

LA LEX MERCATORIA, EL SOFT LAW Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Jorge R. ALBORNOZ
Paula MAR*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La nueva lex mercatoria, el soft law y el derecho internacional privado en el marco de la globalización*. III. *Globalización económica y lex mercatoria*. IV. *Conceptualización de la lex mercatoria*. V. *Conceptualización del soft law*. VI. *La codificación del soft law*. VII. *El derecho internacional privado, lex mercatoria y soft law*. VIII. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

La realidad viva del derecho muestra, desde hace tiempo, en cuanto a la regulación de las relaciones privadas internacionales, una evolución significativa de reglas y principios no oficiales,¹ que podría ser vista como una competencia entre sectores partidarios del positivismo jurídico que procuran aferrarse a las normas oficiales (estatales e internacionales), de un lado, y los mercaderes ilustrados que consideran al derecho de fuente estatal o convencional una rémora, un obstáculo para el despliegue y progreso del comercio, de otro.

Un primer eje de la cuestión pasa por la creciente utilización en la instrumentación de los negocios internacionales, de reglas y usos surgidos, en principio, de la práctica espontánea de los comerciantes y, con el transcu-

* Profesores de derecho internacional privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina.

¹ Véase el trabajo de Ferrarese, M. R., *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bolonia, Il Mulino, 2000, pp. 13 y ss.

rrir de las décadas, multiplicados por el accionar creativo de organismos internacionales, privados y públicos, tanto separada como conjuntamente.

La propia actividad mercantil ha ido creando pautas concretas de comportamiento, nuevos modos de cumplir deberes típicos y atípicos, maneras propias de acordar, elaborando nuevas figuras contractuales y, a la vez, sistemas privados de resolución de disputas entre pares, intentando escapar de la lentitud y falta de especialización de la justicia estatal.

Esa congerie de normas de origen principalmente privado ha crecido (y lo sigue haciendo) a la par del incremento de las transacciones mercantiles, especialmente a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, al amparo del reconocimiento de los sistemas jurídicos oficiales, de una cada vez mayor potestad autorregulatoria por parte de los actores del comercio. Tal fenómeno prontamente hizo recordar a las épocas medievales en que se producía el proceso de independización (relativa) de la “ley de los comerciantes” o *lex mercatoria* respecto del *ius civile*. De allí que toda esta nueva normativa a la que se enmarcó como emanada de la reiteración de comportamientos jurídicos no abarcados por los textos legales y asentados en la conciencia de su obligatoriedad por parte de los actores del comercio, fue aludida como “nueva” *lex mercatoria* o, directamente, ya en nuestros días, como *lex mercatoria*.

El juego de la autonomía de la voluntad, la creciente utilización del arbitraje, las ansias de los sectores comerciales de aumentar el campo regulatorio no-estatal nos muestran, especialmente desde los finales del siglo XX, una febril actividad de las instituciones gremiales y científicas elaborando nuevos catálogos de reglas que no conllevan coactividad, pero sí tienen la pretensión de adquirirla. Tal atributo se alcanza, en principio, mediante la incorporación concreta de las aludidas reglas a los negocios individuales y su utilización por los tribunales arbitrales para resolver controversias comerciales.

Nos encontramos entonces frente a un conjunto no sistemático de reglas de diversa índole que, como nota en común, ostentan la carencia de obligatoriedad *per se* y que pueden ser utilizadas tal como son publicadas o con las modificaciones y/o derogaciones acordadas por los contratantes en cada caso concreto. La doctrina utiliza, para referirse a todo este conjunto, la expresión *soft law* (derecho blando), por oposición al derecho oficial, coactivo, denominado *hard law* (derecho duro).

Una caracterización de tal amplitud permite tener por incorporada, dentro del *soft law*, a la *lex mercatoria* de nuestros tiempos, e intentar conocer su funcionamiento en relación con el *hard law* y las normas infranqueables por la autonomía de los particulares en cualquiera de sus manifestaciones.

Como siempre ocurre, entre las opiniones extremas están quienes opinan, con diferentes variantes, que el *soft law* se reparte espacios jurídicos con el *hard law* para, coordinada y armónicamente, cubrir la totalidad de las relaciones y situaciones privadas multinacionales. Pero la cuestión es bastante más compleja. En realidad cabe preguntar si estamos frente a alternativas, complementos, o si hay un antagonismo cierto en el marco del proceso de gobernanza internacional.² Sea como fuere, es indudable que estamos ante un gran movimiento (“privatizador”, sostendrán algunos; de interacción privado/pública, afirmarán otros) que puede producir transformaciones jurídicas insospechadas y, por lo tanto, amerita observarlo desde diversos puntos de mira. Nos encontramos, sin duda, ante una gran avanzada privatizadora que viene por el lado del derecho comercial a partir de los logros alcanzados por las elaboraciones de reglas y usos, como los destinados a la compraventa internacional de mercaderías³ y la proficua actividad de los tribunales arbitrales. Se asiste, de esta forma, a una nueva etapa en el desarrollo del derecho comercial (que incide también en el derecho internacional privado) que lo lleva más cerca de lo que fue en sus orígenes: “un derecho que se nutre de los usos y prácticas de los comerciantes, que se depura en el laboratorio del comercio y que no conoce fronteras”.⁴

² Véase el trabajo de Schaffer, G. y Pollack, M. A., “Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance”, *Minnesota Law Review*, núm. 94, 2010, pp. 712-798. En este sentido véase, también, Cassese, S., “Global Administrative Law: An Introduction”, 2005, p. 10, disponible en: <http://www.ilj.org/GAL/documents/Cassese-paper.pdf>, quien sostiene que “es preferible usar el término ‘sistema regulatorio global’ y no los frecuentemente utilizados ‘gobernanza global’ (que indica la actividad de gobernar en ausencia de una institución —el gobierno—), ‘régimen internacional’ (que depende de un término que hay que evitar en este marco de análisis) y ‘organización internacional’ (que es descriptivo y limitado a la naturaleza estructural)”.

³ Incoterms de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), cuya primera versión data de 1936.

⁴ Oviedo Alban, J., “La costumbre en el derecho privado”, en Oviedo Alban, J. (coord.), *Derecho comercial en el siglo XXI*, Bogotá, Temis-Universidad de la Sabana, 2008, p. 69.

II. LA NUEVA *LEX MERCATORIA*, EL *SOFT LAW* Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL MARCO DE LA GLOBALIZACIÓN

Las relaciones privadas internacionales, y las maneras de solucionar los conflictos derivados de ellas (tanto en la faz sustancial como procesal) han adquirido en los últimos tiempos un rol de gran trascendencia, como consecuencia, entre otros factores, de la globalización.⁵ Si bien este fenómeno no es nuevo —como muchos aducen—, es verdad que se ha convertido en una de las “claves interpretativas” del mundo contemporáneo, puesto que implica un extenso y complejo conjunto de procesos económicos y financieros, políticos, sociales y culturales que aparecen entrecruzados e interrelacionados entre sí,⁶ produciendo transformaciones en la organización espacial de las relaciones y transacciones sociales.⁷

La nueva *lex mercatoria*,⁸ que muchos ubican dentro del *soft law*, se ha desarrollado gracias al empuje que le otorga el arbitraje comercial interna-

⁵ Zolo, D., *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Roma, Bari, Laterza, 2004, p. VII.

⁶ Véase Faria, J. E., *El derecho en la economía globalizada*, Madrid, Trotta, 2001, p. 49; Carillo Salcedo, J. A., *Globalización y orden internacional*, 2a. ed., Sevilla, Universidad de Sevilla, 2005; Fernández Rozas, J. C., “El derecho económico internacional de la globalización”, *Obra homenaje al Dr. Santiago Torres Bernárdez*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2010, pp. 197-236. Desde el ámbito del derecho internacional privado véanse, entre otros, los trabajos de Bonomi, A., “Globalización y derecho internacional privado”, *Globalización y comercio internacional*, Madrid, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI), 2005, pp. 223-237; Opertti Badán, D., “Reflexiones sobre la globalización y el derecho internacional privado”, *Ensayos a la memoria de T. B. de Maekelt*, Asunción, CEDEP, 2010, pp. 31-53; Bouza Vidal, N., “La globalización como factor de cambio del derecho internacional privado”, *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, Madrid, Iustel, 2010, pp. 283-306; Moura Vicente, D., “Perspectivas de la armonización y unificación internacional del derecho privado en una época de globalización de la economía”, *La Unión Europea ante el derecho de la globalización*, Madrid, Colex, 2009, pp.401-420; Miguel Asensio, P. de, “El derecho internacional privado ante la globalización”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. 1, 2001, pp. 58 y ss., y Fernández Arroyo, D. P., “Conceptos y problemas básicos del derecho internacional privado”, en Fernández Arroyo, D. P. (coord.), *Derecho internacional privado de los Estados del MERCOSUR*, Buenos Aires, Zavalía, 2003, pp. 59-65, especialmente p. 62.

⁷ Held, D. y McGrew, A., *Introduction. In Governing Globalization: Power, Authority and Global Governance*, Cambridge, Polity, 2002, pp. 2 y ss.

⁸ Véase Ferrarese, M. R., “La *lex mercatoria* tra storia e attualità: da diritto dei mercanti a *lex per tutti*?”, *Sociologia del Diritto*, núm. 2-3, 2005, pp. 169 y ss.

cional, a punto tal que se habla ya de un orden jurídico transnacional⁹ que va más allá y que no necesita del derecho positivo para cumplir su finalidad de llevar adelante la justicia real y efectiva. Para ello no basta con lanzar principios y normas sustantivas sino que debe agregarse el procedimiento privado autosuficiente que permita a sus beneficiarios transitar caminos paralelos sin pasar por los tradicionales vericuetos procesales oficiales, retorcidos, lentos, inarmónicos, en fin, peligrosos.¹⁰

Los grandes cambios que se van produciendo —producto en parte de la complejidad de los tiempos modernos— plantean enormes desafíos para el derecho.¹¹ Entre los rasgos característicos del derecho internacional privado (en adelante, DIPr) contemporáneo se alude, entre otros, al marcado protagonismo del conflicto de jurisdicciones sobre el conflicto de leyes; la preponderancia de normas materiales; el avance del *soft law*; la necesaria distinción que debe hacerse entre las normas de DIPr de fuente interna, de fuente convencional y consuetudinaria, y la incorporación de valores en la reglamentación de las relaciones de tráfico externo. Al respecto, dos tendencias principales se han desarrollado en las últimas décadas: el desplazamiento del eje principal del DIPr (declive del DIPr centrado en la determinación del derecho aplicable) y la preocupación por la justicia material.¹²

Se ha afirmado que en el DIPr se están moviendo los cimientos y no sólo porque hay un derecho material emergente, sino porque hay una tremenda dificultad de localización en función de la globalización. Ahora bien, las relaciones entre los diversos tipos de normas no deberían plantearse en tér-

⁹ Véase Mistelis, L. A., “Regulatory Aspects: Globalization, Harmonization, Legal Transplants, and Law Reform - Some Fundamental Observations”, *International Lawyers*, núm. 34, 2005, pp. 1055-1069. Mistelis alude a un “nuevo derecho internacional”, véase especialmente punto III: “Privilege of Standards Setting and Role of Technical Assistance”, pp. 1060 y ss.

¹⁰ La polémica sobre *lex mercatoria* no se reduce exclusivamente a su utilización en el arbitraje, ya que la cuestión también se plantea con respecto a fallos emitidos por tribunales judiciales. Véase, en este sentido, Lowenfeld, A. F., “*Lex Mercatoria*: An Arbitrator’s View”, Special Supplement, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 2002, p. 74 y los casos recogidos en www.unilex.info.

¹¹ Véase Carbonell, M., “Globalización y derecho. Algunas coordenadas para el debate”, *La globalización y el orden jurídico. Relaciones contextuales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 19 y ss.

¹² Fernández Arroyo, D. P., “Un derecho comparado para el derecho internacional privado de nuestros días”, *Ensayos a la memoria de Tatiana B. de Maekelt*, Asunción, CEDEP-ASADIP, 2010, pp. 77-80.

minos de exclusión sino de diálogo,¹³ que debe ser permanente y que —como afirma Jayme— caracteriza la fase posmoderna del DIPr;¹⁴ es cierto, sin embargo, que dicha comunicación, si bien resulta indispensable, muchas veces se torna muy dificultosa.

Como pone de relieve Kennedy,

...la historia del derecho internacional del siglo XX se cuenta habitualmente como un movimiento de ideas —normalmente desde el formalismo decimonónico con relación a la soberanía, al pragmatismo del siglo XX— y como una proliferación de nuevas formas institucionales y lugares para la práctica —desde las grandes instituciones intergubernamentales centralizadas, a la diversa amalgama contemporánea de organismos judiciales y no gubernamentales a los que se conoce en su conjunto como “comunidad internacional” o “sociedad civil”, pasando por los entes especializados del sistema de Naciones Unidas—. ¹⁵

Por su parte, Sarmiento alude a que

...la nueva gobernanza implica un mayor protagonismo de los instrumentos laxos de regulación, en oposición a las tradicionales proposiciones prescriptivas y sus correspondientes sanciones. Los objetivos de la nueva gobernanza no ponen tanto énfasis en la consecución de resultados uniformes, sino en la creación de espacios aptos para compartir experiencia y conocimiento, donde los actores se someten a las políticas con el fin de mejorar la ejecución de las mismas, en colaboración con todas las partes implicadas. Así, la nueva gobernanza va a implicar la puesta en marcha de políticas caracterizadas por su ductilidad normativa, su temporalidad y su adaptabilidad al cambio, dando respuesta —se argumenta— a dos problemas que afronta actualmente el Estado: su incapacidad para integrar a todos los actores de la sociedad civil y su lentitud ante el cambio.¹⁶

¹³ Jayme, E., “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé”, *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye de droit international*, t. 251, 1995, pp. 61 y 259.

¹⁴ Jayme, E., “Direito Internacional Privado e Integração: as Convenções Europeias”, en Casella, P. B. y Araujo, N. de (coord.), *Integração Jurídica Interamericana, as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o direito brasileiro*, São Paulo, LTR, 1998, p. 116.

¹⁵ Kennedy, D., *Rompiendo moldes en el derecho internacional: cuándo la renovación es repetición*, Madrid, Dykinson, 2002, p. 17.

¹⁶ Sarmiento, D., “La autoridad del derecho y la naturaleza del soft law”, *Cuadernos de Derecho Público*, 2007, disponible en: http://www.danielsarmiento.es/pdf/soft_law.pdf.

III. GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA Y *LEX MERCATORIA*

El tema, sin lugar a dudas, es sumamente complejo y presenta diferentes aristas que deben ser consideradas no sólo desde la óptica del derecho, sino también desde la filosofía, la sociología, la historia y la economía. La polémica acerca del origen no estatal de las reglas de la *lex mercatoria*, la configuración de las normas de fuente privada —no vinculadas a la soberanía de ningún Estado—, sumadas a la relevancia económica de las materias que la misma está llamada a regular, hacen que dicha *lex* sea uno de los exponentes más significativos de la globalización económica en cuanto tiene una inmediata traducción jurídica. Según Michaels, la globalización de la economía ha creado un sistema de derecho comercial global que abarca tanto al sistema judicial del Estado como al arbitraje, normas e instituciones de diverso tipo. Lo que importa para el comercio y lo que se debate como autonomía de la *lex mercatoria* con respecto al derecho del Estado es, en realidad, no la distinción entre Estado y no-Estado, sino más bien la distinción entre economía y política.¹⁷

En el plano estricto del DIPr estas cuestiones también adquieren trascendencia. Así, debemos plantearnos en cada tema comercial en particular, ¿para qué sirven las normas de *soft law* tanto en la faz sustancial como procesal?, ¿compiten en la práctica con los instrumentos *hard*?, ¿qué efectos debe desplegar el *soft law* y cuáles son sus límites?, ¿cuáles son los verdaderos motivos por los cuales en ciertos temas la “construcción americana”, por ejemplo en el ámbito de la CIDIP, prefiere utilizar la metodología *soft*?, ¿cómo se interpreta el *hard law* de conformidad con el *soft law*?

Varios frentes de análisis y discusión se abren en torno a estos planteamientos que, muchas veces, exceden lo estrictamente jurídico. En esta línea, la reflexión sobre la *lex mercatoria* y el desarrollo del *soft law* abre la puerta hacia una concepción más abierta, flexible, compleja y plural del derecho internacional, acorde con los tiempos de mayor globalización mundial. Esto sin perjuicio, claro está, de las evidentes y lógicas ventajas y desventajas que dicha apertura acarrea y los desafíos sustanciales y procesales que se plantean. No obstante, el análisis de estas cuestiones y el pos-

¹⁷ Michaels, R., “The True *Lex Mercatoria*: Law Beyond the State”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 14, núm. 2, 2007, p. 464.

terior debate constituyen una verdadera invitación para repensar y reimaginar el mundo normativo en términos legales.¹⁸

IV. CONCEPTUALIZACIÓN DE LA *LEX MERCATORIA*

Un abanico de interrogantes se ha desplegado frente a la existencia misma de la *lex mercatoria*:¹⁹ desde la discusión sobre su juridicidad, pasando por su autonomía (relativa o total) respecto a los derechos estatales, hasta llegar a la posibilidad de su inclusión o no en el sistema de fuentes del derecho internacional.²⁰ En realidad, todas estas cuestiones conllevan una reflexión acerca del propio derecho o de la concepción del derecho que se tenga (recalificación teórica del mismo concepto de derecho), es decir, los límites con respecto a su juridicidad.²¹

¹⁸ Véase Kennedy, D., “El misterio de la gobernanza global”, *Revista de Derecho Público*, núm. 24, 2010, pp. 2-29, esp. p. 11.

¹⁹ Khan, P., *La vente commerciale internationale*, París, Sirey, 1961, pp. 20 y ss.

²⁰ Nótese el enfoque pragmático del “Informe sobre normas transnacionales de la Asociación de Derecho Internacional” (ILA en su sigla inglesa), donde sostiene: “El criterio adoptado por el Comité en este estudio continuo del derecho transnacional consiste en alejarse de las controversiales cuestiones que surgen de toda consideración teórica del derecho transnacional o *lex mercatoria* como cuerpo separado de principios y analizar en forma pragmática la aplicación de los principios individuales identificables, al menos como fenómeno del arbitraje comercial internacional que sin duda es”. Véase International Law Association Committee on International Commercial Arbitration, “The Applicability of Transnational Rules in International Commercial Arbitration”, *ILA Report of the 64th Conference*, Queensland, Australia, 1991, en Bowden, P., “Transnational Rules in International Commercial Arbitration”, *ICC Publication*, núm. 480/4, p. 127, citado por Redfern, A. et al., *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, 4a. ed., Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 191, y por Lew, J. D. M. et al., *Comparative International Commercial Arbitration*, The Hague, Kluwer, 2003, p. 455. Consideramos pertinente aclarar que no entraremos en este trabajo por cuestiones de extensión en la reflexión acerca de si el *soft law* constituye una fuente de derecho internacional y la incidencia del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Véase Savid-Bas, L. I. y Pagliari, A. S., “Fuentes del derecho internacional. Los principios como fuente principal de derecho internacional”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, núm. 16, 2003, pp. 507 y ss., y Abi-Saab, G., “Les sources du droit international: Essai de déconstruction”, *El derecho internacional en un mundo en transformación. Liber Amicorum en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, FCE, 1994, pp. 32 y ss.

²¹ Véase Sousa Santos, B., “Statto e diritto nella transizione post-moderna. Per un nuovo senso comune giuridico”, *Sociologia del Diritto*, núm. 3, 1990 y, también del mismo autor, “A Map of Misreading. Towards a Post-Modern Concept of Law”, *Journal of*

Los estudios que se han llevado a cabo y se siguen elaborando en torno a la *lex mercatoria* son inabarcables. Desde el trabajo de Goldman²² hasta Berger,²³ muchas son también las posiciones sustentadas, y encontramos tanto acérrimos opositores como fervientes defensores de la misma. Más allá de los embates que ha sufrido la *lex mercatoria*, lo cierto es que nadie pone en duda su historicidad,²⁴ independientemente de que en la actualidad “reaparezca” con nuevos perfiles y en otros contextos, debido al auge del comercio internacional, el aumento exponencial de las inversiones extranjeras y los flujos permanentes de divisas a través de los mercados, entre otros factores económicos.

La denominada “vieja” *lex mercatoria* estuvo en vigor en Europa occidental desde fines del siglo XI y principios del siglo XII bajo un contexto de ciertas condiciones políticas (acceso al poder de los comerciantes de Venecia, Florencia e Inglaterra), sociales (debilidad de la organización estatal en un sistema social feudal) y económicas (auge del comercio internacional debido a la apertura del Mediterráneo, el ejercicio del comercio por parte de las ciudades del norte de Italia, la constitución de un eje terrestre de ferias locales de los Países Bajos a la península itálica).²⁵ La “nueva” *lex mercatoria* aparece en el escenario a partir “de la crisis de funcionalidad de la justicia ordinaria de la forma-Estado y del creciente activismo económico, político y normativo de las grandes corporaciones económicas”, identificándose con el renacimiento del neoliberalismo (liberalismo economicista). De esta forma, la nueva *lex mercatoria* se presenta “como el campo jurídico en el cual los agentes del mercado, operando en calidad de moral *entrepreneurs* de la sociedad, crean las condiciones más congruentes para

Law and Society, núm. 20, 1987. Como sostiene, Olgiati, V., “El nuevo pluralismo jurídico y la nueva *lex mercatoria* en la dinámica constitucional europea”, en Silva, J. A. (coord.), *Estudios sobre lex mercatoria*, México, UNAM, 2006, pp. 172 y 173, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2201>, “la lucha por el derecho que se está combatiendo actualmente es, en realidad, una verdadera y propia lucha por la investidura”.

²² Goldman, B., “Frontières du droit et *lex mercatoria*”, *Archives du philosophie du droit*, t. 9, 1964, pp. 171-192.

²³ Berger, K. P., *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, La Haya, Kluwer, 1999.

²⁴ Véase Trakman, L. E., *The Law Merchant. The Evolution of Commercial Law*, Colorado, F. B. Rothman & Co.-Litteton, 1985, pp. 7-21.

²⁵ Fernández de la Gándara, L. y Calvo Caravaca, A. L., “El derecho mercantil internacional: ¿una nueva categoría sistémica?”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 1995, pp. 94 y 95.

conseguir un nuevo orden universal finalmente autorregulador del mercado... Así, esta *lex...* es continuamente reclamada como el ejemplo más completo de lo que se entiende por *global law*".²⁶

Lex mercatoria y nueva *lex mercatoria* nacen y se desarrollan como respuestas a necesidades más o menos análogas: asegurar la libre circulación de los resultados de la producción.

La primera, encuentra facilidades por la incapacidad del derecho romano para erigirse como estructura regulativa general y por la fragmentación política. La segunda, encuentra facilidades en el proceso de separación entre economía y derecho, que se manifiesta inclusive a nivel teórico-reflexivo, y que tiene inicio a pesar de la unificación del poder político y de la monopolización del derecho por parte del Estado.

Si en la Edad Media la *lex mercatoria* fue importante porque era la única normativa que regulaba el comercio, hoy es vital no sólo porque sigue regulando el comercio, sino porque compite con el derecho estatal, tiene mayores actores y mayor complejidad.²⁷

Innumerables definiciones se han dado de la *lex mercatoria*; varían por la extensión otorgada al concepto según la posición teórica en que se sitúan los autores. Así, Frignani ha sostenido que la nueva *lex mercatoria* consiste en una "serie de usos y prácticas frecuentes en el comercio inter-

²⁶ Olgjatti, V., "El nuevo pluralismo jurídico y la nueva *lex mercatoria* en la dinámica constitucional europea", *op cit.*, pp. 169-174, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2201>. El autor sostiene en las pp. 171 y 172 que "lo que la convierte en 'nueva *lex mercatoria*' respecto de aquella del pasado, es que la autonomía e informalidad sustancial de sus estándares no derivan para nada de un 'vacío normativo' a colmar con tal de alcanzar un cierto propósito —y aun menos del asilamiento/distanciamiento espacio-temporal de los comerciantes como sujetos individuales—, sino de los procesos de heterodirección y de subsunción a los que ha debido someterse como parte de una política del derecho más amplia, perseguida estratégicamente por las grandes corporaciones económicas a nivel planetario para desvincularse del 'yugo' del derecho positivo oficial".

²⁷ Rentería Díaz, A., "Nueva *lex mercatoria* y globalización: breves notas de teoría general del derecho", en Silva, J. A. (coord.), *Estudios sobre la lex mercatoria*, *cit.*, pp. 212 y 213, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2201>. Nótese, sin embargo, que —según Michaels— la diferencia entre la nueva *lex mercatoria* y la *lex* medieval es que la ley medieval era una ley para los comerciantes, mientras que la *new new lex mercatoria*, por el contrario, refleja la diferenciación funcional de la sociedad mundial; es una ley para el "comercio", no para los *merchants*. Michaels, R., *op. cit.*, nota 17, p. 466.

nacional y que los particulares asumen en sus relaciones con la *opinio juris* de su vinculación jurídica”.²⁸ Según Goldman, férreo defensor de la *lex mercatoria*, ésta comprende un conjunto de principios generales y reglas consuetudinarias que van elaborando paulatinamente los socios en los intercambios comerciales (sobre todo en el marco de sus organizaciones profesionales), que no tienen referencia a un concreto sistema jurídico nacional y que los árbitros, contractualmente designados por ellos para resolver sus litigios, confirman y asimismo precisan, e incluso elaboran para ellos.²⁹ Este autor coloca en la lista de “fuentes” de esta *lex*, en primer lugar, a los usos y reglas consuetudinarias, las cláusulas contractuales generales y los contratos tipo y, en segundo lugar, los laudos arbitrales, cuya finalidad sería integrar las lagunas planteadas por las anteriores fuentes. Sin embargo, el mismo Goldman —con el transcurso del tiempo— ha modificado este elenco de fuentes, considerando que los principios generales del derecho relativos a las relaciones comerciales internacionales y los principios comunes a los sistemas jurídicos nacionales, más la jurisprudencia arbitral, son las fuentes prioritarias de la *lex mercatoria*. De esta forma, los tribunales arbitrales no sólo dirimen, por un lado, las controversias del comercio internacional aplicando reglas y principios derivados de la *lex mercatoria*, sino que por otro contribuyen de manera decisiva al desarrollo de tales reglas y principios a través de sus laudos arbitrales, los que se terminan transformando de esta manera en otra fuente de la *lex mercatoria*.³⁰ Por su parte, Lew, Mistelis y Kröll la definen como “el conjunto de normas creadas por y para los participantes en el comercio internacional y aplicadas fundamentalmente por árbitros para resolver controversias propias del comercio internacional”.³¹

Bajo el amplio y genérico paraguas de la expresión *lex mercatoria* se da cobertura a distintas clases de normas cuyo origen, contenido, alcance y proyección son diferentes; dicho de otro modo, si bien el término induce en principio a pensar en una calificación “unitaria”, lo cierto es que con ella se

²⁸ Frignani, A., “Il contratto internazionale”, *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell’economia*, Milán, CEDAM, 1990, pp. 31-33.

²⁹ Goldman, G., “La *lex mercatoria* dans les contrats et l’arbitrage internationaux: realities et perspectives”, *Journal Clunet*, núm. 106, 1979, p. 475.

³⁰ Goldman, B., “Nouvelles réflexions sur la *lex mercatoria*”, *Études de droit international en l’honneur de P.Lalive*, Bâle, Helbing & Lichtenhan, 1993, pp. 247 y ss.

³¹ Lew, J. D. M. et al., *Comparative International Commercial Arbitration*, La Haya-Londres-Nueva York, Kluwer, 2003, p. 454.

alude tanto a usos comerciales profesionales (ya se encuentren codificados o no), como a condiciones generales de contratación, *standard forms*, *guidelines*, *restatements of law*, códigos de conducta, convenciones internacionales aún no vigentes, leyes modelo, principios generales del derecho, principios generales del derecho internacional, reglas inspiradas en la equidad, laudos arbitrales y normativa procedimental, entre otros.³² Así, la “nueva *lex mercatoria*” representa aquella parte del derecho económico global que opera en la periferia del sistema jurídico en “acoplamiento estructural” directo con las empresas y las transacciones económicas globales.³³ Puede decirse que está basada en tres pilares fundamentales: en primer lugar, el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, reconocido tanto en los ordenamientos internos de los Estados —con límites más o menos precisos— como en el ámbito del derecho internacional; en segundo lugar, el reconocimiento en todos los sistemas jurídicos del mundo del principio *pacta sunt servanda*³⁴ y, finalmente en tercer lugar, la utilización de medios de solución de controversias a través del arbitraje, basados en los usos y costumbres y en el principio de la buena fe en el comercio internacional.³⁵

En las décadas de los años sesenta y setenta del pasado siglo, la doctrina de la *lex mercatoria* comenzó a notar una evolución de esa práctica internacional de los negocios. De esta forma, Schmitthoff fue el primero en reconocer este nuevo derecho mercantil en Inglaterra, mientras que en el marco de las ventas internacionales, Khan hacía lo propio en Francia. Lo mismo sucedió con Fouchard en el ámbito del arbitraje comercial internacional y con Stoufflet respecto de los créditos documentarios. Todos estos profesores se dedicaron a analizar este derecho; como señala Goldman, él mismo llegó a la

³² Matute Morales, C., “La *lex mercatoria* y los principios jurisprudenciales de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional”, *Anuario*, núm. 27, 2004, disponible en: <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc27/27-4.pdf>.

³³ Fernández Rozas, J. C., “Autorregulación y unificación del derecho de los negocios internacionales”, en González García, J. V. (dir.), *Derecho de la regulación económica*, Madrid, Iustel, 2009, vol. III, p. 106.

³⁴ Goldstajn, A., “The New Law Merchant”, *Journal of Business Law*, 1961, p. 12.

³⁵ Schmitthoff, C. M., “The Law of International Trade, Its Growth, Formulation and Operation”, en Cheng, C.-J. (ed.), *Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law*, Boston, Londres, Dordrecht, 1988, p. 159

conclusión de que podía reconocérsele un lugar a la *lex mercatoria* (término acuñado por él mismo) dentro de los límites del derecho.³⁶

Ahora bien, incluso para sus firmes sostenedores, no ha constituido una tarea sencilla definir qué se entiende por *lex mercatoria* y delimitar su ámbito de actuación. El debate entre las posturas irreconciliables de detractores y defensores aún continúa.³⁷

En su momento se manifestaron todos los extremos —y hasta una posición media— (casi escéptica de su existencia): cierto sector de la doctrina recibió con aprobación esta *lex* (entre otros, Goldman, Lalive, Gaillard),³⁸ mientras que otro grupo la rechazó abiertamente (Mann, Toope),³⁹ llegando a sostener que la misma era un esfuerzo por legitimar como derecho los intereses económicos de las empresas de Occidente; por otra parte, en una posición ecléctica, Delaume —por ejemplo— consideró que se trataba de una idea vieja en razón de que existían leyes y reglas de mayor complejidad y que dicha *lex*, tanto en su alcance como en su importancia desde el punto de vista práctico, seguía siendo un sistema elusivo y una idea mítica de un derecho transnacional.⁴⁰

Desde una postura crítica se ha afirmado que el fenómeno de la *lex mercatoria* es “un fantasma creado por profesores franceses de la Sorbona”.⁴¹ La *lex mercatoria* actúa dentro de una realidad caracterizada por la división política de los mercados en una pluralidad de Estados —sostiene Galgano— y su función es superar la discontinuidad jurídica que éstos provocan; de esta forma, dentro de la nueva *lex mercatoria* se disuelven —en su opinión— los particularismos jurídicos de las codificaciones, y como fe-

³⁶ Goldman, B., “Lex Mercatoria”, *Forum Internationale*, núm. 3, 1983, p. 5.

³⁷ Gaillard, E., “Trente ans de *Lex Mercatoria*. Pour une application sélective de la method des principes généraux du droit”, *Journal de Droit International*, t. 122, 1995, p. 6.

³⁸ Goldman, B., “La *Lex Mercatoria* dans les contrats d’arbitrage internationaux: Réalité et Perspectives”, *Chunet Journal de Droit International*, 1979, p. 475; Lalive, P., “Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration”, *ICC Congress Series*, núm. 3, 1986, p. 257; Gaillard, E., “Transnational Rules in International Arbitration”, *ICC Publication*, núm. 480/4, 1999.

³⁹ Mann, F. A., “The Proper Law in the Conflict of Law”, *The International and Comparative Law Quarterly*, núm. 36, 1987, p. 437; Toope, S. J., *Mixed International Arbitration*, Cambridge, Grotius Publications Ltd., 1990, p. 96.

⁴⁰ Delaume, G. R., “The Proper Law of State Contracts and the *Lex Mercatoria*: A Reappraisal”, *ICSID Review-Foreign Investments Law Journal*, vol. 79, núm. 3, 1988, párr. 106.

⁴¹ Teubner, G., “Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems”, *American Journal of Comparative Law*, 1997, p. 151.

nómeno todavía más significativo, las diferencias entre el *civil law* y el *common law*.⁴²

Esta nueva *lex*, constituida como un derecho corporativo anacional⁴³ y autónomo⁴⁴ (concebido como un “tercer derecho”, ni nacional ni internacional) pretende —en opinión de algunos— tener una vocación de aplicación universal y desvincularse de manera absoluta de los sistemas jurídicos nacionales. Como afirma Galgano

...es cierto que la nueva *lex mercatoria* es derecho creado unilateralmente por la clase empresarial y que merece, por ello, el juicio de derecho no democrático, sino despótico. Pero es también cierto que ella se aplica después de haber sido filtrada culturalmente por UNIDROIT, que la remodela según los principios generales del derecho, buscando el justo equilibrio entre los opuestos intereses en juego, entre las razones de la empresa y las exigencias de protección de la parte más débil.⁴⁵

⁴² Galgano, F., *La globalización en el espejo del derecho*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 65.

⁴³ Osman, F., *Les principes généraux de la Lex Mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Paris, 1992, pp. 6-10, utiliza la expresión “derecho anacional”. Gaillard prefiere utilizar la denominación “reglas transnacionales”, “principios generales del derecho del comercio internacional” y no referirse a la *lex mercatoria*, rechazando la característica anacional de dicha ley; así, considera que cada sistema legal nacional puede regular las relaciones comerciales internacionales a través de reglas sustantivas que pueden ser diferentes de aquéllas que se aplican a las relaciones de carácter interno. De esta forma, la expresión *lex mercatoria* puede dar la idea de que existen normas transnacionales específicas mientras que, por el contrario, los términos “reglas transnacionales” o “principios generales” implican —según él— que tales reglas encuentran su origen en los sistemas legales nacionales. En este sentido véase Fouchard, P. *et al.*, *On International Commercial Arbitration*, La Haya, Kluwer, 1999, pp. 806 y ss., y “Thirty Years of *Lex Mercatoria*: Towards the Discriminating Application of the Transnational Rules”, *Planning Efficient Arbitration Proceedings – The Law Applicable in International Arbitration*, Congreso de la ICCA, Serie 7, Conferencia de Arbitraje de Seúl de 1994, La Haya, Kluwer, 1996, p. 572 (citado por Grande, S., “La *lex mercatoria* en los laudos de la Cámara de Comercio Internacional”, *Dikaion*, vol. 22, núm. 17, 2008, pp. 209 y 210).

⁴⁴ Calliens, G. P., “*Lex Mercatoria*: A Reflexive Law Guide to an Autonomous Legal System”, *German Law Journal*, núm. 17, 2001, disponible en: <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=109>.

⁴⁵ Galgano, F., *op. cit.*, nota 42, p. 133. El mencionado autor señala, además, que es suficiente, en este sentido, referirse “a algunas figuras propias de la nueva *lex mercatoria*, como la *gross disparity* o como el *hardship*, que realizan en modo cabal, bajo el principio de buena fe, aquella congruencia del intercambio contractual, o equidad del contrato, hacia

Para los denominados apóstoles de la *lex mercatoria*, ésta conforma un sistema jurídico universal, autónomo, flexible, informal y abierto porque se va constituyendo a través de conjuntos de reglas, principios y estándares en constante elaboración por parte de abogados, árbitros y operadores comerciales internacionales. De esta forma puede sostenerse que es un derecho híbrido que articula elementos del derecho comercial y del derecho internacional público, y para cuya sistematización es necesario valerse de un método interdisciplinario que incluya al derecho privado en general, al derecho internacional privado, al derecho internacional público y al derecho comparado.

La aplicación de la *lex mercatoria* otorga, en opinión de sus mentores, una solución completa, omnicomprendensiva. Así, han llegado a sostener incluso que "...el efecto de la *lex mercatoria* amenaza la existencia del DIPr porque una vez que emerjan las normas supranacionales, las reglas y los principios del DIPr se volverán superfluos", llegando a señalar que "...una de las finalidades de la *lex mercatoria* es eliminar la búsqueda de la propia ley del contrato o, en general, las normas de conflicto de leyes".⁴⁶

V. CONCEPTUALIZACIÓN DEL SOFT LAW

El término *soft law* fue utilizado por Lord McNair⁴⁷ y, desde su mismo origen, se lo ha interpretado de diferentes maneras. En realidad, este deno-

donde tienden los derechos nacionales en modo incierto y fragmentario". ¿Obra de tecnodemocracia la de UNIDROIT?, se pregunta Galgano. Su respuesta es afirmativa; sin embargo, aparece matizada, ya que a continuación aclara "...pero obra de tecnodemocracia que podemos definir como iluminista, retomando aquel concepto de 'despotismo iluminista' en el que demostraron creer los filósofos del siglo XVIII".

⁴⁶ La primera afirmación corresponde a Juenger, F. J., "American Conflicts Scholarship and the New Law Merchant", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, núm. 28, 1995, p. 497, y la segunda a Mann, F. A., "England Rejects 'Delocalised' Contracts and Arbitration", *International Comparative Law Quarterly*, núm. 33, p. 193, ambos citados por Maniruzzaman, A. F. M., "The *Lex Mercatoria* and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration", *American University International Law Review*, p. 680, nota 99, disponible en: <http://www.auilr.org/pdf/14/14-3-2.pdf>, y también por Feldstein de Cárdenas, S. L., "La *lex informática*: la insoportable levedad del no ser", *Working Paper*, núm. 8, Centro Argentino de Estudios Internacionales, disponible en: <http://www.caei.com.ar/es/programas/di/08.pdf>.

⁴⁷ Abi-Saab, G., "Cours Général de Droit International Public", *Recueil des Cours*, t. 207, 1987, p. 132. Del mismo autor véase "Éloge du droit assourdi: quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain", en *Hommage à François Rigaux*, Bruselas, Brylant, 1993, pp. 60 y ss.

minado “derecho suave o débil” (*weak law*, pre-derecho, derecho blando o en agraz) ha estado presente desde antaño en los sistemas jurídicos, a punto tal que incluso si nos remontamos al derecho romano estas formas de regulación recibían el nombre de *leges imperfectae*, ya que la norma carecía de la *sanctio*, es decir, la determinación de las consecuencias de violar la parte dispositiva de la ley. La expresión no posee en el ámbito internacional un significado unívoco sino que, por el contrario, diferentes incluso son los criterios para calificar al *soft law* y definir su ambiguo y difuso contenido,⁴⁸ a punto tal que bajo dicha denominación se encauzan, entre otros, actos jurídicos heterogéneos sin contenido obligatorio (no vinculante jurídicamente), tales como instrucciones, planes, circulares, normas técnicas, códigos de buen gobierno.

Ahora bien, en el intento de definir el concepto o establecer, al menos, ciertos marcos de referencia, cabe preguntarse si el *soft law* constituye un “no derecho” al carecer de fuerza vinculante, o si estamos en presencia de un “pre-derecho”. En realidad, esto lleva a una discusión aún más profunda acerca del concepto que se adopte de “derecho”, ya que, en líneas generales, la expresión “*law*” denota la existencia de una obligación jurídica, y de ahí que ciertos autores opongan reparos al empleo de esta terminología en relación con instrumentos que carecen de tal elemento. El debate en torno a la conceptualización del *soft law* como opuesto al *hard law* implica, en cierta forma, un cambio en la manera de entender el papel de las normas jurídicas y el rol que éstas desempeñan a la hora de ceñir la actuación de los poderes públicos.⁴⁹

De acuerdo con la postura de Abbot y Snidal, la utilización del *hard law* reduce, por una parte, los costos de transacción y las dudas y, por otra, aumenta la credibilidad de los compromisos. Sin embargo, la aplicación del *soft law* también presenta sus ventajas, ya que este tipo de acuerdos resulta más fácil de lograr; son considerados desde el punto de vista de los Estados como menos riesgosos para la soberanía y conllevan un proceso de aprendizaje que produce que la negociación de compromisos futuros genere menores costos. Pero como contrapartida, el *soft law* produce algunas desven-

⁴⁸ Véase Klabbbers, J., “The Redundancy of Soft Law”, *Nordic Journal of International Law*, núm. 65, 1996, pp. 167-182.

⁴⁹ Sarmiento, D., *op. cit.*, nota 16, disponible en: http://www.danielsarmiento.es/pdf/soft_law.pdf.

tajas que se hacen más patentes, no cuando se está negociando, sino después de la entrada en vigor del acuerdo.⁵⁰

No encontramos en la doctrina una definición incuestionable de *soft law*. Como lo señala G. Kaufmann-Kohler, entrar en una investigación de los orígenes y diferentes teorías y definiciones del *soft law* llevaría a cuestionar el significado mismo del derecho.⁵¹ Coincidimos con la autora citada y nos limitamos en este trabajo a la idea de normas sin la coactividad de la fuerza pública, que pueden emanar de actores estatales (legisladores, gobiernos, organismos internacionales) o no estatales (instituciones privadas, asociaciones profesionales o comerciales).

VI. LA CODIFICACIÓN DEL *SOFT LAW*

La codificación internacional, como fenómeno, permite contactos y amalgamas entre el *soft law* y el *hard law*. La codificación del derecho del comercio internacional ya no es una tarea exclusiva de las organizaciones interestatales, sino que se advierte que, al margen de las mismas, o directamente dentro de ellas, se desenvuelven con creciente protagonismo los actores privados.⁵² Destaca Fernández Arroyo que lo público y lo privado no son realidades contrapuestas por definición y que tal contraposición se da en forma clara y definida en determinadas situaciones puntuales y acotadas a ciertos contextos, espaciales y/o temporales. En muchos otros casos —señala el autor citado— los intereses públicos y privados van de la mano y procuran, cada uno, el progreso del otro.⁵³

⁵⁰ Abott, K. W. y Snidal, D., “Hard Law and Soft Law in International Governance”, *International Organization*, núm. 54, 2000, citado por Kanner, A., “Europa y América Latina: ¿hacia la consolidación de un acuerdo de gobierno por *soft law*?”, *Cuadernos sobre Relaciones Internacionales, Regionalismo y Desarrollo*, vol. 1, núm. 2, 2006, p. 121.

⁵¹ Kaufmann-Kohler, G., “La codificación y la normatividad del *soft law* en el arbitraje internacional”, Fernández Arroyo, D. P. y Moreno-Rodríguez, J. A. (dirs.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, Asunción, La Ley, 2010, p. 108.

⁵² Así lo pone de resalto Fernández Arroyo, D. P., “La multifacética privatización de la codificación internacional del derecho comercial”, en Fernández Arroyo, D. P. y Moreno-Rodríguez, J. A. (dirs.), *op. cit.*, p. 52.

⁵³ Fernández Arroyo, D. P., *op. cit.*, nota 52, p. 53. Nos interesa resaltar, en este estadió, su contundente negación, por anacrónica y reduccionista, de la separación tajante entre derecho comercial material y derecho comercial conflictual, como así también de la distinción entre derecho comercial interestatal y derecho comercial transnacional, des-

Asimismo, refiere el modo en que se viene desarrollando el proceso de “privatización” del poder regulador. Por una parte, puede constatarse cómo en las últimas décadas, las normas nacionales, convencionales e institucionales han reafirmado el poder de autorregulación de los particulares en el ámbito comercial (y hasta extendiéndose hacia áreas antes vedadas al despliegue de la autonomía como personas, familia y sucesiones), yendo mucho más allá de la mera potestad de elegir el derecho aplicable y el juez competente, operando sobre la concepción misma de las relaciones jurídicas.⁵⁴ Por otra, en el ámbito contractual, el progresivo ensanche del concepto de arbitralidad, en tanto las partes pueden utilizar normas elaboradas por organismos privados (*lex mercatoria*), o por organismos públicos pero desprovistas de carácter vinculante, planteando sus controversias ante particulares (árbitros) con la complacencia de los Estados y organizaciones internacionales públicas. Ello, de todas maneras, no implica autonomía ilimitada, puesto que los Estados continúan reservándose una parcela intocable en términos de orden público y normas de policía.⁵⁵

Lo cierto es que permanentemente van apareciendo cantidades de reglas privadas, disponibles como reglamentación “blanda” para los particulares, a las que tanto ellos como los poderes públicos les otorgan carácter vinculante, incluyéndolas en los contratos, autorizando su utilización por los árbitros y hasta siendo invocadas o convocadas por los Estados y organizaciones internacionales, abriendo así las puertas a su aplicación general.⁵⁶

Las fuentes del derecho comercial que regulan las transacciones internacionales se han ampliado, abarcando la llamada *lex mercatoria* y (como ya hemos visto) una variedad de formas de derecho blando, como leyes modelo, guías legislativas, reglas y términos comerciales uniformes, *restatements*, principios y reglas procesales preparados por profesores de distintas familias jurídicas y jurisdicciones.⁵⁷

vinculado de los poderes públicos, como si la indudable existencia de éste se produjera absolutamente desconectada de aquél.

⁵⁴ Fernández Arroyo, D. P., *op. cit.*, nota 52, p. 54.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 55.

⁵⁶ Véanse los ejemplos de “homologación” de las normas privadas a nivel nacional, internacional y supranacional que desarrolla Fernández Arroyo, D. P., *ibidem*, pp. 56-58.

⁵⁷ Goode, R., “Regla, práctica y pragmatismo en el derecho comercial transnacional”, en Basedow, J. *et al.* (dirs.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, Asunción, La Ley Paraguaya-CEDEP-Thomson Reuters, 2010, pp. 75 y ss.

VII. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO,
LEX MERCATORIA Y SOFT LAW

Señala Goode que no existe acuerdo sobre lo que abarca la *lex mercatoria*, ya que para algunos se trata meramente de otro rótulo para el derecho comercial transnacional y, por tanto, comprende todos los tipos de armonización, formales e informales. Para otros, se trata de un producto de la creación espontánea mediante el uso, evidenciado en las reglas de las cámaras de comercio, las cláusulas de los contratos *standard* y los principios, reglas y *restatements* formulados por agencias internacionales. Se propone a la *lex mercatoria* como un conjunto de reglas que no sólo pueden ser aplicadas por árbitros *ex post*, sino que pueden ser elegidas por las partes como derecho aplicable para sus contratos.⁵⁸ El autor citado prefiere (opina) limitarla a la práctica internacional del comercio y explica su desacuerdo con equipararla a la totalidad de lo que él llama “derecho comercial transnacional”, del cual la *lex mercatoria* sería sólo una parte, pero con sus características distintivas.⁵⁹ No se puede, en su criterio, confundir al derecho consuetudinario (esencia de la *lex mercatoria*) como integrando una masa homogénea con el derecho de contratos y de los tratados. Aquélla no está diseñada intencionalmente como un instrumento de armonización de derechos, deberes y prácticas, que sí es el objetivo de las convenciones internacionales y los contratos *standard*. Obviamente, hay diferencias entre la *lex mercatoria* y las convenciones que son derecho oficializado por los Estados. Pero también las hay entre éstas y los contratos *standard*, que, por muy difundidos que sean, son meros modelos que pueden no ser seguidos por la generalidad de los comerciantes.

En cualquier caso, coincidimos con Goode en que las partes gozan de una gran libertad para crear su propia ley, pero ello sólo ocurre por voluntad de los Estados soberanos (considerados aisladamente o en conjunto), y esa libertad está sujeta a importantes limitaciones, como las basadas en el orden público o en reglas imperativas indisponibles.⁶⁰

Las denominaciones *lex mercatoria*, *soft law*, incluso términos como “derecho”, “norma”, “regla”, presentan problemas semánticos, porque los

⁵⁸ *Ibidem*, p. 80.

⁵⁹ Para Goode, el “derecho comercial transnacional” está integrado no sólo por reglas emanadas de la práctica espontánea sino también por normas de tratados que regulan el comercio internacional. *Ibidem*, p. 81.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 83.

autores los utilizan según el sentido que cada uno les otorga. Ello dificulta encontrar coincidencias o diferencias en las concepciones que se ponen de manifiesto. Así, por ejemplo, Goode se pregunta si la *lex mercatoria* es autónoma y habla de una autonomía *de facto*, en el sentido de que a la comunidad comercial se le da en gran medida una libertad para desarrollar sus propias prácticas y hacerlas obligatorias a través de sus propias reglas, contratos y procedimientos de resolución de disputas.⁶¹ Y como normalmente no se cuestiona la legalidad de lo que se hace y lo que se decide, se puede sostener que a los efectos prácticos la costumbre de los comerciantes y las reglas que ellos formulan para las futuras transacciones operan como derecho dentro de la comunidad comercial, más allá de que tengan o no fuerza de ley. Pero no distinguir a la “*lex mercatoria* como derecho” de su observancia como una cuestión “práctica” explica la confusión que existe entre aquellos que proponen la existencia de una *lex mercatoria* y aquellos que la niegan. Como práctica efectiva no depende de ningún reconocimiento jurídico, pues, según Goode, no es verdadera *lex*. Su inobservancia no acarrea sanción jurídica sino el oprobio de sus colegas comerciantes y hasta la probable expulsión de la comunidad mercantil pertinente. Opera como derecho blando (*soft law*), aunque no por ello derecho débil.⁶² No muy claramente, el autor citado habla de que existe también una autonomía *de jure*, mediante la cual la autoridad soberana les da la libertad a los comerciantes para crear sus propias leyes y resolver sus disputas sin consideración de las leyes ordinarias. Claro que se trata de una autonomía no absoluta, pues cualquiera sea el contenido de los contratos, éstos deben ceder ante el orden público internacional y las *lois de pólíce*.⁶³

Como podemos ver, el factor limitativo de la potestad de autorregulación basado en el orden público y normas excluyentes (de policía, internacionalmente imperativas o como se las denomine) es moneda corriente en buena parte de la doctrina, más allá de quienes puedan sostener una transnacionalidad indemne a tales límites, a modo de *supra* derecho que, en nuestra opinión, no es aceptable.⁶⁴

⁶¹ *Ibidem*, p. 85.

⁶² *Ibidem*, p. 86. Allí, en su nota 20, cita en apoyo de su aserto a Teubner, G., “‘Global Bukowina’: Legal Pluralism in the World Society”, *Global Law without a State*, Dartmouth, Ashurst Aldershot, 1997.

⁶³ Goode, R., *op. cit.*, p. 86.

⁶⁴ Podría generar dudas la existencia de fallos arbitrales que han manejado fuentes extralegales ignorando normas imperativas inderogables e incluso principios de países

Y de este modo estemos quizá completando un giro de trescientos sesenta grados que nos llevará a concluir que, en definitiva, todas las nuevas realidades normativas tienen una explicación final, un fundamento jurídico tan simple como, desde nuestra óptica, contundente. Porque una cosa es referirse a la *lex mercatoria* (la nueva) y al *soft law* como realidades integradas, una comprensiva de la otra, o independientes, compartiendo o no determinadas características. Con ello, realizamos sólo un ejercicio descriptivo de una realidad que obviamente posee ribetes fenomenológicos sumamente atractivos e invita a las comparaciones y análisis de sus diversas formas de manifestación, permitiendo incluso edificar enormes castillos aéreos. Su configuración no es lineal y admite visiones particulares diversas. Pero otra cosa es encontrar el porqué del valor jurídico esencial de cada regla, se la califique como perteneciente al *soft law*, la *lex mercatoria* o mera regulación individual de una obligación contractual determinada.

Simplificando al máximo nuestra idea, vemos que el comercio se compone de negocios individuales, a los que podemos aludir como contratos. Cada contrato se rige por el DIPr oficial, sus normas directas e indirectas, sus normas internacionalmente imperativas, sean de fuente nacional, convencional o comunitaria. Los derechos oficiales permiten (con variantes de grados) que los contratantes creen sus propias reglas individuales en el contenido de su contrato, dejando de lado, contrariando, las normas materiales internas del sistema de derecho privado que resultaría aplicable según las normas de conflicto oficiales (se las califique a dichas normas materiales como supletorias o coactivas en las relaciones privadas nacionales). También permiten apartarse de los tribunales oficiales y someter la resolución de sus desavenencias a tribunales privados. Bajo este esquema básico (que admite otras elaboraciones, las que dejamos de lado deliberadamente por exceder el propósito de este trabajo), los particulares pueden incorporar todo tipo de reglas, inventadas por ellos o traídas de las costumbres, uso y prácticas recopilados, principios lanzados por organizaciones diversas, recomendaciones, modelos contractuales, o precedentes arbitra-

vinculados a los casos fallados. Sin embargo, la ilegalidad no se redime por el solo hecho de que las partes hayan cumplido conductas vulneratorias de tales limitaciones, con o sin laudo arbitral de por medio. Diferente es el relajamiento de los controles que comienzan a aparecer en los últimos años en tribunales de países del “primer mundo”, permitiendo acuerdos de elección de foro en temas regulados por normas de policía propias y hasta reconociendo laudos dictados por tribunales que han omitido aplicar normas de policía del país al que se pide el reconocimiento.

les. Es decir, cualquier fuente. El derecho oficial otorga autonomía en grado suficiente como para que los contratantes puedan diseñar su relación conforme a sus necesidades. Pero siempre dentro de los límites principistas que deberán ser respetados a rajatablas, y que harán su aparición apriorística en las normas de policía (o internacionalmente imperativas) y en el control *a posteriori* realizables tanto como consecuencia del ejercicio de la jurisdicción internacional directa como de la indirecta. Así funciona la autonomía de la voluntad conflictual, material y jurisdiccional de los contratantes.

¿Qué inconvenientes puede haber en que las partes pacten la exclusión de todo derecho nacional y se sometan, por ejemplo, genéricamente a la *lex mercatoria* o a los principios de UNIDROIT? Mientras el Estado (o la organización internacional o comunitaria) mantenga la potestad de aceptar o rechazar el contenido de estos pactos, por vulnerar principios de orden público internacional, no vemos objeciones de alía.

Diferente es el análisis de las variaciones que pueden ir sufriendo los propios principios por la evolución de las concepciones en la sociedad mundial, manifestada a veces en la permisividad (“aflojamiento”) de ciertos sistemas judiciales frente a contratos puntuales que vulneran claramente algún principio estructural, o en los efectos económicos y sociales que un control relajado puede provocar, dando carta blanca a los movimientos libertarios. En tal caso, el problema no está en la autonomía de la voluntad como herramienta técnica, sino en su utilización en contra de los intereses sociales genuinos.

Se ha dicho que la *lex mercatoria* es un derecho cuya validez no surge en el marco del Estado, sino que se forma pragmáticamente fundándose en los acuerdos y diferencias de los agentes globales ligados a lógicas funciones supraterritoriales, fenómeno que no alcanza a ser comprendido por el positivismo jurídico, que no ve que entre el sistema jurídico y su ambiente social están teniendo lugar continuos cambios. Fenómenos como la *lex mercatoria*, así como otras formas jurídicas de la sociedad posmoderna, muestran precisamente que los confines del derecho no son impermeables.⁶⁵ Un interesante planteo realiza Olgiatti, que presenta a la *lex mercatoria* como una forma de *insurgency* de una corporación con fuertes connotaciones de identidad, que reivindica su propio espacio jurídico vital,

⁶⁵ López Ruiz, F., “Notas sobre la nueva *lex mercatoria*”, *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, núm. 1, 2007, p. 15.

fundado no sólo en su especialidad funcional, sino en la incompatibilidad de sus prácticas, intereses y principios respecto de los impuestos autoritariamente en el más amplio sistema social (indiferencia por cualquier orden público y desprecio hacia cualquier sistema jurídico nacional).⁶⁶

Creemos que hay que diferenciar los análisis que se realizan desde distintas posturas ideológicas, jurídicas, políticas. El derecho, concebido como instrumento cultural que busca la realización de la justicia en cada caso concreto, reclama alejarse de posiciones fundamentalistas y construcciones dogmáticas extremas, porque esas posturas caen frente a similares y antagónicas elaboraciones y, principalmente, porque no ven ni interpretan la realidad tal cual es, sino que toman ciertos aspectos de ella y tratan de acomodarla a su propia y abstracta idea.

Es bueno tomar conciencia de que, más allá de lo estrictamente jurídico, el *soft law* “mercatorio” es patrocinado e impulsado por sujetos e intereses diversos (entidades privadas, empresas, organizaciones no gubernamentales, los Estados mismos, grandes bufetes de abogados y economistas, académicos, instituciones arbitrales), lo cual dificulta a veces estar seguros de que se busca el bienestar, la promoción económica y cultural de las clases sociales más necesitadas, la preservación del ambiente, el respeto y resguardo de los particularismos nacionales,⁶⁷ la eliminación de las guerras y otros males globalizados.

Se podrá decir que los males del mundo son responsabilidad de los gobiernos; pero los gobiernos son los que producen y ejecutan el *hard law*, al que desafía el *soft law* aunque no siempre para mejorar la vida de las personas sino para remover obstáculos que suelen dificultar el despliegue de los negocios con mayor amplitud. Las codificaciones privadas, o públicas con injerencia privada, podrían ser un indicio de la existencia de un *behind the scenes*, un *backstage* en el que tras las aparentes confrontaciones o “desafíos” se planifican avances mediante normativas superadoras de los defectos e insuficiencias de los sistemas jurídicos positivos. Pero hemos de reconocer

⁶⁶ Olgiati, V., *op. cit.*, nota 26, pp. 168-171, donde el autor plantea la existencia europea de fundamentalismos incompatibles por la dinámica del actual capitalismo “desregulado” como resultado de la crisis del ordenamiento estatal y la afirmación de las grandes corporaciones económicas como fuentes autónomas del derecho.

⁶⁷ Que el conflictualismo clásico defiende a ultranza y el materialismo extremo intenta destruir, sin advertir, ambos, que la uniformidad es deseable aunque no omnicompreensiva, de un lado, y que muchos particularismos son indestructibles por su arraigo en las convicciones más profundas de los pueblos, de otro.

que cuando sacamos la vista de los textos jurídicos y echamos una mirada a la vida, la situación del país, la región, el mundo, no es poco habitual advertir cómo grandes empresas se benefician con las situaciones conflictivas para avanzar sobre objetivos económicos, y cómo los Estados van perdiendo poco a poco su poder de negociación.⁶⁸ Porque mientras millones de páginas y “horas/hombre” dedica la doctrina a desmenuzar, discutir, opinar, elaborar intrincados argumentos en favor del arbitraje, la *lex mercatoria*, el *soft law*, el derecho transnacional, los principios, reglas y usos comerciales, la vida real de muchos sectores transita por carriles diferentes.

Pero cerrando la puerta y volviendo a la mesa jurídica, nos parece innegable que toda esta temática del *soft law*, el arbitraje y la *lex mercatoria* es atractiva y admite múltiples opiniones y posturas doctrinarias. Su justificación jurídica nos parece sencilla de explicar, aun a riesgo de incurrir en excesivo simplismo.

Por una parte, no vemos un *soft* completamente independiente del *hard*. Su dependencia del derecho positivo es innegable, más allá de que no se la quiera reconocer. Si tomamos, por ejemplo, esa codificación multipropósito y polifuncional de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales,⁶⁹ veremos que ellos mismos se autolimitan al dejar fuera de su ámbito de aplicación la capacidad de las partes.⁷⁰ Es que siempre será necesario contar con un derecho oficial subsidiariamente aplicable, a menos que en un arbitraje se resuelva cubrir los baches con soluciones *soft*. Pero aun en tales supuestos, estará siempre presente el control de orden público y las *lois de police*. Por otra parte, el artículo 10.5 de los Principios prevé varios supuestos de suspensión de la prescripción como consecuencia del inicio de un procedimiento judicial o diferentes alternativas dentro del mismo.⁷¹

⁶⁸ Especialmente cuando no destinan personal idóneo para defender posturas claras en los distintos foros internacionales.

⁶⁹ Según el Preámbulo de la versión 2010, deberán aplicarse cuando las partes lo hayan acordado pero pueden también aplicarse cuando hayan pactado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes, o no hayan escogido el derecho aplicable al contrato. También pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme, o el derecho nacional, o servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales.

⁷⁰ Principios, capítulo 3, Validez, artículo 3.1.1. Este capítulo no se ocupa de la falta de capacidad de las partes.

⁷¹ Principios, artículo 10.5 (Suspensión por procedimiento judicial) (1) El decurso del periodo de prescripción se suspende: a) cuando al iniciar un procedimiento judicial, o

Si creemos que el DIPr es un sector de normas, principios y sentencias destinados a llevar a cabo una solución justa, efectiva y, en la mayor medida posible, uniforme, de los casos multinacionales de derecho privado, y si una de las herramientas con las que cuenta es la autonomía de la voluntad —tanto conflictual como material—, otorgada a las partes en sus relaciones jurídicas patrimoniales, entonces no pueden caber dudas de que, con el mismo valor que tienen para los contratantes las estipulaciones que acuerdan en sus contratos, adquieren poder coercitivo todas las reglas que, expresa o tácitamente, y cualquiera sea la fuente de la que provengan, queden incorporadas a la par de tales estipulaciones. De modo que *soft law* es una expresión que abarca un sector de la actividad internacional de elaboración de reglas que ingresan al DIPr por la vía de los contratos individuales, momento en el que se hacen exigibles por la “fuerza”.

VIII. CONCLUSIONES

Hemos hecho una somera pasada sobre las múltiples reflexiones, ideas, definiciones de diversos autores con respecto a un mundo regulatorio multiforme al que cada uno atribuye determinadas características y funciones. Probablemente todos con parte de razón en sus afirmaciones, aunque sin lograr una idea acabadamente satisfactoria para explicar por completo una realidad normativa que se cuele en los intersticios que le deja el *hard law*, el derecho positivo, y que no se detiene en los aspectos sustanciales de las relaciones jurídicas privadas multinacionales, sino que ha avanzado en lo procedimental, fundamentalmente por medio del arbitraje comercial internacional.

Su crecimiento es directamente proporcional al incremento del comercio mundial, y presiona para ganar espacios en las cuestiones en que el derecho positivo muestra sus flancos más débiles (especialmente en la cobertura de nuevas situaciones, adaptación a los cambios vertiginosos, previsión de problemas sobrevinientes, exasperante lentitud de la justicia oficial). El dere-

en el procedimiento judicial ya iniciado, el acreedor realiza cualquier acto que es reconocido por el derecho del foro como ejercicio del derecho del acreedor contra el deudor; *b*) en caso de insolvencia del deudor, cuando el acreedor ejerce sus derechos en los procedimientos de insolvencia; o *c*) en el caso de procedimientos para disolver la entidad deudora, cuando el acreedor ejerce sus derechos en los procedimientos de disolución. (2) La suspensión dura hasta que se haya dictado una sentencia definitiva o hasta que el procedimiento concluya de otro modo.

cho blando es necesario y por eso entra de la mano de la autonomía de la voluntad, lo cual no debe significar la concesión de una libertad tan grande que permita a los grupos de interés que lo motorizan, dar por tierra con las pautas básicas de convivencia de cada sociedad nacional, individualmente o en agrupaciones u otras formas de uniones de Estados. Todo sistema oficial tiene sus características particulares, muchas de las cuales son esenciales para la subsistencia de la comunidad como tal, y otras son estructurales, propias de sus ordenamientos jurídicos. En ambos casos deben resistir los embates liberalizadores (fundamentalismos libertarios) para lograr un justo equilibrio, como resultado del cual se beneficie el comercio, pero éste beneficie a las sociedades en su conjunto y a los individuos sin ningún tipo de distinción. Esta puja siempre ha existido, pero parece presentarse con más ímpetu con motivo de la globalización de la economía y de la vida en general.

Tratándose de reglas que se asientan en los negocios internacionales entre particulares, no pueden ser ajenas al DIPr, concebido bajo la visión amplia pluralista que recibe todos los métodos y fuentes normativas idóneos para alcanzar la realización de soluciones justas en los casos multinacionales de derecho privado. El DIPr de hoy no es un grupo de normas de conflicto de leyes (como lamentablemente muchos lo siguen entendiendo). Es una disciplina necesariamente abierta y receptora de regulaciones materiales de fuentes diversas, aunque no por ello ha de ser ingenuo y descuidado a la hora de resguardar el mantenimiento de las estructuras principistas que forman los cimientos de las organizaciones estatales e internacionales en sus distintas formas. Dicho resguardo se ejerce, como ha quedado dicho, mediante normas internacionalmente imperativas (que frenan a la autonomía de la voluntad de los contratantes y, con ello, son un dique de contención para el derecho oficial extranjero, las estipulaciones contractuales, la *lex mercatoria* y cualquier otro tipo de regla o principio que integre el *soft law*) y el tamiz del orden público internacional.

Por ahora el panorama está algo revuelto, quizá hasta que se asienten los efectos de la globalización económica, y ahí se verá cuáles son los nuevos posicionamientos de las soberanías estatales frente a las fuerzas del mercado. Hay reacciones plausibles como los intentos de generación de cuerpos normativos para proteger a las partes débiles (por ejemplo la “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y de la Comisión Relativo a una Normativa Común de Compraventa Europea” del 11 de octubre de 2011).

En relación con cuestiones de prelación o preeminencia jurídicas frente al derecho positivo, las normas de la *lex mercatoria* (y en general del derecho blando) tienen la misma fuerza del vehículo que las transporta: la autonomía de la voluntad de los contratantes. Y ésta existe porque el derecho positivo la concede. El problema no está ahí, sino en la valoración de los límites y controles que se ejercen sobre su utilización.