Journal of International Arbitration*, Geneva, Switzerland, vol. 14, núm. 1, March 1997, p. 56; Pamboukis, Charalambos, "*Lex mercatoria*: an International Régime Without State?", *Revue Hellénique de Droit International*, Atenas, 46eme anne, 1993, p. 262.

[49] Pereznieto Castro, Leonel, "Reflexiones sobre algunas técnicas de creación normativa en el campo del derecho internacional privado, con referencia a los contratos internacionales", Seminarios Nacionales, Segundo seminario, 1978, Cd Rom, *Memorias: Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado,* Cenedic, Universidad de Colima, 2001. Del mismo autor en *Derecho internacional privado. Parte general*, México, Oxford University Press, 2003, pp. 229 y ss.

Por otro lado, diversos conceptos vertidos en torno a la *lex mercatoria*, como lo explica Filip de Ly, responden a teorías sociológicas o de pluralismo jurídico. La *lex mercatoria* se ha desarrollado por la necesidad internacional pretendiendo librarse del derecho estatal. Su desarrollo ha sido impulsado sobre diversos enfoques metodológicos. Por un lado, enfoques que hacen recordar al *iusnaturalismo*; por otro, que asienta sus explicaciones en corrientes sociológicas; tampoco han faltado los apoyos del pluralismo metodológico, para animar la existencia de un orden jurídico autónomo. Se trata de una realidad que varios han planteado como jurídica.[50]

Me detendré brevemente en algunas de sus caracterizaciones con la finalidad de coadyuvar a su identificación.

1. *Usos, costumbres y prácticas mercantiles*

La idea más difundida y aceptada sostiene que la *lex mercatoria* comprende usos, costumbres y prácticas empleadas en el comercio internacional, esto es, pautas y estilos de comportamiento.

Como se trata de un fenómeno real, el problema consiste en saber cuándo una práctica se concreta. En los comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales, de Unidroit, se afirma que la cuestión de saber cuándo una práctica comercial ha sido "establecida" dependerá de las circunstancias del caso. Sin embargo, el comportamiento fundado en una sola práctica u operación previa no podría ser considerado, normalmente, suficiente.

En los citados comentarios se ejemplifica de la siguiente manera: "A", un proveedor de mercaderías, ha aceptado repetidamente reclamaciones de "B", un cliente, por defectos en la cantidad o cualidad de las mercaderías, realizadas hasta dos semanas después de su entrega. En una ocasión en que "B" comunicara los defectos una quincena después de dicha entrega, "A" no podría objetar que fuera realizada demasiado tarde, porque la práctica de comunicar los defectos dentro de las "dos semanas" se había convertido

50 Ly, Filip de, *International Business Law and* lex mercatoria, *cit*., nota 43, pp. 287. Del mismo autor, "Lex mercatoria (New Law Merchant) Globalization and International Self-Regulation", *Diritto del Commercio Internazionale*, Milán, vol. 14, núm. 3, julio-septiembre de 2000, p. 576.

en una práctica establecida entre las partes, por la cual "A" se encuentra obligado.[51]

Aunque el ejemplo está referido a los contratos (un aspecto sustantivo del derecho), en el aspecto arbitral (la parte procesal) también cabría la posibilidad de trabajar con costumbres, aunque su apoyo está en reglas codificadas y convenidas previamente. La pureza de las prácticas contractuales era más fácil precisarlas en ellas que en la actualidad, pues ahora las reglas de arbitraje han sido reguladas, aunque siguiendo, normalmente, prácticas y razonamientos seguidos por los centros administradores.

Se trata de elementos o datos fácticos diversos a los del voluntarismo estatal. Reflejan una realidad generalizada que, precisamente por su reiteración o aceptación, se piensa que es obligatoria. A pesar de lo anterior (y salvo en el caso de las reglas meramente arbitrales), y aun entre quienes aceptan a los usos, costumbres y prácticas como parte de la *lex mercatoria*, el hecho es que no es fácil precisarlas. Hay vaguedad en su contenido, así como en la delimitación de cuándo deben ser o no aceptados.

2. *Principios generales*

Algunos estudiosos de la *lex mercatoria* han introducido componentes de la misma *lex* a los principios del derecho relacionados con el comercio internacional. En estos se insertan los conocidos como *pacta sunt servanda*, *actor incubit probatio*, *ut res magis valeat quam pereat*, necesaria limitación de los daños, *exceptio non adimpleti contractus*, buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, prohibición de enriquecimiento injusto, fuerza mayor, etcétera.[52]

En los *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales* de Unidroit se presenta un ejemplo del *principio de buena fe negocial*:

[51] Comentario al artículo 1.8 de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales, del Unidroit.

[52] Berman, Harold J. y Dasse, Felix J., "The New Lex Merchant and the Old Sources, Content and Legitymacy", en Carboneau, Thomas E. (ed.), Lex mercatoria *and Arbitration*, Nueva York, Transnational Juris Publications, 1990, p. 27. Un juez inglés (lord Justice Mustill) ha listado veinte principios en los que se afianza la *lex mercatoria* y que no reproduciré, por exceder de la meta propuesta en este ensayo. Véase Lowenfeld, Andreas F., "*Lex mercatoria*; an Arbitrator's View", en Carboneau, Thomas E. (ed.), Lex mercatoria *and Arbitration. A Discussion of the New Law Merchant*, Nueva York, Transnational Juris Publicatons, 1990, pp. 54 y ss.

> "A" le otorga a "B" un plazo de cuarenta y ocho horas para aceptar su oferta. "B" decide aceptarla poco antes de vencer el plazo, pero no puede comunicarle la aceptación a "A": ese fin de semana, el fax de "A" se encuentra desconectado y no existe una grabadora telefónica para dejar el mensaje. El lunes siguiente, "A" rechaza la aceptación de "B". En este supuesto, "A" ha actuado en contra del principio de buena fe, porque al fijar el tiempo de aceptación debió asegurarse de que estaba en condiciones de recibir efectivamente la aceptación de "B" dentro del plazo de cuarenta y ocho horas (comentario al artículo 1.7 de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales, del Unidroit).

Desgraciadamente, el concepto o idea acerca de qué son los principios nos conduce a otro problema propio de la teoría del derecho, pues no existe un acuerdo general que los describa con uniformidad.[53]

Pero, además, la situación resulta más complicada, pues los autonomistas de la *lex mercatoria* han llegado a sostener (por ejemplo, Klaus Peter Berger) que éstos no están apoyados en los que pregona el derecho estatal (los positivistas), sino que existen otros principios generales del derecho, que son propios de la *lex mercatoria*. Es decir, que unos son los *principios generales del derecho* y, otros, los *principios generales del comercio internacional*, que tampoco son una especie de aquéllos. Luego, si la *lex mercatoria* tiene sus propios principios, será necesario tomar en cuenta que para saber cuáles son, debe partirse mediante un proceso de inferencia para determinarlos. Obviamente, esta mecánica resulta muy difícil. Lo anterior, porque tiene que partirse de un sistema jurídico completo, lo que (a mi parecer) no existe en la llamada *lex mercatoria*.[54]

3. *Codificación*

Algunas concepciones han sostenido que la *lex mercatoria* ha sido codificada, esto es, organizada en forma metódica y sistemática por los particulares. Se trata de reglas escritas, que suponen un esfuerzo de quienes las necesitan o recurren a ella.

[53] Sobre principios puede consultarse Bobbio, Norberto, "Principi generali di diritto nel diritto vigente interno e internazionale", *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, UTET, vol. XIII, 1966; Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, "Sobre principios y reglas", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del derecho*, Alicante, vol. 10, 1991.

[54] Berger, Klaus Meter, *The Creeping Codification of the* lex mercatoria, The Hague-Londres-Boston, Kluwer Law International, 1999, p. 93.

La idea no niega que se trata de usos y costumbres, sino que afirma que gran parte de éstos han sido codificados.

En este renglón de la codificación cabe explicar tres ideas o particularidades:

a) Que la codificación corresponde a una actividad relacionada con la compilación o recopilación de diversas pautas comerciales (sólo *actividad compiladora*).
b) Que la codificación corresponde a una verdadera actividad legislativa de los comerciantes (*v. g*. expedir reglas sobre arbitraje o sobre contratos) y no sólo recopiladora de usos y prácticas (*actividad reglamentaria privada*).
c) Que la codificación ha alcanzado la positivización estatal, esto es, que los Estados, al reconocer las prácticas usos, costumbres y principios, han convenido acuerdos internacionales (*v. g*. tratados sobre compraventa) (actividad legisladora pública o estatal).

En el caso de la actividad compiladora, las prácticas, usos, costumbres e, incluso, principios, han sido tan bastos, que se han logrado compilarlos, esto es, reunir en forma sistemática lo que de hecho se ha producido. En la actividad reglamentaria a cargo de los comerciantes, se supone que han logrado establecer textos normativos, de forma semejante como lo hace un legislador estatal. En la actividad legisladora estatal, los tratados y convenios internacionales fijan las reglas a seguir en el comercio internacional.

En cada enfoque parece haber adeptos, aunque no en todas sus particularidades. En la tarea compiladora de prácticas y usos se suele afirmar que las disposiciones de la *lex mercatoria* han surgido o, mejor dicho, han sido inspiradas por las sentencias o laudos arbitrales, así como de una diversidad de contratos. Varios estudios sobre la temática han considerado que estas compilaciones sólo son recopilaciones extraídas de los precedentes, así como de la reiteración de cláusulas contractuales. Esta concepción no es extraña, pues ya era acogida en la *lex mercatoria* medieval. Lo que aquí suena extraño es el uso de la palabra "codificación", que por lo general está reservada a los Estados; yo más bien le llamaría compilación y reglamentación.

Algunos juristas han establecido un cierto paralelismo entre la *lex mercatoria* (su parte compilada) y los *restatement* de Estados Unidos, puesto

que de alguna forma ambas son compilaciones.[55] Esto ha ocurrido con Kaus Peter Berger, así como con Bonell, quienes estiman a las compilaciones de la *lex mercatoria* como un *restatement*.[56]

En la particularidad reglamentaria privada, esto es, a cargo de los comerciantes, se nos presentan diversos "códigos", estructurados y organizados de forma semejante a las leyes producto de los legisladores estatales. Entre esos documentos encontramos regulaciones procesales y sustantivas. En las procesales se nos muestran como ejemplos diversas reglas sobre el arbitraje comercial internacional expedidas por los centros administradores del arbitraje. En las sustantivas se nos muestran las reglas sobre los contratos que han sido denominadas *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, así como *Principios Europeos de los Contratos*, como los más acabados ejemplos.

En tercer enfoque o particularidad se comprende a los convenios, tratados internacionales, incluso leyes modelo, como parte de la *lex mercatoria*. Se trata de una positivación estatal. En este enfoque las reglas e instituciones creadas por los comerciantes han sido incorporadas por el Estado en las leyes que expide. No obstante, son pocos los juristas que identifican a la *lex mercatoria* con ordenamientos positivados, toda vez que al ser elaborado un tratado, el derecho ha quedado positivado, esto es, ha sido regulado directamente por el Estado.[57] En el momento en que el Estado recepta en su material jurídico a prácticas y costumbres la *lex mercatoria* da paso al derecho estatal positivado. De cualquier forma, en esta última concepción de la *lex mercatoria* se encuentran Peter P. Fund y Ferenc Madl.[58]

55 Para Dale Furnish, los *restatement* son enseñados en las escuelas de derecho, y los tribunales recurren a ellos; pero nadie dice que son fuentes autónomas. Se trata de criterios que reflejan lo dicho en otras leyes (procuran encontrar la ley existente), aunque detrás de ellos están los miembros de la American Law Institute, quienes deben reflejar las fuentes oficiales, sin hacer un solo cambio a lo que perciben. Para Dale, la *lex mercatoria* es más dinámica que los *Restatement*, pues no se conforma con el solo texto o lo que existe como ley. En parte, esta idea de Dale me fue proporcionada directamente por él. Furnish, Dale Beck, "Fuentes del derecho en los Estados Unidos: la muerte del derecho consuetudinario, las fuentes escritas en la edad del derecho positivo, y el papel y efecto de los *Restatements of the Law*", en *Revista de la Facultad de Derecho*, México, 2002.

56 Berger, Klaus Meter, *The Creeping..., cit.*, nota 54, pp. 143 y ss.

57 Fernández Arroyo, Diego P., "Perspectivas de la CIDIP VI (¿Una CIDIP del siglo XXI?)", en *XIII Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado, 1999.*

58 También acaba de aparecer con Rivera, Julio César, "El derecho privado en los grandes espacios económicos (Unión Europea, Mercosur, Área de Libre Comercio de las

4. *Método, modelo, disposiciones complementarias*

Otra forma de identificar a la *lex mercatoria* le corresponde a un grupo de juristas que le niegan la naturaleza de normas u ordenamiento normativo, pero no niegan que existan esas pautas que los comerciantes siguen. Para estos juristas, la *lex mercatoria* sólo puede entenderse como un modelo o pauta a seguir, aunque no obligatoriamente. Tal es el caso de ciertos modelos de contratos.[59] No son normas porque no vinculan, pero pueden ser tomadas como guías, modelos o patrones.

Para algunos enfoques positivistas, algunas de las pautas seguidas por los comerciantes, como en el caso de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales, sólo podrían ser tipos de razones para la acción (una derivación de las tesis de Raz), con lo cual el jurista puede obtener razonamientos para resolver en uno u otro sentido, pero no que se encuentre vinculado como si fueran normas jurídicas. En el ámbito del razonamiento o la argumentación jurídica estas pautas son "razonables" (justifican la acción a seguir) como para ser tomados en cuenta al momento de resolver o actuar; al menos, son reglas de sentido común, de razón o guías de conducta, como lo acepta Keith Highet.[60]

5. *Definición de la* lex mercatoria

Un aspecto que no quiero dejar de soslayar es el hecho de que la normativa jurídica no sólo está en las leyes que dicta un legislador estatal. Las previsiones de un contrato, lo contenido en un reglamento aceptado por los contratantes, una sentencia o laudo arbitral también constituyen normas jurídicas y, como tales, son parte del ordenamiento jurídico estatal. No se trata de normas generales, como las que derivan de una ley otorgada por un congreso legislativo, sino de textos normativos concretos. Pues bien, aunque estas normas concretas pueden inspirar una recopilación o, incluso,

Américas)", *Revista Latinoamericana de Derecho, Integración (Mercosur, TLC y ALCA Año II*), núm. 3, enero-junio de 2005, p. 263.

[59] Al amparo de la nueva *lex mercatoria* se han desarrollado organismos que han creado una serie de modelos de contratos utilizados en el comercio internacional que uniforman los textos y seguridad en los instrumentos jurídicos. La igualdad o similitud en las cláusulas contractuales infunden confianza entre las partes que los celebran. A esta idea confluyen intereses comunes, como son de los comerciantes, que desean asegurar sus transacciones y evitar los intereses de grupos políticos locales.

[60] Highet, Keith, "The Enigma of the *lex mercatoria*", *cit*., nota 46.

una codificación, ésta también contendrá normas. Se trata de normas que pueden ser jurídicas sólo en la medida en que se incorporen a un contrato y que, a su vez, tengan una norma jurídica fundante (nótese, no he dicho una norma estatal). Al menos, en este punto están de acuerdo los mercatoristas como los positivistas, especialmente Hans Kelsen.[61] El conglomerado de las normas particulares, en gran medida, ha dado pie a la *lex mercatoria* de nuestra época.

Esta normativa (recopilada o codificada), inspirada en usos y prácticas comerciales, no tiene como fuente directa al legislador estatal, pero, a pesar de ello, puede conformar un sector normativo o cuerpo normativo. No quiero decir hasta este momento que se trate de textos jurídicos estatales, sino sólo de normas. Ya adelante indicaré si son parte de la normativa jurídica.

De lo dicho hasta aquí se comprenderá que no es difícil dar una definición acerca de lo que es la *lex mercatoria*. Quienes han dado alguna definición han tenido que cobijarse bajo una perspectiva o noción particular de la misma adoptando una posición o paradigma específico. Como adelante se podrá constatar, las cosas se complican. Por lo pronto, para entenderlas y además de tomar una posición (usos y prácticas; recopilaciones particulares y tratados) también debe tomarse en cuenta el origen o fuente, así como su contenido. No basta que las normas de este fenómeno internacional sean más "naturales" al comercio internacional.

Sobre la dificultad en la definición, en el Preámbulo (punto 4, d) de los Principios de Unidroit sobre los contratos, los mismos interesados han aceptado que:

> El concepto de *lex mercatoria* ha sido criticado, entre otros motivos, por su extrema vaguedad, puesto que no identifica con precisión las reglas de carácter supranacional o transnacional que lo conforman. Con el fin de eliminar, o por lo menos reducir considerablemente, la incertidumbre que implica el uso de estos conceptos tan vagos, es aconsejable recurrir a un conjunto de normas sistemáticas y bien definidas como las que componen los Principios.

Aunque no intentaré una definición, me conformaré con referirme a algunas.

En un primer momento Berthold Goldman la entendió como "un conjunto de principios generales y de reglas de costumbre aplicadas espontáneamente o

61 Kelsen, Hans, *El contrato y el tratado*, México, Editora Nacional, 1979.

elaboradas para el comercio internacional, sin ser referidas a un específico derecho nacional". Como se advierte, la definición atiende a principios no referidos a un derecho estatal específico, así como a reglas de costumbre, sin que en su definición incluya a los tratados internacionales.

Tiempo después, sostuvo que era "un conjunto de principios generales y reglas de costumbre referidas espontáneamente o creadas dentro de la estructura del comercio internacional, sin referencia a un sistema jurídico nacional en particular".[62] En general, continúa focalizando a la *lex mercatoria* en principios y reglas no vinculadas a un derecho nacional propio del derecho espontáneo.

Para Aldo Frignani, se trata de una "serie de usos y prácticas frecuentes en el comercio internacional y que los particulares asumen en sus relaciones con la *opinio juris* de su vinculación jurídica".[63] Como ocurre con Goldman, reitera que se trata de *usos y costumbres* pero sin aludir a la desvinculación con el derecho estatal.

En la idea de Walter René Cadena, se trata de una "amalgama de reglas, usos principios e instituciones jurídicas, de carácter mercantil y comercial principalmente, que poseen la vocación para ser utilizados como un derecho de clase, informal e internacional y regulado jurisdiccionalmente por el arbitraje internacional". En otra definición la contempla como un "conjunto de principios, reglas, usos e instituciones de derecho mercantil y comercial principalmente que posee una vocación para ser utilizado como un derecho de clase, informal e internacional y que es regulado jurisdiccionalmente por el arbitraje internacional".[64] La caracterización omite la alusión de que se vincula o no a un derecho estatal, acentuando a los principios reglas o usos.

Otras ideas incrustan la *lex mercatoria* en los tratados internacionales, a pesar de que los tratados, por su naturaleza, están vinculados a un derecho estatal.

62 Huck, Hermes Marcelo, "*Lex mercatoria*-horizonte e fronteira do comércio internacional", *Revista da Facultadade de Direito*, São Paulo, vol. 87, enero-diciembre, 1992, pp. 217 y 227.

63 Tomado de Calvo Caravaca, Alfonso-Luis y Carrascosa González, Javier, *Derecho Internacional privado*, Granada, Comares, vol. I, 2004, p. 52.

64 Cadena Afanador, Walter René, "El resurgimiento de la *lex mercatoria*: ¿realidad en construcción o elucubración académica?", *Temas Socio-jurídicos*, Bucaramanga, vol. 20, núm. 43, diciembre 2002, pp. 48 y 62.

A mi parecer, los tratados y convenios internacionales referidos al comercio internacional no forman parte de la *lex mercatoria*, puesto que son derecho positivado establecido en forma directa por los Estados.

El Código de Procedimiento Civil holandés (artículo 1054) prescribe que los árbitros podrán aplicar *lex mercatoria*, que define como los usos aceptados en el comercio internacional y que son autónomos del derecho nacional. Algo similar se presenta en la Ley Modelo de Arbitraje de Uncitral (artículo 28, fracción 4) al prescribir que al fondo del litigio se aplicarán los "usos mercantiles aplicables al caso". Como se advierte, se focaliza sobre los usos aceptados en el comercio internacional.

La idea general conforme a la cual se define a la *lex mercatoria* supone una diferencia entre el derecho estatal (el creado directamente por oficiales del gobierno) y el creado por los comerciantes, dentro del que caben los usos, costumbres y prácticas del comercio internacional.

En la definición de *lex mercatoria* no quedan aquellos textos que en forma directa prescribe el Estado por medio de sus oficiales. Se trata de disposiciones establecidas por los particulares que las han creado, como pueden ser los contratos, laudos, reglas adoptadas, la codificación y recopilación de éstas que como usos y prácticas se siguen en el comercio internacional.

En fin, la *lex mercatoria* comprende un texto (que no necesariamente ha de estar por escrito) descifrado de prácticas y usos comerciales, creado por operadores jurídicos diversos al Estado. En algunas ocasiones suponen textos concretos (un laudo, un contrato) y, en otros, textos generales (las reglas de arbitraje o sobre los contratos).

Respecto a los "principios generales de la *lex mercatoria*", por lo pronto pongo en tela de duda su existencia. Con relación a los convenios y tratados internacionales, éstos, de plano, no los encuadro en la *lex mercatoria*.

TERCERA PARTE

I. LAS POSICIONES AUTONOMISTAS Y DEPENDIENTES

De las definiciones y concepciones hasta ahora explicadas se advierte, como otra caracterización, que se trata de disposiciones diversas a la normativa de origen estatal directa. En esto parece haber acuerdo entre estatistas y pluralistas. La diferencia entre ambas posiciones está marcada por el

origen de la *lex mercatoria*. Para los autonomistas (sostenedores del pluralismo jurídico) la *lex mercatoria* tiene su propia fuente que no es la estatal; en cambio, para los estatistas, la *lex mercatoria* sólo puede entenderse dentro de la autonomía de la voluntad que prohíjan las disposiciones estatales.

La afirmación de que la *lex mercatoria* está desvinculada del derecho estatal ha conducido a teorías complejas y debatidas. Desde 1960, en que Berthold Goldman y otros juristas afirmaron la existencia de una nueva *lex mercatoria* se comenzó a afirmar su autonomía con respecto al derecho estatal. La idea fue en franco aumento de juristas seguidores, así como detractores,[65] lo cual ha dado lugar a los dos enfoques paradigmáticos del derecho.

Desde entonces, los estudios de la nueva *lex mercatoria* han estado matizados por uno u otro paradigma. Esto es, los marcos definitorios que hasta ahora se han dado acerca de la *lex mercatoria* han tendido hacia dos posiciones diametralmente opuestas e irreconciliables que tratan de explicarla y cuyo punto de partida es la fuente:

a) Por un lado, que su contenido específico continúa dependiendo del derecho estatal (*tesis de la dependencia estatal*). Tesis caracterizada como monista, en la medida en que el derecho sólo surge de una sola fuente principal: la estatal.
b) Por otro, que su contenido tiene un origen extraestatal, ya que carece de vínculos forzados con el derecho estatal. Su fuente u origen no se encuentra en el legislador estatal, pues se trata de un derecho anacional y supranacional (*tesis de la autonomía estatal*).[66] En el fondo, la tesis se lleva bien con el pluralismo metodológico.

Cada posición ha conformado un grupo de seguidores y creado una teoría específica y, aún más, un paradigma específico del derecho. A unos suele llamárseles "antimercatoristas", mientras que a otros, "mercatoristas", tomando para ello en cuenta la voz inglesa *merchant*. Aunque hay diferencias entre las teorías de cada grupo, me referiré, en forma general, a ambas posiciones paradigmáticas, comenzando por las tesis autonomistas.[67]

65 Baron, Gesa, "Do the UNIDROIT Principles..., *op. cit*., nota 22.

66 Bonell, Michael Joachim, "La moderna *lex mercatoria* tra mito e realtà", *Diritto del Commercio Internazionale*, Génova, núm. 2, julio-diciembre, 1992, pp. 317 y ss.

67 Baron, Gesa, "Do the UNIDROIT Principles of International..., *cit*., nota 22.

1. *Tesis autonomistas*

Con el desarrollo impetuoso del comercio internacional de mediados del siglo XX se hizo necesario revisar las estructuras jurídicas y estatales existentes, ya que las habidas hasta ese momento no respondían a las realidades cambiantes. Reflexionando sobre este fenómeno mundial, habría de decirse que "a un mercado supranacional, debe corresponder un derecho supranacional" (A. Menéndez Menéndez).[68] El hecho es que ni los legisladores nacionales ni los juristas no reaccionaron con la rapidez necesaria, y el mercado internacional comenzó a funcionar.

Hacia la década de los sesenta del citado siglo, Berthold Goldman ponía en predicamento a la doctrina jurídica del momento al afirmar la autonomía de la *lex mercatoria* frente al derecho estatal. Fue de los primeros que comenzó a pregonar la autonomía de la *lex mercatoria* y, con él, sus seguidores, dando lugar al nuevo paradigma del pluralismo jurídico.

Quienes pregonan esta autonomía afirman que hay, además de la concepción estatista del derecho, otra más, encabezada por las normas creadas por los comerciantes que obran sin sujeción a fuente estatal alguna. A partir de ahí, las ideas sobre los contratos y laudos "sin ley" comenzaron a multiplicarse.

El mismo Goldman procuró explicar esa autonomía como en evolución constante, presentando tres tipos de operaciones tangibles reveladoras de la autonomía: *a*) la venta apoyada en los contratos de compraventa internacional fundados en los contratos tipo; *b*) las operaciones de crédito que no se encuentran en las leyes nacionales sino en la práctica internacional; *c*) las operaciones de transporte, apoyadas en reglas uniformes.[69]

Si antes se podía afirmar que la autonomía de que gozaban los comerciantes se derivaba de las reglas de derecho estatal que les permitían recurrir a la autonomía de la voluntad, con las nuevas ideas —se dice— la autonomía ya no era dependiente del derecho estatal, sino que se trataba de una *autonomía plena*, la autonomía de un orden normativo. Esto significaba que existía, además del ordenamiento jurídico estatal, otro ordenamiento jurídico: el de los comerciantes.

[68] Tomado de Fernández Rozas, José Carlos y Sixto Sánchez Lorenzo, *Curso de derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1995, p. 175.

[69] Huck, Hermes Marcelo, "*Lex mercatoria*-horizonte e fronteira do comércio internacional", *cit*., nota 62, p. 218.

El mismo Goldman, aunque afirma la autonomía de la *lex mercatoria*, sostiene que se trata de un orden imperfecto o incompleto, como es el orden internacional.[70]

Philip Fouchard sostiene que la *lex mercatoria* constituye un sistema anacional. Se trata de reglas propias de la organización de profesionales, así como de usos, costumbres, cláusulas contractuales usuales, principios generales del derecho privado, etcétera. Cabe resaltar que al apoyarse en el derecho francés (el artículo 1135 del CC) los usos se aplican sin necesidad de aceptación de los destinatarios, lo que de alguna forma contribuye a que afirme la autonomía de la *lex mercatoria*.[71]

Respecto del *derecho trasnacional*, como también es denominado por los seguidores de la autonomía plena de la *lex mercatoria*,[72] se afirma que, además de constituir una esfera normativa, se conforma por disposiciones autónomas, diferentes a las del derecho estatal. Su fuente principal se encuentra en las transacciones comerciales internacionales (contratos), así como los cuerpos normativos creados por los abogados de los comerciantes y aquellos que ha desarrollado el derecho comercial internacional mediante órganos no estatales, incluidos los *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, del Unidroit.

La afirmación de la autonomía de la *lex mercatoria*, a decir de Michael Joachim Bonell, parece concentrarse sólo en aquellos juristas de la familia romano-germánica, de los que Bonell afirma que sus ideas parecen quedar sólo como especulaciones teóricas.[73] Esta autonomía se refiere a un orden jurídico normativo propio para una sociedad de comerciantes, cada uno de los cuales, en su actuar mercantil, se encuentra desvinculado de un poder soberano estatal. Este orden o esfera jurídica puede competir con los derechos estatales o nacionales y, por tanto, estar regulado de forma autónoma. Se afirma que ésta es la auténtica teoría de la nueva *lex mercatoria*, caracterizada por poseer una autonomía como sistema (autonomía jurídica) y no sólo en cuanto a su estudio (autonomía académica).

Los argumentos que han servido de apoyo para afirmar la autonomía son variados. Me referiré a algunos.

70 Goldman, Berthold, "*Lex mercatoria*", *cit*., nota 1, p. 22.

71 Ly, Filip de, *International Business Law and* lex mercatoria, *cit*., nota 43, p. 221.

72 Berger, Klaus Meter, "Transnational Commercial Law in the Age of Globalization", *cit*., nota 42, p. 17.

73 Bonell, Michael Joachim, "La moderna *lex mercatoria* tra mito e realtà", *cit*., nota 12, pp. 319 y 320.

Por un lado, cobijados bajo la bandera de la autonomía de la voluntad (en una interpretación amplia), se afirma que ésta es tan poderosa que permite afirmar que lo establecido por los contratantes es soberano (Laurent, Alcorta), pues los interesados pueden elegir la ley que pactan, lo que sobreviene por el principio de libertad.[74] La regulación por un solo contrato supone que éste es autosuficiente para regular cualquier situación.

Al acoger la autonomía de la voluntad, tradicionalmente reservada al derecho estatal, se ha ampliado su sentido para hablar de una *autonomía total de la voluntad*, y no a un mero derecho estatal que concede la libertad en la contratación.

La doctrina y teoría del derecho prevaleciente que afirma que el Estado es el único que puede legislar, es sólo una posición ideológica. Incluso, históricamente —se sostiene— no cabe negar que exista un solo ordenamiento jurídico.

Afirmar la autonomía total de la *lex mercatoria* no es nada nuevo. El derecho estatal no es el único ordenamiento jurídico existente. Ya desde antaño existía una dualidad o pluralidad de derechos: el derecho canónico frente al secular estatal, así como un derecho para comerciantes (la *lex mercatoria* medieval) y un derecho estatal.

La doctrina, a través del tiempo, también ha cultivado diversos tipos de órdenes jurídicos: el estatal, el canónico, el indígena y la *lex mercatoria*. En este sentido, varios autonomistas suelen recurrir a Santi Romano, al que ya me referí, así como a Hauriou. Con esto se da por sentado el pluralismo jurídico.

Según los autonomistas, al construirse la teoría del derecho no debe olvidarse que la *lex mercatoria* es parte del fenómeno comercial, no del fenómeno legislativo, que es de donde parten los positivistas.

Mientras la teoría del derecho seguida por los positivistas sólo ve un derecho estatal, para los que pregonan la autonomía total de la *lex mercatoria* el derecho que contemplan es el trasnacional. Esta teoría autonomista supone a un legislador internacional. Se trata de un legislador privado internacional que opera al margen de los legisladores nacionales, que crea normas jurídicas que regulan el comercio internacional. La teoría autonomista proclama la supremacía de un círculo de comerciantes sobre los parlamentos. Este derecho no requiere del auxilio de los derechos estatales. Le bas-

74 Feldstein de Cárdenas, Sara L., *Contratos internacionales; contratos celebrados por ordenador; autonomía de la voluntad*; lex mercatoria, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, pp. 77 y ss.

tan los contratos internacionales, las reglas que los mismos comerciantes se dan y sus principios, usos y costumbres. Es independiente al derecho estatal. Sus reglas, se afirma por algunos, se generan en tres ámbitos: principios, que regulan las relaciones de los comerciantes, usos y prácticas uniformes observados en la práctica internacional, y reglas consagradas por la práctica arbitral internacional. Sostienen esta idea: F. Galgano,[75] G. Ripert, R. Roblot, B. Goldman, Y. Derains.[76] La afirmación de que el derecho sólo tiene su origen en el Estado es un mito.

Filip de Ly afirma que el derecho del comercio internacional no debe buscarse dentro del derecho interno, sino fuera de él. El ordenamiento tiene sus propias fuentes e instituciones. Su teoría se va a las bases del derecho comercial internacional regulando la relación de éste con el interno.[77]

Para Klaus Peter Berger, la *lex mercatoria* constituye un tercer sistema que se coloca entre el derecho interno y el derecho internacional público. Se trata de un derecho privado internacional, esto es, un derecho parajurídico (*paralegal law*) o un derecho privado anacional (*nonnational private law*).[78]

El citado Berger ha advertido que los impugnadores de la autonomía de la *lex mercatoria* afirman que ésta carece de un sistema. Para éste, la crítica es errónea, pues se trata de positivistas que no han sabido entender lo que es un sistema. Por un lado, al sistema lo han entendido sólo como un medio construido por la deducción, cuando que un sistema también se construye por medio de la teleología. Si consideramos los fines obtenidos por las sentencias, laudos, reglas, contratos, etcétera, tenemos que —sigue afirmando— con ellos se advierte una finalidad que da lugar a un sistema. Además, se ha tratado de que las nociones del sistema jurídico construido por los positivistas sea llevado a la *lex mercatoria*, lo que es un error, ya que la *lex mercatoria* tiene su propio sistema. Los críticos —prosigue— también han afirmado que la *lex mercatoria* sólo es una masa legal, no un sistema, ya que es incom-

75 Galgano, Francesco, Lex mercatoria*,* 5a. ed., Bologna, Il Mulino, 2001.

76 Calvo Caravaca, Alfonso-Luis y Carrascosa González, Javier, *Derecho internacional privado*, *cit*., nota 64, pp. 52 y 53.

77 Ly, Filip de, "Lex mercatoria (New Law Merchant) Globalization and International Self-Regulation", *Diritto del Commercio Internazionale*, Milán, vol. 14, núm. 3, julio-septiembre, 2000, p. 558.

78 Berger, Klaus Meter, "The *lex mercatoria* Doctrine and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts", *cit*., nota 45, p. 956.

pleto. Sobre este punto, Klaus Peter Berger recuerda que todo ordenamiento jurídico no siempre es completo, hay, incluso, inconsistencias.[79]

En fin, las tesis autonomistas tienen en común la idea según la cual el ordenamiento del comercio internacional (*lex mercatoria*) constituye una esfera jurídica diversa del ordenamiento estatal.

2. *Tesis de la dependencia al derecho estatal*

La otra tesis que considera la fuente de la *lex mercatoria* sigue la idea de que un orden jurídico sólo lo es, cuando puede referirse a una fuente primaria, esto es, a una norma primaria o norma fundamental, en la idea de Kelsen, o norma fundante, según Hart. Se trata de una explicación difundida ampliamente y seguida por los juristas contemporáneos de corte positivista. Derecho sólo es aquel cuya fuente puede ser referida al Estado.

Ahora bien, el derecho estatal, especialmente a partir del siglo XIX,[80] establece disposiciones que les permiten a los particulares concebir normas o disposiciones, como es el caso de los contratos, los estatutos de una persona moral, las reglas para ajustar su conducta en algunas organizaciones, etcétera. Se trata de reglas (derechos subjetivos) creadas por los particulares que no son establecidas directamente por el Estado, pero que son jurídicas en la medida en que el Estado les otorga a esos particulares la facultad de creación. Estas reglas derivan de la autonomía de la voluntad.

No se niega que la normativa de la *lex mercatoria* sea creada sobre la base de una autonomía; lo que ocurre es que no se trata de una autonomía respecto del derecho estatal, sino de una autonomía derivada de la autonomía de la voluntad.

Acorde a la autonomía de la voluntad estatal, las personas pueden pactar todo aquello que el ordenamiento jurídico estatal les permite. Aunque los comerciantes procuran escapar a la normativa sustantiva estatal, el mismo Estado les permite que hagan eso, debido a que las disposiciones respecto

[79] Berger, Klaus Meter, *The Creeping Codification of the* lex mercatoria, *cit*., nota 17, pp. 90 y ss.

[80] Sara L., Feldstein de Cárdenas, explica que las necesidades del siglo XIX llevaron a su creación; anteriormente se aludía a la autonomía de las partes, y no había teoría. Con la autonomía la teoría trató de referir al sujeto particular como el autor de sus derechos subjetivos. Feldstein de Cárdenas, Sara L., *Contratos internacionales; contratos celebrados por ordenador; autonomía de la voluntad*; lex mercatoria, *cit*., nota 74.

de las cuales tratan de escapar son dispositivas. Esto es, que mientras no se les prohíba una conducta, podrán pactar sus derechos y obligaciones. Esta posibilidad ha ido en aumento a partir de la segunda mitad del siglo XX. Sólo de esta manera los comerciantes han podido realizar su actividad sin oponerse al derecho estatal. Por un lado, el Estado ha auspiciado la creación normativa de los comerciantes; por otra, los comerciantes han podido desarrollar su actividad y crecer, sin oponerse al Estado.

Esta autonomía de la voluntad admite la autonomía de la *lex mercatoria*, pero sólo hasta los márgenes de disponibilidad normativa que el mismo Estado permite. Bajo este enfoque autonomista no cabe una autonomía total y desligada del Estado. Se goza de la libertad y autonomía que el mismo Estado otorga.

De hecho, aunque los límites de la autonomía de la voluntad que el Estado concede pueden ser variables, dependiendo de uno u otro Estado, esa autonomía sigue aún siendo amplia, especialmente en la actividad comercial (en contraste con la actividad familiar o laboral).

Michael Joachim Bonell explica que el ordenamiento estatal no ha renunciado a imponer sus reglas. Les ha reconocido a los operadores económicos internacionales el más amplio poder y autonomía contractual reconociéndoles sus usos y reglas desarrollados para su actividad. La suerte de la *lex mercatoria* continúa dependiendo del mayor o menor espacio que los Estados pretendan reconocerles a las autorregulaciones, como lo demuestra el reconocimiento o desconocimiento que de esas reglas hacen los tribunales estatales.[81]

La normativa creada por los comerciantes al amparo de la autonomía de la voluntad (la que concede el Estado) es un derecho que éste reconoce. Éste puede ser creado de dos formas: *por incorporación* o *por referencia* a las reglas ya creadas.[82]

Cualquier persona o grupo puede crear las reglas que les guste. Con esto conforman un "orden normativo", que sólo será jurídico cuando alguien

[81] Bonell, Michael Joachim, "La moderna *lex mercatoria* tra mito e realtà", *cit*., nota 12, p. 330.

[82] En la incorporación, lo que pudiera ser un uso, una costumbre, un contrato modelo, se incorpora (normalmente se transcribe) por completo al contrato que los interesados celebra. El caso del *reconocimiento por referencia* opera cuando los interesados indican que su conducta se regirá por ciertas normas o reglas sugeridas, como en el caso de la cláusula arbitral, en la que los compromitentes sólo indican que las reglas del centro administrador de arbitraje equis será el aplicable.

(por incorporación o por referencia) realiza un acto que permita que el Estado reconozca a esa normativa particular como una normativa jurídica.

Las reglas de arbitraje de cualquier centro administrador de arbitrajes (normalmente privado) podrán ser estimadas como ordenamiento jurídico, pero sólo hasta que el derecho estatal lo reconozca. Hay otros órdenes normativos, pero que no son jurídicos. Ahí está el orden normativo de los convencionalismos sociales, el de la moral religiosa, incluso, el de la mafia. Reitero, un orden normativo sólo será jurídico –en la idea de los estatistas— en la medida en que el Estado lo reconozca.

En cualquier país los magistrados se reirían si se les pidiera que reconocieran lo resuelto por un tribunal creado sin conexión con algún ordenamiento jurídico estatal. Seguramente soltarían la risa al principio y luego se darían cuenta de que lo resuelto, al estar deslocalizado, carecería de un sustento legal. Klaus Peter Berger describe un caso resuelto por la Corte de Apelaciones de Viena, en 1982, la que al estar decidiendo el reconocimiento de un laudo apoyado sólo en el principio de buena fe, sostuvo que no basta la buena fe, aunque sea un principio; es necesario que se apoye en una ley. El solo principio es de dudosa validez para apoyar una decisión.[83]

Acorde a estas ideas estatistas, los comerciantes pueden crear sus propias reglas de arbitraje o sus reglas específicas para los contratos. Así ha ocurrido, por ejemplo, en el caso de las reglas de arbitraje de la mayoría de los centros administradores de arbitraje, como los de la Cámara Internacional de Comercio o los de la American Arbitration Association. Lo mismo ha ocurrido en el caso de la normativa codificada conocida como *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, del Unidroit.

Cualquier actividad o normativa contraria al derecho estatal o no originada en éste será desconocida como actividad jurídica. De igual forma, ninguna de estas compilaciones, aunque contengan reglas, podrán ser estimadas como jurídicas, hasta que el derecho estatal así las reconozca.

3. *La polémica entre ambas posiciones paradigmáticas*

Como se advierte, ambas posiciones sostienen ideas irreconciliables. Cada una critica a la otra, y viceversa; a la vez, cada posición se mantiene

[83] Berger, Klaus Meter, "The *lex mercatoria* Doctrine and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts", *cit*., nota 45.

firme en su postura afirmando que es la única aceptable. Me referiré brevemente a esta polémica.

Ambas posiciones coinciden en que la normativa de la que hablan es propia del derecho privado, también coinciden en que se trata de una normativa. En lo que difieren es en que los positivistas sostienen que esa normativa depende del derecho estatal, mientras que los autonomistas afirman que se trata de un sistema jurídico normativo autónomo, independiente del estatal y, por lo tanto, autónomo.

A manera de paréntesis hago notar que el trato del tema debía de corresponder, en primerísimo lugar, a los estudiosos de la teoría del derecho (en cuanto paradigma que es), pero es el caso que son escasos los estudios sobre el particular. Por lo pronto, han sido quienes manejan el derecho de comercio internacional y quienes mayoritariamente se han avocado al punto.

Comienzo con algunas ideas relacionadas con la afirmación de los autonomistas y la respuesta de los positivistas. Adelante apuntaré algunas de las críticas de los positivistas a la autonomía de la *lex mercatoria* y, luego, algunas defensas de los autonomistas.

Para los estatistas o positivistas sólo el Estado puede crear derecho, a lo que se oponen los autonomistas, pues afirman que eso es falso, pues hay antecedentes históricos que demuestran que puede haber dos o más ordenamientos jurídicos, lo que da lugar al pluralismo jurídico.

Quienes niegan la autonomía de la *lex mercatoria* afirman que para que el derecho sea tal, se requiere que posea un sistema de sanciones o coacciones, que es de lo que carece la *lex mercatoria*. Al respecto, los autonomistas afirman que el ordenamiento de los comerciantes tiene su propio sistema de sanciones. Goldman resaltaba que la *lex mercatoria* contaba con la presión moral y penas por parte de los comerciantes, en cuyas sanciones cabe la mala publicidad para el comerciante que incumple.[84] Esto último es indudable. En México hemos visto que cuando el Estado ha querido sujetar a los comerciantes, éstos prefieren irse y dejar de invertir en el país, lo que obviamente anula los deseos de los políticos para auxiliar a su población.

Los que niegan la autonomía sostienen que el derecho, para que sea tal, requiere una fuente común, de la que carece la *lex mercatoria*. A esto, los autonomistas responden que la *lex mercatoria* tiene su fuente en el derecho común de principios mercantiles y usos del comercio internacional. Sus

[84] Huck, Hermes Marcelo, "*Lex mercatoria*-horizonte e fronteira do comércio internacional", *cit*., nota 62, p. 219.

defensores afirman que hay varios laudos arbitrales que no se apegan a un derecho estatal o que ni siquiera fue convenido por los contratantes y, sin embargo, son laudos.[85] Aquí cabe reflexionar acerca de si la fuente común existente en el derecho positivo es realmente necesaria que exista en el derecho "viviente".

Atendiendo a las críticas que los negadores de la autonomía le dirigen a los que la afirman, en lo relacionado con la idea de que la *lex mercatoria* es universal, encontramos que Paul Lagarde criticó la pretendida autonomía al afirmar que no existe una única comunidad comercial internacional, sino una gran cantidad. No existe una sola *lex mercatoria*, sino muchas, lo que impide afirmar la existencia de una sola *lex mercatoria*. Dependiendo de la organización y rama comercial, habría varias *lex mercatorias*. Además, no existe una homogeneidad en el comercio. En algunos lugares la industria crece rápidamente; en otros, muy despacio. Sólo hay islas de regulación, en lugar de uniformidad.[86]

El mismo Lagarde explica que el derecho es un todo organizado e integrado, la *lex mercatoria* sólo son reglas fragmentadas o "islotes". Se trata de reglas fragmentadas de alguna área del comercio. Lagarde afirma que sólo son islotes del sistema, pues le falta integración a un sistema.[87] A este respecto me parece que los autonomistas afirman la autonomía de la *lex mercatoria*, no que exista una y única *lex mercatoria* universal.

En cuanto a las fuentes de la *lex mercatoria*, Lagarde afirma que los tratados no son fuente de la *lex mercatoria*, sino del derecho estatal. Tampoco lo son las cláusulas contractuales, pues éstas derivan de la libertad de contratación que prescribe el ordenamiento estatal; lo mismo —continúa afirmando— puede decirse de los principios del derecho. Este argumento en nada destruye el argumento de la autonomía.

Respecto a la afirmación de que el orden normativo de la *lex mercatoria* es autónomo, Charalambos Pamboukis lo critica sosteniendo que se trata de reglas desconectadas entre sí. ¿Cómo es que se ensamblan? En principio, un conjunto de reglas para existir debe contar con un conjunto de prin-

[85] Incluso Goldman ya hacía referencia a esta posibilidad, citando algunos ejemplos. Goldman, Berthold, "*Lex mercatoria*", *cit*., nota 1, p. 9.

[86] Ly, Filip de, *op. cit*., nota 43, pp. 227 y 228. Del mismo autor, "*Lex mercatoria* (New Law Merchant) Globalization and International Self-Regulation", *Diritto del Commercio Internazionale*, Milán, vol. 14, núm. 3, julio-septiembre, 2000, p. 574.

[87] Este aspecto considerado por Lagarde ya lo había planteado Goldman, Berthold, "*Lex mercatoria*", *cit*., nota 1, p. 18.

cipios generales, que es de lo que carece la *lex mercatoria*. Los que hablan de principios en la *lex mercatoria*, los traen del derecho internacional público, pero éstos no son propios del comercio internacional. No constituye un ordenamiento jurídico, pues basta recordar que para que exista es necesaria una autoridad jurisdiccional, que es inexistente. Los partidarios de la autonomía afirman que sí existe, y es el arbitraje, que sistematiza y organiza. No obstante, y a pesar de que existan los árbitros, su autoridad no vale por la mera *lex mercatoria*.[88]

Jan Paulsson explica que para demostrar que la autonomía total de la *lex mercatoria* es falsa (no ligada a un derecho nacional), basta pensar en la posibilidad de llevar un asunto al arbitraje internacional sin que exista acuerdo arbitral. Si acaso se resuelve la controversia, y aun cuando se apliquen reglas de *lex mercatoria* a la relación contractual, ese laudo y esas reglas no serán reconocidos.[89] Una idea semejante presenta Hans Smit.[90] El argumento me parece débil, ya que en el derecho positivo también podríamos pensar en un contrato bilateral firmado por una sola persona; aunque diga que es contrato, si la contraparte niega que estuvo de acuerdo con lo contenido en el mismo, ningún juez lo tomará en cuenta.

En la misma línea de críticas, se afirma que el derecho estatal tiene sus legisladores, de los que carece la *lex mercatoria* en su enfoque autónomo. La *lex mercatoria* tiene al derecho estatal como norma fundante. Sin el derecho estatal, la *lex mercatoria* no sería reconocida. Cualquier arbitraje está sujeto a un derecho estatal. Por sí solo es incapaz de generar un sistema de reglas jurídicas. Éste es tal vez el punto más duro y difícil de debatir.

Hermes Marcelo Huck explica que los comerciantes no pueden estar en el espacio sideral, sino en la tierra. Es aquí donde están establecidos sobre un territorio que está vinculado a una soberanía. Más adelante concluye por negar la existencia de un derecho vagando por el espacio.[91]

[88] Pamboukis, Charalambos, "*Lex mercatoria*: an International Régime Without State?", *cit*., nota 48, pp. 265 y 266.

[89] Paulsson, Jan, "La *lex mercatoria* dans l'arbitrage C. C. I.", http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_document.php?pubdocid=127800. mayo 22, 2005.

[90] Smit, Hans, "Proper Choice of Law and the *lex mercatoria* Arbitralis", en Carboneau Thomas E. (ed.), Lex mercatoria *and arbitration*, Nueva York, Trasnational Juris Publications, 1990, p. 61.

[91] Huck, Hermes Marcelo, "*Lex mercatoria*-horizonte e fronteira do comércio internacional", *cit*., nota 62, p. 213.

En la misma línea de críticas a la autonomía, Mancini sostenía la libertad de elección de la ley, pero afirmaba que esa libertad cede "cuando está en juego el principio de soberanía".

Para Battifol, una autonomía amplia o ilimitada sería contraria al DIPr, pues este procura establecer reglas, mientras que una autonomía amplia las negaría.[92] Batiffol es escéptico respecto a la autonomía jurídica de la *lex mercatoria*, pues no puede sostenerse cuando se opone al interés público y privado.[93]

En fin, se trata de críticas de los estatistas a los autonomistas, algunas de las cuales están apoyadas en las mismas ideas o mitos creados por los estatistas.

En el tercer aspecto a que me referí, Medwing, con la finalidad de demostrar que la *lex mercatoria* sobrevive por sí sola y sin necesidad del derecho estatal, cita varios casos de laudos arbitrales de la Cámara Internacional de Comercio conforme a los cuales, afirma, los árbitros se han negado a someterse a un derecho estatal, por lo que han recurrido a la *lex mercatoria*. Anota que un árbitro, en una resolución, afirmó que ninguna corte estatal puede interferir en su actividad; en otra, que como las partes no tuvieron la precaución de establecer su intención, fue necesario recurrir a los principios del derecho; en otra, que al decidir como amigable componedor, eso autorizaba al árbitro a escapar de cualquier ley estatal; en otra más, el tribunal estimó que dadas las circunstancias del caso, se podía afirmar o presumir que existía un convenio entre las partes, lo que no era posible conforme a un derecho estatal específico, etcétera.[94] Se trata de críticas correctamente asimilables en una concepción positivista, pero no en una pluralista.

Los autonomistas afirman que desde el medievo la *lex mercatoria* era diferente al del derecho estatal; al lado de éste existía el derecho canónico y el romano. Cada uno se podía advertir como si fuera una esfera jurídica autónoma.

Contra la afirmación autonomista, Cordes sostiene su falsedad. Explica que se ha cuestionado la afirmación. En Inglaterra, por ejemplo, se hacía aparecer como un derecho que era "hijo" del *common law*. En realidad, en Europa fue un *ius mercatorum*, no una *lex mercatoria*, lo que, según Cordes,

92 Feldstein de Cárdenas, Sara L., *Contratos internacionales; contratos celebrados por ordenador; autonomía de la voluntad*..., *cit*., nota 74, pp. 79 y ss.

93 Ly, Filip de, *International Business Law and* lex mercatoria, *cit*., nota 43, pp. 227 y 228.

94 Medwing T., Michael, "The New Law Merchant: Legal Rhetoric and Commercial Reality", *cit*., nota 14, pp. 603 y ss.

significaba que consistía en una serie de derechos o privilegios otorgados a los comerciantes. La denominación *lex mercatoria* no es una denominación europea, sino inglesa, que significaba privilegios en el procedimiento durante el siglo XII. Este significado no cambió, sino hasta el siglo XVII. A Cordes también le parece que el manejo de la "nueva *lex mercatoria*" sólo es un ejemplo de un manejo superficial de la historia, pues las afirmaciones que se dan no están apoyadas en fuentes confiables.[95]

En fin, la polémica ha continuado, pero me parece que ha sido por inercia en los continuadores de uno y otro grupo. No advierto nuevas ideas en los autonomistas ni en los estatistas, sino repetición de las existentes. En 1990 Thomas E. Carboneau reunió en un texto diversos ensayos sobre la temática precedidos por una introducción a cargo del padre de las teorías autonómicas, Berthold Goldman y F. A. Mann en la posición contraria.[96] Actualmente, un centro dedicado al tema publica diversos ensayos que pueden ser localizables por Internet.[97]

4. *A manera de opinión o conciliación de ambas posiciones*

Presentadas ambas posiciones correspondientes a concepciones paradigmáticas diferentes es necesario que el jurista elija una opción. No es admisible que se quede en la neutralidad. A pesar de ello, la elección no es nada fácil. Hay que reconocer una cierta crisis en el positivismo y diversas ideas de interés en el pluralismo.

De lo que no cabe la menor duda es que la *lex mercatoria* existe, no es un mero mito. Es como la espuma de que hablé, que surge al frotarse las manos con el jabón. La autonomía como sistema es la cuestionable, como también lo es que el positivismo no ha logrado resolver varios problemas que plantea la *lex mercatoria*. En la precisión de sus contenidos no hay uniformidad en la doctrina. No obstante, se trata de usos y prácticas que en la actualidad han sido "codificadas" por los particulares (en su mayoría). Normalmente se perciben mediante los textos escritos. Se trata de un or-

95 Cordes, Albrecht, "The Search for a Medieval *lex mercatoria*", *Oxford University Comparative Law Forum*, http://ouclf.iuscomp.org/articles/cordes.shtml. mayo 22, 2005.

96 Carboneau, Thomas E. (ed.), Lex mercatoria *and Arbitration A Discussion of the New Law Merchant*, *cit*., nota 44.

97 http://www.lexmercatoria.org/. Igualmente en http://www.transnational-law.de/; mayo 22, 2005.

denamiento dirigido a un círculo de profesionales específico y actividades, que es el de los comerciantes y el comercio. Estas reglas pueden ser admitidas o incorporadas por referencia a los convenios entre particulares, o ser utilizadas como argumentos para decidir, pero también son reglas que el comercio internacional sigue, aun y en contra de lo que digan los Estados.

A mi parecer, y a pesar de los conceptos o ideas que del derecho se pueda tener, no cabe admitir hasta ahora (al menos en las mentes de los tribunales estatales) la existencia de un ordenamiento jurídico desligado del Estado. Las normas de la *lex mercatoria*, cuando se les pretende ver por un juez como jurídicas, solo existen en función del Estado. Se trata del paradigma más difundido y del oficial.

A la *lex mercatoria*, en este paradigma oficialista, sólo podrá recurrirse en la medida en que la autonomía de la voluntad, admitida por un Estado, permite recurrir a ella.

Por otro lado, y como explica Andreas F. Lowenfeld, no existe una alternativa entre elegir derecho conflictual y *lex mercatoria*. No se trata de una alternativa, sino de un derecho al que cabe recurrir cuando no existe otra alternativa para resolver un caso.[98] El derecho conflictual es por tradición un derecho estatal. A éste debe recurrirse primeramente, salvo que sea dispositivo.

Si consideramos las necesidades del comercio internacional y la libertad que para éste se necesita, esa libertad se encuentra en el derecho estatal contemporáneo, aunque no dejan de llamar la atención las presiones del comercio internacional, lo que implica falta de libertad del Estado. Ya he explicado que el Estado deja un regular margen de libertad a los comerciantes para contratar y realizar sus transacciones, incluso, para adoptar o incorporar un ordenamiento creado por un grupo de particulares. El derecho estatal de nuestra época facilita o respeta la actividad internacional, procura evitar estropearla, incluso, auxilia a la coordinación y armonización, no sólo del comercio internacional, sino también del derecho estatal. Para esto, el derecho estatal no prescribe que sólo los legisladores estatales son los creadores de los textos normativos, sino que admite que los comerciantes pueden elegir, dentro de la normatividad dispositiva, sus propias reglas para resolver sus controversias o para regular sus contratos. Esto significa que la autonomía de la voluntad estatal admite los acuerdos en los que cabe la *lex mercatoria*.

98 Lowenfeld, Andreas F., "*Lex mercatoria*; an Arbitrator's View", *cit*., nota 52, p. 51.

No hay que olvidar que los materiales jurídicos no sólo son aquellos que crea directamente el legislador estatal, pues también los particulares pueden producir material jurídico, como fácilmente se puede ver con sus contratos. Además, los usos y costumbres no son jurídicos sólo porque existan. Son jurídicos cuando el derecho estatal los admite. De otra forma no.

La fuente de la *lex mercatoria* no está fuera del derecho estatal, sino que depende de éste. Éste es el que establece la norma fundante de la *lex mercatoria*. Al final de cuentas, el Estado es el que monopoliza la fuerza. Pensar de otra manera significaría que la normativa es caprichosa y arbitraria. La actividad del árbitro internacional sólo puede entenderse cuando algún Estado confía en que el interesado pueda confiar en un árbitro y en las reglas sustantivas o procesales que éste pueda aplicar.

El revuelo causado por los *Principios Internacionales de los Contratos*, de Unidroit, sólo éso es: una euforia por haberse logrado "codificar" o recopilar algunas reglas. Pero el hecho de que se agrupen no significa que sean necesariamente jurídicas, sino en la medida en que el derecho estatal las reconozca. Tampoco hay que olvidar que una simple costumbre o un uso no constituyen derecho, sino sólo cuando el derecho estatal lo admita.

Al final, queda sólo la reflexión derivada de cierta inconsistencia de paradigma que sólo afirma la existencia del derecho estatal, pues se apoya en la sujeción de los comerciantes al Estado; lo que ahora falta es definir cómo es que el Estado también está sujeto al gran comercio internacional, incluso, que el Estado está condicionado por las reglas impuestas por los comerciantes. Seguramente la contrariedad en los enfoques paradigmáticos dará mucha que decir en los próximos años.

II. Conclusión

Al llegar al final de este ensayo panorámico cabe terminar con algunas precisiones. Debe reconocerse a los estudiosos de la *lex mercatoria* el gran mérito de haber llamado la atención a un fenómeno creciente, realizado por los comerciantes y que parecería haber sido descuidado por los juristas. Por ahora cabe atender al estudio de esas pautas de comportamiento comercial que han generado un material normativo de importancia.

Se trata de pautas de comportamiento que se originan primariamente en usos y prácticas, y que, en gran medida, han sido compiladas o codificadas por los particulares.

La amplitud de experiencias que presenta el fenómeno no puede ser negada en su existencia. Quienes han negado su transmutación como normas han estado pensando en que lo que niegan es su autonomía del derecho estatal. La cuestión no es si existe o no este fenómeno llamado *lex mercatoria*, sino determinar su alcance jurídico.

Hasta ahora, las pautas de comportamiento comercial continúan en formación y desarrollo. Hay en todo el mundo agrupaciones de comerciantes poderosas y expertos en el derecho comercial que las impulsan con el nombre de *lex mercatoria*. Hay un gran reconocimiento a estas prácticas. Incluso, una parte considerable ha impactado en diversos convenios internacionales y normas de derecho interno, en donde han sido receptadas.

Este fenómeno comprende la normativa creada por los propios comerciantes, pues, según los estatistas, se trata de reglas creadas al amparo de la autonomía de la voluntad. No caen en estas, la normatividad positivada, como la que se encuentra en los tratados internacionales o la que ha sido receptada en las leyes internas de los Estados. Esto último ya es derecho positivado. Las disposiciones de *lex mercatoria* han sido creadas por los comerciantes y no en forma directa por el Estado.

Me parece que por ahora continuará bajo polémica el que se trate de un sistema u ordenamiento jurídico autónomo sin dependencia a derecho estatal alguno o que sólo puede depender del Estado. La positividad de la *lex* mercatoria sólo arranca del derecho estatal donde se encuentra su norma fundante. Sus reglas pueden ser acogidas por los interesados por vía de incorporación o por referencia a la misma. Los Estados las pueden acoger cuando admitan en ellas algún argumento convincente para resolver. En ningún momento las reglas de la *lex mercatoria* podrán ser vinculantes si falta la incorporación o la referencia incorporativa a la misma.

La afirmación sostenida en un pluralismo jurídico que afirma la autonomía de la *lex mercatoria* no puede irse al cesto de la basura. Sólo basta pensar en un hecho incontrovertible: en muchísimas ocasiones el Estado está predeterminado por lo que dicen y hacen los comerciantes.

La *lex mercatoria* juega un papel protagónico en la sociedad actual, pues auxilia a la uniformidad del comercio internacional. Su futuro parece provisor. Seguramente habrá nuevos desarrollos y una mayor confianza en los comerciantes por parte de los Estados. El Estado, en un futuro cercano, será más abierto a estas reglas y actitudes de los comerciantes, pero deberá procurar minimizar las influencias de las grandes empresas, especialmente

en lo que atañe al desarrollo político de cada Estado. Una parte importante de los estudios seguramente se dedicará a indagar hasta dónde puede impactar la economía en la normativa estatal y hasta dónde el Estado permitirá que una fuerza real lo trate de minimizar. En los teóricos quedará resolver las contradicciones paradigmáticas.

III. Bibliohemerografía

Baron, Gesa, "Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts form a New *lex mercatoria*?", http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/baro.html; mayo 22, 2005.

Benson Bruce, L., "Customary Law as a Social Contract: International Commercial Law", *Const. Pol. Econ*., 1992.

————, "The Spontaneous Evolution of Commercial Law", *Southern Economic Journal*, vol. 55, 1988.

Berger, Klaus Peter, "The *lex mercatoria* Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", *Law and Policy in International Business, 1998*, Washington, vol. 28, núm. 4, 1997.

————, "The Concept of the 'Creeping codification' of Transnational Commercial Law", en *Center for Transnational Law (CENTRAL)*, Alemania, University of Cologne, http://tldb.uni-koeln. de/php/pub_show_document.php?pubdocid=000004&pubwithoutheaders=ja#fulltextmark; mayo 22, 2005.

————, "Transnational Commercial Law in the Age of Globalization", *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Saggi, Conferenze e Seminari*, 42, Roma, 2001, http://w3.uniroma1.it/idc/centro/publications/42berger.pdf; 22 de mayo de 2005.

Berman, Harold J., *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

———— y Dasse, Felix J., "The New Lex Merchant and the Old Sources, Content and Legitimacy", en Carboneau Thomas E. (ed.), Lex mercatoria *and arbitration*, Nueva York, Transnacional Juris Publications, 1990.

Boutin L., Gilberto, "*Lex mercatoria*: fundamento y apreciación en el derecho internacional privado panameño", *Avances del derecho internacional privado en América Latina.*

CADENA AFANADOR, Walter René, "El resurgimiento de la *lex mercatoria*: ¿realidad en construcción o elucubración académica?", *Temas socio-jurídicos*, Bucaramanga, vol. 20, núm. 43, diciembre 2002.

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Derecho Internacional privado*, Granada, Comares, vol. I, 2004.

CARBONEAU, Thomas E. (ed.), Lex mercatoria *and arbitration A Discussion of the New Law Merchant*, Nueva York, Transnational Juris Publicatons, 1990.

————,"A Definition and Perspective Upon the *lex mercatoria* Debate", Lex mercatoria *and Arbitration*, en E. Carbonneau (dir.), Nueva York, Dobb Ferry, Juris Publ.-Kluwer, 1990.

CORDES, Albrecht, "The Search for a Medieval *lex mercatoria*", *Oxford University Comparative Law Forum*, http://ouclf.iuscomp.org/articles/cordes.shtml; mayo 22, 2005.

CRUZ BARNEY, Óscar, *El régimen jurídico de los consulados de comercio indianos: 1784-1795*; "Para la historia de la jurisdicción mercantil en México: de la independencia a la creación de los tribunales mercantiles 1821-1841", *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 32, 2002.

DE LY, Filip, *International Business Law and* lex mercatoria, Amstendam-Londres-Nueva York-Tokyo, North-Holland, 1992.

————, "*Lex mercatoria* (New Law Merchant) Globalization and International Self-regulation", *Diritto del Commercio Internazionale*, Milán, vol. 14, núm. 3, julio-septiembre, 2000.

DROBNIG, U., "Standard Forms Contracts in International Commercial Transactions", *Netherlands International Law Review*, vol, 26, 1979.

FAVER, Jean, *Gold Ápices, The Rise of Commerce in the Middle Ages*, Nueva York-Londres, Colmes and Meier, 1998.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., *Contratos internacionales; contratos celebrados por ordenador; autonomía de la voluntad;* lex mercatoria, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.

FERNANDEZ ROZAS, José Carlos, Ius mercatorum, *autorregulación y unificación del derecho de los negocios trasnacionales*, Madrid, Colegios notariales de España, 2003.

————, "Le rôle des jurisdictions étatiques devant l'arbitrage commercial international", *R. des C.*, 2001, t. 290.

————, "*Lex mercatoria* y autonomía conflictual", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2004, t. IV.

GAILLARD, E., "La distinction des principles généraux du droit et des usages du commerce international", *Études offertes à Pierre Bellet*, París, Litec, 1991.

————, "Trente ans de *lex mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit", *Journ. Dr. Int*., 1995, t. 122.

GALGANO, Francesco, Lex mercatoria*,* 5a. ed., Bologna, Il Mulino, 2001.

GARCÍA GUZMÁN, David, "La nueva *lex mercatoria*", *Alegatos*, núm. 4, septiembre-diciembre, 1986.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., "El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales: una aproximación económica", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLVII, 1995-2.

GOLDMAN, Berthold, "Introducción", en Carboneau, Thomas E. (ed.), Lex mercatoria *and Arbitration A Discussion of the New Law Merchant*, Nueva York, Transnational Juris Publicatons, 1990.

————, "*Lex mercatoria*", *Forum Internationale*, núm. 3, noviembre 1983.

————, "Nouvelles réflexions sur la *lex mercatoria*", *Études de droit international en l'honnneur de Pierre Lalive*, Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 1993.

GOODE, R., "Usage and it's Reception in Transnational Law", *ICLQ*, vol. 46, 1997.

HIGHET, Keith, "The Enigma of the *lex mercatoria*", en Carboneau, Thomas E. (ed.), Lex mercatoria *and Arbitration A Discussion of the New Law Merchant*, Nueva York, Transnational Juris Publicatons, 1990.

HUCK, Hermes Marcelo, "*Lex mercatoria*-horizonte e fronteira do comércio internacional", *Revista da Facultadade de Direito*, São Paulo, vol. 87, enero-diciembre, 1992.

JOACHIM BONELL, Michael, "La moderna *lex mercatoria* tra mito e realtà", *Diritto del Commercio Internazionale*, Génova, núm. 2, julio-diciembre, 1992.

JUENGER, Friedrick, "American Conflicts Scholarship and the New Law Merchant", *Vanderbilt J. T. L*., vol. 28, 1995.

————, y S. SÁNCHEZ, Lorenzo, "Conflictualismo y *lex mercatoria* en el derecho internacional privado", *REDI*, vol. LII, 2000.

KASSIS, A., *Théorie générale des usages de commerce*, París, LGDJ, 1984.

LE GOFF, Jacques, *Mercaderes y banqueros de la Edad Media*, Buenos Aires, Ed. Universitaria de Buenos Aires, 1975.

LOWENFELD, Andreas F., "*Lex mercatoria*; an Arbitrator's View", en Carboneau, Thomas E. (ed.), Lex mercatoria *and Arbitration A Discussion of the New Law Merchant*, Nueva York, Transnational Juris Publicatons, 1990.

MEDWING T., Michael, "The New Law Merchant: Legal Rhetoric and Commercial Reality", *Law and Policy in International Bussiness*, Washington, vol. 24, núm. 2, winter, 1993.

MIGUEL ASENSIO, Pedro de, "El derecho internacional privado ante la globalización", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2000, t. I.

MURILLO, María Luisa, "The Evolution of Codification in the Civil Law Legal Systems: Towards Decodification and Recodification", *Journal Transnational Law & Policy*, vol. 11.

OLGIATI, Vittorio, "Il pluralismo giuridico come lotta per il diritto e la follia teorico-metodologica di una recente proposta", *Sociologia del Diritto*, núm. 1, 1994.

————, "Economic Glocalism and Imprecise Forms of Legal Pluralism. A Coalitional Strategy?", en Universitat Obierta de Catalunya & IISL-Onati (eds.), *Law and Society*, Barcelona, Fundaciò UDOC.

————, "Le pluralisme juridique comme lutte pour le droit: la folie theorique et metodologique d'une recente proposition", *Revue Canadienne Droit et Société*, núm. 12/2, 1997.

OSMAN, F., *Les principes généraux de la* lex mercatoria*. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, París, LGDJ, 1992.

PAMBOUKIS, Charalambos, "*Lex mercatoria*: an International Régime Without State?", *Revue Hellénique de Droit International*, Atenas, 46eme anne, 1993.

PAULSSON, Jan, "La *lex mercatoria* dans l'arbitrage C. C. I.", http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_document.php?pubdocid=127800; mayo 22, 2005.

PELLET, A., "La *lex mercatoria* 'tiers ordre juridique'?. Remarques ingenues d'un internationalista de droit public", *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, París, Litec, 2000.

PETIT, C., "Mercatura y *ius mercatorum*", en Petit, C. (coord.), *Del* ius mercatorum *al derecho mercantil,* Madrid, Sistema, 1997.

SEN, A., *Globalizzazione e libertà*, Milán, Mondadori, 2002.

SIERRALTA RÍOS, A., "Comentarios liminares del derecho internacional del comercio: un enfoque latinoamericano", *Avances del derecho internacional privado en América Latina. Liber amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002.

SMIT, Hans, "Proper Choice of Law and the *lex mercatoria* arbitralis", en Carboneau, Thomas E. (ed.), Lex mercatoria *and arbitration*, Nueva York, Trasnational Juris Publications, 1990.

STRENGER, I., "La notion de *lex mercatoria* en droit du commerce international", *R. des C.*, 1991, t. 227.

VIRALLY, M., "Un tiers droit? Reflexions théoriques", *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldaman*, París, Litec, 1982.

WILKINSON, V. L. D., "The New *lex mercatoria*: Reality or Academic Fantasy?", *J. Int. Arbitration*, 1995, t. 12.