

Estudios sobre *lex mercatoria*

Una realidad internacional

JORGE ALBERTO
Silva
Coordinador

UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO



ESTUDIOS SOBRE *LEX MERCATORIA*
Una realidad internacional

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 319

Coordinadora editorial: Elvia Lucía Flores Ávalos
Coordinadora asistente: Karla Beatriz Templos Núñez
Cuidado de la edición: Wendy Vanesa Rocha Cacho
Formación en Ventura 10: Javier Mendoza Villegas

ESTUDIOS
SOBRE *LEX*
MERCATORIA

Una realidad internacional

Segunda edición

JORGE ALBERTO SILVA

Coordinador



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
MÉXICO, 2013

Primera edición: 5 de julio de 2006
Segunda edición: 31 de octubre de 2013

DR © 2013. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva, s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

Primera edición ISBN 970-32-3643-X
Segunda edición ISBN 978-607-02-5027-9

CONTENIDO

Presentación	VII
Jorge Alberto SILVA	
Presentación a la segunda edición	XIII
Jorge Alberto SILVA	
Las <i>lex mercatoria</i> , el <i>soft law</i> y el derecho internacional privado	1
Jorge R. ALBORNOZ	
Paula MAR	
El derecho mercantil y el surgimiento de la organización y jurisdicción consular en el mundo hispánico	29
Óscar CRUZ BARNEY	
La <i>lex mercatoria</i> en el derecho comercial internacional moderno: en su dimensión doctrinal, convencional y judicial del nuevo orden mercático en América Latina	71
Gilberto BOUTIN I.	
Un nuevo mundo jurídico: la <i>lex mercatoria</i> en América Latina	95
José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS	
Los caracteres de la juridicidad en la era de la globalización	157
Francesco GALGANO	
<i>Ius commune</i> , <i>lex mercatoria</i> y derecho internacional privado en retrospectiva y prospectiva	171
Cristián GIMÉNEZ CORTE	

Negación de la <i>lex mercatoria</i> medieval: de la feria de Saint Ives a los consulados del mar	191
Zhandra MARÍN	
El nuevo pluralismo jurídico y la nueva <i>lex mercatoria</i> en la dinámica constitucional europea	203
Vittorio OLGIATI	
Consideraciones en torno a la <i>lex mercatoria</i> : el caso de México.	233
Leonel PEREZNIETO CASTRO	
Nueva <i>lex mercatoria</i> y globalización: breves notas de teoría general del derecho	251
Adrián RENTERÍA DÍAZ	
Resurgimiento de la <i>lex mercatoria</i> : la regulación de las relaciones comerciales internacionales.	275
Jorge Alberto SILVA	
Los autores.	337

PRESENTACIÓN

La *lex mercatoria*, tan importante como lo fue en la Edad Media, continúa siéndolo en la actualidad, y con mayor intensidad. Si en la Edad Media fue importante porque, de hecho, fue la única normativa que regulaba el comercio, hoy resulta de mayor importancia, no sólo porque continúa regulando el comercio, sino también porque compite con el derecho estatal e, incluso, es más amplia en un sentido geográfico, con mayores actores y mayor complejidad. De igual manera, los estudios en torno a la *lex mercatoria* son más intensos, aunque no con la importancia que debieran tener. Es poco lo que en idioma español tenemos con relación a la *lex*, sobre todo cuando comparamos los estudios producidos en otros idiomas.

Actualmente varios juristas se involucran con la temática, entre otros, los especializados en el comercio internacional. Y es que la *lex mercatoria* suele servir de apoyo a los estudios de una disciplina específica (el comercio internacional, por ejemplo). Las reglas del comercio internacional contemporáneas suelen presuponer a la *lex mercatoria*, pero no entendida como reglas, sino como sistema doctrinal que ha evolucionado. Luego, para conocer el producto es necesario conocer las causas o sustentos.

Los juristas que cultivan una disciplina dogmática específica (un producto) deben partir de lo que los teóricos y los expertos han logrado definir como un sistema normativo, como aparato doctrinal, como *corpus* de conocimiento y lenguaje necesario para tratar sus productos. Hay, no obstante, algunos juristas que tratan el material sin tomar en cuenta los marcos previos y necesarios, vamos, sin el trato que merece, y otros porque carecen del material necesario.

Al carecer del material previo y necesario para abordar temas de una dogmática específica, sus ideas se transforman en meras opiniones. De esta manera, a pesar del gran esfuerzo que realizan para construir una edificación, lo hacen sin la cimentación debida. Es posible que la construcción la realicen a partir de una experiencia sensible, pero careciendo del material obtenido a partir de principios y de premisas válidas y confiables. Siempre

VIII

PRESENTACIÓN

es importante contar con elementos base con los que se pueda partir (una base o cimentación). Tomar, en consecuencia, un material sensible, reordenado, clasificado, definido, para luego deducir consecuencias; introducirse al sistema de la *lex mercatoria* para luego referirse a alguna reglamentación específica. Por desgracia, ya lo decía, es poco lo que sobre este sistema o material existe en idioma español.

El *corpus* de conocimiento sobre *lex mercatoria* le es importante a los juristas involucrados en el comercio internacional, ya que al abordar cierto tipo de contratos, el transporte internacional, las reglas de arbitraje expedidas por algún centro administrador, o los principios de los contratos expedidos por algún foro internacional (que son su objeto de estudio), presuponen el conocimiento de la *lex mercatoria*, algo que no siempre es realidad. El problema es saber qué es realmente la *lex mercatoria*, pues de otra forma no se conocería en su dimensión el producto.

En consecuencia, resulta que los dedicados a desarrollar temas dogmáticos de una disciplina específica no siempre tienen a su alcance inmediato los materiales marco en su idioma que les puedan auxiliar, por lo que es necesario contribuir en algo en esta tarea.

Con frecuencia salgo de mi universidad y visito otras universidades. En el 2004 estuve en la Universidad Carlos III, en Madrid, España. Cubrí en ese lugar una estancia en el segundo semestre de ese año.

Durante los trámites normales que se realizan para una visita como estas, ya era bien recibido por el catedrático de derecho internacional privado de esa Universidad, el profesor Alfonso Calvo Caravaca. Aunque mi visita era de estudio e investigación, el profesor Calvo Caravaca me pidió que diera a un grupo de alumnos un cursillo o pláticas sobre la *lex mercatoria*. Aunque la propuesta se orientaba más a verla como fuente, mi interés era examinarla como sistema.

Impartir un cursillo fuera de casa y con alumnos ajenos, no era tarea fácil. Lo que me incomodaba era que mis conocimientos sobre *lex mercatoria* me parecían un tanto superficiales. De hecho, yo sabía que las reglas de arbitraje de cualquier centro eran o forman parte de la *lex mercatoria*, pero no me bastaba esa confianza. Mi pretensión para el cursillo consistió en partir de conocimientos apoyados en premisas válidas, verdaderas; premisas en las que yo mismo pudiera confiar y de ser posible confirmar.

Por fortuna tuve la posibilidad de contar con algunos meses para preparar mis charlas, de manera que lo primero que debía hacer era obtener la

mayor literatura posible sobre el tema y confirmar o rechazar los conocimientos que ya tenía. Me interesaba, entre otros aspectos, saber qué es realmente la *lex mercatoria*, cómo surgió, cómo funciona, cómo interactúa con el derecho estatal, cuáles son los principios que la sustentan, etcétera. Vamos, me interesaba como sistema, como *corpus* doctrinal. El gran problema fue que prácticamente no había literatura cercana a mí sobre la temática. Busqué en varias bibliotecas y descubrí que en idioma español es poco lo que existe. Al final de cuentas, construí mi temario apoyado en fuentes escritas en diversos idiomas: español, portugués, italiano e inglés. El material bibliohemerográfico lo conseguí en diversas universidades, y no siempre fue el de mejor calidad.

Platicaba algo de esto con el profesor José Carlos Fernández Rozas en el comedor de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y surgió la idea de publicar una compilación de estudios sobre esta temática, pero en idioma español, idioma en el que es poco lo que existe. La idea era tomar en cuenta diversos enfoques y que pudieran estar al alcance de juristas no dedicados al campo meramente teórico.

Al comenzar la tarea, se formularon invitaciones a profesores de diferentes lugares y países. La pretensión era abordar la *lex mercatoria*, pero no para llevarla a los teóricos del derecho o que éstos se enriquecieran, sino para ponerla al alcance de los que no se dedican a la teoría por profesión. Una vez que la invitación se formuló, varios juristas contestaron aceptando escribir sobre el tema, pero con algunos cambios a los lineamientos fijados desde el inicio. Una vez que se les volvió a plantear la columna vertebral de la compilación, la mayoría se retiró del compromiso. ¿Qué fue lo que pasó? Fue algo sencillo de explicar, que no fue precisamente negarme a reajustar los lineamientos. Algunos “especializados” en una rama del comercio internacional piensan que conocen la disciplina, aunque es poco lo que de las raíces o marcos teóricos conocen. Algunos se dedican al arbitraje o a los contratos y suelen afirmar que la *lex mercatoria* es una fuente importante, pero no es mucho de lo que sobre ésta conocen.

La colección de estudios que ahora presentamos corresponde a los que se recopilaron. La guía con la que se delineó la presentación de trabajos se orientó a cubrir diversos enfoques; interesaron los históricos, los teóricos, los sociológicos, así como aquellos relacionados con alguna área dogmática específica, esto es, con alguna normatividad específica. En esta última parte, interesaba que se examinara el arbitraje, los contratos, el transporte,

pero fue aquí donde la mayoría de los invitados renunció. Esto se explica porque a mí no me interesaba que se explicaran las reglas de arbitraje de algún centro o las de algún específico tipo de contrato (de lo que ya hay mucho escrito); no era importante el producto sino del respaldo que la *lex mercatoria* les daba. Lo importante no era conocer los artículos de algún cuerpo normativo, sino el cómo es que ese cuerpo normativo había surgido, cómo se le había tratado, cuáles eran sus implicaciones en la realidad y su recepción en los juristas. El punto de atención no se centró en la base empírica (el material con el que labora un abogado de una especialidad dogmática), sino en los criterios que permiten identificar las disposiciones de *lex mercatoria*, su consistencia, eficacia, transformación, su identificación o diferencia con el sistema jurídico estatal, etcétera. El enfoque era más teórico, histórico, sociológico, que exegetico.

En la compilación de estudios que ahora se presentan confluyen juristas especializados en la teoría del derecho, la filosofía, la historia, la dogmática. Me hubiera gustado que se hubieran presentado otros enfoques. Es un trabajo modesto, pero me parece que será destacado en el idioma español, y seguramente un apoyo a estudios de dogmática especializada.

Los profesores Adrián Rentería, Vittorio Olgiati y Francesco Galgano, los tres italianos, presentan estudios teóricos y filosóficos, ágiles y sencillos de entender. Entre sus tesis se aprecia al Estado como garante del libre funcionamiento del mercado y de la economía. Los profesores Arturo Díaz Bravo, Leonel Pereznieto Castro y Miguel Gómez Jene nos presentan una versión un poco más dogmática del tema, acercándonos a los contratos y el arbitraje, pero sin olvidar el marco teórico. Una visión muy académica, comparativa y orientada al ámbito latinoamericano nos lo proporciona el profesor José Carlos Fernández Rozas. La versión histórica, propia de México, le corresponde al profesor Óscar Cruz Barney (un enfoque que desgraciadamente suele ser ignorado en México), y yo me he conformado con presentar una visión panorámica de la temática. Al final de la obra se agrega un listado bibliohemerográfico, que será de utilidad para los interesados. En otro apartado se agregan los datos descriptivos de cada uno de los autores de esta compilación.

Se trata, como dije, de estudios escritos para llegar a los juristas dogmáticos o meramente prácticos (mil disculpas por esta denominación), más que a los teóricos, y espero que el lector los pueda disfrutar como yo lo he hecho.

PRESENTACIÓN

XI

Antes de finalizar, debo expresar mi agradecimiento a todas aquellas personas que contribuyeron con esta compilación, ya sea escribiendo o auxiliando para lograr su publicación. Un especial agradecimiento para el profesor Manuel Becerra, del Instituto de Investigaciones Jurídicas, que fue el padrino de esta compilación, de hecho, es a él a quien se le debe la publicación. Va por igual el agradecimiento para el director del instituto, doctor Diego Valadés, sin cuya autorización y confianza no se tendría esta obra en las manos de un lector. De este último esperamos que este material le sea de utilidad.

Jorge Alberto SILVA
Enero de 2006

PRESENTACIÓN A LA SEGUNDA EDICIÓN

Afortunadamente, la primera edición de esta obra tuvo una gran acogida. El tema abordado ya se esperaba. No obstante, hay que admitirlo, es necesario continuar explorándolo.

Esta segunda edición acoge las sugerencias de interesados en el propio Instituto y de otros lugares para que se repliegue a temas más teórico-explicativos que de dogmática. A diferencia de la primera edición, la actual no contiene desarrollos propios de la dogmática, como contratos o arbitraje. Se enfoca más a tratar de explicar desde planos más teóricos a la *lex mercatoria*.

Ahora, no sólo se actualizan algunos artículos, sino que se adicionan otros, de otros autores reconocidos, que aportan sus luces a la temática.

Espero que esta nueva edición sea tan bien recibida como la anterior. Gracias mil al Instituto y sus directivos por tomar en cuenta esta vertiente del derecho, en especial a su director, doctor Héctor Felipe Fix-Fierro.

Jorge Alberto SILVA
Octubre de 2012

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/Cassesepaper.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 estado, 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.

EL DERECHO MERCANTIL Y EL SURGIMIENTO DE LA ORGANIZACIÓN Y JURISDICCIÓN CONSULAR EN EL MUNDO HISPÁNICO

Óscar CRUZ BARNEY*

SUMARIO: I. *El surgimiento del derecho mercantil.* II. *El comercio hispano-indiano y su régimen jurídico.* III. *El periodo de los Austrias.* IV. *El periodo de los Borbones.* V. *El régimen del comercio libre y sus consecuencias: el Reglamento y aranceles reales para el comercio libre de España y las Indias del 12 de octubre de 1778.* VI. *La jurisdicción mercantil, los consulados de comercio y el arbitraje comercial.* VII. *Conclusión.* VIII. *Bibliografía.*

I. EL SURGIMIENTO DEL DERECHO MERCANTIL

El derecho mercantil tuvo desde sus orígenes, en la Baja Edad Media, un alto grado de autonomía y de especialidad. Se le considera un derecho autónomo, debido a que sus normas se crearon con relativa independencia respecto de los poderes establecidos, en especial porque sus instituciones se distinguieron de otras semejantes, propias del derecho real.¹

En los orígenes del derecho mercantil, fenicios y griegos se rigieron por la costumbre en sus relaciones de comercio marítimo; éstas se cristalizaron en una *Lex Rhodia*, considerada originaria de la isla de Rodas, y que fue reconocida en el Digesto como *ley común del mar*. Por su parte, el *ius civile* aportó una serie de principios que enriquecieron la tradición del comercio marítimo; por ejemplo, que el mar es un espacio libre y universal, abierto al

* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Universidad Iberoamericana, Universidad Panamericana, académico de número de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación.

¹ Galgano, Francesco, *Historia del derecho mercantil*, trad. de Joaquín Bisbal, Barcelona, Laia, 1981, p. 23.

aprovechamiento común en el que se debe respetar la propiedad de las naves y sus mercancías, aun en caso de naufragio.²

Tras la caída del Imperio Romano de Occidente se rompió ese principio de comunidad y protección, con lo que se presentaron el problema de la piratería y el resurgimiento de los mares territoriales. Sin embargo, la jurisdicción privativa de los comerciantes la conservaron en parte los pueblos germánicos, en especial en el *Liber Iudiciorum*.

Luego, con la invasión musulmana y la ocupación de la mayor parte de las islas y los puertos mediterráneos, se terminó de romper la comunicación marítima entre éstos y aun con los del Atlántico hasta entrado el siglo XIII. Así, se forjaron dos tradiciones distintas en el ambiente mercantil de la época: la mediterránea y la atlántica, que terminaron por confluir en la España medieval.

En el mundo mediterráneo, al tiempo en que se organizaba la vida comercial en Barcelona, las costumbres y los usos mercantiles se empezaron a recoger por escrito en colecciones privadas conocidas como *Costums de la mar*, que fueron incluidas posteriormente en el *Libre del Consulat de mar* o *Libro del Consulado del Mar* en la segunda mitad del siglo XIV.³

El *Libro* es una recopilación de la tradición naval mercantil del Mediterráneo. Se componía de las *Costums de la mar*, de un reglamento de carácter procesal para el consulado de Valencia, y de disposiciones sobre la disciplina a bordo de las naves y armamentos en corso. Un notario del consulado de Mallorca, Huguet Borrás, se encargó de su redacción hacia 1345, y en 1370 recibió el nombre por el que se le conoce actualmente, es decir, *Libro del Consulado del mar*.⁴ Su finalidad fue ofrecer una obra práctica y de fácil manejo, en un estilo claro y casuístico, para todos los consulados del Mediterráneo. El *Libro* se tradujo al italiano, castellano, francés, holandés, alemán e inglés.

En el Atlántico, en el siglo XII se elaboró un texto que recogía el derecho consuetudinario del norte del Atlántico, conocido como *Rooles d'Oleron*, en alusión a las decisiones de los jueces de la isla de Oleron, en la re-

² Coronas González, Santos M., *Manual de historia del derecho español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 347 y 348.

³ Se puede consultar su texto en castellano en la edición de la Aseguradora Mexicana, México, 1983.

⁴ Iglesia Ferreirós, Aquilino, *La creación del derecho, manual. Una historia de la formación de un derecho estatal español*, 2a. ed., Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, t. II, p. 231.

gión francesa de Burdeos, centro de una amplia actividad naval. El texto está compuesto por 24 capítulos redactados en gascón, y trata materias como armamentos, fletes, marinería y pilotaje. Tuvo una amplia difusión en Francia, Holanda e Inglaterra. En España se elaboró una versión castellana en el siglo XIII con el nombre de *Fuero de Layrón*.

Este conjunto de usos, costumbres, leyes y juicios de la tradición naval mercantil integraron el *ius mercatorum*, como respuesta jurídica medieval a las necesidades del tráfico comercial.

Los comerciantes se asociaban en grandes corporaciones profesionales que recibían el nombre de *consulados*, y cuya misión consistía en la defensa y protección de los intereses económicos de sus miembros. Además, los consulados eran tribunales especiales para resolver los litigios mercantiles que surgieran entre sus integrantes. Los jueces o cónsules se elegían anualmente entre dos o tres de ellos. No intervenían juristas ni jueces profesionales, sino mercaderes conocedores del tráfico mercantil y sus problemas y costumbres. Los litigios se resolvían con base en el *usus mercatorum* y en las normas escritas privativas de cada consulado.⁵

En cuanto a la doctrina mercantil, fue en el siglo XVI cuando los juristas profesionales dedicaron mayor atención a los problemas mercantiles. Los juristas del *mos italicus* que escribieron sobre derecho mercantil fueron Benvenuto Stracca, Segismundo Scaccia, Ansaldo de Ansaldis, Casaregui, Carlos Targa y Francesco Rocco. En España, Juan de Hevia Bolaños, autor de la *Curia Philippica* en el siglo XVII, Joseph de Veitia Linaje y Francisco Salgado de Somoza, entre otros.

II. EL COMERCIO HISPANO-INDIANO Y SU RÉGIMEN JURÍDICO

La empresa colombina se proyecta desde sus inicios como una empresa comercial en busca de una nueva ruta marítima a los países asiáticos, sujeta a las Capitulaciones de Santa Fe, del 17 de abril de 1492, que en materia comercial disponían que quedaban reservadas a los monarcas cualesquiera mercancías que se hallaran, ganaran, trocaran o compraran en las tierras que fueran descubiertas, correspondiendo a Cristóbal Colón una décima

⁵ Tomás y Valiente, Francisco, *Manual de historia del derecho español*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 352 y 353; Coronas González, Santos M., *op. cit.*, nota 2, pp. 353 y 354.

parte de los beneficios por ello obtenidos.⁶ Es decir, se establecía un monopolio de los reyes católicos en materia mercantil.⁷

Como afirman Ruiz Rivera y García Bernal, “la renuncia de los reyes católicos respecto del monopolio comercial de las Indias y el relevo de Colón de sus funciones marcaron el inicio de los viajes de descubrimiento y rescate” o viajes menores o andaluces, en donde dichos comerciantes empezaron a incluir los viajes atlánticos dentro de sus posibilidades de negocios.⁸

Con las noticias recibidas en Europa de las posibilidades económicas ofrecidas por los territorios recién descubiertos se inicia “una nueva etapa para las potencias europeas de la época, generalmente bajo el signo de la disputa y la rivalidad mutuas”,⁹ sin que esto impidiera la creación de fuertes redes comerciales y financieras que hicieron posible el comercio en y con las Indias.

La mayoría de las disposiciones sancionadoras del comercio hispano-indiano datan del siglo XVII, sin que se constituyera por ello un régimen estatal, sino de carácter privado. Así como la conquista de la América española estuvo en manos de particulares, el comercio estuvo confiado igualmente a éstos, adoptando la Corona castellana una política liberal respecto del tráfico mercantil entre conquistadores y conquistados, aunque de cualquier manera, el comercio será aún restringido.¹⁰

Cuando se produce el descubrimiento y conquista de América, la Corona de Castilla participaba de las ideas económicas del mercantilismo, cuyas bases fueron el crecimiento de una economía monetaria y capitalista y el surgimiento de los Estados nacionales,¹¹ limitándose así a reglamentar el

⁶ Ruiz Rivera, Julián B. y García Bernal, Manuela Cristina, *Cargadores a Indias*, Madrid, MAPFRE, 1992, p. 15.

⁷ *Ibidem*, p. 17.

⁸ *Ibidem*, pp. 27 y 28.

⁹ Bustos Rodríguez, Manuel, “El apoderado en el comercio de América a través de Cádiz (siglos XVII y XVIII)”, *Andalucía y América. Actas del II Congreso de Historia de Andalucía*, Córdoba, Consejería de Cultura y Medio Ambiente de la Junta de Andalucía y Obra Social y Cultural Cajasur, Departamento de Historia Moderna, Contemporánea y de América de la Universidad de Córdoba, 1994, p. 155.

¹⁰ Caballero Juárez, José Antonio, *El régimen jurídico de las armadas de la Carrera de Indias, siglos XVI y XVII*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, p. 19.

¹¹ Bitar Letayf, Marcelo, *Los economistas españoles del siglo XVIII y sus ideas sobre el comercio con las Indias*, 2a. ed., México, Instituto Mexicano de Comercio Exte-

tráfico internacional para obtener una balanza de pagos favorable, si bien en un primer momento se estableció un monopolio real, ampliado más adelante. El mercantilismo trajo consigo la dependencia de la economía novohispana respecto de la península durante la vigencia del sistema de flotas, hasta la implantación del comercio libre.¹²

Se desarrolló un derecho marítimo propiamente indiano, que representó la culminación de un derecho medieval que alcanzó su mayoría de edad al amparo del intenso y complejo tráfico comercial con los reinos de Indias.¹³

III. EL PERIODO DE LOS AUSTRIAS

Desde el primer reglamento dictado para gobierno de Cristóbal Colón se contemplan los rasgos distintivos del sistema comercial español, que controlaba y registraba a cada marinero, oficial o pasajero a las Indias, así como a las mercancías por ellos embarcadas.¹⁴ El 10 de abril de 1495 se concedió a todos los súbditos de Castilla la facultad de trasladarse a las Indias y en ellas establecerse y en su caso ejercer el comercio.¹⁵

La salida y llegada de los navíos se controlaba en un primer momento a partir de la implantación de Cádiz como puerto único, lugar en donde se establecieron controles aduanales. Una décima parte del tonelaje de cada na-

rior, 1975, p. 27. Véase también de Gortari Palacios, Hira, "El comercio novohispano a través de Veracruz", *Historia Mexicana*, México, núm. 67, enero-marzo de 1968, p. 429.

¹² Florescano, Sergio, "Política mercantilista española y sus implicaciones económicas en la Nueva España", *Historia Mexicana*, México, núm. 67, enero-marzo de 1968, pp. 456 y 457.

¹³ Vas Mingo, Marta Milagros del y Luque Talaván, Miguel, *Las leyes del mar en la época de Carlos V*, Valladolid, Instituto Interuniversitario de Estudios de Iberoamérica y Portugal, Seminario Iberoamericano de Descubrimientos y Cartografía, Universidad de Valladolid, Revista del Seminario Iberoamericano de Descubrimientos y Cartografía, Seminarios Temáticos, Fascículo V, 2000, p. 28.

¹⁴ García-Baquero González, Antonio, *La carrera de Indias: suma de la contratación y océano de negocios*, Sevilla, Algaida Editores, Sociedad Estatal para la Exposición Universal, 1992, p. 19. Si bien, en opinión de Manuel Moreyra Paz Soldán "el monopolio del comercio de América en manos de España, fue un hecho más aparente que real a partir del siglo XVII". Véase su estudio "El ilusorio monopolio comercial de flotas y galeones y la decadencia de España", *Estudios Históricos*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto Riva Agüero, 1994, p. 111.

¹⁵ Haring, Clarence H., *Comercio y navegación entre España y las Indias, en la época de los Habsburgos*, trad. de Emma Salinas, México, FCE, 1984, p. 5.

vío quedaba reservada para el uso de la Corona, libre de flete, así como una décima parte en un inicio, quinta posteriormente, de los ingresos emanados del tráfico comercial.

En 1497 se dispensó del pago de almojarifazgo, almirantazgo¹⁶ y cualquiera otro gravamen a las mercancías expedidas a las Indias, así como del pago de la alcabala en su primera venta en España, sin que se percibieran derechos aduanales por la Corona castellana en los puertos peninsulares sobre el comercio con las Indias sino hasta 1543.¹⁷

Como señalamos anteriormente, el organismo estatal que controlaba y dirigía el tráfico hispano-indiano fue la Casa de Contratación de Sevilla, creada en 1503, como “respuesta dada por los reyes católicos a la problemática planteada por el incipiente tráfico indiano”,¹⁸ escogiendo a Sevilla como sede de la misma y por ser una institución estatal se le instaló en dependencias del Alcázar real, lugar en donde se habilitaron unas casas construidas sobre un palacio musulmán.¹⁹ La Casa, fundada para lograr el monopolio absoluto de los productos provenientes de las Indias, concedía las licencias para viajar a las Indias, llevaba a cabo la inspección de las mercaderías y de las naves, regulaba la salida de los navíos, administraba la justicia civil y criminal en materia de comercio y fomentaba los estudios náuticos y geográficos, preparando y examinando a los pilotos que quisieran emprender las rutas indianas.²⁰ En materia fiscal se encargaba del cobro del

¹⁶ Este era un impuesto cobrado sobre el valor de lo que importaban o exportaban todos los buques que entraban en Sevilla y que no fueran propiedad de los vecinos de este arzobispado o del de Cádiz, pagándose un marco de plata por cada bajel menor a las cien toneladas. Se empezó a cobrar respecto de los buques que venían de las Indias en 1737, cuando se estableció el cargo de almirante general de España e Indias. Se fijaron cuotas de dos y medio pesos sobre cada quintal de fierro enviado a la Nueva España, un peso sobre cada tonelada de cada buque y diez reales sobre cada mil pesos de plata oro o frutos enviados desde las Indias por cuenta de particulares. Lerdo de Tejada, Miguel, *Comercio exterior de México desde la conquista hasta hoy*, México, impreso por Rafael Rafael, 1853, ed. facs., Banco Nacional de Comercio Exterior, 1967, p. 15. Asimismo, Cruz Barney, Óscar, *El comercio exterior de México, 1821-1928*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

¹⁷ Haring, Clarence H., *Comercio y navegación...*, cit., nota 15, p. 7.

¹⁸ Caballero Juárez, José Antonio, *El régimen jurídico...*, cit., nota 10, p. 20.

¹⁹ Pérez-Mallaina Bueno, Pablo Emilio, “Sevilla y la Carrera de Indias en el siglo XVI”, *Exposición Universal Sevilla 1992, Pabellón Temático Navegación*, Sevilla, Sociedad Estatal para la Exposición Universal Sevilla 92, 1992, p. 128.

²⁰ Borrego Pla, María del Carmen, “Maestres y pilotos de la Bahía Gaditana en la Carrera de Indias hasta 1700”, *Andalucía y América. Actas del II Congreso de Historia de Andalucía*, Córdoba, Consejería de Cultura y Medio Ambiente de la Junta de Andalu-

quinto real o impuesto que percibía el Estado español sobre las importaciones de la plata y demás metales americanos, recaudaba asimismo las rentas de los bienes propiedad de la Corona y administraba el impuesto de “avería”, mecanismo de financiación para la defensa de la Carrera de Indias.²¹

La elección de Sevilla como sede se explica dada la intención por parte de la Corona castellana de controlar las riquezas provenientes de las Indias, cobrar los impuestos a dichas introducciones y vigilar el paso y emigración a las nuevas tierras tanto de personas como de armamento y libros. Esta tarea se facilitaba en un puerto interior como Sevilla, amén de la seguridad que éste ofrecía contra ataques del exterior dada la distancia que le separaba del mar abierto. Aunado a lo anterior, en Sevilla se asentaban importantes capitales que abrían de jugar su papel en el tráfico con las Indias.²² La sede de la Casa de Contratación sería Sevilla hasta 1717, fecha en que es trasladada a Cádiz.²³

La vida de la Casa de Contratación se puede dividir, atendiendo a su residencia, en dos grandes etapas: una primera etapa sevillana y una segunda gaditana.

La “etapa sevillana” se inicia con el establecimiento en la ciudad de Sevilla de la Casa de Contratación; se fijaron las bases para un comercio hispano-indiano organizado y controlado desde la península. Fue el primer cuerpo administrativo, de carácter esencialmente comercial, para cuidar los descubrimientos americanos. Si bien el inicio del sistema administrativo de fiscalización del comercio y navegación existía desde 1493 cuando los reyes católicos designaron a Juan Rodríguez de Fonseca para que cooperara con Cristóbal Colón en su segundo viaje al continente americano. Además, en las instrucciones dadas a Colón se prohibía expresamente el transporte de mercancías con fines comerciales, ya que dicho comercio debía hacerse para los reyes, por el virrey o sus encargados. Fonseca habría de mantener en sus manos el control de todo el tráfico mercantil con las Indias, desde su nombramiento hasta la creación de la Casa de Contratación.²⁴

cía y Obra Social y Cultural Cajasur, Departamento de Historia Moderna, Contemporánea y de América de la Universidad de Córdoba, 1994, p. 131.

²¹ Martiré, Eduardo, “El marco jurídico del tráfico con las Indias españolas”, en Petit Carlos (ed.), *Del ius mercatorum al derecho mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 229 y 230. Se emitieron ordenanzas para la Casa de Contratación en 1503, 1510 y 1552.

²² García-Baquero González, Antonio, *La Carrera de Indias...*, cit., nota 14, p. 31.

²³ Montenegro Duque, Ángel, *Historia de España*, Madrid, Gredos, 1991, t. 10, p. 270.

²⁴ Haring, Clarence H., *op. cit.*, nota 15, pp. 3, 27 y 28.

Las primeras ordenanzas de la Casa se expidieron en Alcalá de Henares, el 20 de enero de 1503, con una extensión de 20 artículos.²⁵ Se nombraron, el 14 de febrero de ese año, a tres empleados a cuyo cargo estaría la nueva institución. Los empleados fueron un tesorero, doctor Sancho de Matienzo, canónigo de la catedral de Sevilla; un contador y secretario de nombre Jimeno de Briviezca, y un factor, Francisco Pinelo, genovés.²⁶

La Casa de Contratación fue el organismo rector del comercio con las Indias, así como una institución de gobierno con atribuciones de índole política, judicial, fiscal y científica.²⁷ A la Casa correspondían todas las cosas tocantes a la negociación con las Indias, actuando como oficina de aduanas, de comercio y de administración. En sus oficinas se debían almacenar, vender y contratar las mercancías y aparejos necesarios para el viaje y la contratación de las Indias, igualmente se hacía respecto de los bienes que de las tierras americanas arribaban. Los oficiales de la Casa debían estar enterados de las necesidades indianas a efectos de poder surtir los nuevos territorios.

En la Casa de Contratación se debía llevar el asiento y control de todas las operaciones que se llevaron a cabo por cuenta de la Real Hacienda, así como equipar y aprestar los navíos que debían utilizarse para el tráfico mercantil. Tocaba a la Casa la elección de los capitanes y escribanos de las expediciones comerciales, a quienes se les debía proporcionar las instrucciones acerca de la navegación y entrega de los cargamentos. Estas tareas las desempeñaban los tres funcionarios mencionados.

Desde 1509 aparecen disposiciones tendientes a asegurar que la travesía atlántica se llevara a cabo con los menores riesgos posibles, límites mínimos de tripulación y de equipo para la navegación, así como el armamento mínimo e indispensable para la defensa de las flotas en contra de ataques piratas.²⁸

Las ordenanzas de 1503 estuvieron vigentes durante siete años, hasta que en virtud de los problemas de competencia con el Cabildo y Audiencia de

²⁵ Veitia Linaje, Joseph de, *Norte de la contratación de las Indias occidentales*, Sevilla, por Juan Francisco de Blas, 1672, ed. facs., Madrid, Instituto de Estudios Fiscales del Ministerio de Hacienda, Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, 1981, Lib. I, Cap. I, núm. 1.

²⁶ Haring, Clarence H., *op. cit.*, nota 15, p. 28.

²⁷ Ots Capdequí, José María, *El Estado español en las Indias*, México, FCE, 1986, p. 63.

²⁸ Caballero Juárez, José Antonio, *op. cit.*, nota 10, p. 22.

la ciudad se promulgaron unas nuevas el 15 de junio de 1510, constando de 35 artículos, en donde se establecía que los asuntos de justicia y Hacienda se debían tratar en reuniones colegiadas. Además, se establecen los libros de asiento y registro que debía llevar la Casa, uno para asentar todos los despachos dirigidos para el gobierno de las Indias; otros dos para anotar las entradas y salidas de bienes reales y uno más para consignar los objetos almacenados para el apresto de las flotas junto con un manual para las compras de material.²⁹ Se debía también llevar copia de todas las comunicaciones oficiales que pasaran por la Casa hacia las Indias.³⁰

Igualmente, se establecen disposiciones para la preparación de expediciones y se prohíbe el viaje de los navíos particulares a las Indias sin su correspondiente registro de mercancías, examen y visita por parte de los funcionarios de la Casa de Contratación, que certificaran su capacidad y tonelaje. Se establece igualmente que no podía pasar a las Indias ninguna persona sin licencia o de las prohibidas. Se le encarga a la Casa tomar a su cargo la administración de los bienes de difuntos en Indias y se le encarga no intervenir en juicios de importancia sin la asistencia de un asesor letrado de la Casa.

Las disposiciones de la Ordenanza de 1510 fueron ampliadas y aclaradas en mayo del año siguiente (1511), mediante 17 artículos nuevos.³¹ Además, en septiembre de ese año, mediante una real provisión se le otorgó a la Casa de Contratación la plena jurisdicción civil y criminal en todo lo relacionado con el comercio y navegación con las Indias, así como con todos los procesos relativos a contratos o compañías de comercio, seguros y fletes, de acuerdo con las disposiciones del Consulado de Burgos.³² A partir de entonces sus funcionarios se llamaría *jueces de la contratación*.

La Casa de Contratación no se limitó a desempeñar únicamente funciones de organización y fiscalización, sino que cumplía también con funciones científicas y educativas consistentes en el cargo de *piloto mayor*, creado en 1508³³ con la doble misión, por una parte, de examinar a los pilotos que pretendían ejercer su oficio en la Carrera de Indias, y por otra, de elaborar las *cartas de marear* y el *Padrón Real* o mapa-modelo del nuevo mundo a

²⁹ García-Baquero González, Antonio, *La carrera de Indias...*, cit., nota 14, p. 61.

³⁰ Haring, Clarence H., *op. cit.*, nota 15, p. 38.

³¹ *Ibidem*, p. 37.

³² García-Baquero González, Antonio, *La carrera de Indias...*, cit., nota 14, p. 62.

³³ Ots Capdequí, José María, *op. cit.*, nota 27, p. 63.

partir de los planos y catas de navegación que eran elaboradas por los descubridores y navegantes.³⁴ En 1519 la parte relativa a la elaboración de mapas se le encargó al cartógrafo, quedando el piloto encargado de las cuestiones técnicas relacionadas con la navegación. En 1522 se creó la Cátedra de Arte de Navegación y Cosmografía,³⁵ con lo que se constituirá así, a decir de Haring, en la primera y más importante escuela de navegación de la Europa moderna, otorgándose el cargo de piloto mayor por primera vez a Américo Vespucci.³⁶ Otros fueron, Juan Díaz de Solís, Sebastián Caboto, Rodrigo Zamorano, autor de las obras *Compendio de la Arte de Navegar* (Imp. Alonso de la Barrera, Sevilla, 1581) y de la *Cronología y Repertorio de la Razón de los Tiempos. El mas copioso que hasta oy se ha visto* (Imp. Andrea Pescioni y Juan de León, Sevilla, 1585),³⁷ Francisco de Ruesta, Juan Cruzado de la Cruz y Francisco Antonio de Orbe.³⁸

Tenemos entonces que la Casa de Contratación desempeñaba funciones administrativas, judiciales y educativas.

En 1531 se expidieron nuevas ordenanzas para la Casa, dadas las necesidades de control del creciente tráfico mercantil y a consecuencia también de la creación del Consejo de Indias, ya como órgano independiente en 1524. Las nuevas ordenanzas constaban de 62 artículos, que incluían las de 1510, más las disposiciones posteriores. Se hace hincapié en las obligaciones de los funcionarios, sus horarios de trabajo y residencia. Se tocan también los temas referentes a la organización de las flotas, instrucciones a capitanes y maestros, visitas, registros, castigo a fraudes, etcétera.

En los años de 1534, 1536 y 1543 se emitieron disposiciones referentes al armamento de flotas, tripulaciones y abasto de las mismas. En 1539 se le concedió a la Casa la jurisdicción privativa en materia civil y criminal en todo aquello que afectara a las disposiciones que regían el tráfico hispano-indiano, así como en los delitos de derecho común cometidos a bordo de las embarcaciones.

³⁴ García-Baquero González, Antonio, *La carrera de Indias...*, cit., nota 14, p. 62.

³⁵ Comellas, José Luis, *Sevilla, Cádiz y América. El trasiego y el tráfico*, Málaga, Argual Mapfre, 1992, p. 61.

³⁶ Haring, Clarence H., *op. cit.*, nota 15, p. 44.

³⁷ Del *Compendio* hubo ediciones en 1582, 1586, 1591 y 1698. Existe una edición facsimilar de la primera edición por Librerías París-Valencia, Valencia, 1995. De la *Cronología* hubo ediciones en 1594 y 1621. Palau y Dulcet, Antonio, *Manual del librero hispano-americano*, Madrid, reimpr. de la primera ed., Julio Ollero editor, 1990, t. VII, p. 247.

³⁸ Comellas, José Luis, *op. cit.*, nota 35, p. 61.

En 1552 se elaboran nuevas ordenanzas, con una extensión de 200 artículos, y que constituyen, a decir de García-Baquero la “colección legislativa más completa que poseemos sobre la Casa para todo el siglo XVI”.³⁹ En ellas se pone especial atención en las funciones a desempeñar por los empleados de la Casa, así como en el régimen de la navegación y el comercio marítimos. Estas ordenanzas, reimpresas en 1585, serán la base del futuro libro noveno de la *Recopilación* de 1680. En este momento, la Casa de Contratación de Sevilla será el centro de la carrera de Indias,

sin cuya autorización y consentimiento nada se puede llevar ni traer de las Indias; regula y fiscaliza las condiciones de navíos y tripulaciones; que controla la emigración; que asegura la protección y defensa de las rutas que previamente han fijado sus pilotos y cosmógrafos y, en suma, que vela por el cumplimiento de todas la (*sic*) leyes y ordenanzas que rigen en este comercio.⁴⁰

Además, la Casa de Contratación desempeñaba funciones de órgano consultivo del monarca en materia hacendaria.

La consolidación de la Casa de Contratación trajo como consecuencia su crecimiento en cuanto a burocracia se refiere, pues de estar integrada originalmente por tres oficiales, pasa a contar con tres jueces oficiales, un letrado, un fiscal, un escribano, dos visitadores de naos, un piloto mayor y varios cosmógrafos, un auxiliar del tesorero, cuatro oficiales y tres escribanos del contador, un alguacil, un carcelero y un portero. En 1579 se coloca a un presidente al frente de la Casa, y en 1583 se le agrega el carácter de Audiencia, contando ya entonces con una sala de gobierno y otra de justicia. Esta organización de la Casa se mantiene hasta principios del siglo XVIII, durante el cual las reformas borbónicas habrían de modificarla sustancialmente.

La venta de oficios y cargos públicos por parte de la Corona como medio para allegarse de recursos extraordinarios llega a afectar a la Casa, pues quedaban exentos de venta únicamente los cargos que implicaban impartición de justicia (corregidor, oidores de las audiencias y chancillerías, consejeros del Consejo Real),⁴¹ en este caso, los tres oidores y el fiscal. La ven-

³⁹ García-Baquero González, Antonio, *La carrera de Indias...*, cit., nota 14, p. 64.

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ Véase Tomás y Valiente, Francisco, *Gobierno e instituciones en la España del antiguo régimen*, Madrid, Alianza Universidad, 1982, p. 163.

ta, bajo la figura de una donación graciosa por parte de la Corona a cambio de un servicio prestado por el comprador, se lleva a cabo dentro de la Casa de Contratación a través de dos mecanismos:

- a) *Las ventas a perpetuidad o por juros de heredad*. En este caso la venta otorgaba al adquirente del cargo u oficio de transmitirlo por vía hereditaria, desempeñarlo personalmente o por medio de un teniente y designar además todo el personal subalterno que requiriese, privando a la Casa del control sobre tales empleados.
- b) *Las ventas de expectativas o de sucesiones futuras*. Ésta operaba respecto de cargos que en el momento de la venta no se encontraban vacantes. Lo que se vendía era el derecho a suceder al oficial o funcionario cuando éste desocupara su función. Se crean entonces también los oficios supernumerarios.

Aunado a lo anterior, se empezaron a crear una serie de cargos hereditarios, con derecho a nombrar subordinados, adjudicados a personajes de la monarquía en recompensa por los servicios prestados.

Este acceso a los mecanismos internos de la Casa tuvo como consecuencias en primer lugar el considerable aumento de su personal que paso de dos docenas en 1552 a 110 en 1687, con el consiguiente incremento en gastos y salarios; en segundo lugar, se produce una pérdida en la seriedad y severidad de los funcionarios, así como una inobservancia peligrosa de las ordenanzas.⁴²

En 1526, el emperador Carlos V, de vuelta al régimen liberal, extendió la posibilidad de comerciar con América a los demás súbditos no castellanos, obedeciendo quizá a presiones de los banqueros extranjeros, medida derogada por su sucesor, Felipe II, en 1573, conservando el privilegio Cádiz únicamente. Carlos V ordenó también la creación de la Casa de Contratación de La Coruña para el comercio con las Molucas, ampliando en 1529 el privilegio a ciudades como Bayona, Bilbao, Laredo, Avilés, San Sebastián, Cádiz, Málaga y Cartagena.

Felipe II estructuró en 1564 el sistema de comunicaciones a través de las flotas y galeones, que permitía un mayor control estatal y la defensa de las embarcaciones de los ataques de piratas y corsarios extranjeros.⁴³ Era un paso

⁴² García-Baquero González, Antonio, *La carrera de Indias...*, cit., nota 14, pp. 66-68.

⁴³ Bernal, Beatriz, "La política comercial marítima de España en Indias," *Estudios en homenaje a Jorge Barrera Graf*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas

adelante del sistema de navegación en conserva utilizado por la Casa de Contratación desde 1526.⁴⁴

En 1537 se despachó por primera vez una armada real con el fin de proteger los cargamentos de metales preciosos provenientes de los puertos indios con destino a la península.⁴⁵

Desde 1543 las flotas salían dos veces al año desde Sevilla, una durante la primavera en el mes de abril, dirigiéndose hacia el Golfo de México, Honduras y Las Antillas, y la otra partía en agosto hacia Tierra Firme (golfo de Panamá), tocando Cartagena, Santa Marta y otros puertos del norte sudamericano. Al retorno en el mes de marzo siguiente, ambas flotas se reunían en La Habana y hacían el viaje de regreso a España. De cualquier manera, no siempre fue posible mantener la regularidad en las salidas de dichas flotas.

La flota que volvía de Tierra Firme traía consigo como cargamento la plata peruana y eran custodiados por los galeones, de quienes recibieron el nombre. La proveniente de Nueva España se denominaba simplemente “flotas”, siendo custodiados por navíos de guerra de menor potencia bélica. Cada conjunto de flotas o galeones se integraba por alrededor de 15 a 90 embarcaciones, dependiendo de las condiciones económicas y de seguridad.

Junto con Sevilla operaron dos puertos más en el tráfico hispano-indiano, que fueron Cádiz, desde 1531, y Canarias, desde 1508, como escala obligada en la travesía atlántica, bajo la supervisión este último de un agente de la Casa de Contratación de Sevilla. En América, los puertos en ese entonces habilitados para el comercio con España fueron los de Veracruz en la Nueva España (lugar de transbordo en el eje comercial Sevilla-ciudad de México durante el siglo XVII),⁴⁶ Cartagena en la Nueva Granada y Nom-

cas, 1989, t. I, p. 216. Véase también Velázquez, María del Carmen, *El estado de guerra en Nueva España, 1760-1808*, 2a. ed., México, El Colegio de México, 1997, p. 17.

⁴⁴ La navegación “en conserva” o convoy se utilizó para asegurar la navegación frente a los ataques de piratas o corsarios. Este sistema se utilizó según Esteban Mira Caballos por vez primera en 1522. Véase su trabajo “La navegación entre España y América en la primera mitad del siglo XVI: algunas precisiones”, *Revista de Historia Naval*, Madrid, año XVI, núm. 62, 1998, pp. 68 y 69.

⁴⁵ *Idem*. Véase también Castillo Mathieu, Nicolás del, “Las 18 flotas de galeones a Tierra Firme (1650-1700)”, *Anuario de Estudios Americanos*, suplemento, Sevilla, Escuela de Estudios Hispanoamericanos, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, XLVII, núm. 2, 1990.

⁴⁶ Montero, Pablo *et al.*, *Ulúa, puente intercontinental en el siglo XVII*, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, INAH, Museo Nacional de Antropología e Historia, Internacional de Contenedores Asociados de Veracruz, 1997, pp. 56-57. Véase

bre de Dios o Puerto Bello en el istmo de Panamá. En el caso de Acapulco, éste gozó de licencia para comerciar permanentemente con el Oriente a través de Manila, recibiendo la Nao de China. Cádiz pasaría en un momento dado, de ser un puerto complementario al de Sevilla, a ser la sede de la Carrera de Indias.⁴⁷

De cualquier manera, no todo el comercio hispano-indiano se realizó a través del sistema de flotas, pues se permitió ocasionalmente la partida de barcos fuera del sistema, conocidos como “navíos de registro”. Así, algunos puertos indianos pudieron comerciar directamente con España a través de los navíos de registro, sujetos a un régimen fiscal particular, caso de Caracas, Buenos Aires (que gozaba de dos navíos de registro), Maracaibo, Puerto Rico, Santo Domingo, La Habana, Matanzas, Trujillo y Campeche.⁴⁸

Las pesadas cargas fiscales que debía soportar el comerciante español y el atractivo mercado indiano provocaron la aparición de un mercado paralelo de contrabando en el que participaban tanto españoles como extranjeros, con las consiguientes pérdidas por parte del comercio formal, y constituyendo un grave problema para la seguridad y defensa de las posesiones de la Corona española,⁴⁹ en donde el sistema de flotas era incapaz de oponerse efectivamente al comercio ilícito.⁵⁰ La pena impuesta al delito de contrabando se denominaba comiso, y consistía en la pérdida o confiscación de las mercancías objeto del contrabando.⁵¹ Las mercancías que caen en comiso salen de la propiedad de aquel que cometió el delito y pasan al dominio del real fisco.

En las Indias, como mencionábamos, dadas las condiciones de la economía española, incapaz de abastecer los mercados de sus posesiones americanas por una mala o inadecuada gestión del aparato político-administrati-

igualmente Chaunu, Pierre, “Veracruz en la segunda mitad del siglo XVI y primera del XVII”, *Historia Mexicana*, México, núm. 36, abril-junio de 1960, pp. 528-531.

⁴⁷ García-Baquero González, Antonio, *La carrera de Indias...*, cit., nota 14, p. 33. También, Montenegro Duque, Ángel, *op. cit.*, nota 23, 1986-1988, p. 265.

⁴⁸ Martiré, Eduardo, *op. cit.*, nota 21, pp. 231 y 232.

⁴⁹ Cruz Barney, Óscar, *El régimen jurídico del corso marítimo: el mundo indiano y el México del siglo XIX*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, pp. 228-242.

⁵⁰ Montenegro Duque, Ángel, *op. cit.*, nota 23, p. 267.

⁵¹ Pérez y López, Antonio Xavier, *Teatro de la legislación universal de España e Indias*, Madrid, Imprenta de Don Antonio Espinoza, 1744, t. IX, p. 113.

vo español⁵² y el crecimiento de las economías de sus rivales europeos, desde el siglo XVI se presentó entre los habitantes de las posesiones españolas en América y los propios de las colonias de Inglaterra, Holanda y Francia un ilícito intercambio comercial con magnitudes tales, que las Indias se convirtieron en el principal mercado de consumo de las manufacturas de estos tres países.⁵³

Otra de las causas de este comercio ilícito lo sería la cercanía de las colonias europeas respecto de las posesiones españolas, ya que las comunicaciones entre ellas no ofrecían mayor dificultad para sus habitantes. Las cargas impositivas establecidas por la Corona española constituían un aliciente para los contrabandistas, quienes establecieron amplias redes comerciales para surtir el vasto mercado indiano.⁵⁴

Por otra parte, el aumento poblacional y el incremento en la producción manufacturera trajo como consecuencia el aumento en el consumo y la búsqueda de nuevos mercados para colocar dichos productos. El colapso del sistema de flotas y el auge del contrabando se habría de conjugar con las reformas de la casa Borbón. Así, el régimen jurídico establecido tendría que ser actualizado para intentar hacer frente a los progresos náuticos y al desarrollo del contrabando.⁵⁵

A lo largo del siglo XVIII se pusieron en práctica una serie de medidas, entre tradicionales e innovadoras para tratar de poner freno al comercio ilícito. Entre tales medidas podemos señalar los sistemas de resguardos, guardacostas reales (corsarios o de la marina real), creación de compañías comerciales privilegiadas que abastecieran el mercado indiano y prestaran servicios de vigilancia y represión del contrabando, vigilancia de las rutas de navegación, legislación encaminada a combatir el contrabando, gestiones diplomáticas, y el corso.

⁵² Sobre el tema véase Aizpurua, Ramón, *Curazao y la Costa de Caracas. Introducción al estudio del contrabando en la provincia de Venezuela en tiempos de la Compañía Guipuzcoana 1730-1780*, Caracas, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, Fuentes para la Historia Colonial de Venezuela, 1993.

⁵³ Feliciano Ramos, Héctor R., *El contrabando inglés en el Caribe y Golfo de México (1748-1778)*, Sevilla, Publicaciones de la Excma. Diputación Provincial de Sevilla, 1990, p. 9.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 11.

⁵⁵ Véase Ávila Martel, Alamiro de y Bravo Lira, Bernardino, “Nuevo régimen del comercio marítimo del siglo XVIII y su aplicación en el Pacífico Sur”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, Santiago, núm. 5, 1969, p. 136.

Inclusive, se les ordenó a los gobernadores de los puertos que se dedicaran a desarraigar de entre la población el error de no considerar pecaminosos los fraudes contra el erario.⁵⁶

Todos estos esfuerzos “...fueron insuficientes para acabar, o por lo menos, aliviar sustancialmente la crisis existente”.⁵⁷ Feliciano Ramos señala que en relación con el contrabando inglés en la primera mitad del siglo XVIII se puede clasificar en tres tipos, de acuerdo con los sujetos que realizaron la actividad: el efectuado por la Compañía del Mar del Sur; el realizado por ingleses particulares, y finalmente el realizado por súbditos, peninsulares o americanos, de la Corona española.⁵⁸ Si bien, Julio C. Guillamondegui sostiene que el principal defecto de que adolecía el sistema mercantil indiano no era la falta de protección contra el comercio ilícito extranjero, sino la misma estructura interna de la organización comercial española con respecto a los territorios indios.⁵⁹

Durante la última década del siglo XVII las salidas de las flotas con rumbo a las Indias perderán su periodicidad quedando sujetas a las circunstancias del momento, de ahí que se dieran únicamente siete salidas entre 1690 y 1699, interrumpiéndose las comunicaciones un año más tarde por la guerra de sucesión.⁶⁰

⁵⁶ *Real Orden de 15 de Septiembre de 1776 a los Gobernadores de los Puertos para que se dediquen como deben á desarraigar en sus respectivos distritos el perjudicial error de no ser pecaminosos los fraudes contra el Real Erario*, AGN, Bandos, vol. 10. exp. 3, fs. 5. Los guardas o ministros públicos que al no cumplir con su oficio como debían permitían se pasaran cosas vedadas de un lugar a otro pecaban mortalmente, quedando obligados a la restitución de los daños al rey. Véase Universidad del Convento de Santiago de la Ciudad de Pamplona, *Promptuario de la theologia moral, que ha compuesto el convento de Santiago, Univerfidad de Pamplona, del Sagrado Orden de Predicadores, figuiendo por la mayor parte las Doctrinas del M. R. P. Maestro Fr. Francifco Larraga, Prior que fue de dicho Convento, en el que fe reforman, y corrigen muchas de fus opiniones: y se ilustra con la explicacion de varias Conftituiones de N. S. S. P. Benedicto XIV*, Puebla, reimpreso en el Colegio Real de S. Ignacio de la Puebla de los Ángeles, trat. XLIV, núm. III, 1766, p. 388.

⁵⁷ Feliciano Ramos, Héctor R., *op. cit.*, nota 53, p. 23.

⁵⁸ Sobre los guardacostas en la Nueva España véase Cruz Barney, Óscar, “El régimen jurídico de los guardacostas novohispanos en la segunda mitad del siglo XVIII”, *Revista de Historia Naval*, España, año XVI, núm. 60, 1998.

⁵⁹ Guillamondegui, Julio C., “La repercusión inmediata del Reglamento de Comercio Libre de 1778. Una solicitud de creación del Consulado de Buenos Aires”, *III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Actas y Estudios*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1973, p. 985.

⁶⁰ Caballero Juárez, José Antonio, *op. cit.*, nota 10, p. 76.

IV. EL PERIODO DE LOS BORBONES

En el siglo XVIII se llevó a cabo una importante modificación del sistema de comunicaciones comerciales entre España y las Indias. La guerra de sucesión abrió las puertas del comercio indiano a Francia inundando ésta los mercados indianos de mercaderías. Con la paz de Utrecht de 1713 apareció Inglaterra en el mercado indiano con importantes concesiones comerciales en el tráfico de esclavos, lo que dio oportunidad a la introducción de mercancías de contrabando.

Con el cambio de dinastía las necesarias reformas a la Casa de Contratación se hicieron presentes y se inició lo que se conoce como su “etapa gaditana”.

El 6 de marzo de 1701 se suprimieron todos los oficios supernumerarios de la Casa, reduciendo la plantilla de la Casa al presidente, tres jueces oficiales, tres letrados, un fiscal, el alguacil mayor y el alcaide de guarda. Los seis supernumerarios existentes al momento se dejaron sin ejercicio, pero con goce de sueldo, sin aumentos y la posibilidad de acuerdo a propios méritos de acceder a los cargos tan pronto se produjera una vacante. Posteriormente, el 28 de enero de 1717, en virtud del nombramiento de José Patiño como intendente general de Marina y superintendente del reino de Sevilla, ya que se le atribuyen algunas funciones que hasta entonces habían correspondido a la Casa. Éstas fueron las de fabricación y carena de los navíos, su abastecimiento, armamento, marinería, administración de los recursos utilizados para tal fin, etcétera. Al mismo tiempo, se nombró a Patiño presidente de la Casa de Contratación.⁶¹

El 12 de mayo de 1717 se modificó la plantilla de funcionarios de la Casa, reduciéndose a un presidente, dos ministros asesores o jueces letrados, un fiscal, dos escribanos y un contador. Desaparece la Sala de Gobierno, asumiendo sus funciones el presidente-intendente de Marina, y la Sala de Justicia se reduce de tres jueces a dos.

En virtud de las disposiciones de 1717, en 1718 la Casa de Contratación se trasladó a Cádiz, en donde habría de residir hasta su posterior desaparición. Las razones para su traslado las resume Lutgardo García Fuentes en las siguientes:

- a) Las dificultades de navegación por el río Guadalquivir.
- b) El obstáculo de la barra de Sanlúcar.

⁶¹ *Ibidem*, pp. 69 y 70.

- c) La cuestión de los aranceles aduaneros y los posibles donativos de la ciudad de Cádiz para el cambio de la cabecera de las flotas.
- d) Como más importante, la aceptación del cambio por parte del Consulado de Comercio de Sevilla.⁶²

El cargo de presidente de la Casa quedaba asociado a partir de entonces con el de intendente de Marina, hasta que el 22 de octubre de 1754 se separaron nuevamente los cargos, quedando bajo la responsabilidad del intendente todo lo relacionado con el apresto de las armadas a Indias, y bajo la del presidente de la Casa la de autorizar y vigilar la carga y descarga de los navíos.

Internamente la Casa sufrió algunas reformas en 1739, 1749 y 1752 relativas al cargo del contador principal al cual se le otorgó el tratamiento de juez oficial. En 1749 se creó el cargo de veedor juez oficial con rango y sueldo similares al del contador y oidores, y en 1752 se concedió al jefe de la Depositaria de los caudales de Indias el título de Depositario Juez Oficial de la Contratación, contando así la Casa nuevamente con tres jueces oficiales, reconstituyéndose de alguna manera la Sala de Gobierno.⁶³

En materia de justicia, en 1748 y 1749 se priva a la Casa del conocimiento de las causas de los cargadores, ya que los pleitos entre comerciantes se debían resolver por el Consulado, quedándole únicamente la facultad para conocer de las causas de los marineros. En la segunda mitad del siglo XVIII, con la implantación del comercio libre se transfieren a las Aduanas una buena parte de las funciones que todavía desempeñaba la Casa, dejándole a ésta la expedición de las licencias de embarque y de patentes de navegación. En 1776 se produce una pausa en el desmantelamiento de la Casa, al nombrarse dos nuevos oidores y restituyéndole al presidente las facultades anteriores a 1760. Sin embargo, dos años después, el 12 de octubre de 1778, con el Reglamento para el comercio libre de España a Indias, los juzgados de Arribadas y los consulados de nueva creación en cada puerto habilitado habrían de asumir las funciones que correspondían a la Casa de Contratación, dejándola convertida en un organismo carente de sentido y competencias, excepto la de Juzgado de Arribadas en Cádiz por algunos años.

⁶² García Fuentes, Lutgardo, *op. cit.*, pp. 57, 58 y 65.

⁶³ García-Baquero González, Antonio, *La carrera de Indias...*, *cit.*, nota 14, p. 71.

La Casa de Contratación se suprimió mediante real decreto del 18 de julio de 1790, creándose en su lugar un Juzgado de Arribadas similar a los que estaban ya en funciones en todos los puertos habilitados para el comercio libre.⁶⁴

Se inicia con el siglo un largo proceso de reformas comerciales que arrancan con el Proyecto de galeones y flotas de 1720, que continúan con el establecimiento del comercio libre para ciertos puertos tanto peninsulares como indianos por el real decreto de 1765 y desde luego el Reglamento de Comercio Libre de 1778.

Durante el siglo XVIII hubo flotas a la Nueva España en los años de 1706 (nótese el largo intervalo corrido entre la última flota de 1699 y ésta),⁶⁵ 1708, 1711, 1712, 1715, 1717, 1720, 1723, 1725, 1729, 1732, 1735, 1739, 1757, 1760, 1765, 1768, 1772 y 1776, sin que se diera la periodicidad exigida por las Leyes de Indias. Parte del problema, además de la guerra y el temor a los ataques enemigos, fue debido, según señala Pérez-Mallaina, a

los encontrados intereses de los comerciantes propietarios de las mercancías transportadas en las flotas... y aquellos que habían de comprarlas en México...

El Consulado de Sevilla... acusaba al tráfico ilícito realizado por los comerciantes mexicanos de ser el responsable de la lentitud con que se realizaban los negocios en la feria... los mexicanos por su parte, acusaban a los flotistas de posponer la partida hasta obtener los precios que exigían por sus mercancías.

A tierra firme en los años de 1706, 1713 (si bien ésta con el carácter de navíos de guerra cargados de mercancías),⁶⁶ 1715, 1721, 1723, 1730 y

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 72 y 73.

⁶⁵ En esos años ningún convoy importante partió de Cádiz hacia América, despachándose únicamente dos expediciones cargadas de azogue con destino al puerto de Veracruz en 1701 y 1703 integradas por uno o dos barcos de guerra acompañados de otros mercantes con el objetivo de entregar en la Nueva España el mercurio necesario para la extracción de la plata y regresar con ella a la península. El retraso se debió en gran medida por la situación de guerra, ya que Cádiz había sufrido en 1702 un fuerte ataque enemigo y existía el temor de su repetición en 1704 y 1705. Véase Pérez-Mallaina Bueno, Pablo Emilio, *La política naval en el Atlántico, 1700-1715*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispano-Americanos de Sevilla, 1982, pp. 10 y 15.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 18.

1737.⁶⁷ Como se puede observar, las comunicaciones hispano-indianas se llevaron a cabo fundamentalmente a través de la Nueva España en los primeros años del siglo XVIII, fundamentalmente por la mayor seguridad que ofrecía la ruta en la situación de guerra, teniendo como único puerto de destino Veracruz, convenientemente protegido por San Juan de Ulúa.⁶⁸ En 1720 mediante el Proyecto de galeones y flotas⁶⁹ se intentó reinstaurar el sistema de tráfico comercial y regularizar el tráfico.⁷⁰ En él se establecía que el número y tonelaje de los navíos que habrían de partir a las Indias se determinaría en cada viaje según las circunstancias. Se procura restaurar el sistema de galeones y flotas, permitiendo además la salida de avisos y navíos de registro con regularidad, buscando facilitar el tráfico legal hispano-indiano.⁷¹ Igualmente, se señalaba que los azogues, bulas, el papel sellado y demás efectos de cuenta de la Real Hacienda se embarcarían en los buques de guerra hacia las Indias, y al retorno traerían el oro, la plata y demás efectos para la mencionada institución.⁷² Se pretendía promover la construcción de navíos españoles, por lo que se dispuso que todos los navíos que navegaren a las Indias, ya sea en conserva, como avisos o como registros debían ser fabricados en los astilleros de los dominios del rey, a excepción de los navíos ya adquiridos.⁷³

En cuanto a la periodicidad, se estableció que las flotas para la Nueva España salieran de Cádiz el día primero de junio, sin poder detenerse en Puerto Rico para repostar más de seis días. En Veracruz podrían estar hasta el día quince de abril, fecha en la que debían partir para La Habana, en donde tampoco podrían estar más de quince días. Los capitanes de galeones y flotas que incumplieran con este calendario sin causa justificada serían depuestos de sus empleos y se procedería contra sus personas y bienes. Las

⁶⁷ Montenegro Duque, Ángel, *op. cit.*, nota 23, p. 267.

⁶⁸ Pérez-Mallaina Bueno, Pablo Emilio, *op. cit.*, nota 65, pp. 56 y 57.

⁶⁹ *Proyecto para Galeones y Flotas del Perú y Nueva-España, y para Navíos de Registro, y Avisos que navegaren a ambos Reynos*, Impreffo en Madrid, de orden de fu Mag. por Juan de Ariztia, 1720, AGN, Bandos, vol. 1, exp. 13, fs. 283-295. De ahora en adelante citado como *Proyecto de 1720*.

⁷⁰ Véase en este sentido a Bravo Lira, Bernardino, "Notas sobre el Reglamento de Comercio Libre de 1778 y el régimen jurídico del comercio indiano", *III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Actas y Estudios*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1973, p. 1020.

⁷¹ *Proyecto de 1720, cit.*, nota 69, prefacción.

⁷² *Ibidem*, foja 3v.

⁷³ *Ibidem*, foja 4.

flotas de tierra firme saldrían igualmente de Cádiz el día primero de septiembre, no pudiendo detenerse en Cartagena más de cincuenta días, en Portobelo sesenta, al retorno en Cartagena treinta y en La Habana quince.⁷⁴

El Proyecto igualmente contempla los derechos, despachos y formación de registros para las Indias, fletes a Veracruz y Buenos Aires y otros puertos, así como de vuelta a la Península, las personas que podían embarcarse y los requisitos a cumplir para ello.

En el caso de las Islas Canarias, como ya se mencionó, gozaban con la facultad de enviar buques a las Indias; sin embargo, no podían superarse las 1,000 toneladas de arqueo anuales, no se podía visitar los puertos de Veracruz, Cartagena y Portobelo y no se podían exportar productos manufacturados ni importar metales preciosos de América, produciéndose entre 1700 y 1715, 103 viajes a las Indias.⁷⁵

V. EL RÉGIMEN DEL COMERCIO LIBRE Y SUS CONSECUENCIAS: EL REGLAMENTO Y ARANCELES REALES PARA EL COMERCIO LIBRE DE ESPAÑA Y LAS INDIAS DEL 12 DE OCTUBRE DE 1778

Las reformas intentadas con el Proyecto de 1720 resultaron insuficientes respecto a sus objetivos, si bien operaron eficazmente en lo referente a las flotas para Nueva España, en otros campos se evidenció su inoperancia. Bravo Lira afirma que así sucedió con la manutención de la regulación de los derroteros y formas de navegación, que significaban encauzar nuevamente el tráfico lícito por una sola ruta: Cádiz-Veracruz para las flotas de Nueva España o Cádiz-Portobelo para las de tierra firme.⁷⁶ El 16 de octubre de 1765 se expidió el Real Decreto suprimiendo varios derechos para facilitar el comercio en Cuba y otras islas de Barlovento, e instrucción sobre ello,⁷⁷ con el cual se introduce el comercio libre para las mencionadas

⁷⁴ *Ibidem*, foja 6.

⁷⁵ Pérez-Mallaina Bueno, Pablo Emilio, *op. cit.*, nota 65, p. 35. Para el libre comercio en Canarias véase Guimerá Ravina, Agustín, “Legislación borbónica y enclaves marítimos. La génesis del comercio libre para Canarias”, en Martínez Shaw, Carlos (ed.), *El derecho y el mar en la España moderna*, Granada, Universidad de Granada, Centre d’estudis d’historia moderna Pierre Vilar, 1995, p. 523.

⁷⁶ Bravo Lira, Bernardino, *op. cit.*, nota 70, p. 1024.

⁷⁷ *Real Decreto de 16 de octubre de 1765 suprimiendo varios derechos para facilitar el comercio en Cuba y otras islas de Barlovento, e instrucción sobre ello, Carlos III, la Ilustración en las imprentas oficiales, 1759-1788*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1988.

islas, si bien un comercio libre referido fundamentalmente a la navegación, que se autoriza dentro de la zona liberalizada.

Con el real decreto de 1765 se habilitan para el comercio con Cuba los puertos de Cádiz, Sevilla, Alicante, Cartagena, Málaga, Barcelona, Santander, la Coruña y Gijón.⁷⁸

Se liberó a las zonas de aplicación del real decreto del pago del derecho de palmeo, del de toneladas, de la imposición pagada al seminario de San Telmo, del derecho de extranjería, de los de las visitas y reconocimientos de carenas, habilitaciones y licencias de navegación. Se autoriza pues una libertad de navegación cómo, cuándo y al puerto que a cada quien conviniere y se acentúan la desgravación y simplificación administrativa iniciadas por el *Proyecto de 1720*, intentando terminar con el aislamiento económico de una zona que por su tamaño no atraía suficientemente al comercio establecido.⁷⁹

El sistema de flotas fue abandonado en 1778 al adoptarse el sistema del comercio libre mediante el Reglamento y aranceles reales para el comercio libre de España y las Indias del 12 de octubre de ese año⁸⁰ y la Pragmática de libertad de comercio de misma fecha. Se pensaba que el cambio de sistema serviría para mejorar el aprovechamiento del comercio con los reinos americanos. El *Reglamento de 1778* “condensa y simboliza el espíritu reformista en el campo de la economía”.⁸¹

El cambio consistía en habilitar más puertos españoles para el comercio con América, los puertos habilitados eran desde 1765: Cádiz, Santander, Gijón, La Coruña, Sevilla, Málaga, Cartagena, Alicante y Barcelona,⁸² su-

⁷⁸ *Ibidem*, artículo II.

⁷⁹ Bravo Lira, Bernardino, *op. cit.*, nota 70, p. 1028.

⁸⁰ *Reglamento y aranceles reales para el comercio libre de España y las Indias de 12 de octubre de 1778*, Madrid, Imprenta de Pedro Marín, 1778, AGN, Bandos, vol. X, exp. 61, fs. 414-555. Se citará como *Reglamento de 1778*. Fue publicado también por Antonio Xavier Pérez y López en su *Teatro*. Existe una edición facsimilar contenida en la obra *Carlos III, la Ilustración en las imprentas oficiales, 1759-1788*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1988 y una edición en transcripción bajo el cuidado de D. Bibiano Torres Ramírez y D. Javier Ortiz de la Tabla, publicada por la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Sevilla, la Escuela de Estudios Hispano-Americanos y el C. S. I. C. en 1978.

⁸¹ Langue, Frédérique, “Hombres e ideas de la ilustración en dos ciudades consulares: Caracas y Veracruz”, *Historia Mexicana*, México, núm. 179, enero-marzo, 1996, p. 469.

⁸² *Real Decreto en que S. M. ha resuelto ampliar la concesión del comercio libre, contenida en Decreto de 16 de octubre de 1765. Instrucción de la misma fecha, y demás*

mándose con el *Reglamento* los de Alfaques de Tortosa, Santa Cruz de Tenerife y Palma de Mayorca en España. Los puertos americanos para el comercio directo en 1765 fueron Santiago Cuba, Santo Domingo, Puerto Rico, Margarita y Trinidad.⁸³ Con el Reglamento de 1778 se añadieron Monte Christi en la Isla Española, Batabanó y La Habana; Campeche, el golfo de Santo Tomás de Castilla y el puerto de Omoa en el Reino de Guatemala; Cartagena, Santa Marta, Río de la Hacha, Portobelo, Chagre en el de Santa Fe y Tierra Firme (exceptuando los de Venezuela, Cumaná, Guayana y Maracaibo concedidos a la Compañía de Caracas sin privilegio exclusivo), Montevideo y Buenos-Ayres en el Río de la Plata; Valparaíso, y la Concepción en el Reino de Chile, y los de Arica, Callao y Guayaquil en el Reino del Perú y costas de la Mar del Sur.⁸⁴ Se crea así, un área para el intercambio comercial sujeta a una regulación jurídica uniforme, con especial atención al intercambio recíproco dentro del área indiana.

Anteriormente se había instaurado el sistema de avisos en 1764, que consistía en un sistema regular de correos entre España e Indias, autorizados para el transporte de mercaderías, sucesivamente se fueron adoptando diversas medidas liberalizadoras del comercio que fueron reunidas en el mencionado *Reglamento de 1778*.⁸⁵

Del antiguo sistema se mantuvo la exigencia de que fueran españoles los titulares del tráfico comercial y española o naturalizada española las dos terceras partes de la tripulación, lo que se debía hacer constar ante los jueces de Indias en los respectivos puertos habilitados.⁸⁶ Además, se buscó fomentar la construcción de embarcaciones para el comercio atlántico,⁸⁷ haciendo una rebaja de una tercera parte de los derechos adeudados en el

resoluciones posteriores, que solo comprendieron las Islas de Barlovento, y provincias de Campeche, Santa Marta, y Río del Hacha, incluyendo ahora la de Buenos-Ayres, con internación por ella à las demás de la América Meridional, y extensión à los Puertos Habilitados en las Costas de Chile, y el Perú, &c. Expedido en 2 de febrero de 1778, Madrid, por Juan de San Martín, Impresor de la Secretaría de Estado y del Despacho Universal de Indias, 1778, AGN, Bandos, vol. 10, exp. 42, fs. 308-311.

⁸³ Montenegro Duque, Ángel, *op. cit.*, nota 23, p. 267.

⁸⁴ *Reglamento de 1778*, artículos 4o. y 5o.

⁸⁵ Gortari Palacios, Hira de, *op. cit.*, nota 11, p. 430.

⁸⁶ *Reglamento de 1778*, artículos 1o. y 3o. El tercio restante podía integrarse de extranjeros católicos.

⁸⁷ Sobre el tema de la nacionalización de la flota mercante española véase Alfonso Mola, Marina, “La marina mercante colonial en la legislación borbónica (1700-1828)”, en Martínez Shaw, Carlos (ed.), *El derecho y el mar en la España moderna, cit.*, nota 75.

primer viaje a las Indias por los frutos embarcados de cuenta propia a quien fabricare navío mercante de trescientas toneladas o más.⁸⁸ El *Reglamento de 1778* concedió la exención del pago de los derechos de palmeo, tonelada, San Telmo, extranjería, visitas, reconocimientos de carenas, habilitaciones, licencias para navegar y demás gastos y formalidades establecidos en el *Proyecto de 1720*, mismo que quedó revocado para toda la nueva zona de libertad comercial, reservándose formar el correspondiente para el comercio y negociación con la Nueva España y permitir que a partir de 1779 los navíos de registro anual de azogues llevaran a Veracruz los frutos y manufacturas de España.⁸⁹ Una de las innovaciones del Reglamento fue la introducción de dos aranceles, uno para los géneros registrados para las Indias y otro para los enviados a España.

La posterior declaración de guerra con la Gran Bretaña retrasó la expansión del Comercio Libre a los puertos habilitados y la incorporación de la Nueva España en el nuevo régimen comercial. De hecho, la reglamentación para la libertad de comercio con el virreinato novohispano nunca llegó a elaborarse.⁹⁰ No fue sino hasta la expedición del Real Decreto del 28 de febrero de 1789, más otro de 10 de julio,⁹¹ que se amplió la libertad comercial a Nueva España y Caracas.

⁸⁸ *Reglamento de 1778*, artículos 3o. y 33.

⁸⁹ *Ibidem*, artículo 6o.

⁹⁰ Ortiz de la Tabla Ducasse, Javier, *Comercio exterior de Veracruz 1778-1821 crisis de dependencia*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispanoamericanos de Sevilla, C. S. I. C., 1978, pp. 7 y 8.

⁹¹ Muro, Luis, “Revillagigedo y el comercio libre (1791-1792)”, *Extremos de México. Homenaje a don Daniel Cosío Villegas*, México, El Colegio de México, 1971, p. 299.

Un análisis de la opinión del comercio de la Ciudad de México respecto al libre comercio en Suárez Argüello, Clara Elena, “El parecer de la élite de comerciantes del Consulado de la ciudad de México ante la operación del libre comercio (1791-1793)”, en Hausberger, Bernd y Antonio Ibarra (eds.), *Comercio y poder en América colonial. Los consulados de comerciantes, siglos XVII-XIX*, Madrid, Vervuert, Instituto Mora, Iberoamericana, 2003. El Libre Comercio se implantó en Perú hasta 1784. Véase Mazzeo, Cristina, “El Consulado de Lima y la política comercial española frente a las coyunturas de cambio de fines del periodo colonial (1806-1821)”, en Hausberger, Bernd y Antonio Ibarra (eds.), *Comercio y poder en América colonial. Los consulados de comerciantes, siglos XVII-XIX*, Madrid, Vervuert, Instituto Mora, Iberoamericana, 2003, p. 200.

Real Decreto de 18 de Febrero de 1789, en Pérez y López, Antonio Xavier, *Teatro de la Legislación Universal de España e Indias*, Madrid, en la Oficina de Don Gerónimo Ortega y Herederos de Ibarra, 1794, t. VII. El Real Decreto estableció que: “El comercio de frutos y manufacturas nacionales para Nueva-España y Caracas, por ahora y hasta nueva providencia sea libre, y puedan embarcarse géneros extranjeros de lícito co-

Como señala Bravo Lira, “el comercio libre y protegido de 1778 confiere a la legislación mercantil un sentido unificador y atribuye al comercio un carácter de factor de complementación económica”.⁹²

En 1779 se liberalizó el tráfico negrero y en 1797 mediante Real Orden de 18 de noviembre se autorizó a los americanos el llamado comercio neutral.⁹³

Finalmente, con la Constitución de Bayona de 1809, que si bien no tuvo aplicación, se decretó la igualdad de los habitantes de ambos hemisferios, así como la libertad de industria y comercio, sin que los intereses de Sevilla y Cádiz a través de la Junta Suprema de Gobierno de España e Indias y su sucesora la Junta de Regencia pudieran dar marcha atrás a esta nueva realidad.⁹⁴

VI. LA JURISDICCIÓN MERCANTIL, LOS CONSULADOS DE COMERCIO Y EL ARBITRAJE COMERCIAL

Las asociaciones de comerciantes para promoción del comercio y defensa de sus agremiados o consulados se integraban por los mercaderes residentes que llenaban los requisitos de edad, propiedades y ocupación.⁹⁵ Los consulados obedecieron a la necesidad de una administración de justi-

mercio hasta la tercera parte del valor total de cada cargamento. Asimismo se concede, á beneficio de las fábricas nacionales, y para promover la salida de sus manufacturas, que la embarcación que complete su carga de frutos y géneros Españoles, disfrute de alivio de la rebaxa de un 10 por 100 de los derechos que adeuden las manufacturas nacionales á la salida de España, y otro tanto en el de almozarifazgo á su introducción en América, sin perjuicio de las mayores gracias que estan concedidas al comercio de Islas y de los Puertos menores. Si se dudare si dichos géneros son ó no nacionales, ss esté á lo que declaren expertos, según se previene en las Cédulas de Contrabando, con sujeción á las penas que en ellas se imponen: y si por dichos reconocimientos no se lograre aclarar la duda, se traten como géneros extranjeros para la extracción de derechos”.

⁹² Bravo Lira, Bernardino, *op. cit.*, nota 70, p. 1031.

⁹³ Véase Souto Mantecón, Matilde, “El Consulado de Veracruz ante el comercio extranjero: 1799-1819”, en Meyer Cosío, Rosa María (coord.), *Identidad y prácticas de los grupos de poder en México, siglos XVII-XIX*, México, Instituto Nacional de Antropología e Historia, 1999, colección científica, serie historia, p.125. Sobre el tema a Muñoz Pérez, José, “El comercio de Indias bajo los Austrias y los tratadistas españoles del siglo XVII”, *Revista de Indias*, núm. 68, año XVII, abril-junio de 1957.

⁹⁴ Martiré, Eduardo, *op. cit.*, nota 21, p. 234.

⁹⁵ Smith, Robert, “Los consulados de comerciantes en Nueva España”, *Los consulados de comerciantes en Nueva España*, México, Instituto Mexicano de Comercio Exterior, 1976, p. 15.

cia especializada en cuestiones mercantiles.⁹⁶ En este sentido, actuaban como tribunales especiales para resolver los litigios mercantiles surgidos entre sus integrantes, gracias a que en 1494 los reyes católicos dieron en Burgos una pragmática por virtud de la cual se separó la jurisdicción mercantil de la jurisdicción ordinaria, permitiendo así esta actuación de los consulados como tribunales de comercio. Sostienen Vas Mingo y Luque Talaván que “la autonomía de la jurisdicción mercantil de la ordinaria supuso un gran paso en la estabilización del comercio castellano desde el punto de vista jurídico, además de sentar las bases necesarias para hacer frente al monumental comercio indiano...”⁹⁷

Derecho mercantil y jurisdicción mercantil están unidos en su origen y desarrollo.⁹⁸ El derecho mercantil será por definición de carácter internacional, uniforme y con una jurisdicción particular: los tribunales mercantiles, como función propia de los consulados de comercio. Por el hecho de ser miembro de un consulado, el individuo quedaba sujeto al juicio del mismo.⁹⁹

Los jueces o cónsules y el prior se elegían de dos o tres de sus miembros de manera anual. El arbitraje va a adquirir una especial relevancia en la solución de las controversias mercantiles, dada la necesidad de contar con resoluciones expeditas.¹⁰⁰ No intervenían juristas ni jueces profesionales, sino mercaderes conocedores del tráfico mercantil y sus problemas y costumbres. Los litigios se resolvían con base en el *usus mercatorum* y en las normas escritas privativas de cada consulado.¹⁰¹

⁹⁶ Noejovich Ch., Héctor, “La institución consular y el derecho comercial: conceptos, evolución y pervivencias”, en Hausberger, Bernd y Antonio Ibarra (eds.), *Comercio y poder en América colonial. Los consulados de comerciantes, siglos XVII-XIX*, Madrid, Vervuert, Instituto Mora, Iberoamericana, 2003, p. 25.

⁹⁷ Vas Mingo, Marta Milagros del y Luque Talaván, Miguel, *op. cit.*, nota 13, pp. 28, 119 y 120.

⁹⁸ Sobre el tema de la jurisdicción mercantil véase Cruz Barney, Óscar, *La jurisdicción mercantil en México: de los consulados mercantiles al Código de Comercio de 1889*, tesis de grado, México, Universidad Panamericana, Facultad de Derecho, 2005.

⁹⁹ Szramkiewicz, Romuald, *Histoire du droit des affaires*, Paris, Montchrestien, 1989, p. 60.

¹⁰⁰ Vas Mingo, Marta Milagros del, “Los consulados en el tráfico indiano”, en Andrés-Gallego, José Andrés (cord.), *Colección proyectos históricos Tavera (I), nuevas aportaciones a la historia jurídica de Iberoamérica* (cd rom), Madrid, Fundación Histórica Tavera, 2000, p. 11.

¹⁰¹ Tomás y Valiente, Francisco, *Manual de historia...*, *op. cit.*, nota 4, pp. 352 y 353; Coronas González, Santos M., *Manual de historia...*, *op. cit.*, nota 5, pp. 353 y 354.

En el periodo que corre de 1821 a 1841 se presenta, como en el resto del sistema jurídico mexicano, un proceso de transición del derecho indiano al derecho nacional, con una clara supervivencia del primero, que nutre y da vida al segundo. Se sustituye no solamente el orden jurídico, sino también la forma de administrar justicia.¹⁰²

La nueva generación de consulados respondía a la prosperidad comercial alcanzada por los puertos indianos en el siglo XVIII¹⁰³ y habrían de desempeñar un papel de sociedad económica, con una clara influencia del pensamiento ilustrado, desempeñando funciones no solamente de tribunal mercantil, sino de fomento a la agricultura y al comercio.¹⁰⁴ Se pensaba en ellos como herramientas para fomentar la actividad económica.¹⁰⁵

Bajo el modelo de las Ordenanzas del Consulado de Bilbao de 1737¹⁰⁶ se crearon los consulados de Manila, Caracas, Guatemala, Buenos Aires, Cartagena de Indias, Chile, Guadalajara y Veracruz,¹⁰⁷ todos nacidos bajo un mismo modelo iniciado con el de Caracas del 3 de junio de 1793 y que concluye con el de Cartagena de Indias del 14 de junio de 1795. Las reales cédulas de erección de los consulados conforman por su contenido y por su

¹⁰² Para el tema de la transición jurídica véase Cruz Barney, Óscar, *Historia del derecho en México*, México, Oxford University Press, 2002, p. 510.

¹⁰³ Sobre el tema del impacto económico de la liberalización comercial introducida por el Reglamento de 1778 véase Fisher, John R., “El comercio y el ocaso imperial: el comercio español con Hispanoamérica, 1797-1820”, en Vila Vilar, Enriqueta y Kuethe, Allan J. (eds.), *Relaciones de poder y comercio colonial*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispanoamericanos, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Texas-Tech University, 1999.

¹⁰⁴ Langue, Frédéricque, “Hombres e ideas...”, *cit.*, nota 81, pp. 470 y 483. Véase asimismo Cruz Barney, Óscar, “Notas sobre la libertad de comercio y la creación de los consulados de comercio indianos en la segunda mitad del siglo XVIII”, *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 30, 2000.

¹⁰⁵ Parrón Salas, Carmen, *De las reformas borbónicas a la república: el Consulado y el comercio marítimo de Lima, 1778-1821*, Murcia, Imprenta de la Academia General del Aire, 1995, p. 14.

¹⁰⁶ Vas Mingo, Marta Milagros del, “Los consulados en el tráfico indiano...”, *cit.*, nota 100, p. 14.

¹⁰⁷ Por real cédula del 22 de junio de 1773 se prevenía que en los pueblos en donde no existiera un consulado pero si hubiera comerciantes, el corregidor o el alcalde mayor debían elegir junto con el ayuntamiento a un comerciante de por mayor y a otro de por menor para que formaran cada uno una lista de comerciantes de su clase. Véase Pérez y López, Antonio Xavier, *Teatro de la Legislación Universal de España e Indias*, Madrid, en la Oficina de Don Gerónimo Ortega y Herederos de Ibarra, t. VIII, p. 337.

régimen de supletoriedad un cuerpo jurídico uniforme de derecho mercantil para los consulados americanos. Estos consulados tienen la peculiaridad de estar integrados no solamente por comerciantes, sino también por hacendados, agricultores y navieros. Estos nuevos consulados manifiestan una importante intervención real en su creación y funcionamiento.¹⁰⁸

Una vez consumada la independencia de México, las Ordenanzas de Bilbao¹⁰⁹ conjuntamente con las de Veracruz, México y Guadalajara se constituyeron en el cuerpo de leyes de comercio que rigió al país,¹¹⁰ con excepción de lo relacionado con la organización de los consulados, pues éstos fueron suprimidos por decreto del 16 de octubre de 1824,¹¹¹ al ser “creencia general que los tribunales consulares debían ser suprimidos por tener el carácter de tribunales especiales” frente a la justicia ordinaria.¹¹²

¹⁰⁸ Figueroa, María Angélica, “El Tribunal del Consulado de Chile y la política de fomento de los Borbones”, *V Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano*, Quito, núm. VI, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1980, p. 189.

¹⁰⁹ Que habían sido mandadas observar en México por órdenes de 22 de febrero de 1796 y 27 de abril de 1801. A las Ordenanzas de Bilbao hay que añadir el Código de Comercio español de 1829 y el Código de Comercio francés, cuyas disposiciones se utilizaron para llenar algunas lagunas del derecho mexicano. Véase *Febrero Mejicano ó sea La Librería de Jueces, Abogados y Escribanos que refundida, ordenada bajo nuevo método, adicionada con varios tratados y con el Título de Febrero Novísimo, dió a luz D. Eugenio de Tapia, nuevamente adicionada Con otros diversos tratados, y las disposiciones del Derecho de Indias y del Patrio, por el Lic. Anastacio de la Pascua*, Méjico, Imprenta de Galván á cargo de Mariano Arévalo, 1834, t. IV, p. 4.

¹¹⁰ El Reglamento Político Provisional del Imperio Mexicano del 18 de diciembre de 1822, disponía en su artículo 58 que mientras subsistieran los consulados, únicamente podrían ejercer el oficio de jueces conciliadores en asuntos mercantiles, pudiendo ejercer el de árbitros por convenio de las partes. Su texto, en Carbonell, Miguel, Cruz Barney, Óscar y Pérez Portilla, Karla, *Constituciones históricas de México*, 2a. ed., México, Porrúa, 2004.

¹¹¹ Desapareciendo los consulados de Veracruz, Guadalajara y Puebla en ese año poco tiempo después y el de México hasta 1827. Sobre el Consulado de Puebla véase Cruz Barney, Óscar, “El Nacional Tribunal del Consulado de Comercio de Puebla: 1821-1824”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, t. XVII, 2005, y del mismo autor “El Tribunal de Alzadas del Nacional Consulado de Puebla”, *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 34, 2004.

¹¹² Aunque como bien señala Manuel Cervantes Rendón, “No es ésta sin embargo, la verdadera concepción del tribunal especial prohibido por las constituciones de los pueblos libres: sino el tribunal *ad hoc*, el especialmente establecido para juzgar de caso determinado”. Véase su estudio *El derecho mercantil terrestre de la Nueva España*, México, A. Mijares y Hno., 1930, p. 51.

En 1824 se dispuso que los pleitos que se suscitaran en territorios federales en materia mercantil se terminarían por los alcaldes o jueces de letras en sus respectivos casos, asociados con dos colegas que escogerían entre cuatro propuestos por las partes, arreglándose según las leyes vigentes en la materia.

El decreto de 1824 hizo mención a los territorios federales,

porque entonces solo ellos estaban, en su administración interior, bajo la inspección del Supremo Gobierno general; pero habiéndose sujetado á la jurisdicción del mismo en el dec. de 18 de noviembre de 1824 la ciudad de Méjico y demas pueblos del Distrito federal, y declarándose después que no debia conocer el Consulado de Méjico de las causas del Distrito,¹¹³ se extendió también á aquella y estos por paridad de razón, lo prevenido en la citada ley.¹¹⁴

Aparentemente la expresión “terminarán” utilizada en el decreto de 1824 dio lugar a cuestionarse si el juez debía asociarse con los colegas únicamente para dictar sentencia o bien desde el inicio del juicio para los trámites propios de la sustanciación del procedimiento. La segunda opción se señala como correcta en el Febrero Mejicano, ya que

no manifestándose claramente el ánimo del legislador, debe el juez acompañarse para mayor seguridad, desde el principio, porque obrando de esta manera, si aquel quiso que así se practicase, se obsequia su determinación, cuya inobservancia induciría nulidad; y si solo exigió el nombramiento de los colegas para la sentencia, y estos intervinieron también en la sustanciación, no se viciará ciertamente el proceso con este procedimiento, de que se hizo por cautela: pues como dice la regla: *Utile per inutile non debet vitari*.¹¹⁵

Además, tal como se señala en el Febrero Mejicano citado, existe el antecedente de la real cédula del 11 de marzo de 1740, que prescribe la concu-

¹¹³ Decreto del 24 de mayo de 1826, 1er. Congreso Constitucional. Véase Brito, José, *Índice alfabético razonado de las leyes, decretos, reglamentos, ordenes y circulares que se han expedido desde el año de 1821 hasta el de 1869*, México, Imprenta del Gobierno, en Palacio, 1872, t. I, p. 487.

¹¹⁴ *Febrero Mejicano, cit.*, nota 109, t. IV, pp. 240 y 241.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 241.

rrencia de mercaderes adjuntos a la determinación de cualquiera providencia interlocutoria o definitiva, aunque el punto fuera de puro derecho.¹¹⁶

Señala Manuel Cervantes Rendón que algunos estados de la República conservaron provisionalmente la jurisdicción consular, o bien su estilo. En el Estado de México, por decreto del Congreso local del 11 de noviembre de 1824, se estableció que en tanto se tomaba la decisión definitiva que fuera conveniente, continuaba el Tribunal del Consulado en el ejercicio de sus funciones. Tiempo después, el 19 de enero de 1827, se decretó su extinción y que los negocios por él conocidos lo serían por los jueces ordinarios.¹¹⁷

En Oaxaca, por decreto del 12 de marzo de 1825, se dispuso que:

No debiendo subsistir los tribunales de consulado y minería, deben conocer de los pleitos pertenecientes a uno y a otro ramo los jueces de la 1a instancia en su respectivo partido. En consecuencia, las demandas de mercaderes en materia mercantil, se substanciarán y determinarán al estilo consular proponiendo las partes dos colegas mercaderes, de los cuales nombrará una el actor de que los que proponga el reo, y otro el reo de los que proponga el actor.¹¹⁸

En cuanto al procedimiento que debía seguirse ante los alcaldes o jueces de letras mencionados y sus dos colegas, este debía determinarse conforme a las leyes vigentes de la materia, siendo estas las *Ordenanzas de Bilbao*. El procedimiento se llevaba conforme a las Reales Cédulas de Erección de los Consulados de Veracruz y Guadalajara,¹¹⁹ si bien con ciertos ajustes y adecuaciones al sistema constitucional.¹²⁰

¹¹⁶ Bentura Beleña, Eusebio, *Recopilación Sumaria de todos los autos acordados de la Real Audiencia y Sala del Crimen de esta Nueva España*, por el doctor..., impresa en México por Felipe de Zúñiga y Ontiveros, México, núm. CCXXI, 1797, p. 149, tercer folio.

¹¹⁷ Ambos decretos en *Colección de Decretos del Congreso Constituyente del Estado Libre y Soberano de México*, Toluca, Imprenta de J. Quijano, 1848, t. I. Se pueden consultar también en Téllez, Mario y Piña, Hiram, *Colección de Decretos del Congreso del Estado de México, 1824-1910*, México, (Cd Rom), LIV Legislatura, Instituto de Estudios Legislativos, El Colegio Mexiquense, Universidad Autónoma del Estado de México, s/f. En este sentido, véase Macedo Jaimes, Graciela, *Elementos de historia del derecho mexicano*, 3a. ed., Universidad Autónoma del Estado de México, Facultad de Derecho, 2000, p.109.

¹¹⁸ Según cita de Manuel Cervantes Rendón, *op. cit.*, nota 112, p. 52.

¹¹⁹ Que estudiamos en nuestro trabajo *El régimen jurídico de los Consulados de Comercio indianos: 1784-1795*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

¹²⁰ En particular, el artículo 155 de la Constitución Federal de 1824, el artículo 1o., capítulos 3, 9, 10 y 11 de la ley del 9 de octubre de 1812 y el artículo 2o. de la del 18 de mayo de 1821.

Ésa fue la práctica observada hasta el 15 de noviembre de 1841 en pleno sistema centralista y bajo la vigencia de las Siete Leyes Constitucionales de 1836.¹²¹

Antonio López de Santa Anna, presidente provisional de la República mexicana, en uso de facultades extraordinarias, expidió el Decreto de Organización de las Juntas de Fomento y Tribunales Mercantiles¹²² que fue complementado por el Decreto de Primero de Julio de 1842,¹²³ que reformó la organización de dichos tribunales para facilitar el despacho de los asuntos relativos a los negocios mercantiles. A partir de ese momento, tocaba a cada tribunal de comercio conocer en el lugar de su residencia, de todos los pleitos que en él se suscitaban sobre negocios mercantiles, y siempre que el interés en litigio excediera de cien pesos. En el caso de las demandas que no pasaban de esa cantidad, seguían conociendo los alcaldes y jueces de paz respectivos.¹²⁴

Señala Pablo Macedo que los tribunales mercantiles subsistieron conforme al Código Lares¹²⁵ y funcionaron hasta el triunfo de la revolución de Ayutla, debiéndose al de México la fundación en 1845 “de la única Escuela de Comercio que entre nosotros haya existido...”, ubicada en el número 5 de la calle del Ángel.¹²⁶

¹²¹ Su texto en Carbonell, Miguel, Cruz Barney, Óscar y Pérez Portilla, Karla, *Constituciones Históricas de México*, 2a. ed., México, Porrúa, 2004.

¹²² Véase *Nuevo Febrero Mexicano. Obra completa de jurisprudencia teórico-práctica, dividida en cuatro tomos: en el primero y segundo se trata de la parte teórica; en el tercero de las sustanciaciones de todos los juicios y de todos los tribunales establecidos en la República; y en el cuarto del derecho administrativo*, México, Publicada por Mariano Galván Rivera, Impreso por Santiago Pérez, 1851, t. II, p. 506; asimismo en Dublan, Manuel y Lozano, José María, *Legislación Mexicana ó colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la independencia de la República*, México, Imprenta del Comercio a cargo de Dublan y Lozano, Hijos, 1876, t. IV, núm. 2221. Citaremos como *Decreto de Organización*.

¹²³ Su texto en Dublan, Manuel y Lozano, José María, *op. cit.*, nota 122, t. IV, núm. 2353. Puede leerse asimismo en Martínez, Víctor José, *Tratado filosófico-legal sobre letras de cambio*, México, 1872, t. III, pp. 399-404.

¹²⁴ *Decreto de Organización*, artículo 33. Además, una vez que se instalaron los tribunales de comercio, cesaron todos los demás en el conocimiento de los negocios mercantiles, debiendo turnarlos al de comercio para su sustanciación y determinación.

¹²⁵ Sobre este Código y la codificación mercantil posterior véase nuestro trabajo *Historia del derecho en México*, México, Oxford University Press, 2002, pp. 583-588.

¹²⁶ Macedo, Pablo, “La evolución mercantil”, *La evolución mercantil; comunicaciones y obras públicas; la Hacienda pública. Tres monografías que dan una idea de una*

Los tribunales mercantiles se arreglaron en la decisión de los negocios de su competencia a las Ordenanzas de Bilbao en lo que no estuviesen derogadas, mientras se formaba el *Código de Comercio* de la República.¹²⁷

VII. CONCLUSIÓN

La jurisdicción mercantil y por ende el derecho mercantil, son un claro ejemplo de supervivencia del derecho hispano-indiano en México. No solamente sobreviven las Ordenanzas de Bilbao, sino también disposiciones de las Reales Cédulas de Erección de los consulados de Veracruz y Guadalajara, así como disposiciones sobre organización judicial, caso del Reglamento de las audiencias y juzgados de primera instancia del 9 de octubre de 1812.

Característica fundamental de un consulado fue precisamente la existencia de un tribunal propio, especializado e independiente, capacitado ya sea a través del arbitraje o mediante el procedimiento mercantil correspondiente, para decidir las cuestiones planteadas ante él por los miembros de la comunidad mercantil.

A partir de 1494, con el nacimiento del Consulado de Burgos, las resoluciones dictadas por el prior y cónsules contaban con las características del arbitraje aunado a una innegable fuerza ejecutiva. A partir de ese momento se puede resolver una controversia mercantil ante un consulado ya sea mediante el arbitraje o el procedimiento consular.

parte de la evolución económica de México, México, J. Ballezá y Cía., Sucesores, Editores, 1905, p. 77.

¹²⁷ Vigencia de las Ordenanzas de Bilbao, que pese a la extinción de los citados tribunales mercantiles fue confirmada por los artículos 45 y 77 de la llamada Ley Juárez o Ley de Administración de Justicia y Orgánica de los Tribunales de la Federación del 22 de noviembre de 1855. Véase Mercado, Florentino, *Libro de los Códigos, ó prenociones sintéticas de codificación romana, canónica, española y mexicana, por...*, México, Imprenta de Vicente G. Torres, 1857, p. 567. (De esta obra existe una edición facsímil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal). Se puede consultar en Fairén Guillén, Víctor y Soberanes Fernández, José Luis, *La administración de justicia en México en el siglo XIX*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 1993, pp. 251-255. La codificación mercantil en México puede consultarse en Cruz Barney, Óscar, “La codificación del derecho mercantil. Balance y perspectivas”, *Anuario de la Cultura Jurídica Mexicana*, México, I, 2005, y en Cruz Barney, Óscar, *La codificación en México 1821-1917. Una aproximación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

El arbitraje es un antecedente directo de la jurisdicción consular por su especial relevancia en la solución de las controversias mercantiles, dada la necesidad de contar con resoluciones expeditas. No intervenían juristas ni jueces profesionales, sino mercaderes conocedores del tráfico mercantil y sus problemas y costumbres. En tal virtud, la autonomía de la jurisdicción mercantil de la ordinaria supuso un gran paso en la estabilización del comercio castellano desde el punto de vista jurídico, además de sentar las bases necesarias para hacer frente al monumental comercio indiano.

La continuidad y permanencia de las disposiciones y usos mercantiles del derecho indiano en el México independiente se complementan con las obras de diversos juristas cuyas *opiniones* y *pareceres* siguieron, pese a la idea y presencia del constitucionalismo, siendo aplicadas en los juicios mercantiles e invocadas en obras como la edición de 1834 del Febrero Mejicano.

Los consulados de comercio de México, Guadalajara, Veracruz y Puebla fueron instituciones que mantuvieron la jurisdicción mercantil en el México independiente y fueron eliminados por razones políticas, pese a su utilidad práctica. Con ello desaparece a decir de juristas del siglo XIX, el denominado fuero de comercio.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AIZPURUA, Ramón, *Curazao y la Costa de Caracas. Introducción al estudio del contrabando en la provincia de Venezuela en tiempos de la Compañía Guipuzcoana 1730-1780*, Caracas, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, Fuentes para la Historia Colonial de Venezuela, 1993.
- ÁVILA MARTEL, Alamiro de y BRAVO LIRA, Bernardino, “Nuevo régimen del comercio marítimo del siglo XVIII y su aplicación en el Pacífico Sur”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, Santiago, núm. 5, 1969.
- BENTURA BELEÑA, Eusebio, *Recopilación Sumaria de todos los autos acordados de la Real Audiencia y Sala del Crimen de esta Nueva España, por el doctor...*, impresa en México por Felipe de Zúñiga y Ontiveros, México, 1797.
- BERNAL, Beatriz, “La política comercial marítima de España en Indias”, *Estudios en homenaje a Jorge Barrera Graf*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989, t. I.

- BITAR LETAYF, Marcelo, *Los economistas españoles del siglo XVIII y sus ideas sobre el comercio con las Indias*, 2a. ed., México, Instituto Mexicano de Comercio Exterior, 1975.
- BORREGO PLA, María del Carmen, “Maestres y pilotos de la Bahía Gaditana en la Carrera de Indias hasta 1700”, *Andalucía y América. Actas del II Congreso de Historia de Andalucía*, Córdoba, Consejería de Cultura y Medio Ambiente de la Junta de Andalucía y Obra Social y Cultural Cajasur, Departamento de Historia Moderna, Contemporánea y de América de la Universidad de Córdoba, 1994.
- BRAVO LIRA, Bernardino, “Notas sobre el Reglamento de Comercio Libre de 1778 y el régimen jurídico del comercio indiano”, *III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Actas y Estudios*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1973.
- BRITO, José, *Índice alfabético razonado de las leyes, decretos, reglamentos, órdenes y circulares que se han expedido desde el año de 1821 hasta el de 1869*, México, Imprenta del Gobierno, en Palacio, 1872, t. I.
- BUSTOS RODRÍGUEZ, Manuel, “El apoderado en el comercio de América a través de Cádiz (siglos XVII y XVIII)”, *Andalucía y América. Actas del II Congreso de Historia de Andalucía*, Córdoba, Consejería de Cultura y Medio Ambiente de la Junta de Andalucía y Obra Social y Cultural Cajasur, Departamento de Historia Moderna, Contemporánea y de América de la Universidad de Córdoba, 1994.
- CABALLERO JUÁREZ, José Antonio, *El régimen jurídico de las armadas de la Carrera de Indias, siglos XVI y XVII*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997.
- CARBONELL, Miguel *et al.*, *Constituciones Históricas de México*, 2a. ed., México, Porrúa, 2004.
- Carlos III, la Ilustración en las imprentas oficiales, 1759-1788*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1988.
- CERVANTES RENDÓN, Manuel, *El derecho mercantil terrestre de la Nueva España*, México, A. Mijares y Hno., 1930.
- COMELLAS, José Luis, *Sevilla, Cádiz y América. El trasiego y el tráfico*, Málaga, Arguval, Mapfré, 1992.
- CORONAS GONZÁLEZ, Santos M., *Manual de historia del derecho español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

- CRUZ BARNEY, Óscar, *El comercio exterior de México, 1821-1928*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- , *El régimen jurídico de los Consulados de Comercio indianos: 1784-1795*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.
- , *El régimen jurídico del curso marítimo: el mundo indiano y el México del siglo XIX*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997.
- , *Historia del derecho en México*, 2a. ed., México, Oxford University Press, 2004.
- , *La codificación en México 1821-1917. Una aproximación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- , *La jurisdicción mercantil en México: de los consulados mercantiles al Código de Comercio de 1889*, tesis de grado, México, Universidad Panamericana, Facultad de Derecho, 2005.
- DUBLÁN, Manuel y LOZANO, José María, *Legislación Mexicana ó colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la independencia de la República*, México, Imprenta del Comercio a cargo de Dublan y Lozano, Hijos, 1876, t. IV.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor y SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *La administración de justicia en México en el siglo XIX*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 1993.
- Febrero Mejicano ó sea La Librería de Jueces, Abogados y Escribanos que refundida, ordenada bajo nuevo método, adicionada con varios tratados y con el Título de Febrero Novísimo, dió a luz D. Eugenio de Tapia, nuevamente adicionada Con otros diversos tratados, y las disposiciones del Derecho de Indias y del Patrio, por el Lic. Anastacio de la Pascua*, Méjico, Imprenta de Galván á cargo de Mariano Arévalo, 1834, t. IV.
- FELICIANO RAMOS, Héctor R., *El contrabando inglés en el Caribe y Golfo de México (1748-1778)*, Sevilla, Publicaciones de la Excma. Diputación Provincial de Sevilla, 1990.
- FIGUEROA, María Angélica, “El Tribunal del Consulado de Chile y la política de fomento de los Borbones”, *V Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Anuario histórico jurídico ecuatoriano*, Quito, núm. VI, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1980.

- FISHER, John R., “El comercio y el ocaso imperial: el comercio español con Hispanoamérica, 1797-1820”, en Vila Vilar, Enriqueta y Kuethe, Allan J. (eds.), *Relaciones de poder y comercio colonial*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispanoamericanos, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Texas-Tech University, 1999.
- GALGANO, Francesco, *Historia del derecho mercantil*, trad. de Joaquín Bisbal, Barcelona, Laia, 1981.
- GARCÍA-BAQUERO GONZÁLEZ, Antonio, *La carrera de Indias: suma de la contratación y océano de negocios*, Sevilla, Algaida Editores, Sociedad Estatal para la Exposición Universal, 1992.
- GUILLAMONDEGUI, Julio C., “La repercusión inmediata del Reglamento de Comercio Libre de 1778. Una solicitud de creación del Consulado de Buenos Aires”, *III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y Estudios*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1973.
- GUIMERÁ RAVINA, Agustín, “Legislación borbónica y enclaves marítimos. La génesis del comercio libre para Canarias”, *El derecho y el mar en la España moderna*, Martínez Shaw, Carlos (ed.), Granada, Universidad de Granada, Centre d’estudis d’historia moderna Pierre Vilar, 1995.
- HARING, Clarence H., *Comercio y navegación entre España y las Indias, en la época de los Habsburgos*, trad. de Emma Salinas, México, Fondo de Cultura Económica, 1984.
- IGLESIA FERREIRÓS, Aquilino, *La creación del derecho, manual. Una historia de la formación de un derecho estatal español*, 2a. ed., Madrid, Martial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, t. II.
- LERDO DE TEJADA, Miguel, *Comercio exterior de México desde la conquista hasta hoy*, México, impreso por Rafael Rafael, 1853, ed. facs., Banco Nacional de Comercio Exterior, 1967.
- Ley de Administración de Justicia y Orgánica de los Tribunales de la Federación* del 22 de noviembre de 1855.
- MACEDO JAIMES, Graciela, *Elementos de historia del derecho mexicano*, 3a. ed., México, Universidad Autónoma del Estado de México, Facultad de Derecho, 2000.
- MACEDO, Pablo, “La evolución mercantil”, en *La evolución mercantil; comunicaciones y obras públicas; la Hacienda pública. Tres monografías que dan una idea de una parte de la evolución económica de México*, México, J. Ballezá y Cía., Sucesores, Editores, 1905.

- MARTÍNEZ, Víctor José, *Tratado filosófico-legal sobre letras de cambio*, México, 1872, t. III.
- MARTIRÉ, Eduardo, “El marco jurídico del tráfico con las Indias españolas”, en Petit Carlos (ed.), *Del ius mercatorum al derecho mercantil*, Madrid, Marcial Pons Librero, 1997.
- MAZZEO, Cristina, “El Consulado de Lima y la política comercial española frente a las coyunturas de cambio de fines del periodo colonial (1806-1821)”, en Hausberger, Bernd e Ibarra Antonio (eds.), *Comercio y poder en América colonial. Los consulados de comerciantes, siglos XVII-XIX*, Madrid, Vervuert, Instituto Mora, Iberoamericana, 2003.
- MERCADO, Florentino, *Libro de los Códigos, ó prenociones sintéticas de codificación romana, canónica, española y mexicana, por...*, México, Imprenta de Vicente G. Torres, 1857.
- MOLA Marina, Alfonso, “La marina mercante colonial en la legislación borbónica (1700-1828)”, en Martínez Shaw, Carlos (ed.), *El derecho y el mar en la España moderna*, Granada, Universidad de Granada, Centre d’estudis d’historia moderna Pierre Vilar, 1995.
- MONTENEGRO DUQUE, Ángel, *Historia de España*, Madrid, Gredos, 1991, t. 10.
- MONTERO, Pablo *et al.*, *Ulúa, puente intercontinental en el siglo XVII*, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, INAH, Museo Nacional de Antropología e Historia, Internacional de Contenedores Asociados de Veracruz, 1997.
- MOREYRA PAZ SOLDÁN, Manuel, “El ilusorio monopolio comercial de flotas y galeones y la decadencia de España”, *Estudios históricos*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto Riva Agüero, 1994.
- MURO, Luis, “Revillagigedo y el comercio libre (1791-1792)”, *Extremos de México. Homenaje a don Daniel Cosío Villegas*, México, El Colegio de México, 1971.
- NOEJOVICH Ch., Héctor, “La institución consular y el derecho comercial: conceptos, evolución y pervivencias”, en Hausberger, Bernd e Ibarra Antonio (eds.), *Comercio y poder en América colonial. Los consulados de comerciantes, siglos XVII-XIX*, Madrid, Vervuert, Instituto Mora, Iberoamericana, 2003.
- Nuevo Febrero Mexicano. Obra completa de jurisprudencia teórico-práctica, dividida en cuatro tomos: en el primero y segundo se*

- trata de la parte teórica; en el tercero de las sustanciaciones de todos los juicios y de todos los tribunales establecidos en la República; y en el cuarto del derecho administrativo*, México, Publicada por Mariano Galván Rivera, Impreso por Santiago Pérez, 1851, t. II.
- ORTIZ DE LA TABLA DUCASSE, Javier, *Comercio exterior de Veracruz 1778-1821 crisis de dependencia*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispanoamericanos de Sevilla, CSIC, 1978.
- OTS CAPDEQUÍ, José María, *El Estado español en las Indias*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986.
- PALAU Y DULCET, Antonio, *Manual del librero hispano-americano*, Madrid, Julio Ollero Editor, 1990, t. VII.
- PARRÓN SALAS, Cármen, *De las reformas borbónicas a la república: el Consulado y el comercio marítimo de Lima, 1778-1821*, Murcia, Imprenta de la Academia General del Aire, 1995.
- PÉREZ Y LÓPEZ, Antonio Xavier, *Teatro de la Legislación universal de España e Indias*, Madrid, en la Oficina de Don Gerónimo Ortega y Herederos de Ibarra, t. VIII.
- , *Teatro de la legislación universal de España e Indias*, Madrid, Imprenta de Don Antonio Espinoza, 1744, t. IX.
- PÉREZ-MALLAINA BUENO, Pablo Emilio, “Sevilla y la Carrera de Indias en el siglo XVI”, *Exposición Universal Sevilla 1992, Pabellón Temático Navegación*, Sevilla, Sociedad Estatal para la Exposición Universal Sevilla 92, 1992.
- , *La política naval en el Atlántico, 1700-1715*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispano-Americanos de Sevilla, 1982.
- Proyecto para Galeones y Flotas del Perú y Nueva-España, y para Navíos de Registro, y Avisos que navegaren a ambos Reynos*, Impreffo en Madrid, de orden de fu Mag. por Juan de Ariztia, 1720, AGN, Bandos, vol.1, exp. 13, fs. 283-295.
- Real Decreto de 16 de octubre de 1765 suprimiendo varios derechos para facilitar el comercio en Cuba y otras islas de Barlovento, e instrucción sobre ello*, Carlos III, *la Ilustración en las imprentas oficiales, 1759-1788*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1988.
- Real Decreto de 18 de Febrero de 1789*, en Pérez y López, Antonio Xavier, *Teatro de la Legislación Universal de España e Indias*, Madrid, en la Oficina de Don Gerónimo Ortega y Herederos de Ibarra, 1794, t.VII.

- Real Decreto en que S.M. ha resuelto ampliar la concesión del comercio libre, contenida en Decreto de 16 de octubre de 1765. Instrucción de la misma fecha, y demás resoluciones posteriores, que solo comprehendieron las Islas de Barlovento, y provincias de Campeche, Santa Marta, y Rio del Hacha, incluyendo ahora la de Buenos-Ayres, con internacion por ella à las demás de la America Meridional, y extension à los Puertos Habilitados en las Costas de Chile, y el Perú, &c. Expedido en 2 de febrero de 1778*, Madrid, por Juan de San Martin, Impresor de la Secretaría de Estado y del Despacho Universal de Indias, 1778, AGN, Bandos, vol. 10, exp. 42.
- Real Orden de 15 de Septiembre de 1776 a los Gobernadores de los Puertos para que se dediquen como deben à desarraigar en sus respectivos distritos el perjudicial error de no ser pecaminosos los fraudes contra el Real Erario*, AGN, Bandos, vol. 10, exp. 3, fs. 5.
- Reglamento Político Provisional del Imperio Mexicano del 18 de diciembre de 1822*, Carbonell, Miguel *et al.*, *Constituciones históricas de México*, 2a. ed., México, Porrúa, 2004.
- Reglamento y aranceles reales para el comercio libre de España y las Indias de 12 de octubre de 1778*, Madrid, Imprenta de Pedro Marín, 1778, AGN, Bandos, vol. X, exp. 61, fs. 414-555.
- RUIZ RIVERA, Julián B. y GARCÍA BERNAL, Manuela Cristina, *Cargadores a Indias*, Madrid, Mapfre, 1992.
- SMITH, Robert, “Los consulados de comerciantes en Nueva España”, *Los consulados de comerciantes en Nueva España*, México, Instituto Mexicano de Comercio Exterior, 1976.
- SOUTO MANTECÓN, Matilde, “El Consulado de Veracruz ante el comercio extranjero: 1799-1819”, en Meyer Cosío, Rosa María (coord.), *Identidad y prácticas de los grupos de poder en México, siglos XVII-XIX*, México, Instituto Nacional de Antropología e Historia, 1999.
- SUÁREZ ARGÜELLO, Clara Elena, “El parecer de la élite de comerciantes del Consulado de la ciudad de México ante la operación del libre comercio (1791-1793)”, en Hausberger, Bernd e Ibarra Antonio (eds.), *Comercio y poder en América colonial. Los consulados de comerciantes, siglos XVII-XIX*, Madrid, Vervuert, Instituto Mora, Iberoamericana, 2003.
- SZRAMKIEWICZ, Romuald, *Histoire du droit des affaires*, París, Montchrestien, 1989.

- TÉLLEZ, Mario y PIÑA, Hiram, *Coleccion de Decretos del Congreso del Estado de México, 1824-1910*, México, cd rom, LIV Legislatura, Instituto de Estudios Legislativos, El Colegio Mexiquense, Universidad Autónoma del Estado de México, s/f.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Gobierno e instituciones en la España del antiguo régimen*, Madrid, Alianza Universidad, 1982.
- , *Manual de historia del derecho español*, Madrid, Tecnos, 1987.
- Universidad del Convento de Santiago de la Ciudad de Pamplona, *Promptuario de la theologia moral, que ha compuesto el convento de Santiago, Univerfidad de Pamplona, del Sagrado Orden de Predicadores, figuiendo por la mayor parte las Doctrinas del M.R.P. Maestro Fr. Francifco Larraga, Prior que fue de dicho Convento, en el que fe reforman, y corrigen muchas de fus opiniones: y se ilustra con la explicacion de varias Conffituciones de N.SS.P. Benedicto XIV*, Puebla, reimpreffo en el Colegio Real de S. Ignacio de la Puebla de los Angeles, trat. XLIV, n. III, 1766.
- VAS MINGO, Marta Milagros del, “Los consulados en el tráfico indiano”, en Andrés-Gallego, José Andrés (coord.), *Colección Proyectos Históricos Tavera (I), Nuevas Aportaciones a la Historia Jurídica de Iberoamerica* (cd rom), Madrid, Fundación Histórica Tavera, 2000.
- y LUQUE TALAVÁN, Miguel, *Las leyes del mar en la época de Carlos V, Valladolid*, Instituto Interuniversitario de Estudios de Iberoamérica y Portugal, Seminario Iberoamericano de Descubrimientos y Cartografía, Universidad de Valladolid, Revista del Seminario Iberoamericano de Descubrimientos y Cartografía, Seminarios Temáticos, 2000, fascículo V.
- VEITIA LINAJE, Joseph de, *Norte de la Contratación de las Indias Occidentales*, Sevilla, por Juan Francisco de Blas, 1672, ed. facs., Madrid, Instituto de Estudios Fiscales del Ministerio de Hacienda, Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, 1981.
- VELÁZQUEZ, María del Carmen, *El estado de guerra en Nueva España, 1760-1808*, 2a. ed., México, El Colegio de México, 1997.

Hemerografía

- CASTILLO MATHIEU, Nicolas del, “Las 18 flotas de galeones a Tierra Firme (1650-1700)”, *Anuario de Estudios Americanos*, suplemento, Sevilla, XLVII, núm. 2, 1990.

- CHAUNU, Pierre, “Veracruz en la segunda mitad del siglo XVI y primera del XVII”, *Historia Mexicana*, México, núm. 36, abril-junio de 1960.
- CRUZ BARNEY, Óscar, “El régimen jurídico de los guardacostas novohispanos en la segunda mitad del siglo XVIII”, *Revista de historia naval*, España, año XVI, núm. 60, 1998.
- , “El Nacional Tribunal del Consulado de Comercio de Puebla: 1821-1824”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, 2005, t. XVII.
- , “El Tribunal de Alzadas del Nacional Consulado de Puebla”, *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 34, 2004.
- , “La codificación del derecho mercantil. Balance y perspectivas”, *Anuario de la Cultura Jurídica Mexicana*, México, I, 2005.
- , “Notas sobre la libertad de comercio y la creación de los consulados de comercio indianos en la segunda mitad del siglo XVIII”, *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 30, 2000.
- FLORESCANO, Sergio, “Política mercantilista española y sus implicaciones económicas en la Nueva España”, *Historia Mexicana*, México, núm. 67, enero-marzo de 1968.
- GORTARI PALACIOS, Hira de, “El comercio novohispano a través de Veracruz”, *Historia Mexicana*, México, núm. 67, enero-marzo de 1968.
- LANGUE, Frédérique, “Hombres e ideas de la ilustración en dos ciudades consulares: Caracas y Veracruz”, *Historia Mexicana*, México, núm. 179, enero-marzo de 1996.
- MIRA CABALLOS, Esteban, “La navegación entre España y América en la primera mitad del siglo XVI: algunas precisiones”, *Revista de Historia Naval*, Madrid, año XVI, núm. 62, 1998.
- MUÑOZ PÉREZ, José, “El comercio de Indias bajo los Austrias y los tratadistas españoles del siglo XVII”, *Revista de Indias*, año XVII, núm. 68, abril-junio de 1957.

LA *LEX MERCATORIA* EN EL DERECHO COMERCIAL
INTERNACIONAL MODERNO: EN SU DIMENSIÓN DOCTRINAL,
CONVENCIONAL Y JUDICIAL DEL NUEVO ORDEN
MERCÁTICO EN AMÉRICA LATINA

Gilberto BOUTIN I.*

SUMARIO: I. *Introducción. Basamento lógico y deontológico de la lex mercatoria.* II. *Noción y naturaleza de la lex mercatoria.* III. *Lex mercatoria y dinámica en el derecho positivo: atisbos de la lex mercatoria en el Código de Comercio. Sobre la juridicidad de los usos de comercio como regla genérica internacional.* IV. *Lex mercatoria ante la valoración jurisprudencial: reconocimiento de la lex mercatoria vía pretoriana, de los presupuestos para la aplicabilidad de la lex mercatoria.* V. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN. BASAMENTO LÓGICO Y DEONTOLÓGICO
DE LA *LEX MERCATORIA*

Lógica y deontológicamente *la nueva lex mercatoria* va asociada a la libertad contractual¹ inmersa en el espacio jurídico del comercio transnacional.

Tal aseveración cobra sustento en el dominio de la contratación internacional expresamente, en la convención de México de 1994, relativa al derecho aplicable a los contratos internacionales en su disposición convencional décima, cuyo temperamento e inteligencia normativa concentra en sí misma los reglones de la libertad de elección del derecho por los contratantes y la implementación del nuevo método *jus mercatorio*, traducido en la aplica-

* Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá y catedrático de derecho internacional privado.

¹ Rongeaunt-Oudin, Federica y Oudin, Martín, *Revue de Droit des Affaires*, núm. 6, 2009, p. 697.

ción de los usos, costumbres y prácticas comerciales afines a la naturaleza de la especialidad de cada tipo de contrato internacional.² De haber sido conocido el derecho mercatorio como una norma de naturaleza secundaria *praeter legem*³ en sus inicios, hoy ella contiene normas fundamentales para el desarrollo del comercio mundial. De ahí el comprender la extensión y sentido del resurgimiento de la *lex mercatoria* en el derecho moderno.⁴ Así, la ascensión del orden propiciado por la *regla mercatoria* de carácter material constituye un modo afable de derogatoria del método conflictual tradicional, para dar paso a soluciones de aplicación prácticas, contractuales, profesionales y no estatales.

Se trata de un método no legalista ni positivista sino *voluntarista-neonaturalista* del derecho contemporáneo, formando así un orden complementario cuya ductilidad es bien ponderada en su dinámica práctica y dando pie a un resurgimiento de dicha fuerza normativa en la propia América Latina.⁵

La presente monografía tiene por objeto dar a conocer la estructuración doctrinal y metodológica relativa al descubrimiento del nuevo *ius mercatorio* en los ámbitos convencional y no convencional que informan al derecho internacional privado panameño y comparado. El estudio comporta un examen de la noción y naturaleza de la *lex mercatoria*, y un análisis del lugar de la Convención de México de 1994 y el derecho mercático dentro del giro que oferta el nuevo derecho interamericano de los contratos internacionales, así como un *approche* relativo a la cohesión y el nuevo orden público contractual en la Convención de México que permite consolidar la libertad de los contratantes y la justificación de la aplicación del derecho mercático en las relaciones transnacionales. No podemos desatender el hecho de la valoración del derecho mercático vía jurisprudencial, que le concede un *droit de cité* en los países latinoamericanos, así como un examen sobre los presupuestos para la aplicabilidad de la *lex mercatoria* por parte del juzgador, tratándose de una realidad de orden internacional como fuen-

² Pascale, Deumier, *Lex mercatoria entre ordre et desordre. Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 305.

³ Hargain, Daniel y Mihali, Gabriel, *Direito do comércio internacional e circulação de bens no Mercosul*, Editora Forense, 2003, p. 15.

⁴ Silva, Jorge Alberto, *El resurgimiento de la lex mercatoria: regulación de las relaciones comerciales internacionales*, 2004, p. 24.

⁵ Fernández Rozas, José Carlos, *Anuario de Derecho Internacional Privado Español*, 2004, p. 4

te normativa que invita a reflexionar sobre su adaptabilidad en el tiempo, a modo de introducción, para luego adentrarnos a delimitar en una primera parte, la noción y naturaleza jurídica de la *lex mercatoria* dentro de los negocios jurídicos de carácter internacional. Subsecuentemente, ahondaremos el lugar y el método de la *lex mercatoria* dentro de la Convención de México de 1994 y el nuevo orden público contractual que introduce en el régimen de la contratación latinoamericana. De igual manera, se examinará la dinámica de la *lex mercatoria* y el derecho positivo, para finalmente abordar la valoración jurisprudencial sobre la *lex mercatoria* como fuente vinculante. Una conclusión se impone para establecer la racionalidad y practicidad de la aplicación del *ius mercatoria* como normativa idónea a las relaciones de derecho comercial internacional moderno en el hemisferio latinoamericano.

II. NOCIÓN Y NATURALEZA DE LA *LEX MERCATORIA*

Se entiende por *lex mercatoria* el conjunto de normas anacionales empleadas por grupos profesionales o comerciantes, llamados operadores del comercio internacional, tales como: comerciantes, banqueros, operadores, transportistas, abogados, mediadores, etcétera, con el propósito de concluir aquellos contratos de comercio internacional.

En su expresión genuina y latina,⁶ en contraste con la terminología anglosajona, *the new law merchant* se refiere al conjunto de usos de comercio internacional elevados a rango de “sistemas”, o bien a un orden jurídico distinto y diferente al derecho nacional, bautizado como sistema transnacional o anacional.⁷ Se trata de un derecho material internacional necesario a toda relación jurídica internacional, reconocido y señalado a inicios de la década 1962 por la doctrina esbozada por el gran jurista holandés Alfred E. von Overbeck,⁸ pues existe, a este respecto, consenso entre los juristas de

⁶ Kasirer, Nicholas, “Lex-icographie Mercatoria”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 47, 1999, pp. 653 y 654. “In other words, there is a growing sense that the *lex mercatoria* is not merely and English language ‘law merchant’ assuming that global private law is possible, global law expressed only in English is not global law”.

⁷ Kassis, Antoine, *Théorie Générale Des Usages Du Commerce*, LGDL, 1984, pp. 269 y ss.

⁸ Von Overbeck, Alfred E., “Les Règles de Droit International Privé Matériel”, *Nederlandsche Tijdschrift Voor International Recht*, vol. IX, octubre de 1962, p. 363. Il faut se

la existencia de un espacio transnacional forjados por los agentes económicos del mercado.⁹

La sistematización y valoración de la nueva *lex mercatoria* dentro de las relaciones económicas internacionales está ligada a los nombres de los juristas: Clive Schmitthoff, por un parte, y, por otra, a Berthold Goldman.

Schmitthoff¹⁰ propone una distinción entre costumbre comercial y uso comercial con base el criterio de la formalización, hecho por un organismo internacional, y con un grado de certeza. Él llama *costumbre comercial internacional* a la costumbre formulada por un organismo internacional, y uso o práctica a la costumbre que no ha sido así formulada. Evidentemente, el criterio sobre los usos de comercio invocado por el autor descarta la tradicional concepción inglesa y se inclina por el criterio del Código de Comercio uniforme de los Estados Unidos,¹¹ que permite darle la proyección necesaria a esta nueva norma de carácter anacional. Concluye el autor: cabe remarcar que este *approche* y consideración yacía en Francia con mucha antelación a la Ley 13 de julio de 1866, sobre la codificación de los usos generales y especiales,¹² que la nueva *lex mercatoria* es el inicio de un derecho comercial internacional autónomo.

Goldman, por su lado, observa que la nueva *lex mercatoria* constituye un derecho sustantivo o de fondo, aplicable a una relación internacional sin pasar por el filtro del método conflictual.¹³ La *lex mercatoria* convoca al conjunto de reglas materiales aptas a gobernar las relaciones económicas

turner vers la doctrine pour dégager une tendance affaire une place aux règles matérielles dans l'application du droit international privé national, même à défaut de dispositions légales ou de jurisprudence établie.

⁹ Kahn, Philippe, *Droit International Economique, Droit du développement, Lex Mercatoria: Concept unique ou pluralisme des ordres juridiques ?*, Mélanges Berthold Goldman, p. 99.

¹⁰ Kassis, Antonie, *op. cit.*; la comunicación *Schmitthoff the Sources of the Law of International Trade* del coloquio International Association of Legal Science, Londres, 1964, p. 280.

¹¹ *Código Uniforme de Comercio* (español-inglés) publicado por The American Law Institute y The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. En su artículo 1-205, Curso de negocio y uso de comercio, cuyo numeral 2 es de nuestro interés, señala: "Un uso de comercio es cualquier práctica o método de negocio que se observe regularmente en un lugar, ocupación o ramo que justifique la probabilidad de que será observado con respecto a la transacción en cuestión", traducción del texto oficial de 1962 por Equity Publishing Corporation, p. 31.

¹² Riput, Georges, *Tratado elemental de derecho comercial*, París, LGDJ, p. 15.

¹³ Kassis, Antoine, *op. cit.*, p. 282.

internacionales.¹⁴ Ella comporta en su interior fuentes interestatales: convenios de leyes uniformes o estatales, así como aquellas sentencias arbitrales que recaen sobre las relaciones de comercio internacional, siendo un derecho experimental¹⁵ que surge como modo de intervención dentro de la solución de las relaciones económicas internacionales. Ambos autores coinciden en el hecho de que la *lex mercatoria* constituye un sistema¹⁶ de derecho, aunque incompleto, en crecimiento.

Las reglas forjadas por la práctica por aquellos llamados operadores del comercio internacional,¹⁷ que establecen una especie de derecho espontáneo,¹⁸ no vinculado a ningún orden jurídico nacional, es lo que hoy en día se conoce como la *lex mercatoria* o *the new law merchant*. La constatación y aparición de este nuevo derecho sustantivo permite desembocar en un nuevo derecho internacional privado de carácter sustantivo.

Esta recepción y advenimiento de la nueva *lex mercatoria* fragua irremediablemente un nuevo derecho internacional privado sustantivo que confirma la crisis del método tradicional de los conflictos de leyes¹⁹ o *crise*

¹⁴ Goldman, Berthold, *La Lex Mercatoria Dans Les Contrats et L'Arbitrage Internationaux*, Travaux Du Comité Français De Droit International Privé, Droit International Privé, año 1977-1979, p. 224.

¹⁵ Battifol y Lagarde, *Droit International Privé*, Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975, núm. 578. Terminología empleada por ellos de un derecho experimental esbozado inicialmente en 1971 a un término de derecho espontáneo.

¹⁶ Goldman, Berthold, "Lex Mercatoria est bel et bien un système des lors qu'elle comporte ses règles de droit, ses autorités professionnelles, ses sanctions professionnelles, ses propres juges – les arbitres du commerce international". *La Lex Mercatoria Dans Les Contrats...*, clunet 498.

¹⁷ Audit, Bernad, *Flux et Reflux de la Crise des Conflits de Lois*, Travaux du Comité Français de Droit International Privé, Journée Du Cinquantenaire, Editions UCNR, 1989, p. 61.

¹⁸ Kunz, Josef L., "Ago's Theory of a «Spontaneous» International Law", *American Journal of International Law*, enero de 1958, p. 90.

¹⁹ Gerhard Kegel señala en su curso de La Haya la presencia y construcción de un método distinto a la concepción tradicional del método conflictualista que hace una evaluación de la *proper law* en la aplicación emergente del derecho sustantivo y la participación de las leyes del silencio bajo el influjo de la doctrina del interés gubernamental del jurista americano Currie. Véase *Recueil the Crisis of Conflict of Laws*, t. 112, 1964, p. 92: "In speaking about a 'crisis' in the conflict of laws and not about a revolution, we anticipate two results or our studies. We see on the one hand *serious critics*, men from whose constructive and well-reasoned suggestions we can learn a great deal and who are not to community. On the other hand, we see the old fundamentals still unshaken, and we come to the conclusion that only they are solid enough to support the house of conflict of laws".

d'analyse.²⁰ Es revelador el curso magistral de La Haya del profesor de Colonia que efectúa un análisis gradual y sistemático del nuevo método complementario y conflictual de la *proper law* o del *impresionismo jurídico*,²¹ de un lado, y por otro lado constata la excesiva aplicabilidad de la *lex fori*,²² siendo el mismo un obstáculo a la unificación del derecho internacional privado, dándose la imposibilidad dentro del marco de la oscilación del derecho *proper law* la posible elaboración de un derecho sustantivo único aplicable a una situación jurídica internacional.

Una especie de *jus gentium*²³ de los comerciantes u operadores del comercio internacional reclama la doctrina de la *lex mercatoria*, estando enraizada tanto en la fuentes del derecho comercial interno como en las fuentes consuetudinarias de carácter internacional, cuyo ancestro inmediato lo encontramos en el Alto Medioevo europeo y en el Medioevo colonial español americano.²⁴ Ello genera un derecho basado en los usos y prácticas propios de los comerciantes, constituyéndose así en un lenguaje común²⁵ de la

²⁰ Lipstein, Kurt, *Les normes fixant Leur proper domaine d'application: Les expériences anglaise et américaines*, Travaux du Comité française de Droit International Privé, año 1977-1979, p. 201.

²¹ Loussouarn, Yvon y Bourel, Pierre, *Droit International Privé*, París, Dalloz, 1978, pp. 178 y ss. Esgrime que el método de la *proper law* como un método complementario, al método tradicional conflictual, no resuelve los problemas de la imprevisibilidad achacados al método conflictual y que sus formulaciones a este respecto pueden ser resumidas y calificadas como un método impresionista.

²² Kegel, Gerhard, *op. cit.*, p. 216.

²³ Berger Klaus, Peter, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, Kluwer Law International, 1999, p. 10. Refiriéndose al método conflictual, constata el autor alemán en esta rescención: The unpredictability of conflicts of laws decisions has long since been criticized as a "jump in the dark", expresión de Raape, IPR, p. 90; véase también Zweigert, Festschrift Raape, p. 35 ('atomic physics of jurisprudence').

²⁴ René David, el preclaro jurista comparativista, aprecia el fenómeno de un derecho ascendente como el *jus gentium* moderno como un derecho independiente de los derechos nacionales y haciendo parte de la esfera del derecho internacional. "Il ne suffit pas d'établir des Conventions interétatiques ni de compiler des code nationaux pour régler les opérations du commerce international. Il importe de restaurer l'idée de *jus gentium*, c'est-à-dire d'un droit qui est, dans son essence, autre chose que les droits nationaux. Cette idée s'est perpétué dans le droit international public ; il faut reconnaître qu'elle s'impose de même manière dans le droit international privé". *Le Droit du Commerce International*, París, Economica, 1987, p. 138.

²⁵ Boutin, Gilberto, "Autour de la réception de la *lex mercatoria* en droit positif panaméen: Développement historique et définition d'un *jus mercatorium* au Panama", *Uniform Law Review*, vol. III, 1998, pp. 305 y ss. Realmente las ferias que permitía España

contratación internacional. Subsecuentemente, este conjunto de reglas generadas por el “gueto” de los comerciantes de derecho sustantivo o de fondo sufre una movilidad que no se reduce a su permanencia en el derecho comercial internacional, sino que el mismo fenómeno asciende a transita hacia el derecho económico internacional,²⁶ interviniendo en la nueva relación Estado-persona privada extranjera. Este conjunto de principio de la contratación internacional se inserta como fórmulas normativas en el dominio de los contratos internacionales,²⁷ como normas anacionales, pudiendo constituirse en una fuente distinta al binomio normativo tradicional:²⁸ derecho interno y derecho internacional, posición esta última minoritaria, ya que la opinión dominante consiste en establecer que los principios que informan a la *lex mercatoria* en la esfera de la relación negocial contractual hacen parte de las fuentes del derecho internacional.

Con el advenimiento de la Revolución Francesa se borra todo vestigio del Medioevo; con la revolución de los jacobinos y la codificación napoleónica se dan dos fenómenos: la sistematización del derecho frente al espectro del derecho no escrito y luego la consolidación del Estado y su monopolio y control de la administración de justicia como reflejo de la soberanía interna. Habrá que esperar hasta la segunda mitad del siglo XX, luego de la terminación de la Segunda Guerra Mundial, para revisar los errores de la paz de Versalles de 1918 para retomar los “valores” del Alto Medioevo.

Concluida la Segunda Guerra Mundial y contabilizados los daños producto de la paz de Versalles emerge un nuevo orden jurídico internacional. Este orden jurídico es consecuencia de los Acuerdos de Bretton Woods de

en la América colonial eran las ferias de Portobelo de Panamá, que era el paso de la mercadería del Pacífico al Atlántico, y las ferias de Veracruz en México.

²⁶ Hinesrosa, Fernando, *Los principios de UNIDROIT: una nueva lengua franca*, Congreso Interamericano, Valencia, Venezuela, 6 de noviembre de 1996, pp. 185 y ss.

²⁷ Herdegen, Matthias, *Derecho económico internacional*, Biblioteca Jurídica, 1994, pp. 8 y ss. En un sentido próximo aparecen las obras *Derecho internacional económico*, por Beatriz Ramacciotti, Fabián Novak y Dante Negro, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993; Guzmán Barrons, César, *Nuevo orden económico y el derecho comercial internacional*, pp. 49 y ss. Aparece también la concepción humanista francesa de Maurice Flory en torno al *Droit International Du Développement*, Presses Universitaires de France, 1977, pp. 16 y ss., con un intento de darle rostro a las nuevas relaciones económicas internacionales. Nuestra opinión es que la terminología no es clara dentro de la relación de los países Norte-Sur, o por lo menos no bien asentada en nuestro hemisferio.

²⁸ Strenger, Irineu, *Contratos Internacionales Do Comércio*, Revista Dos Tribunais, LTDA, 1986, pp. 177 y ss.

1944. Los cambios fundamentales fueron monetarios, el dólar americano sustituye la libra esterlina, la Sociedad de las Naciones en Ginebra es reemplazada por la Organización de las Naciones Unidas en Nueva York y el idioma francés es reemplazado por el inglés americano.

La extrapolación de un foro jurisdiccional especializado y un derecho material o sustantivo adecuado al derecho comercial internacional son imperativos. De donde la creación de la Convención auspiciada por la Organización de Naciones Unidas bajo la rúbrica del *Reconocimiento y Ejecución de los Laudos Extranjeros de 1958*. Es decir, la materialización de la convención de Nueva York es el inicio del desarrollo de una nueva *justicia supranacional*.

Más tarde, el derecho de los comerciantes, motivado por el desarrollo de una sociedad profesional en el plano mundial, denominados agentes económicos, o bien operadores del comercio mundial, tiene lugar en 1964, en el International of Comparative Law en Londres, el desarrollo de la doctrina que justifica y explica los pilares del nuevo derecho *mercatorio*, basado en dos piezas claves: un foro *autárquico* arbitral y en un derecho sustantivo o material *mercático*.²⁹ Estos dos pilares del nuevo derecho comercial internacional son producto de una sociedad profesional que genera normas reiterativas conocidas entre las partes, creando así un sistema paralelo al derecho positivo de los Estados. Este movimiento filosófico-jurídico erige un sistema no positivo del derecho destinado tan solo a los operadores del comercio mundial, entendiendo por operadores del comercio mundial los actores o sujetos generadores de riqueza. Finalmente, se produce el impulso del nuevo derecho internacional económico, o mejor dicho el nuevo derecho de la protección de la inversión extranjera, cuyo marco convencional es la *Convención de Washington* de 1965.

Es fundamental destacar que el nuevo orden económico ha producido una norma de naturaleza neutra en cuanto a su origen, sino un derecho sustantivo o de fondo e igualatorio en el sentido cognoscitivo, entre comerciantes o profesionales en el plano internacional y cuyo lenguaje es perfectamente válido, pues conlleva principios comunes pertenecientes al hombre moderno, como son: la buena fe y la lealtad contractual, el principio de justicia conmutativa y la equidad. Paralelo a ello, y conjuntamente, emerge dentro de este derecho mercatorio el foro de justicia arbitral internacional que pretende for-

²⁹ Seraglini, Christophe, "Du Bon Des Principes UNIDROIT Dans L'arbitrage International", *Revue De L'Arbitrage*, núm. 4, 2003, pp. 1145 y ss.

jar un espacio de justicia desnacionalizada en pro de un nuevo derecho mercatorio profesional.

La *lex mercatoria*, como fuente jurídica normativa, se sitúa fuera de un derecho nacional y sancionado por un derecho consuetudinario³⁰ supranacional aún endeble,³¹ que para algunos deviene en un sistema jurídico. Esta afirmación, que rebasa la fase inicial doctrinaria, se ve consumada, o más bien legitimada, mediante el proceso de unificación de los principios³² de los contratos de comercio internacional elaborados por UNIDROIT.³³ Principios difícilmente aceptados por los ordenamientos jurídicos territorialistas.³⁴ Cabe preguntarse, entonces, si este mismo derecho *mercatorio* tiene cabida en el derecho positivo panameño. Con todo, tal interrogante a este respecto jurídico obliga a examinar la *lex mercatoria* a un doble nivel: por un lado, frente a la postura de la jurisprudencia panameña y su receptibilidad, y luego encaminar el fundamento y justificación legal de la *lex mercatoria* en el derecho positivo panameño.

³⁰ Klaus Berger, Peter, *op. cit.*, p. 2. “Opinions about terminology and the legal quality of the *lex mercatoria* diverge widely, especially with respect to its nature as a third legal system alongside domestic law and public international law”.

³¹ Kegel, Gerhard (*op. cit.*), en el cual cita como fuentes materiales: Incoterms 1953, Uniform Customs and Practice for Commercial Documentary Credits. General Conditions of Contract and Standard Forms of Contracts, *inter alia* (ECE). Independientemente de los tratados sobre transporte, conocimiento de embarque y cheques, así como el arbitraje citado por Schmitthoff-Customary Law, p. 258.

³² Belandros Santos, Rubén, *El derecho aplicable a los contratos internacionales*, Fundación de Cultura Universitaria, 1998, p. 89, quien cita a Pérez Nieto.

³³ Bonell, Michael Joachim, “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, *Transnational Law in Commercial Legal Practice*, Münster, Alemania, Center for Transnational Law, Quadis Publishing, 1999, pp. 11, 12 y 19: “The UNIDROIT Principles are intended to remedy many of the deficiencies currently encountered in international trade law. In order to understand better how they many achieve this objective; one should know first what the UNIDROIT Principles actually are. Los objetivos de estos principios lo señala claramente Bonell así. In the introduction it is stated that objective of the UNIDROIT Principles is to establish a balanced set of rules designed for use throughout the World irrespective of the legal traditions and the economic and political conditions of the countries in which they are to be applied...”. Realmente ha sido una tarea de derecho comparado donde intervino un pequeño comité formado por los profesores René David, Clive Schmitthoff y Tudos Popescu en representación del derecho civil, sin descontar la participación de la *common law* y del antiguo sistema socialista.

³⁴ Ferrari, Luigi, “La contribución de UNIDROIT al proceso de unificación del derecho privado”, *Los principios de UNIDROIT. ¿Un derecho común de los contratos para las Américas?*, Valencia, Venezuela, 1998, p. 13.

1. *Lex mercatoria en tanto que regla material de derecho internacional privado*

Enunciada la noción y alcance descriptivo de la *lex mercatoria*, su naturaleza, más que sus características, se inscribe en las denominadas reglas materiales de derecho internacional privado.

Se entiende por reglas de derecho internacional privado material o sustantivo, el conjunto de reglas sustanciales que han sido específicamente definidas a situaciones jurídicas internacionales y que son en principio destinadas a ser aplicadas en dicho contexto.³⁵ Se trata de normas adaptadas al realismo de la vida jurídica de orden internacional que son intrínsecas a la relación de derecho internacional pura.

Luego entonces, se trata de un cuerpo normativo de naturaleza transnacional material. Así, ellas pueden ser clasificadas en reglas materiales: *nacionales, convencionales y anacionales*.

Ciertas reglas promulgadas en el derecho material interno sirven de soporte para dar respuesta a conflictos de leyes mediante una regla interna adaptable, por ejemplo, a la distinción entre sociedades panameñas con actividad extraterritorial y sociedades panameñas con actividad meramente doméstica. Otro ejemplo sería la distinción que hace el Decreto Ley 5 de 1999 entre arbitraje interno y arbitraje internacional. En el propio derecho de sucesiones la prohibición de testar mancomunadamente, situación legal contraria a la cultura jurídica de la *common law*.

En el dominio convencional, las reglas dirigidas a regular los derechos de autor de 1886, que se traduce en la Convención de París. Las reglas relativas al transporte marítimo que son forjadas por la fuerza del mercado entre embarcadores, transportistas y aseguradoras, son los actores que erigen el nuevo sistema de presunción de responsabilidad en los convenios de Bruselas de 1924 y las Reglas de Hamburgo de 1978.

En cuanto a las reglas *anacionales* o *apátridas*, que son aquellas reglas producto no de la voluntad del Estado sino de los mercaderes y agentes económicos directamente, que generan usos y costumbres de orden internacional comercial, nos encontramos con los Incoterms que fueron codificados en 1932 por la Cámara de Comercio Internacional, así como los principios de UNIDROIT. Las referidas normas son reglas de comportamiento

³⁵ Clavel, Sandrine, *Droit International Privé*, Dalloz Hiperours, 2011, p. 96.

como bien señala Sandrine Clavel, es decir, son normas de naturaleza ética que deben inspirar al comercio mundial.

La *nueva lex mercatoria* deviene a finales del siglo XX, la base de un nuevo sistema normativo, rector de las relaciones comerciales aplicables a toda operación dentro de un espacio transnacional o anacional gestada o perfeccionada por agentes u operadores del comercio mundial. Este nuevo derecho mercático o mercantil se desprende directamente de los usos y prácticas pertenecientes al comercio internacional.

La *nueva sociedad* de comerciantes ha engendrado un espacio de autorregulación en sus transacciones, inspiradas en un principio de igualdad profesional y de conocimiento. Dicha autorregulación normativa ha generado normas anacionales, neutras, espontáneas y consensuales, las cuales tienen vigencia paralela y funcional con el derecho positivo estatal. El dominio de la *nueva lex mercatoria* se centra en el libre mercado, en la dinámica del intercambio de bienes, servicios y capital extensible al marco de las relaciones entre sociedades multinacionales y el Estado en el orden de la inversión y del nuevo derecho económico internacional, el cual señala François Rigaux.

El derecho mercatorio es un derecho entre profesionales o comerciantes válidamente escogidos que opera paralelo al derecho estadual en la esfera exclusivamente transnacional, producto de la necesidad del comercio mundial.

La *lex mercatoria* es, pues, el *nuevo droit commun* de los mercaderes u operadores del comercio internacional que opera en función de dichos agentes económicos en pro de una justicia mercantil supranacional de orden dispositivo y material.

Finalmente, ese *jus mercatorio* descansa en normas generadas por grupos interprofesionales del comercio mundial, creando reglas especializadas sustantivas anacionales, conocidas entre los agentes económicos; toda interpretación o conflicto interprofesional queda sometido al foro arbitral de comercio internacional para su recta interpretación y decisión.

En suma, el nuevo derecho comercial internacional descansa en dos pilares: la *lex mercatoria* de orden sustantivo y el foro arbitral internacional de carácter procesal.

Realmente, el nuevo derecho comercial es la derivación directa del mundo de los usos de comercio y su evolución de su fase contractual a su carácter genérico vinculante que invade la técnica de los contratos mercantiles modernos con efectos extraterritoriales entre ausentes.

2. *Del lugar de la Convención de México en el nuevo orden mercatorio*

La doctrina europea evoca un regionalismo exótico sobre una eventual *lex mercatoria* euro-mediterránea que agrupe la cultura de los países circunvecinos. Tal vez pequen un poco de chauvinismo,³⁶ pues el derecho mercático es de orden transnacional por esencia y decididamente puntual. Cada cultura jurídica y comunidad política tiene una visión puntual de la ética de los contratos y del comercio, sin perder de vista el fondo común que se reduce a la expresión de la libertad de comercio. Sin embargo, el derecho internacional privado interamericano esboza todo una normativa en el plano de la contratación en un orden jurídico transnacional basado en la libertad contractual y en las reglas anacionales que permiten hablar de un derecho mercático interamericano consustancial al derecho del hemisferio americano.

3. *De la cohesión y nuevo orden público contractual de la Convención de México de 1994*

A decir verdad, el nuevo derecho mercático sólo puede tener lugar dentro de una gama normativa independiente que se desprenda o no de la voluntad de una norma positiva estatal. Y ello es así, pues todo el método del derecho mercatorio se desprende del fenómeno económico del siglo XIX, es decir de la reformulación del acto de comercio más allá de los simples sistemas de codificación de los códigos de comercio y en la coronación del reino del consensualismo.³⁷ Esta necesidad la cumple la convención interamericana de México en su doble expresión: regla de mercado y libertad contractual.

Sobre este aspecto hay que remarcar que el rol de la Convención de México se centra en darle cohesión al sistema contractual internacional de los países sudamericanos, no previsto en la dispersa codificación de Montevi-

³⁶ Filali, Osman, *Vers une lex mercatoria euromediterranea: la légistique au service de la codification, unification et harmonisation du droit des affaires de l' Union pour la Méditerranée*, RDAI, 2009, p. 575.

³⁷ Torre Shaub, Marthe, *Essai sur la construction juridique de la catégorie de marché*, LGDJ, 2002, p. 19.

deo de 1889-1940 y en la tímida concepción del autonomismo contractual de Bustamante en el congreso panamericano de 1928.

La Convención de México conduce al gran salto cualitativo de inferir en sus artículos convencionales el de introducir la libertad de disposición del derecho en el plano del comercio internacional, en particular en su artículo séptimo.

Por vez primera se enriquece el nuevo orden público contractual al poder consagrar la libertad de los particulares contratantes en escoger el derecho positivo y las reglas materiales de carácter *anacional* o *apátridas* consignadas en su primer artículo convencional.

Ciertamente, podemos aseverar que desde el inicio, en el párrafo tercero del artículo primero de la comentada Convención, permite aplicar la regla de la contratación tanto a los particulares como a las entidades centralizada o descentralizadas, siempre que las partes así lo dispongan.

La Convención no reduce la libertad y la justificación del derecho material internacional al aspecto sólo del mundo arbitral, sino que lo rebasa, pues ella plantea su beneficio entre el sector estatal y el particular en materia de contratos.

No podemos pasar por alto que la Convención de México introduce la regla del *dépeçage* prevista en el párrafo primero del artículo 8o. de la precitada Convención. Dicha regla permite que un contrato pueda ser sometido a más de dos normas internacionales. En la conclusión de un contrato de compraventa de trigo, la forma se somete a la ley del lugar de la celebración, mas sus efectos a la ley del lugar donde se produce la entrega. Esta viabilidad conducida por la Convención permite a las partes salvar ciertos obstáculos de orden accidental y normativo en beneficio de la confianza del derecho más real y próximo a la prestación.

El devenir y fundamento de un desarrollo maduro de la aplicación de reglas materiales, usos, costumbres, prácticas mercantiles o profesionales va a depender en nuestro hemisferio de la consolidación que nuestros países tenga a bien realizar en función del reconocimiento y ratificación de la Convención Interamericana de 1994, que como mecanismo normativo logra poner en pie de igualdad, a América Latina con el viejo continente europeo, en el dominio del nuevo derecho espontáneo mercantil.

III. *LEX MERCATORIA* Y DINÁMICA EN EL DERECHO POSITIVO:
ATISBOS DE LA *LEX MERCATORIA* EN EL CÓDIGO DE COMERCIO.
SOBRE LA JURIDICIDAD DE LOS USOS DE COMERCIO
COMO REGLA GENÉRICA INTERNACIONAL

El método y sistema mercatorio constituye una reacción en contra del método tradicional conflictual o conflictualista.

Desde la concepción del jurista alemán Gerthard Kegel de denunciar la crisis de los conflictos de leyes en su curso magistral de La Haya, pasando por la nueva concepción economista del derecho internacional, se ha vislumbrado un método distinto al inspirado en la regla de conflicto, mejor conocida como el método conflictual o conflictualista.

El método a seguir por el derecho mercatorio se limita a la utilización del método de la ley uniforme o de la aplicación del *derecho material internacional*.

En la esfera del derecho escrito positivo, cabe localizar cuál es su fundamento o espacio jurídico de la *lex mercatoria*, si existe una justificación frente al juez estatal³⁸ para aplicarla; tratándose de una norma anacional no positiva que sea vinculante al juez, y luego establecer si existe la juridicidad de la norma mercatoria, y de tal suerte poder equipararla en pie de igualdad tanto con la ley positiva interna como con la ley extranjera.

1. *La lex mercatoria en el Código de Comercio*

El marco de referencia de la *lex mercatoria* como una expresión de usos y prácticas de los comerciantes aparece tanto en el derecho comercial interno como en el derecho comercial internacional, prorrogándose ella al derecho económico internacional vigente.

Es con la disposición 5a. del Código de Comercio que se infiere la aplicabilidad de los usos y prácticas de comercio que informan y dinamizan la *lex mercatoria*, creándose así una especie de *jus mercatorio* interna para lo referente a los usos y prácticas efectuados dentro del derecho doméstico y un *jus mercatorio* afianzado más bien a la realidad de la actividad del comercio internacional, incorporándose como fuente consuetudinaria.

³⁸ Boutin, Gilberto, *op. cit.*, p. 27.

El artículo 5o. del Código de Comercio en cuestión encierra la hipótesis de una fuente normativa no nacional que no hace distinción alguna entre uso interno y uso internacional, sino que ambas le son vinculantes al juez, por cuanto que la misma dispone, según el temperamento de ella, que:

Si las cuestiones sobre derechos y obligaciones comerciales no pudieren ser resueltas ni por el texto de la ley comercial ni por su espíritu ni por los casos análogos en ella previstos, serán decididos con arreglo a los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de éstos, se estará a lo que establezca el derecho civil.

Este resorte legal arriba invocado fue el basamento formal para dar lugar al fallo del 27 de febrero de 1996, dentro del negocio jurídico Banco Exterior de los Andes y de España vs. Banco Cafetero de Panamá, S. A.; su ubicación en el Código de Comercio se debe, por un lado, al carácter profesional de los contratantes, es decir, que se trate de actos de comercio,³⁹ y como corolario de lo anterior, la fuente del derecho mercatorio descansa en una sociedad profesional de operadores del comercio que es generada de sus propias normas sustantivas manifestadas o expuestas en sus usos, prácticas y costumbres, en los contratos internacionales.

Su legitimidad responde a su autoridad generadora de riquezas entremezcladas entre los propios operadores de comercio como relación horizontal igualitaria; y por otro lado, una relación vertical entre la versión del nuevo Estado y los operadores internacionales o personas extranjeras como agentes económicos complementarios a la relación de derecho económica internacional.

El nuevo “Estado mercatorio”⁴⁰ y la modalidad de la empresa moderna mercática constituyen en gran medida los protagonistas de la producción de normas de competencia mercática y económica moderna.

Lo que corresponde examinar de cerca es el saber si esas reglas generales en sí tienen un valor meramente contractual interno, o bien responden a un valor genérico consuetudinario de carácter internacional. Si en verdad

³⁹ Fouchard, Philippe, *L'Etat Face aux usages du Commerce International Travaux du Comité fra cause de Droit International Privé*, 1973-1975, pp. 71 y ss.

⁴⁰ Artículo 3o., párrafo 1: “Los contratos y obligaciones de los comerciantes se considerarán siempre actos de comercio...”.

nos encontramos frente a usos y reglas como una proyección genérica y que gozan de una verdadera juridicidad estructurada.⁴¹

2. De la juridicidad de los usos como reglas genéricas internacionales

A diferencia de los usos meramente contractuales, en los que su valor solamente depende de su contractualización, la *lex mercatoria*, entendida como conjunto de usos, prácticas y costumbres, elevada a un rango de sistema, comporta un cambio cualitativo en su evolución y deviene una regla genérica y sólo puede ser apreciada de tal manera, en el derecho convencional uniforme moderno, que le concede una proyección de interés general y de efectividad a la *lex mercatoria*. Ello es así, pues la Convención de Viena⁴² del 11 de abril de 1980, en su artículo 9o., párrafo 2, admite la presunción de la aplicabilidad de aquellos usos que son propios de la naturaleza de la transacción, distinguiéndolos de los usos contractualmente pactados.

En el derecho latinoamericano de los contratos, la Convención de México de 1994⁴³ establece la aplicabilidad automática de los usos como normas aplicables, en tanto que derecho en sentido amplio establecido así en el artículo 10 de la Convención.⁴⁴ En este sentido, el desarrollo *anacional* del nuevo derecho *mercatorio* sufre una transformación en su forma normativa y vinculante.

⁴¹ El Estado mercático, visto como un operador o agente de comercio internacional. La participación de la *lex mercatoria* no escapa de este fenómeno, tal como lo describe Jacques, Jean-Michel, *L'Etat, Opérateur Du Commerce International*, JDI, 1989, p. 627.

⁴² Filiali, Osman, *Les Principes Généraux De la Lex Mercatoria. Contribution À L'Etude D'Un Ordre Juridique anational*, LGDJ, p. 417.

⁴³ Garro, Zuppi, *Compraventa Internacional de Mercaderías*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1990, p. 312. Convención de Viena de 1980, comentada. Reproducimos el artículo 9o., párrafo 2: "Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que en el comercio internacional sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate".

⁴⁴ Vásquez, Eliécer, *Análisis de la Convención Interamericana de México de 1994*, trabajo de tesis, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, 2000, p. 152.

Por otra parte, en el régimen relativo al arbitraje comercial internacional en Panamá,⁴⁵ se reconocen reglas anacionales y la aplicabilidad de principios generales de la contratación privada, codificados por la organización de UNIDROIT⁴⁶ para ser aplicados por los árbitros⁴⁷ cuando sea así necesario al caso.

El carácter jurídico de la *lex mercatoria* no se limita a la repetitividad de los mismos, ni a su carácter generalmente cognoscitivo, sino más bien, la *lex mercatoria* reviste su juridicidad por la finalidad ético-normativa que comporta, con lo cual lo hace equiparable en pie de igualdad a una norma internacional por parte del juez o árbitro.

Dado el estado actual de la cuestión de la juridicidad de la *lex mercatoria*, el fenómeno vinculante de la suma de reglas anacionales, así como su reconocimiento por vía pretoriana, supera la discusión bipolar de la aplicabilidad de la *lex fori* y de la *lex cause* o extranjera por parte del juez del foro como norma cognoscitiva, así como norma probatoria para el derecho judicial interno⁴⁸ y convencional panameño.⁴⁹ Es sabido que el derecho extranjero y el derecho del foro, de acuerdo a la ideología convencional y positi-

⁴⁵ Artículo 10. Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.

⁴⁶ Boutin, Gilberto, *Legislación de arbitraje*, Decreto Ejecutivo No. 5 de 1999, comentado, Editorial Mizrahi & Pujol, en prensa. Gilberto Boutin fue designado ante la Asamblea Nacional por el Colegio Nacional de Abogados para la redacción de Normas de Arbitraje Internacional.

⁴⁷ Decreto Ley No. 5 de 1999, por moción del Colegio Nacional de Abogados ante la Asamblea General, se incorpora el artículo 27, publicado en la *Gaceta Oficial* núm. 23,837 del 10 de julio de 1999. Artículo 27: El tribunal arbitral apreciará las estipulaciones del contrato para la aplicación del derecho que gobierna la relación contractual, y tendrá en cuenta los usos y las prácticas mercantiles y los principios de los contratos de comercio internacional de UNIDROIT.

⁴⁸ Berger Klaus, Peter, "International Arbitral Practice and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", *American Journal of Comparative Law*, 1998, pp. 135 y ss.

⁴⁹ Artículo 789 del Código Judicial. Habría que observar si la noción del derecho extranjero puede ser interpretada más allá de la ley extranjera, entendiéndose de manera amplia la noción de derecho extranjero definido en el Código Judicial, cuando el artículo 789 dispone: "El derecho extranjero se podrá probar mediante copia de las normas pertinentes, decisiones de los tribunales, estudios doctrinales o dictámenes rendidos por abogados idóneos. No obstante lo anterior, el juez podrá investigar directamente el derecho extranjero acudiendo a cualquier fuente o medio idóneo".

vista del derecho panameño, se aplican en pie de igualdad dentro de una relación jurídica, asimilando el derecho extranjero con la misma simetría y jerarquía de la norma positiva⁵⁰ del derecho del foro.

Lo exótico de la aplicabilidad de una norma anacional por la Corte Suprema de Panamá es que dio pie al fundamento que la parte afectada o vendida en primera y segunda estancia formulará Recurso de Casación por violación directa no de una ley extranjera estatal sino con base a un uso general internacional, concretamente una práctica interbancaria transnacional que dio lugar a la casación⁵¹ de fondo, casando las dos sentencias inferiores. El objeto de la casación en este caso rebasa el concepto tradicional del control de la legalidad del derecho interno y del derecho extranjero, y acude al control de la protección y juridicidad de una norma anacional cercenada por el juez del foro panameño. Hay sistemas⁵² que se resisten al control de la interpretación del derecho extranjero y de fuentes de derecho extralegal que carezcan de carácter general.⁵³

De ahí la utilidad de la discusión ético normativa de la naturaleza de la *lex mercatoria*, que tiene una importancia capital en el derecho judicial interno frente a un negocio jurídico internacional, en saber si la *lex mercatoria* vista como fuente internacional, su violación por parte del juez del foro panameño permite recurrir en casación⁵⁴ en el concepto de violación direc-

⁵⁰ Véase el artículo 408 de la Ley 15 de 1928 o Código Bustamante, el cual señala la aplicación de oficio del derecho extranjero en los casos internacionales como obligación del juez panameño y latinoamericano, al señalar el texto de dicha norma que: “los jueces y los tribunales de cada Estado contratante aplicarán de oficio, cuando proceda, las leyes de los demás, sin perjuicio de los medio probatorios a que este capítulo se refiere”.

⁵¹ Artículo 408 de Código Bustamante, Ley 15 de 1998, La Habana, Cuba.

⁵² Fábrega, Jorge, *Casación civil*, Editora Jurídica Panameña, 1985, p. 7. Observa Fábrega que una de las finalidades de este recurso extraordinario de la casación, más que el de simple uniformidad de los fallos, es el de desagaviar a una de las partes y que realmente deviene un instituto más inclinado al carácter de desagravio que de uniformidad.

⁵³ Boré, Jacques, *La Cassation en Matière Civile*, Sirey, 1988, pp. 368 y 369-1046. “D’une part, la Cour de cassation ne sanctionne pas indistinctement le respect de toute norme juridique: elle module au contraire son contrôle, selon la valeur et l’origine de cette norme. Ainsi nouer verrons qu’elle se refuse à contrôler l’interprétation des sources de droit extralégales, sans caractère général, telles que les contrats et les usages, ou celles des courses étrangères”.

⁵⁴ Rigaux, François, *La Nature du contrôle de la Cour de Cassation*, Bruselas, Etablissements Émile Bruylant, núm. 233, pp. 347 y ss. No existe un criterio bien definido a este respecto, es decir, sobre el control del derecho extranjero y de la costumbre internacional, pese al resumen evocado por el jurista belga.

ta del derecho de fondo, o bien por causales reconocidas en el plano convencional,⁵⁵ lo cual podemos contestar afirmativamente.

El *affaire* Banco Exterior de los Andes y de España vs. Banco Cafetero de Panamá, S. A., muestra la solución afirmativa cuando la Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema casa la sentencia de primer y segundo grado por virtud de violación de una práctica interbancaria internacional cuya fuente normativa descansa en un régimen anacional conocido entre las partes, dándole la jerarquía de norma vinculante a un uso internacional en igual condición que una norma positiva interna.

Por otro lado, si bien es cierto que la Sala Primera de lo Civil omitió o guardó silencio a este respecto, la decisión de casar dos sentencias panameñas por violación de una fuente internacional se sustenta no tan solo en el artículo 5o. del Código de Comercio, es decir, en la autonomía de la voluntad de las partes como regla supletoria, sino también en la regla de conflicto judicial del Código de 1986 que contempla la hipótesis de aplicar el derecho extranjero por remisión que haga la regla de conflicto del foro panameño cuando estatuye lo siguiente: “Artículo 1112: Todos los recursos concedidos en este Código serán admitidos para los casos en que se decida aplicar las leyes extranjeras, por remisión de la ley nacional”.

Si nosotros analizamos que la autonomía de la voluntad de las partes designa dentro de una relación contractual un uso de comercio internacional, es por virtud de esa designación que debe ser tratada dicha fuente consuetudinaria-contractual para los efectos de ampararse frente a cualquier desconocimiento o violación que genere el ejercicio jurisdiccional de los tribunales panameños; sin embargo, por otro lado, queda demostrado que en el caso del reconocimiento de la práctica interbancaria, la corte de casación de Panamá se refiere a un uso general de aplicación internacional incito en el giro de la actividad bancaria, teniendo vocación a regir el conflicto entre las partes.

⁵⁵ Calamandrei, Piero, *Casación civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Euro-América, 1959, p. 48. Señala el preclaro autor italiano que: el recurso de casación figura entre las acciones de impugnación; en efecto, debe concebirse como una acción dirigida no a provocar inmediatamente, ante el juez de casación, un nuevo examen del mérito, sino a hacer que se decida por primera vez por él sobre la acción de anulación que el recurrente propone contra la sentencia de mérito que se afirma viciada por uno de sus defectos (motivos) enumerados por la ley...

IV. *LEX MERCATORIA* ANTE LA VALORACIÓN JURISPRUDENCIAL:
RECONOCIMIENTO DE LA *LEX MERCATORIA* VÍA PRETORIANA,
DE LOS PRESUPUESTOS PARA LA APLICABILIDAD DE LA *LEX MERCATORIA*

La *lex mercatoria*, como fuente jurídica normativa, se sitúa fuera de un derecho nacional, y sancionada por un derecho consuetudinario⁵⁶ supranacional aún endeble⁵⁷ para algunos, deviene en un sistema jurídico. Esta afirmación que rebasa la fase inicial doctrinaria se ve consumada, o más bien legitimada, mediante el proceso de unificación de los principios⁵⁸ de los contratos de comercio internacional elaborados por UNIDROIT.⁵⁹ Principios difícilmente aceptados por los ordenamientos jurídicos territorialistas.⁶⁰

En todo caso, los principios de UNIDROIT sólo se aplican por iniciativa de las partes. No son reglas obligatorias sólo si son pactadas ello deroga la concepción egoísta del derecho estadual. La razón de los principios de UNIDROIT responde al principio de la libertad de la contratación internacional, al principio del equilibrio contractual, al auxilio de la técnica de la contratación y a la aplicación, ya sea implícita o explícita, de los principios de UNIDROIT que engloban la ciencia y sistema de la *lex mercatoria*.⁶¹

⁵⁶ Kegel, Gerhard, *op. cit.*, p. 258. Cita como fuentes materiales: Incoterms 1953, Uniform Customs and Practice for Commercial Documentary Credits. General Conditions of Contract and Standard Forms of Contracts, *inter alia* (ECE). Independientemente de los tratados sobre transporte, conocimiento de embarques y cheques, así como el arbitraje citado por Schmitthoff-Customary Law.

⁵⁷ Belandros Santos, Rubén, *El derecho aplicable a los contratos internacionales*, *cit.*, p. 89, quien cita a Pérez Nieto.

⁵⁸ Bonell, Michael Joachim, "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", *op. cit.*, pp. 11, 12 y 19: "The UNIDROIT Principles are intended to remedy many of the deficiencies currently encountered in international trade law. In order to understand better how they many achieve this objective, one should know first what the UNIDROIT Principles actually are. Los objetivos de estos principios lo señala claramente Bonell así. In the introduction it is stated that objective of the UNIDROIT Principles is to establish a balanced set of rules designed for use throughout the world irrespective of the legal traditions and the economic and political conditions of the countries in with they are to be applied..."

⁵⁹ Ferrari, Luigi, *op. cit.*, p. 13.

⁶⁰ Péreznieto, Leonel, *Recueil La Tradition Territorialiste en Droit International Privé dans les pays de l'Amérique Latine*, 1988, t. I, pp. 323 y ss.

⁶¹ Fontaine, Marcel, *Les Principes UNIDROIT, guide de la rédaction des contrast internationaux*, ICC, 1995, p. 77.

La *lex mercatoria* debe ser examinada bajo el criterio de saber si la misma ha sido reconocida en cuanto a su “derecho de ciudadanía” por la concepción pretoriana del momento, y luego examinar los presupuestos que conllevan la aplicabilidad del derecho mercatorio, es decir su entorno jurídico y valoración por el derecho judicial panameño.

1. *Del reconocimiento de la lex mercatoria, vía jurisprudencial*

El carácter vinculante del *ius mercatorium* radica en su naturaleza contractual y genérica de la reglas mercáticas o *lex mercatoria*. La reglas generales del derecho señalan como fuente de derecho la ley, y como fuente secundaria los usos y costumbres.

La justificación de porqué el juez del foro o el árbitro está vinculado a la aplicación de los usos y prácticas y costumbres de carácter internacional que configuran la denominada *lex mercatoria* debemos buscarla en los principios generales del comercio internacional y en el principio de un equilibrio de justicia transnacional, ya que verdaderamente el derecho positivo no establece un desarrollo a este respecto, sino que existe un espacio de “no derecho” o extra-derecho positivo que busca reforzar el equilibrio entre las partes dentro de normas no necesariamente concretadas por el legislador.

En Panamá, es a través del fallo del 27 de febrero de 1996 de la Sala Primera del Ramo Civil de la Corte Suprema de Panamá, dentro del negocio jurídico: Banco Exterior de los Andes y de España vs. Banco Cafetero de Panamá,⁶² que tiene lugar la recepción de la *lex mercatoria* dentro de la superioridad.

El Banco español había interpuesto demanda por el incumplimiento de mandato de representación de la sociedad Banco Cafetero de Panamá, con base en el incumplimiento de una orden de transferencia de pago a la sociedad RIBIAK, S. A., domiciliada en España, que al mismo tiempo era cliente del Banco Exterior de los Andes de España.

Tanto en la primera como en la segunda instancia el Banco Cafetero fue condenado por violación al mandato de representación por la orden de transferencia electrónica, lo cual supuestamente incumplió la sociedad Banco Cafetero de Panamá. La demandada alegaba efectivamente oposición a la argumentación de la parte actora, que no se trataba de un verdade-

⁶² Perezniето, Leonel, *op. cit.*, pp. 323 y ss.

ro mandato, sino de un mecanismo o guía⁶³ de transferencia electrónica o de un giro bancario, la cual no reunía los requisitos fundamentales de la práctica bancaria internacional y cuya orden no se trataba de una transferencia regular, sino simplemente de un mero aviso, el cual por razones técnicas no fue completado y por tal motivo no se perfeccionó dicha operación en virtud de las reglas típicas de la transferencia electrónica.

Aprecia la Corte en su análisis que al confrontar lo preceptuado con el problema que se presenta en este proceso, obliga a concluir: “que nuestro Código de Comercio no regula ni resuelve la cuestión planteada, ni tampoco casos análogos, pues se trata de la utilización internacional de transferencia de fondos por medios electrónicos, en este caso por télex. Consecuentemente, se impone la aplicación de los usos de comercio observados generalmente en cada plaza para resolver los reclamos que puedan surgir de estas nuevas prácticas bancarias internacionales”.⁶⁴

Se evidencia entonces la aplicabilidad de un uso bancario internacional que reconoce la Corte Suprema como vinculante para ser aplicado en esta ocasión, haciendo evicción al régimen del mandato contemplado en los artículos 1400 y siguientes del Código Civil, como fuente de derecho común, pues el alcance de dicha norma positiva no regulaba el objeto del contencioso.

Cabe examinar sobre el particular, las condiciones y presupuestos que estimó la Corte para la aplicación de un uso de comercio internacional en el contencioso arriba citado.

2. De los presupuestos de la aplicabilidad de la *lex mercatoria*

La Corte de Casación del Ramo Civil panameña, en el caso Banco Exterior de los Andes y de España vs. Banco Cafetero de Panamá, S. A.,⁶⁵ ela-

⁶³ Registro Judicial, febrero de 1996, pp. 160-178.

⁶⁴ *Guía Jurídica de la CNUDMI sobre Transferencias Electrónicas de Fondos*, Nueva York, Naciones Unidas, 1997, pp. 6, 8 y 9. La rápida implantación de medios electrónicos para la transmisión de datos entre bancos, junto con el empleo de computadoras para procesar los mensajes de transferencia de fondos, han obligado a normalizar el contenido de los mensajes y sus formatos. Así, dentro del glosario que recae sobre el término “órdenes de transferencias de fondos”, se denomina así, en principio, a todo mensaje, o la parte de un mensaje, que contiene la orden y los detalles necesarios para una transferencia de fondos...

⁶⁵ Boutin, Gilberto, *Del reconocimiento de la lex mercatoria*, Impresora Panamá, 1998, p. 26.

bora todo un espacio para la aplicación de la *lex mercatoria* como regla consuetudinaria supranacional internacional, al señalar que su aplicación obedece a dos elementos fundamentales: en primer término, debe tratarse de lo que se denomina operaciones neutras, por un lado, y por otro lado, producto de esa relación neutra se genera una norma especial conocida entre las partes y aplicable al caso.

Se entiende por operación neutra en dos sentidos:

- 1) En el sentido que está desvinculado a un ordenamiento jurídico determinado, es decir, que no responde a una ley nacional.
- 2) Dichas operaciones son colmadas por normas específicas de dirección llamadas usos y prácticas bancarias que son asimiladas por el derecho bancario y comercial internacional panameño, sustentado en el artículo 5o. del Código de Comercio de la República de Panamá.

Lo esencial del examen es cuando la Corte entra a calificar varios aspectos fundamentales del caso, como por ejemplo: ¿cuándo se confirman los usos de comercio internacional? Ella misma se responde: cuando verdaderamente no existe una regla especial o una ley especial se acude justamente a esa práctica que llena o completa la norma en examen por los operadores del comercio internacional.

El segundo aspecto es el de saber cuándo estamos frente a una relación jurídica internacional o neutra. La relación jurídica deviene neutra, ya sea porque se desnacionaliza o bien por su carácter de internacionalización máxima, es decir, cuando la relación jurídica contiene elementos de extranjería suficientemente significativos; o bien por la aplicación de normas jurídicas de carácter anacional que permitan gobernar dicha relación. Considerando que las normas apeladas como anacionales son conocidas y garantes de las transacciones u operaciones generadas entre grupos de profesionales, comerciantes, bancarios, reglas que sirven para colmar los vacíos de los códigos internos, así lo interpreta nuestra Sala Civil al señalar que en nuestro país no existe una regla o un conjunto de disposiciones dentro de un código de derecho privado que especifique y regule los contratos bancarios y las operaciones que ellos generen.⁶⁶

⁶⁶ En el caso Banco Exterior de los Andes vs. Banco Cafetero de Panamá, S. A., el demandante había hecho una orden de pago al demandado por un monto de US\$ 140,000.00

En este fallo se contemplan dos elementos connaturales e indisolubles para la aplicación de un derecho mercatorio que se reduce al término poco elegante e impreciso de operación neutra, que no es más que la preexistencia de una relación internacional. Y debe agregarse, finalmente, la existencia de una norma conocida por la práctica profesional del comercio mundial.

V. CONCLUSIÓN

Realmente asistimos a una transformación del derecho comercial. De ello trata la intervención de una *lex mercatoria* producto de la fuerza de los protagonistas del mercado en el dominio de prestación de servicios, bienes o capital en el plano internacional.

Con certeza podemos manifestar que la asimilación y aceptación, la primera por vía jurisprudencial y la segunda dentro de la ratificación de convenios regionales como universales, permiten establecer una lengua franca del profesionales del comercio que con motivo de este nuevo *hábitat* jurídico permite poco a poco la exclusión de las normas positivas nacionales inscritas en los códigos de cada país y orientar un nuevo sistema en el principio de la igualdad jurídica e igualdad del conocimiento de la normativa jurídica.

La jurisprudencia tanto arbitral como judicial derivada del texto de la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, así como la activación de nuestra Convención Interamericana de México de 1994, permiten nivelar los diversos sistemas involucrados en el arte de gobernar la relaciones relativas al intercambio y prosperidad de los diversos países en busca de una *justicia mercatoria* oportuna y adecuada a la naturaleza de las partes.

a favor de la Sociedad Ribiak, S. A., domiciliada en España. La transacción se había efectuado por el intermediario Bankers-Bank New York, encargado de efectuar la transferencia correspondiente al demandado. Poco después de haber dado la orden, el demandante se retractó; la demandante agregó que la banca panameña era responsable de los daños y perjuicios; que la banca española al momento de la recesión enviada por la banca panameña había ejecutado el pago a la sociedad Ribiak, S. A., beneficiaria de la transferencia de los fondos. La controversia se centraba sobre la naturaleza de la orden de pago por el demandado; a este respecto, la banca española señalaba que la orden de transferencia era una especie de mandato irrevocable, enfocado por el Código Civil panameño en el artículo 1400, mientras que la demandada sostenía que se trataba de un simple aviso o de una comunicación previa, basada en la práctica de transferencia electrónica.

UN NUEVO MUNDO JURÍDICO: LA *LEX MERCATORIA* EN AMÉRICA LATINA*

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS**

SUMARIO: I. *La nueva lex mercatoria: perspectivas de análisis.* II. *Una nueva lógica comercial y competitiva en América Latina: el largo camino hacia el mercado.* III. *Identidad estructural de la codificación de derecho de los negocios latinoamericanos.* IV. *Examen de algunas instituciones del derecho de los negocios latinoamericanos.* V. *Interacción de los agentes económicos privados: recepción de la lex mercatoria.*

I. LA NUEVA *LEX MERCATORIA*: PERSPECTIVAS DE ANÁLISIS

1. El actual derecho de los negocios internacionales ha surgido de la práctica de los comerciantes pertenecientes a distintos Estados con diferentes sistemas políticos, económicos y sociales, así como con distintos niveles de desarrollo. En dicha práctica han participado y participan tanto las empresas de los países de economía de mercado como las empresas de comercio exterior de los Estados que aún mantienen un sistema de economía planificada, dando lugar a una suerte de “sociedad internacional de los comerciantes”.¹ Se trata de un grupo social en buena medida autónomo res-

* El texto del presente estudio es un compendio revisado del curso que desarrollé en los meses de abril y mayo de 2004 en la Universidad Paris-II (Pantheon-Assas), por invitación del profesor Bertrand Ancel, a quien expreso desde aquí mi agradecimiento por su generosa acogida.

** Universidad Complutense de Madrid (España).

¹ Goldman, B., “Nouvelles réflexions sur la *lex mercatoria*”, *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 1993, pp. 241-255.

pecto de los Estados, y el hecho de que en su seno, pese a las diferencias entre los diversos sistemas políticos y económicos, haya surgido un nuevo ordenamiento de las relaciones comerciales internacionales, es un factor de primera importancia y una evidencia de la efectividad de un derecho autónomo del comercio, nacido de las propias exigencias de éste, que se ha desarrollado con independencia de los sistemas jurídicos nacionales. No en vano en las décadas pasadas la aceptación de este derecho autónomo de los negocios transnacionales por los Estados capitalistas y socialistas constituyó indudablemente un factor de estabilidad en las relaciones de cooperación pacífica entre los Estados,² y en la hora actual ha adquirido una nueva dimensión en determinadas áreas geográficas, señaladamente en América Latina.

Si lo primario es la realidad social y tras ella viene la norma,³ la verificación de la existencia de un grupo consolidado es esencial para apreciar el contenido de este ordenamiento del tráfico mercantil internacional. Con ello venimos a afirmar que los usos comerciales internacionales,⁴ los contratos-tipo y las condiciones generales,⁵ elaborados por las asociaciones mercantiles profesionales o por organismos internacionales, constituyen las típicas fuentes de expresión de este derecho de producción autónoma que nace y se desenvuelve en los propios medios profesionales del tráfico empresarial internacional y cuya uniformidad no es sino el reflejo de la solidaridad de intereses que une a la referida sociedad. La frenética actividad de los servicios jurídicos de las empresas multinacionales no es ajena a esta evidencia, en la medida en que la utilización de instrumentos jurídicos equivalentes en todos los países donde actúan, concretados en modelos de contrato o en condiciones generales utilizadas en las relaciones con pro-

² Menéndez Menéndez, A., “El derecho mercantil en el siglo XXI”, *Revista Jurídica Española, La Ley*, núm. 2646, 1990.

³ *Cfr.* Díez Picazo, L., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 3a. ed., Barcelona, Ariel, 1993, p. 10.

⁴ Entendidos como el conjunto de prácticas observadas en una rama de actividad determinada, poseen un papel supletorio en la aplicación de las normas transnacionales del comercio (*cfr.* Gaillard, E., “La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international”, *Études offertes à Pierre Bellet*, París, Litec, 1991, p. 216).

⁵ Drobniç, U., “Standard Forms Contracts in International Commercial Transactions”, *Netherlands International Law Review*, vol. 26, 1979, pp. 182-190; *idem*, “Standard Forms and General Conditions in International Trade”, *Duych, German and Uniform Law*, *Hague-Zagreb Essays 4 on the Law of International Trade*, La Haya, Nijhoff, 1983, pp. 117-134.

veedores y clientes, facilita la coordinación de sus actividades y la reducción de costes.⁶ De esta suerte, los usos se producen con la reiteración de determinadas pautas en la conducta de los operadores del comercio que, con el tiempo, son generalmente aceptadas y socialmente exigibles en función de que sobre ellas existe una opinión favorable.⁷

Las soluciones alcanzadas por los propios operadores del tráfico mercantil internacional han cristalizado en un “marco institucional general” (*institutional envinorement*) que se ha gestado en el propio mercado internacional, cuyas ventajas han sido destacadas partiendo de la idea que el mercado es el mecanismo donde se asignan los recursos de manera más eficiente. Y debe ser precisamente ese mecanismo el que diseñe las normas que regulan tal asignación; además, en tanto que la norma de origen estatal se suele considerar ajena al mercado, la creada por los operadores económicos se incardina perfectamente en este último.⁸ De acuerdo con este planteamiento un sistema de normas consuetudinarias cuya evolución es espontánea y se adapta día a día a las necesidades del tráfico, tiende a propagar reglas mucho más eficaces que las que pueden proceder del obrar de los Estados.⁹

2. El derecho común de los comerciantes de la Edad Media se basaba fundamentalmente en la práctica y usos universalmente aceptados por los participantes en el comercio internacional.¹⁰ Posteriormente, durante la etapa de transformación del capital en capital financiero, las grandes firmas comerciales europeas y estadounidenses crearon una suerte de principios de aceptación generalizada tendentes al aseguramiento de sus transacciones: un antecedente de carácter privado de los actuales APPRI’s.¹¹ Mas en el presente,

⁶ Cfr. Miguel Asensio, P. de, “El derecho internacional privado ante la globalización”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2001, t. I, pp. 37-87t., p. 59.

⁷ Un estudio clásico de esta materia es la monografía de Kassis, A., *Théorie générale des usages de commerce*, París, LGDJ, 1984; sin bien este autor niega sustantividad a la denominada nueva *lex mercatoria*.

⁸ Cfr. Garcimartín Alférez, F. J., “El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales: una aproximación económica”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1995-2, vol. XLVII, pp. 11-39, esp. pp. 35 y 36.

⁹ Benson, B. L., “Customary Law as a Social Contract: International Commercial Law”, *Const. Pol. Econ.*, 1992, pp. 1 y ss., esp. pp. 10 y 11.

¹⁰ Castro, F. de, “Las leyes nacionales, la autonomía de la voluntad y los usos en el proyecto de Ley Uniforme sobre la venta”, *Anuario de Derecho Civil*, 1958, pp. 1003-1040.

¹¹ Una práctica derivada de una serie de grandes proyectos internacionales de inversión dirigidos al sector minero, metalúrgico y de infraestructuras como “Rèvere Copper” en Jamaica o “Alcan” en Guayana. Véase el interesante estudio histórico de Ganem,

la nueva *lex mercatoria* se caracteriza por dos circunstancias de distinto signo.¹² De un lado, por ser tributaria de los ordenamientos jurídicos estatales absorbiendo muchas de sus normas y utilizando su fuerza coercitiva.¹³ De otro lado, por el hecho de que sus fuentes poseen un carácter marcadamente “internacional”. Conviene por ello separar adecuadamente dos aspectos distintos a partir de los cuales se ha producido una manifiesta imprecisión en relación con el contenido de las “fuentes” de este ordenamiento productora de una larga polémica, más académica que real,¹⁴ que ha tenido cierto reflejo en la doctrina latinoamericana.¹⁵

Nos referimos, en primer término, a la denominada “legislación mercantil internacional”, constituida por un amplio número de tratados internacionales, a los que se unen unas técnicas normativas o de autointegración de nueva generación (los principios generales del comercio internacional, los *restate-ments of law*, los códigos de conducta, las convenciones internacionales aún no vigentes, las leyes modelo, los laudos arbitrales, la equidad,¹⁶ etcétera) conformadoras de un “derecho uniforme” del comercio internacional que incluye, preferentemente, las siguientes materias: compraventa mercantil internacional, pagos internacionales, transporte, derechos de propiedad intelectual e industrial, etcétera. También debe incluirse dentro de esta dimensión a la práctica de los comerciantes productora de “normas materiales comunes” que son codificadas a través de los cauces apuntados. Son, por tanto, los Estados quienes las recogen y formulan, incorporándolas a su

P.-H., *Sécurisation contramuelle des investissements internationaux. Grans projets mines, énergie, métallurgie, infrastructures*, Bruselas, Bruylant, 1998, pp. 912.

¹² Este apartado se desarrolla en mi monografía, *Ius mercatorum. Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Madrid, Consejo General del Notariado, 2003, pp. 80 y ss.

¹³ Cfr. este fenómeno de “vampirización” en Loquin, E., “Où en est la *lex mercatoria*”, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, París, Litec, 2000, p. 27.

¹⁴ Wilkinson, V. L. D., “The New *lex mercatoria*: Reality or Academic Fantasy?”, *J. Int. Arbitration*, t. 12, 1995, pp. 103 y ss. Interesa destacar la lúcida nota de Juenguer, F. K., “American Conflicts Scholarship and the New Law Merchant”, *Vanderbilt J. T. L.*, vol. 28, 1995, pp. 487-501.

¹⁵ 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, pp. 256-286.

¹⁶ Goode, R., “Usage and its Reception in Transnational Law”, *ICLQ*, vol. 46, 1997, pp. 25 y 26.

orden jurídico interno a través de este procedimiento. Así concebida la *lex mercatoria*, constituye un instrumento esencial en la elaboración de convenios internacionales y normas internas en la reglamentación del tráfico mercantil internacional.

Más, en segundo lugar, lo que constituye propiamente la “nueva *lex mercatoria*” no es otra cosa que un conjunto de reglas de comportamiento y cláusulas de interpretación uniformes y típicas que se propagan de manera constante y reiterada en el comercio internacional y que son asumidas por los particulares en virtud de la existencia de una convicción de su carácter vinculante. Se trata de lo que genéricamente se califica de “usos y costumbres del comercio internacional”, pero que, en un análisis más detenido, comprende fundamentalmente los llamados “términos comerciales uniformes”, las “condiciones generales de venta” aceptadas en ciertos sectores del comercio internacional, los “contratos tipo” para la venta de ciertos productos, etcétera... Nos hallamos, pues, ante una serie de técnicas de unificación jurídica que prescindiendo de los Estados inciden de manera directa en la reglamentación de las transacciones comerciales internacionales,¹⁷ y que están protagonizadas por los actores directos del comercio internacional. Tales técnicas han dado como resultado una reglamentación “paralegal”, que suele limitarse a las relaciones internacionales marginando las puramente internas y que ofrece un carácter material con exclusión de soluciones conflictuales. Ni qué decir tiene que debe tomarse muy en cuenta la contribución de los árbitros a la formación de la *lex mercatoria* al fundamentar sus soluciones en los usos de comercio internacional contribuyendo, de ese modo, a ponerlos de manifiesto por medio de los denominados principios generales de las obligaciones generalmente aplicables en el comercio internacional.¹⁸ Se alude así a la presunción de la competencia profesional de las partes, a la obligación para el acreedor de una obligación inejecutada de minimizar su perjuicio, a la vigencia del principio *pacta sunt servanda*, a la presunción, en ausencia de acción, de renuncia a las sanciones contractuales, al deber de cooperación de las partes...¹⁹ por no

¹⁷ Rosett, A., “Unification, Harmonization, Restatement, Codification and Reform in International Commercial Law”, *AJCL*, vol. 40, 1992, pp. 683-697 y 695.

¹⁸ Véase el apartado relativo a la ley aplicada por los árbitros, de mi estudio “*Lex mercatoria* y autonomía conflictual”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2004, t. IV, pp. 35-78, esp. pp. 40-53.

¹⁹ Derains, Y., *Jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional*, Madrid, Corte Española de Arbitraje, 1985, pp. 53-59.

aludir al principio de la buena fe presente en el polémico laudo “Norsolor”²⁰ o en el laudo parcial “Valenciana”.²¹

3. En orden a su valor normativo, existe un serio intento doctrinal de consolidar esa “amalgama de ‘reglas del juego’ y de ‘fuentes materiales’ en la línea de un verdadero ‘ordenamiento supraestatal’, basado en su ‘auti-juricidad’ frente a los ordenamientos nacionales”²² llegándose a considerar que la nueva *lex mercatoria* es un derecho de jaez típicamente consuetudinario, como lo era la vieja *lex mercatoria* de los comerciantes de la Edad Media:²³ la *lex mercatoria*, derecho a-nacional o tercer derecho.²⁴ Desde esta perspectiva, el análisis parte de una consideración menos pragmática y más teórica, que pone en acento en que las necesidades del comercio internacional exigen la aplicación de un ordenamiento neutral. Ello se evidencia en los procesos de reproducción y de estandarización en virtud de los cuales las cláusulas de los contratos internacionales más importantes, cuidadosamente redactadas para evitar cualquier vinculación con los derechos nacionales, que sirven de modelo para las grandes categorías que presiden la contratación internacional. Y es a partir de este examen empírico cuando surgen, según esta posición, una multitud de normas de carácter anacional; lo que lleva a justificar la legitimidad de la *lex mercatoria* como derecho objetivo cuyo reconocimiento por parte de los Estados no sólo no plantea inconvenientes, sino que es algo aconsejable para que éstos puedan ejercitar el oportuno control en beneficio de la justicia entre las partes.²⁵

Con independencia de las virtudes o de los inconvenientes expresados, es innegable que la nueva *lex mercatoria*, enriquecida, perfeccionada y conso-

²⁰ Sentencia arbitral del Tribunal de arbitraje de la CCI del 26 de octubre de 1979, Asunto 3131 (“Pabalk Ticaret Lid. C. Société Norsolor”), Gonzalez Campos, J. D. y Fernández Rozas, J. C., *Derecho internacional privado español. Textos y materiales*, 2a. ed., Madrid, FDUCM, 1992, vol. I, pp. 808-817.

²¹ Sentencia arbitral parcial del Tribunal de arbitraje de la CCI del 1o. de septiembre de 1988 (“Primary Coal c. Compañía Valenciana de Cementos Portland”), *Rev. Arb.*, 1990, pp. 701-712.

²² Virgós Soriano, M., voz “*Lex mercatoria*”, *EJC*, t. III, p. 3992.

²³ Berman, H. y Dasser, F., “The ‘New’ Law Merchant and the ‘Old’: Sources, Content, and Legitimacy”, E. Carbonneau (dir.), *Lex Mercatoria and Arbitration*, Dobb Ferry, Nueva York, Juris Publ.-Kluwer, 1990, pp. 53-70.

²⁴ Pellet, A., “La *lex mercatoria* «tiers ordre juridique»? Remarques ingénues d’un internationalista de droit public”, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle. Mélanges en l’honneur de Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2000, pp. 53-74.

²⁵ Véase, por todos, la tesis de habilitación de Stein, U., *Lex mercatoria: Realität und Theorie*, Frankfurt, Vittorio Klostermann, 1995.

lidada con sus usos y costumbres particulares, se proyecta hacia el futuro sustentada en un derecho espontáneo, autónomo y uniforme que tiende de manera natural a alejarse de las regulaciones estatales, intentando de esta manera dar solución definitiva a los nuevos conflictos del comercio internacional con el recurso para ello al arbitraje como el método más apropiado para el efecto.²⁶

II. UNA NUEVA LÓGICA COMERCIAL Y COMPETITIVA EN AMÉRICA LATINA: EL LARGO CAMINO HACIA EL MERCADO

1. *Consecuencias de la apertura y de la liberalización del comercio y de la inversión internacional*

4. A finales de los años setenta y principios de los ochenta irrumpió en algunos países de América Latina una nueva lógica comercial que trajo consigo una evolución muy importante en los ámbitos político, económico y jurídico. El progreso tecnológico, la especialización de las unidades productivas, la cualificación creciente de los salarios y la automatización del esfuerzo físico fueron instrumentos de una racionalidad que procuraba sustituir la gestión estatal, concentrada de los recursos productivos, por una gestión más dinámica y descentralizada. Frente al proteccionismo que había dominado el periodo anterior la apertura comercial supuso un verdadero dogma en América Latina con sus inevitables secuelas: desmantelamiento progresivo de los aranceles y de las barreras no arancelarias, exposición a la competencia internacional de la industria y de la agricultura y aceptación del libre comercio con un frenesí digno de cualquier neófito, con las consiguientes secuelas negativas como el alto desempleo por lo precipitado del proceso.²⁷ En la actualidad, la apertura comercial mundial, la globalización y los tratados de libre comercio, han encontrado en un nu-

²⁶ Orrego Vicuña, F., “El arbitraje en un nuevo sistema internacional de solución alternativa de controversias”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, t. IV, 2004, pp. 439-456.

²⁷ Baste comprobar la situación que vivió México tras su ingreso en el GATT el 31 de diciembre de 1985. Véase Ten Kate, A. y Mateo Venturini, F., “Apertura comercial y estructura de la protección en México”, *Comercio Exterior*, vol. 39, 1989, pp. 497 y ss.

meroso grupo de países del hemisferio un campo fértil para el desarrollo de estas tendencias en un ambiente no siempre pacífico.

Con la apertura al comercio internacional, la economía de muchos países de América Latina se ha pasado, a partir del fenómeno de la privatización de muchas empresas, a una política marcadamente liberal, excepto en los sectores reservados en exclusiva al Estado. En la misma línea, en los últimos años se han realizado diversas modificaciones legales y de desregulación administrativa con el fin de atraer capitales productivos externos y aumentar así la oferta y la calidad de los empleos, incrementar las exportaciones y mejorar las condiciones para la efectiva transferencia de tecnología. Desde la perspectiva jurídica, la adaptación a la globalización y al comercio internacional de las transacciones privadas ha repercutido en la modificación y simplificación de centenares de leyes en un intento de eliminar las barreras que dificultan el desarrollo del comercio. Fundamentalmente leyes de transferencia de tecnología, de marcas y patentes y de inversión extranjera. Los códigos de comercio y, en particular, las disposiciones relativas al arbitraje comercial, también fueron modernizados con el fin de inspirar mayor confianza a los inversionistas extranjeros en materia de solución de controversias. El ejemplo de México ha sido paradigmático. Se trata, como pusiera de relieve L. Pereznieto Castro, de

un país de transición: después de permanecer cerrado al exterior durante casi 80 años, debió abrirse y emprender su camino hacia la modernidad. Este profundo cambio se gesta como una revolución silenciosa en todos los rincones de la sociedad mexicana. Algo parecido ocurre en gran parte de los países latinoamericanos. Se trata de una transición que, al menos en México, llevará 15 o 20 años más, tomando como punto de comparación el tiempo que tardó la transición en un país como España...²⁸

La creciente interdependencia económica y la globalización de la economía han llevado a la mayoría de los gobiernos de América Latina a implementar programas de creciente liberalización de la economía y a una aceleración de los procesos de creación de áreas de libre comercio. Este fenómeno es paralelo a un paulatino abandono de la postura tradicionalmente reticente y desconfiada hacia el comercio internacional protagonizado por las grandes

²⁸ Pereznieto Castro, L., *Derecho internacional privado. Parte general*, 8a. ed., México, Oxford, 2003.

multinacionales. Se trata de canalizar su conducta dentro de un marco jurídico que permita controlar el abuso y la expropiación, pero que al mismo tiempo otorgue las garantías necesarias para obtener un margen razonable de rentabilidad y seguridad jurídica. Sobre estas bases, puede afirmarse que existe un creciente interés por parte de América Latina en incorporarse a los procesos de integración jurídica en marcha y que la era de las reticencias surgidas de una incomprensida noción de soberanía está avanzando, no sin dificultades,²⁹ en favor de una aproximación más pragmática acerca del papel que juegan estos países en el comercio internacional.

5. Esta última cuestión nos conduce a los recientes arbitrajes que involucran a Estados latinoamericanos con inversores extranjeros. La Convención de arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados hecha en Washington el 18 de marzo de 1965, y la entidad creada bajo su amparo: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), ha resultado crucial en el campo de la resolución de controversias sobre inversiones extranjeras. La referida convención se elaboró como un complemento necesario para fomentar la inversión extranjera en países en vías de desarrollo, como es el caso de los países latinoamericanos, dotando al inversionista extranjero de un mecanismo de resolución de diferencias más flexible y rápido que el de recurrir a la justicia ordinaria del Estado receptor. Se trataba de garantizar la existencia de un foro neutral y, al mismo tiempo, confiable para el propio Estado contratista. Con posterioridad, se crearon además nuevas normas para la administración de controversias que se encontrasen fuera del ámbito de la referida convención y cuya aplicación las partes podrían voluntariamente acordar, que fueron adoptadas por el Consejo Administrativo del CIADI el 27 de septiembre de 1978, y son conocidas como el “Mecanismo Complementario”. En su virtud, el secretariado del Centro ha sido autorizado para que administre, a solicitud de las partes interesadas, ciertos procedimientos entre Estados y nacionales de otros Estados que están fuera del alcance de la Convención de 1965.³⁰

²⁹ Cfr. Las luces y sombras desarrolladas en el acontecer mexicano de los últimos quince años en Perezniето Castro, L., “Notas sobre el derecho internacional privado mexicano actual”, *Avances del derecho internacional privado en América Latina...*, cit., nota 28, p. 155.

³⁰ Álvarez Ávila, G., “Las características del arbitraje del CIADI”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. II, 2002, pp. 2005-2029.

En cualquier caso, la influencia de dicha convención ha sido innegable en América Latina, si se considera que la reticencia inicial a su ratificación ha quedado claramente atrás, y hoy ya hay más de quince países latinoamericanos que se han incorporado a la misma. Pero su importancia resulta todavía más evidente si se analiza el enorme crecimiento del número de casos arbitrales concluidos o actualmente promovidos ante el CIADI que involucran al menos una parte latinoamericana, lo cual revela la aplicación real y práctica de dicha convención a controversias que implican a países del continente,³¹ y la aparición de un nuevo patrimonio jurídico adaptado a la región con el establecimiento de reglas específicas como la limitación de los costes de la reparación en caso de expropiación.³² Por eso, la labor futura del CIADI es extremadamente delicada para generar una confianza en su mecanismo de arreglo de controversias que empieza a ser objeto de ciertas críticas desde la posición particular de los países receptores de la inversión extranjera.³³

Por último, la selección del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias de contenido económico que conciernen a uno o más Estados latinoamericanos también se ha evidenciado en otros acuerdos y convenciones de ámbito regional y subregional como es el caso del TLCAN, del Mercosur y del Pacto Andino. Lo mismo ha acontecido en acuerdos bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones (APRI's),

³¹ Es elocuente la práctica relacionada con Argentina: “Compañía de Aguas del Aconquija S. A. y Vivendi Universal (Compagnie Générale des Eaux) c. República Argentina”, caso ARB/97/3; “Lanco International Inc. c. República Argentina”, caso ARB/97/6; “Houston Industries Energy Inc. y otros c. República Argentina”, caso ARB/98/1; “Movil Argentina S. A. c. República Argentina”, caso ARB/99/1; “Empresa Nacional de Electricidad S. A. (Chile) c. República Argentina”, caso ARB/99/4; “CMS Gas Transmission Company c. República Argentina”, caso ARB/01/8; “LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. c. República Argentina”, caso ARB/02/1; “Azurix Corp. c. República Argentina”, caso ARB/01/12; “Enron Corporation and Ponderosa Assets, L. P. c. República Argentina”, caso ARB/01/3; “Siemens A. G. c. República Argentina”, caso ARB/02/8; “Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España”, caso ARB/97/7.

³² Véase, por ejemplo el laudo arbitral del 9 de mayo de 2003 en el asunto “Técnicas Medioambientales Tecmed, S. A. c. Estados Unidos Mexicanos” (caso ARB(af)/00/2), *ICSID Rev.*, núm. 19, 2004, pp. 158 y ss.; *ILM*, vol. 43, 2004, pp. 133 y ss.

³³ Graham, J. A., “¿Dónde se queda la legítima expectativa de los Estados en los arbitrajes sobre inversión extranjera?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional Privado*, núm. 15, 2004, pp. 147-165; Pallarés, B., “Los tratados de promoción y protección de inversiones en el derecho argentino. Un esquema de trabajo”, pp. 179-183.

que frecuentemente refieren a las partes, bajo expresas cláusulas arbitrales, a arbitraje bajo los auspicios del CIADI o a arbitraje *ad hoc* con sujeción a las reglas de la Ley Modelo Uncitral. Como consecuencia de ello, el arbitraje también ha experimentado un notable crecimiento en este sector.

6. Las políticas liberalizadoras del comercio y de la competencia han encontrado, en el contexto que estamos describiendo, un importante desarrollo en América Latina. Se trata de actuaciones complementarias aunque existe una diferencia decisiva entre ambas. En tanto que la primera posee una dimensión esencialmente pública, la política de la competencia actúa sobre restricciones al comercio y a los mercados por parte de las empresas. Una liberalización comercial puede verse frustrada por deficiencias en la aplicación de la política de la competencia y, por otra parte, instrumentos de la política comercial (aranceles, cuotas y otras formas desprotección) pueden restringir la competencia y sustraer a los consumidores y a las empresas importantes beneficios. Si a escala nacional los monopolios producen una transferencia de los consumidores a los productores, disminuyendo el volumen de comercio, lo mismo ocurre en el plano internacional. La competencia en los mercados domésticos promueve la competitividad internacional de las empresas. El derecho de la competencia es *prima facie* un derecho nacional; sin embargo, su aplicación se ha ido extendiendo progresivamente a escala regional como evidencia la situación existente en la Unión Europea. El hecho de que algunos Estados de América Latina no dispongan de leyes de la competencia, que existan exenciones a dichas leyes y que en algunos países estas leyes no se apliquen con todo rigor permite que exista, a escala internacional, una actividad anticompetitiva que distorsiona el comercio internacional.

Las políticas de promoción a la competencia en los países latinoamericanos, son un fenómeno reciente, sobre todo si se comparan con las primeras leyes antimonopolios que se dictaron hacia fines del siglo XIX, concretamente en Canadá (1889), y los Estados Unidos de América (1890). En el periodo comprendido entre las décadas de los años cincuenta y la de los años ochenta, la orientación de la política económica fue la de promoción de la industria local a través de medidas de política comercial e industrial. Ello condujo a una intervención gubernamental intensa, que dio lugar a estructuras de mercado concentradas y poco competitivas, pues, como consecuencia de la alta intervención gubernamental, se disminuyeron considerablemente los incentivos para realizar esfuerzos dirigidos a la innovación.

Con la llegada de un nuevo conjunto de principios, basados en el desarrollo de sistemas económicos fundamentados en la libertad de empresa de los individuos y no de la actividad llevada a cabo por medio de organismos dependientes del Estado, se hizo necesario establecer un conjunto de políticas, normas e instituciones que promovieran e incentivaran la capacidad de innovación empresarial.

De esta suerte, la relación entre el Estado y el mercado en América Latina ha experimentado cambios muy importantes derivados del proceso de reformas económicas impulsadas en las últimas décadas. Esas reformas han producido resultados en términos de estabilidad macroeconómica, creando un ambiente más propicio para la inversión. También se puede vislumbrar la apertura al mercado de sectores enteros de la actividad productiva, antes dominados por monopolios estatales ineficientes. Sin embargo, no todos los países del hemisferio cuentan con leyes de competencia y algunos, incluso, ni están en el proceso de tenerlas. Hay proyectos de regulación de la competencia en elaboración o discusión en Ecuador, Paraguay, República Dominicana, Guatemala, El Salvador, Nicaragua, Barbados y Trinidad y Tobago. Otros Estados que cuentan con instrumentos de defensa de la competencia, como Brasil,³⁴ Colombia,³⁵ Venezuela y Uruguay, están tramitando nuevos proyectos para mejorarlos. Por último, existe un grupo de Estados que cuentan no sólo con leyes de competencia, sino que poseen organismos específicos de protección del mercado: Argentina,³⁶

³⁴ En Brasil existe el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE) que es una entidad creada por la Ley 4.137, de 1962 y transformada por la Ley 8.884, de 1994. Véase, Magalhães, J. C., “As leis da concorrência e a globalização. A competência extra-territorial do CADE”, *Avances del derecho internacional privado en América Latina...*, cit., nota 15, pp. 365-378.

³⁵ En Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio es un organismo de carácter técnico, cuya actividad está orientada a fortalecer los procesos de desarrollo empresarial y los niveles de satisfacción del consumidor colombiano; dentro del esquema que plantea la Constitución Política de Colombia y el contexto económico. Dentro de las funciones de la Superintendencia investiga, corrige y sanciona las prácticas comerciales restrictivas de la competencia y la competencia desleal.

³⁶ Argentina promulgó una ley antimonopolio en 1919 que no fue aplicada durante décadas, posteriormente el proceso de liberalización económica dio como resultado la Ley 22262 (1980), con el nombramiento de una Comisión Nacional de Defensa de la Competencia; esta Ley ha sido modificada por la Ley 25156 (1999) y por el Decreto 89/2001.

Chile,³⁷ Perú,³⁸ Panamá, Costa Rica,³⁹ México⁴⁰ y Jamaica. Ciertamente, aunque en los años noventa se avanzó mucho, los grandes desafíos permanecen y están condicionados por las posibilidades reales de aplicar las leyes de defensa de la competencia, coordinar su acción con los reguladores y disponer de unos funcionarios preparados con unos recursos financieros acordes. No se trata de aplicar en América Latina, a través de un simple mimetismo, los modelos de los países desarrollados; por el contrario, los países de esta área geográfica han de resolver sus problemas con sistemas diseñados para sus necesidades, y ese proceso puede facilitarles un buen entendimiento de las experiencias de los otros países. La visión tradicional de la política de competencia se sitúa en el contexto de la aplicación de medidas antimonopolios, provenientes, fundamentalmente, del derecho estadounidense y del derecho comunitario europeo. Esta concepción ha sido la fuente inspiradora para el diseño de política de competencia en muchos países en vías de desarrollo y es, indudablemente, una fuente de experien-

³⁷ En Chile el sistema de protección de la competencia en los mercados está integrado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Fiscalía Nacional Económica. El Decreto ley 211 (1973) constituye el marco jurídico de este sistema, el que fue recientemente modificado por la Ley 19.911.

³⁸ En Perú fue creado en noviembre de 1992 el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), que entre sus funciones está la de promover y garantizar la leal competencia, los derechos de los consumidores y la propiedad intelectual, propiciando el buen funcionamiento del mercado, a través de la excelencia y calidad de su personal. Araujo Morales, C. J., "El rol de Indecopi en la sociedad peruana", *Revista Jurídica Cajamarca*, año II, núm. 3, 2001, <http://www.ceif.galeon.com/REVISTA3/indecop.htm>.

³⁹ El Estado costarricense tomó la oportuna decisión de ampliar sus espacios y horizontes mediante la adopción y transformación de instrumentos administrativos y jurídicos tendentes a la tutela y defensa de la competencia y los derechos del consumidor. En enero de 1995 entró en vigor la "Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor", número 7472.

⁴⁰ El objeto de la Ley Federal de Competencia Económica es proteger el proceso de competencia y libre concurrencia mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopolistas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados. Se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* del 24 de diciembre de 1992, y entró en vigor el 22 de junio de 1993. En dicha Ley se creó a la Comisión Federal de Competencia (CFC). Su alcance es de observancia general en todo el territorio nacional, aplicable a todas las áreas de actividad económica y a todos los agentes económicos tanto públicos como privados, personas morales o físicas (artículos 1o. y 3o. LFCE). Véase Perezniño Castro, L. y Guerrero Serreau, R. R., *Derecho de la competencia económica*, México, Oxford University Press, 2002.

cias que debe ser tomada en cuenta. No obstante, tal posibilidad posee límites evidentes, en primer lugar, porque cada sociedad cuenta con sus propias características y problemas y, en segundo lugar, porque las políticas aplicadas en otros países, aunque sea en los más desarrollados, obedece a sus propias realidades económicas e institucionales. Los países latinoamericanos comenzaron su esforzada transición hacia una economía menos controlada cuando algunos países del cono sur emprendieron sus programas de liberalización con cierto éxito. Debido a la larga historia de proteccionismo que ha caracterizado la estrategia económica de la región, la promoción de la competencia en estos países se convirtió en una tarea mucho más amplia y compleja que la simple aplicación de una ley antimonopolio.

2. Incidencia de los procesos de integración económica

7. Los países de América Latina se encuentran en una serie de procesos de integración económica aún sin consolidación, pero que desde la perspectiva de las relaciones comerciales han dado lugar a resultados de carácter irreversible. La integración económica con otros Estados de la región sobre las bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional es un postulado que figura en muchos textos constitucionales.⁴¹ Precisamente el desarrollo del derecho de los negocios internacionales se mueve en esta dirección al permitir a los particulares, situados en diferentes Estados, la comercialización de bienes, lo cual redundaría en la calidad de vida de los habitantes de los países donde están establecidas las partes que realizan dichos negocios. Aun cuando la integración económica latinoamericana sigue siendo un fenómeno expansivo, todavía es prematuro hablar de un derecho comunitario latinoamericano. Pasará mucho tiempo hasta que comiencen a adoptarse directrices de carácter supranacional con la debida dosis de preeminencia jerárquica y aplicación directa por los tribunales nacionales que permitan uniformar instituciones básicas del derecho comercial. La desintegración política de muchas repúblicas latinoamericanas y la falta de una sólida integración económica explica en gran medida la razón del fracaso de muchos intentos de adoptar un derecho privado uniforme, a pesar de las tradiciones y fuentes comunes que facilitarían esta labor. Deben tenerse en cuenta, asimismo, otros

⁴¹ Véase por ejemplo, el artículo 150, núm. 16, de la Constitución de Colombia.

factores situados en gran medida al subdesarrollo económico que se traducen en carencias en lo que se refiere a medios de comunicación y transporte que dificultan un mayor acercamiento entre los ordenamientos jurídicos latinoamericanos.

Frente a las expectativas que se produjeron en los años sesenta y los desarrollos practicados los últimos veinte años, la hora actual muestra con nitidez como los intentos de integración han experimentado insistentes crisis y marcados estancamientos. Por esa razón, R. R. se buscan salidas nuevas que, sin arrinconar por entero los procesos tradicionales, aporten soluciones más inmediatas y realistas. El mero establecimiento de áreas de libre comercio o estructuras muy primarias de uniones aduaneras parece que no es el instrumento adecuado para una verdadera integración si éstas no vienen acompañadas de acciones coordinadas de política exterior por parte del grupo y del desarrollo de los procesos productivos en el interior de la región considerada. Más parece que estamos ante procesos formales de integración que ante instrumentos útiles. Baste retener que los modelos de integración se han mostrado del todo insuficientes para resolver cuestiones puntuales, como, por ejemplo, los problemas planteados por la baja de los precios de las materias primas, la pobreza o el desempleo. Incluso el Mercosur, que es el abanderado del proceso tras haber emprendido el camino hacia el establecimiento de un arancel aduanero común, refleja el ambiente descrito, como se ha demostrado en la “crisis del calzado” entre Argentina y Brasil.

8. Pese a lo anterior, la integración de las economías de América Latina es una aspiración que comenzó a manifestarse en la década de los cincuenta y a ponerse en práctica en la de los sesenta a partir de un postulado de base: que la integración es una vía de solución para los problemas económicos por todo lo que contribuye a reforzar un poder único de negociación frente a los países más desarrollados en el marco del comercio internacional. Se trata de propiciar la aparición de un “nuevo actor” en el comercio internacional reconocido por su potencial y participación efectiva por la comunidad internacional. Las condiciones de estabilidad política y económica de los últimos años, así como la adopción de nuevos modelos de regionalismo abierto, han permitido avances significativos. En efecto, dentro del contexto de la denominada globalización, América Latina pasó, acaso de manera traumática, de una etapa intervencionista, de marcado matiz nacionalista, a un marco claramente neoliberal, con una reducción del papel del Estado y sus

consiguientes secuelas: la disminución del gasto público y la privatización del proceso productivo y de servicios. La Comunidad Andina, Mercosur, el Mercado Común Centroamericano y la Comunidad del Caribe están perfeccionando uniones aduaneras. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) vincula a México con Estados Unidos y Canadá, la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), la Asociación de Estados del Caribe (Caricom) y los acuerdos entre naciones complementan este panorama. Adicionalmente está planteada la formación de un Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) de alcance hemisférico.

Partiendo del dato de que el proceso de integración que se ha desarrollado en Europa no es un paradigma exportable a otras experiencias de integración regional, resulta obligada una referencia muy somera a las realizaciones acaecidas en el marco de los modelos de integración económica latinoamericanos. Y cuando se acomete una empresa de este tipo surge pronto un lugar común: la afirmación de que “la integración jurídica ha ido muy delante de la integración económica”.⁴² Se trata, en efecto, de dos procesos que no han tenido, hasta tiempos recientes, puntos de contacto significativos aunque se ha intentado con ahínco la identificación de los parámetros que justifican la repercusión de los intentos integradores americanos sobre el derecho de los negocios el proceso de integración que se ha desarrollado en Europa como paradigma exportable a otras experiencias.⁴³ El proceso de integración en el marco latinoamericano es aún muy incipiente y por ello el nivel de unificación en materia mercantil empieza sólo a dar sus frutos con la renuncia de los Estados participantes a parte de su soberanía.⁴⁴ Ahora bien, realidades como el Mercosur o el TLCAN son incontrovertibles demostrando la voluntad de América Latina de insertarse en el contexto mundial, ejemplificando el cambio de mentalidad en las relaciones entre los países de América proclives a lograr la

⁴² Fernández Arroyo, D. P., *La codificación del derecho internacional privado en América Latina*, Madrid, Eurolex, 1994, p. 268.

⁴³ Mereminskaya, E., “Impactos de la integración económica en la aplicación del derecho privado”, *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. 15, 2005, pp. 59-73, http://www.scielo.cl/cielo.php?pid=SO718-09502003000200003&script=sci_art-text&tlng=es.

⁴⁴ Véase Fernández Rozas, J. C., “Los modelos de integración en América Latina y el Caribe y el Derecho internacional privado”, *Actas de las XVIII Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Cáceres*, Madrid, BOE, 2000, pp. 127-177.

tradicional integración latinoamericana⁴⁵ o de adaptarse a otras culturas jurídicas existentes.⁴⁶

Como corolario, puede afirmarse que en todo el continente americano existe una fuerte tendencia a constituir espacios económicos integrados, lo cual comporta importantes consecuencias no sólo para el desarrollo económico y la elevación de los niveles de renta de las áreas implicadas, sino para las relaciones del tráfico privado externo. Si atendemos a las dos experiencias más notables, este fenómeno es perceptible en el TLCAN, sobre todo en el ámbito de las operaciones de comercio “intracomunitario” y en el del arbitraje comercial.⁴⁷ Sin embargo, con toda la importancia que ya tiene y que previsiblemente se acrecentará en el futuro, las relaciones de integración económica y el desarrollo de un derecho unificado de los negocios no poseen hoy por hoy términos comparativos a la situación de la Unión Europea.

⁴⁵ El Mercosur, por ejemplo, cuenta instrumentos válidos para llevar a cabo una armonización de las legislaciones mercantiles a nivel regional, lo que podría llegar a formar un *corpus iuris* homogéneo y cuasiequivalente a un moderno proceso de codificación a nivel supranacional. Si acudimos al Tratado de Asunción, encontramos de manera expresa el compromiso asumido por los Estados parte de armonizar las legislaciones en las áreas pertinentes para lograr el fortalecimiento del proceso de integración (artículo 1o.) que contó con un importante desarrollo con ocasión de la labor desarrollada por la “Reunión de Ministros de Justicia”, creada por decisión núm. 8, del Consejo Mercado Común dictada en Brasilia en diciembre de 1991, cuya actividad ha sido encaminada a brindar un marco común para la cooperación jurídica proporcionando una importante elaboración en áreas del derecho internacional privado y al derecho de los negocios internacionales. En esta línea el Mercosur ha desarrollado una serie de instrumentos relativos directa o indirectamente a la materia que nos ocupa, en concreto, el Protocolo de las Leñas sobre cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa (1992), el Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual (1994), el Protocolo de medidas cautelares (1994) y el Tratado de arbitraje comercial Mercosur (Albornoz, J., “El arbitraje en el derecho internacional privado y el Mercosur «con especial referencia a los acuerdos de arbitraje del 23 de julio de 1998»”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XV, 1999, pp. 15-45; Lee, J. B., “L’arbitrage dans le Mercosur: l’Accord de Buenos Aires de 1998”, *Rev. Arb.*, 2004, pp. 565-583).

⁴⁶ López-Ayllón S. y Thomas, J. C., “El capítulo XIX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte: desafíos en la interpretación de los tratados internacionales y en la reconciliación del *civil law* y el *common law* en la zona de libre comercio”, *Revista de Derecho Privado*, México, vol. 6, núm. 20, 1996, pp. 37-82.

⁴⁷ Pereznieta Castro, L., “El panorama del derecho internacional privado en materia comercial en México en los umbrales del siglo XXI”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, núm. especial, 2000, pp. 174-178.

3. *Recepción de tratados internacionales de carácter mercantil*

9. Desde los inicios de la OEA, los Estados americanos han reafirmado que la mayor contribución a la paz es el respeto al derecho internacional público. Por eso, la Carta de la Organización dispone que “el derecho internacional es norma de conducta de los Estados en sus relaciones recíprocas”, y que el orden internacional está constituido, entre otros, “por el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes de derecho internacional”. Entre las materias seleccionadas para la codificación, en el ámbito interamericano pueden reseñarse las relativas a tratados contenidas en la Convención sobre Tratados de La Habana en 1928 y las normas sobre reservas, que luego fueron recogidas tanto por la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia como por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. A partir de aquí, la vocación hacia la aplicación prioritaria de los tratados internacionales de derecho patrimonial, tanto de carácter material como de derecho internacional privado, está presente en la mayor parte de los sistemas latinoamericanos, señaladamente en los Estados que son miembros de foros internacionales de codificación como la Uncitral, el Unidroit, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado o la CIDIP. Una vocación respaldada por la prioritaria aceptación de la concepción “monista” en orden a la incorporación de los tratados al orden jurídico interno.⁴⁸ Asimismo, con excepciones muy puntuales como la de Bolivia, dichos Estados son parte del Convenio de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, lo que provoca una cierta unicidad en este sector, pese a su inherente limitación. Incluso en el marco de la CIDIP existe una referencia expresa a la aplicación de las normas de conflicto, lo cual posee un efecto didáctico que se dirige preferentemente al juzgador. No en vano el artículo 1o. de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado de 1979 establece que la “determinación de la norma jurídica

⁴⁸ Véase el detallado estudio comparado de las modalidades con que los distintos sistemas constitucionales de América Latina se enfrentan a la incorporación de las normas convencionales en Villarroel Villarroel, D., *Derecho de los tratados en las Constituciones de América*, México, Porrúa, 2004, pp. 316-370. Una referencia concreta al sistema mexicano y un estudio de la jurisprudencia en la materia se recoge en un estudio de obligada referencia de Pereznieto Castro, L., “El artículo 133 constitucional: una relectura”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 25, 1995-II, pp. 267 y ss.

aplicable para regir situaciones vinculadas con el derecho extranjero se sujetará a lo establecido en esta Convención y demás Convenciones internacionales suscritas o que se suscriban en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados partes”. Y a continuación añade que, en defecto de tratado, “los Estados partes aplicarán las reglas de conflicto de su derecho interno”. Se otorga así un carácter supletorio al derecho internacional privado elaborado por el Estado, por esto las modificaciones más notables producidas en los sistemas estatales implicados en los procesos de integración no pueden ser estudiadas sin tener en cuenta la multiplicación conjunta de convenios internacionales.

En la actualidad, el proceso de integración jurídica de América Latina, por lo que respecta al derecho de los negocios internacionales, descansa en tratados internacionales, y respecto a los mismos se registran notables discrepancias en el área. Existen en la comunidad latinoamericana modelos en los que los problemas de interacción de procedimientos de producción normativa son muy similares, a partir de la coexistencia entre los códigos civiles y de comercio, en sus distintas versiones y la reglamentación de origen convencional. El caso más significativo es el de México, que, frente a un dilatado periodo de oposición al régimen convencional en la regulación de las cuestiones del tráfico privado externo, inició a partir de 1975 una política de incorporación a tratados internacionales, preferentemente de carácter multilateral, que ha planteado en este país numerosos problemas de interacción con el orden jurídico interno, problemas que no han sido ajenos de algún modo a los que se suscitaron en España tras el proceso de reforma política. En otros modelos, sin embargo, el protagonismo de los denominados “Tratados y Montevideo”, consecuencia de la euforia codificadora supranacional que desde la primera etapa de la independencia caracterizó a las repúblicas latinoamericanas, confiere una singularidad al sistema de codificación internacional del derecho internacional privado en Latinoamérica. En este último caso, con graduaciones respecto al Código de Bustamante: aceptación total (Cuba, Guatemala, Honduras, Brasil, Haití, República Dominicana y Venezuela), ratificación con reservas indeterminadas y subordinación a la legislación interna (Bolivia, Costa Rica, Chile, Ecuador y El Salvador) y alejamiento total (Argentina, Colombia, México, Paraguay y Uruguay). Ello da lugar, sin duda, a discrepancias notorias que se vinculan a una dimensión propia del derecho internacional público en sus relaciones con las Constituciones nacionales que, lamentablemente, está poco desarrollada desde una dimensión de derecho comparado.

No puede desconocerse que la actitud de los Estados latinoamericanos hacia ciertos tratados en materia mercantil se ha traducido, en ocasiones, en una cierta hostilidad, señaladamente cuando tales convenciones han sido elaboradas fuera del contexto regional. Por esa razón, suele alegarse a veces con razón pero casi siempre sin mayor fundamento que dichas convenciones, favorecen los intereses de los países industrializados en perjuicio de aquellos en vías de desarrollo. Es verdad que existen intereses claramente diferenciados en la regulación jurídica de ciertos temas que admiten diferencias pronunciadas según se las enfoque desde el “Norte” o desde el “Sur”. Esto se ha traducido en posturas encontradas en cuestiones como la regulación de las inversiones extranjeras, transferencia de tecnología y muchos otros.

Entre los ejemplos que pueden citarse de prevalencia de los tratados internacionales en el derecho de los negocios latinoamericano resulta obligada la referencia a la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de Nueva York, de 1958, que ha sido suscrita por 26 países del hemisferio, y lo propio cabe decir de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá, de 1975, que registra 17 Estados parte.

III. IDENTIDAD ESTRUCTURAL DE LA CODIFICACIÓN DE DERECHO DE LOS NEGOCIOS LATINOAMERICANOS

1. *Una historia homogénea en la codificación mercantil*

10. Es indudable que históricamente existió una cierta homogeneidad en la codificación mercantil⁴⁹ en América Latina muy superior a la civil. Dicha homogeneidad surgió por la supervivencia, aunque durante un periodo relativamente breve, de la legislación colonial española y portuguesa con posterioridad a la independencia, ya sea por disposición expresa de los nuevos gobiernos nacionales o por el mantenimiento tácito de su vigencia. De esta suerte, a lo largo del siglo XIX se registró una marcada influencia de la codificación comercial francesa de 1807 y española de 1829 y 1885, y otro factor de armonización y unificación del derecho mercantil latinoame-

⁴⁹ Miñana y Villagrasa, E., *La unificación del derecho mercantil hispano-americano: bases para una legislación común*, 3a. ed., Madrid, Reus, 1929, 358 pp.

ricano, tal como ocurrió con la codificación civil, fue la influencia recíproca ejercida por los códigos mercantiles de Brasil (1850), Argentina (1859) y Chile (1867). Téngase en cuenta que los principales códigos de comercio latinoamericanos, con excepción del chileno, fueron promulgados con anterioridad a los primeros códigos civiles. Esto motivó que los códigos de comercio incluyeran en su texto una variedad de disposiciones sobre obligaciones y contratos civiles que ya resultaban arcaicos a la época en que se dictaron los nuevos códigos civiles. Debido a este fenómeno, muchos de los códigos civiles acogieron principios consagrados por el derecho mercantil europeo (*v. gr.*, solidaridad pasiva, constitución en mora sin necesidad de interpelación formal), y este fenómeno, unido a la estructura económica de los países de América Latina durante el siglo XIX, ha dado lugar, por un lado, a una continua aspiración para la modificación y modernización del derecho mercantil, y, por otro lado, a una serie de iniciativas tendientes hacia la unificación del derecho civil y comercial en materia de obligaciones y contratos, como se concretó el Código Civil italiano de 1942.⁵⁰

11. Este homogéneo proceso codificador en América Latina suele ser enfocado desde la perspectiva de Estados Unidos y Europa como una unidad pese a que el volumen de información de los juristas latinoamericanos acerca de los ordenamientos jurídicos y prácticas judiciales de sus países vecinos sea relativamente escaso. Resulta habitual que un jurista de América Latina tenga mayor familiaridad con la doctrina francesa, alemana, italiana o norteamericana sobre un determinado tema, que con lo que se haya escrito sobre esa misma institución en otro país de América Latina. Esta falta de acercamiento jurídico entre los sistemas latinoamericanos responde, en gran medida, a limitaciones económicas que desembocan en una escasa circulación de información, y es reflejo del enfoque tradicional de la literatura jurídica latinoamericana, que suele alimentarse de las corrientes de opinión influyentes en una Europa decimonónica, más que en las realidades políticas y económicas contemporáneas de América Latina.⁵¹

Si esto es lo que ocurre en el terreno de la doctrina, mayores dificultades se producen en lo que respecta a la posibilidad de canalizar los esfuerzos de armonización y unificación a través de otros medios nolegislativos, como

⁵⁰ Lerner, P., “El Código Civil italiano y las reformas al Código Civil argentino”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 103, 2002, pp. 167-195.

⁵¹ Véase las consideraciones críticas de Hernández-Breton, E., “Verdades, mitos y realidades del derecho internacional privado latinoamericano en la hora actual”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2004, t. IV, pp. 79-89.

la jurisprudencia. No puede esperarse que las decisiones judiciales jueguen un papel importante en la unificación del derecho privado latinoamericano. Además, debe tenerse en cuenta que el principio tradicional de la falta de obligatoriedad del precedente (al menos como principio general): sólo en unos pocos países de América Latina las decisiones de los tribunales son publicadas en su texto completo y en forma regular. Si estos problemas han obstaculizado una mayor unificación del derecho latinoamericano, los obstáculos que enfrentan los esfuerzos de unificación internacional, especialmente en el escenario Norte-Sur, son también dignos de consideración. Es bien sabido que la unificación y armonización pueden obtenerse, nada más y nada menos, que a través del esfuerzo por encontrar coincidencias y superar disensiones, respetando el particularismo, pero solamente en aquello que responda a diferencias de intereses y a prácticas particularizadas racionalmente defendibles. Múltiples factores políticos, culturales y hasta emocionales juegan un papel importante en la lucha por la armonización y unificación del derecho.

Aun superando estas barreras culturales, existe un bagaje histórico-político en América Latina que ha obstaculizado una participación más entusiasta de los países latinoamericanos en los foros internacionales de unificación del derecho privado.⁵² Sin embargo, si aún en este tema es posible encontrar fórmulas jurídicas que compatibilicen intereses contrapuestos, con mayor razón es factible aspirar a un derecho unificado en el campo de la contratación internacional de bienes y servicios. Dentro de la compleja cuestión de la unificación del derecho privado en América Latina, una de las principales cuestiones en presencia es la alternativa entre una posición puramente regionalista o la incorporación de los países de la región a los esfuerzos que se están realizando a escala universal. Y, al margen de las opciones codificadoras específicas de los procesos de integración en los que coexistentes sistemas de derecho escrito y del sistemas *common law*,⁵³ son cada vez más los autores latinoamericanos que se inclinan por esta segunda postura. Se predica en tal sentido una participación más activa por parte de estos países en los esfuerzos de unificación que llevan a cabo organismos con vocación unifica-

⁵² Para la redacción de este apartado he utilizado los materiales de mi estudio, “La cooperación jurídica internacional, civil y mercantil, en el espacio hispano-luso-americano-filipino”, *Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano*, 2001, vol. 15, pp. 13-73.

⁵³ Pereznieta Castro, L., “La codificación en México y la influencia del derecho estadounidense a través del Tratado de Libre Comercio de América del Norte”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, núm. 15, 2004, pp. 225-235.

dora universal como la Conferencia de La Haya, la Uncitral o el Unidroit. Se insiste, desde esta perspectiva, en la estrecha relación que existe entre la armonización y unificación de los sistemas jurídicos diversos de los países que están vinculados por importantes lazos comerciales, apuntándose como un reto de mayor alcance la consecución del “entendimiento jurídico” entre los países de América latina, los cuales se encuentran en países en vías de desarrollo y pertenecientes al sistema continental romanista, y los países pertenecientes al sistema jurídico anglosajón, quienes como Estados Unidos, se encuentran en un nivel más avanzado de desarrollo económico.⁵⁴ De esta suerte, en lo que se refiere al amplio campo de la contratación comercial, como así también en el campo de la resolución de conflictos, la opción más conveniente para América Latina debe ser el incremento de su participación en aquellos foros internacionales encargados de la elaboración de acuerdos internacionales de carácter universal.

2. Alternativas en la codificación internacional

12. A partir de esos sustratos comunes, desde la primera etapa de la independencia de las repúblicas iberoamericanas se asistió a una marcada tendencia hacia la codificación supranacional en esta área geográfica del derecho internacional privado abarcando muchos sectores privativos del derecho de los negocios internacionales, aunque su función codificadora es mucho más amplia. Dicha tendencia se proyectó, entre otras materias, al derecho internacional privado, en virtud de la labor realizada en una serie de “congresos hispanoamericanos” que tuvieron lugar a partir de 1826, y que dieron lugar a los denominados “Tratados de Montevideo” de 1889, revisados en 1939 y 1940. Frente a este movimiento codificador de carácter autóctono se registró otro movimiento paralelo de mayor alcance, que también prestó atención a cuestiones del tráfico externo con una marcada influencia de los Estados Unidos de América. Se trata de las denominadas “Conferencias Panamericanas”, que tuvieron lugar a partir de 1889 y que, en nuestro campo concreto, cristalizaron en el Código Americano de Derecho Internacional Privado (denominado también “Código Bustamante”) que fue concluido en 1928 y adoptado por 15 Estados (fundamentalmente centroamericanos),

⁵⁴ Garro, A., “Unification and Harmonisation of Private Law in Latin America”, *AJCL*, vol. 40, 1992, pp. 587-616.

aunque con numerosas reservas y cláusulas de salvaguardia que dificultaron en la práctica su entera aplicación. Este instrumento dedica su libro segundo al “derecho mercantil internacional”, y constituyó en su época el ensayo de mayor amplitud en la solución de los conflictos de leyes en este sector del ordenamiento. Tras la Segunda Guerra Mundial, este movimiento paralelo de codificación registrará un esfuerzo de síntesis que va a vincularse a una organización internacional de carácter regional: la OEA. Y en los últimos años se ha asistido a un renacimiento de la codificación internacional del derecho internacional privado en América, sobre todo a partir de los años setenta en que, a instancias del Comité Jurídico Interamericano, la Asamblea General de la OEA, por resolución del 23 de abril de 1971, decidió convocar la I Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, que se reunió por primera vez en Panamá en 1975, con importantes resultados codificadores, y últimamente en Washington. Los trabajos en la CIDIP reflejan un protagonismo muy marcado de tres países (México, Venezuela y Uruguay), limitándose el resto a una actuación bastante pasiva, que se traduce en una distorsión entre el esfuerzo codificador realizado y el número de Estados que se incorporan a los convenios que van surgiendo de la Conferencia.

Dentro de los resultados en el ámbito de los negocios internacionales resulta obligado referirse a la Convención Interamericana sobre Arbitraje, aprobada en la CIDIP I, que pese a importantes reticencias ha demostrado tener un éxito notable, como demuestra su vigencia en 16 Estados, muchos de ellos también partes, del Convenio de Nueva York de 1958. También resulta obligado referirse a la Convención de México, del 17 de marzo de 1994, sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, en vigor en México y Venezuela.⁵⁵ También interesa destacar que la materia mercantil ha sido el eje central de las últimas conferencias, señaladamente de la última, la CIDIP VI, que aunque estaba inicialmente prevista para 1999 en Guatemala, no pudo celebrarse hasta 2002, y tuvo lugar en Washington. En ella se

⁵⁵ Juenger, F. K., “The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparison”, *AJCL*, vol. 42, 1994, pp. 381-393; Santos Belandro, R. B., *El derecho aplicable a los contratos internacionales*, Montevideo, Facultad de Derecho, Universidad de la República, Fundación de Cultura Universitaria, 1996. Un importante estudio comparativo entre este instrumento y la Convención de Roma de 1989 se encuentra en Ancel, B., “Autonomía conflictual y derecho material del comercio internacional en lo Convenios de Roma y de México”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2002, t. II, pp. 33-45.

abordaron materias tales como el mandato y la representación comercial; la documentación mercantil uniforme para el comercio internacional, incluyendo la revisión y actualización de la Convención Interamericana sobre Contrato de Transporte Internacional de Mercadería por Carretera, de 1989, con la incorporación del conocimiento de embarque; las quiebras internacionales, y la uniformidad y armonización de los sistemas de garantías comerciales y financieras internacionales. Debe retenerse que tras una larga trayectoria basada en la preparación de convenios internacionales, la última CIDIP ha alternado estos instrumentos con la utilización de técnicas de codificación “blandas”. Y el resultado ha sido la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias⁵⁶ y dos modelos de Carta de Porte Directa Uniforme Interamericana. Esta tendencia hacia a la “comercialización” y hacia la “privatización” de la agenda codificadora de la Conferencia, a la que no es ajena la eventual entrada en vigor del ALCA, se vislumbra también en los temas que pueden ser tratados en una futura CIDIP VII: transporte multimodal, valores de inversión, insolvencia comercial transfronteriza, comercio electrónico, carácter transferible de bienes tangibles e intangibles en el comercio internacional.⁵⁷

Además de su labor propiamente codificadora del derecho internacional privado, en sentido amplio la CIDIP realiza una serie de recomendaciones de especial importancia para el proceso de unificación del derecho de los negocios internacionales. Así, la CIDIP III recomendó a los Estados miembros su incorporación a las Reglas de Hamburgo. Por lo demás, la aparente aceptación de los países de la región del texto de la Convención de Viena, 1980, sobre venta internacional de mercaderías preparada por Uncitral, así como también la compatibilidad de las legislaciones internas latinoamericanas con los principios aplicables a los contratos comerciales internacionales elaborados por el Unidroit, permite augurar una paulatina integración de los países latinoamericanos a los esfuerzos de unificación universal que lleva a cabo Unidroit y Uncitral. Veamos esta cuestión más detenidamente.

⁵⁶ Fernández Arroyo, D. P., “Las garantías mobiliarias en el derecho del comercio internacional de nuestros días”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, núm. 10, 2001, pp. 11-58; Wilson, J. M., “La nueva Ley Modelo interamericana sobre garantías mobiliarias”, *ibidem*, núm. 13, 2003, pp. 33-57.

⁵⁷ Kleinheisterkamp, J. y Fernández Arroyo, D. P., “Un novedoso paso en el camino de la integración jurídica interamericana”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, vol. XI, 2001/2002, pp. 107-144.

13. A excepción de los sectores del comercio internacional vinculados a los procesos de integración económica, donde las discrepancias son sustanciales e irreconciliables, en el marco del derecho de los negocios internacionales no se perciben especiales divergencias entre los sistemas jurídicos latinoamericanos. Se observan, por el contrario, ciertas influencias recíprocas y, en todo caso, un paralelismo en el tratamiento de los problemas concretos. Nos movemos en este sector en un contexto caracterizado por una interdependencia económica derivado del denominado diálogo Norte-Sur y, en la perspectiva jurídica por una dialéctica entre países del *common law* y de derecho escrito; esto es, en una dimensión universal donde la solidaridad regional queda superada por las corrientes de unificación universal.⁵⁸ Se trata de un terrero abonado para insistir, con todas las reservas que ello entraña, en la idea de “familia”⁵⁹ que se proyecta de algún modo ante las instancias internacionales de codificación del derecho de los negocios internacionales, cuyo foro más importante es, indudablemente, la Uncitral.

Mas esta confluencia es incluso anterior a la creación de esta institución internacional, pues en la conferencia diplomática que reunió en La Haya, en 1951, a los representantes de 20 Estados y a los observadores de cinco, con el objeto de la unificación de la venta internacional, coincidieron delegaciones de Bolivia, Chile, Cuba y España,⁶⁰ que esta vez estuvieron lideradas por el gran jurista español F. de Castro. Esta colaboración desapareció prácticamente durante el transcurso de la nueva conferencia diplomática de La Haya de 1964, que adoptó la Convención sobre Ley Uniforme sobre Venta Internacional de Bienes Muebles Corporales y la Convención sobre un Derecho Uniforme sobre Formación de Contratos de Venta Internacional de Bienes Muebles Corporales. En efecto, Latinoamérica sólo contó con un representante y tres observadores.⁶¹ No obstante, de

⁵⁸ Cf. Garro, A. M., “Armonización y unificación del derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades”, *España y la codificación internacional del derecho internacional privado*, Madrid, CESJ Ramón Carande, 1993, pp. 347-350.

⁵⁹ Fernández Arroyo, D., “Sobre la existencia de una familia jurídica latinoamericana”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XXVII, 1994, pp. 73-109.

⁶⁰ E. Rabel, “The Hague Conference on the Unification on Sales Law”, *AJCL*, vol. 1, 1952, p. 58-69.

⁶¹ Garro, A. M. y Zuppi, A. L., *Compraventa internacional de mercaderías*, Buenos Aires, La Rocca, 1990, p. 35; nota, con indicación de los problemas económicos que pudieron explicar la ausencia en la Conferencia de juristas especializados.

nuevo F. de Castro se alzó en representante de la comunidad latinoamericana al insistir efusivamente en la necesidad de vincular a este círculo jurídico al proyecto para garantizar su éxito futuro; para ello, el maestro español criticaba, en el contexto de la época, las notas de autonomía y de libre cambio que habían caracterizado los resultados de La Haya en un periodo histórico de intervención estatal y de monopolio que no sólo se registraban en España, sino al otro lado del Atlántico; asimismo, se declaró decidido opositor del principio de la autonomía contractual que, en su opinión, siempre beneficiaba a la parte fuerte.⁶² Indiscutiblemente, el gran fracaso de estos textos internacionales fue el contexto en el se desarrolló la codificación, anterior a los postulados que impondría el NOEI, con un protagonismo decisivo de los países desarrollados y con un enfrentamiento visceral entre países del derecho civil y de *common law*. En efecto, la doctrina apunta de forma reiterada como una de las principales debilidades de esta etapa codificadora fue la ausencia en la misma de países del “tercer mundo” o en “vías de desarrollo”. Ciertamente, el proceso de descolonización fue casi coetáneo con la elaboración de las normas de 1964, por lo que no pudieron participar en la conferencia como Estados soberanos e independientes. Ahora bien, no deja de ser contradictorio que en el propósito de conseguir una normativa uniforme con pretensiones de alcance mundial, no se tuvieran mínimamente en cuenta los intereses propios y específicos de esos países. Por eso no puede extrañar su negativa a la aceptación de unas normas en cuya elaboración no habían participado. De esta suerte, puede afirmarse que la confluencia de los intereses económicos de los “países ricos” cercenó la elaboración de unos instrumentos con una intención de uniformidad y desconoció en la práctica iniciativas latinoamericanas tan importantes en pro de la unificación en este importante sector del derecho de los negocios internacionales, como el denominado Proyecto de Buenos Aires de 1953, básicamente regulador, con carácter uniforme, de las relaciones entre compradores y vendedores en materia de codificación del derecho de los negocios internacionales. Indudablemente,

⁶² Véase el amplio informe elaborado por este autor, “La Séptima Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. El Proyecto de Convenio sobre ley aplicable a las ventas de carácter internacional de objetos muebles corporales”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. V, 1952, pp. 773-836; asimismo, su polémico estudio, “Las leyes nacionales, la autonomía de la voluntad y los usos, en el Proyecto Uniforme sobre venta”, *Anuario de Derecho Civil*, t. XI, 1958, pp. 1016 y ss.

los resultados alcanzados en las normas de 1964 registran un marcadísimo aroma “eurocentrista” unánimemente afirmado.

En la Uncitral se percibe una cierta acción unitaria basada en tradiciones comunes entre las cuales destaca sin duda la influencia del Ccom español en la codificación mercantil de gran parte de los países del hemisferio americano que incluso, en algunos casos, llegó a reproducirse literalmente. Dicha acción unitaria se registra también en la excelente colaboración entre los delegados españoles y latinoamericanos. Ni qué decir tiene que el importante papel jugado por el representante mexicano en la Uncitral, Jorge Barrera Graf, contribuyó decisivamente a esa coincidencia, sobre todo en la codificación del sector de la compraventa internacional de mercaderías. Ésta fue, en efecto, una de las tareas prioritarias de la Uncitral, tras descartarse seguir adelante con las Convenciones de La Haya de 1964.⁶³ El grupo de trabajo designado para ello ya contó con una representación latinoamericana, concretamente de Brasil y, con carácter más significativo, México, y a lo largo de la Conferencia Diplomática de Viena los Estados latinoamericanos jugaron un cierto papel. Por ello, el texto definitivo elaborado en su seno, la Convención de las NU sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980, es buena muestra del cambio experimentado en el proceso de codificar dentro de una dimensión universalista. Como es bien sabido, estamos ante una Convención que incluye un conjunto coherente de normas que reglamentan la formación de los contratos de compraventa internacional de mercaderías, las obligaciones del comprador y del vendedor, los derechos y las acciones en caso de incumplimiento y otros aspectos de este peculiar contrato. Aunque el número de Estados latinoamericanos que se han incorporado a la misma no sea, por el momento, mayoritario, sí es significativo, pudiendo apreciarse en este texto una muestra elocuente de los referidos aires de renovación, y un claro rechazo al “eurocentrismo” que había caracterizado la labor codificadora anterior, pese a una influencia acusada de la perspectiva de *common law*. En una etapa posterior brillará con luz propia en la Comisión el jurista venezolano Gonzalo Parra Aranguren.⁶⁴

⁶³ Barrera Graf, J., “Ámbito de aplicación del Proyecto de Convención sobre la compraventa internacional de mercaderías”, *Revista de la Facultad de Derecho*, México, 1979, pp. 731 y ss.

⁶⁴ Una descripción exhaustiva de su labor se encuentra en G. Parra Aranguren, *Estudios de Derecho mercantil internacional*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 727 pp.

La posición adoptada por el Comité Jurídico Iberoamericano en materia de compraventa internacional de mercaderías en ocasiones diversas, pone de relieve que los países de América Latina no desean inmiscuirse en la unificación del derecho mercantil sustantivo. Mas la progresiva aceptación de los países de la región del texto de la Convención de Viena, 1980, sobre Venta Internacional de Mercaderías preparada por Uncitral, así como también la compatibilidad de las legislaciones internas latinoamericanas con los principios aplicables a los contratos comerciales internacionales elaborados por el Unidroit, permite augurar una paulatina integración de los países latinoamericanos a los esfuerzos de unificación universal que lleva a cabo Unidroit y Uncitral. El escaso éxito de la Convención sobre la Prescripción en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías, hecha en Viena en 1980, que incluye las normas uniformes que rigen el plazo dentro del cual puede iniciarse un procedimiento relacionado con este contrato, y de su Protocolo de 1980, también se ha hecho extensivo a los países latinoamericanos, pues únicamente cuatro han prestado su consentimiento en obligarse por este instrumento internacional. Idéntica tónica se observa en la presencia latinoamericana en los esfuerzos codificadores de la Uncitral sobre transporte internacional de mercaderías y sobre pagos internacionales, aunque en este último sector se abrirán previsiblemente nuevas perspectivas.⁶⁵

14. Paralelamente a las tareas desarrolladas por la Uncitral, el Instituto para la Unificación del Derecho Privado, con sede en Roma (Unidroit), cuenta en la actualidad con once países latinoamericanos (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, México, Nicaragua, Paraguay, Uruguay y Venezuela). El Unidroit ha orientado sus esfuerzos de unificación a algunas áreas específicas de alto significado patrimonial e internacional, como el *factoring* y el arrendamiento financiero (*leasing*) internacional adoptadas en Ottawa el 28 de mayo de 1988. Diversos representantes de los Estados miembros de la OEA participaron en la conferencia diplomática donde se adoptaron estas convenciones preparadas bajo el auspicio de Unidroit, y cuya ratificación por parte de los Estados miembros de la OEA fue recomendada por la CIDIP IV. Hasta tiempos recientes la labor de este organismo se orientó a la finalización de los “Principios Aplicables a los Contratos Comerciales Internacionales”, que apunta decididamente a codi-

⁶⁵ Piaggi, A. I. (ed.), *Uncitral y el futuro comercial. El arbitraje comercial. Garantías y pagos internacionales. Contrataciones públicas*, Buenos Aires, Depalma, 1994.

ficar esta emergente *lex mercatoria* de los contratos internacionales, que puede complementar, por voluntad de las partes contratantes, convenciones internacionales, como la de compraventa internacional de mercaderías.⁶⁶ Es evidente que la participación activa de los países de América Latina en estos foros internacionales contribuirá a incorporar a los países de la región al comercio internacional.

La aparente aceptación de los países de la región del texto de la Convención de Viena, 1980, sobre Venta Internacional de Mercaderías preparada por Uncitral, así como también la compatibilidad de las legislaciones internas latinoamericanas con los principios aplicables a los contratos comerciales internacionales elaborados por el Unidroit,⁶⁷ permite augurar una paulatina integración de los países latinoamericanos a los esfuerzos de unificación universal que lleva a cabo la Unidroit y la Uncitral. Las tendencias hacia la armonización y uniformidad del derecho sustantivo latinoamericano se reflejan en una prolífica elaboración doctrinaria de “leyes tipo” o “códigos modelo” adoptadas en congresos, jornadas y simposios. A pesar de su contribución eventual como fuentes de reforma legislativa, en la mayoría de los casos estos anteproyectos y proyectos “tipo” o “modelo” no se han concretado en derecho positivo uniforme. Así, existen desde hace un tiempo una serie de proyectos de unificación en temas tan diversos como leyes “tipo” en materia de organización del Ministerio Público fiscal y arbitraje, así como también un buen número de códigos “tipo” latinoamericanos en materia de derecho tributario, penal, aeronáutico y procesal civil. Dentro de esta actividad resulta obligado referirse a la Ley Modelo Latinoamericana para Juicios Internacionales, presentada a la XL Conferencia de la FIA, en Madrid, en junio de 2004 por H. S. Dahl.

Cabe presumir, sin embargo, que en materias tan diversas el camino de la armonización por vía legislativa o mediante la ratificación o adhesión de tratados internacionales que incorporen un texto uniforme enfrenta una serie de obstáculos que no se encuentran en un área más homogénea como la de la contratación internacional. Por eso resulta imprescindible un estu-

⁶⁶ Veáse desde la perspectiva mexicana, Abascal Zamora, M., “Los Principios sobre los contratos comerciales internacionales de Unidroit”, *Derecho de los Negocios*, núm. 81, 1997, pp. 11-24.

⁶⁷ Perales Viscasillas, P., “Los principios de Unidroit y CISG: su mutua internación”, *Contratación internacional. Comentarios a los principios sobre los contratos comerciales internacionales del Unidroit*, México, UNAM-Universidad Panamericana, 1998, pp. 187-208.

dio previo en torno a la homogeneidad jurídica latinoamericana en materia de obligaciones y contratos, para después especular acerca de las posibilidades de su integración al derecho mercantil internacional.

IV. EXAMEN DE ALGUNAS INSTITUCIONES DEL DERECHO DE LOS NEGOCIOS LATINOAMERICANOS

1. *Contratación internacional*

15. Hasta la fecha ha dominado un elemento “estatalista” en la regulación de los contratos, detrás de la cual subyace una determinada concepción de la inclusión de las normas jurídicas dentro de un “código”. Esta concepción reposa no sólo en la inercia de una tradición jurídica, sino que obedece, sobre todo, a una determinada percepción que está en la base de la cultura científica europeo-continental. De esta suerte, el ideal de código quedaría conformado por la formulación de un conjunto de normas con vocación de resolver en su integridad todos los problemas que pudiesen presentarse en un concreto sector del ordenamiento jurídico. Mas este enfoque, basado en normas concretas y determinadas para cada caso, no puede en modo alguno desmerecer la labor realizada en el continente americano, que tanta repercusión ha tenido en las modernas actividades de la unificación jurídica internacional y, en particular, en la elaboración de los Principios de Unidroit sobre contratos. El éxito del *Restatement of Contracts*, que corresponde a la mayor de las economías mundiales, su proyección a su entorno jurídico más inmediato como es Canadá, su adaptación más acertada a las necesidades de los comerciantes y su enfoque eminentemente contractualista, ponen de relieve que la moderna codificación mercantil debe mirar a ese instrumento en vez de limitarse a recopilar materias especialmente dispersas. No en vano se ha dicho de este instrumento que es una de las aportaciones más importantes del derecho mercantil del siglo XX.⁶⁸

Si nos desplazamos del campo general de la unificación del derecho privado y concentramos la atención en la regulación de la contratación internacional, la legislación interna de los países de América Latina ofrece un nú-

⁶⁸ Shmitthoff, C. M., *Commercial Law in Changing Economic Climate*, 2a. ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1981, p. 13.

cleo común que no es incompatible con las iniciativas que se han tomado a escala internacional en materia de unificación del derecho mercantil. La profundización en el análisis de las distintas instituciones del derecho de los negocios conduce, como es lógico, a la constatación de diferentes matices entre las legislaciones internas de los países latinoamericanos. Sin embargo, si nos situamos en el terreno de los principios generales, la posibilidad de armonización no presenta mayores dificultades técnicas. El referente de las disposiciones de la Convención de Viena de 1980 sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, a la que se han incorporado a numerosos países de América Latina, entre los que se cuentan Argentina, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, Honduras, México,⁶⁹ Perú,⁷⁰ Uruguay y Venezuela, permite verificar que por encima de las diferencias de detalle existe un amplio espacio para lograr una posición común. Y a la misma conclusión se llega en orden al impacto de los principios propuestos por Unidroit en materia de contratos comerciales internacionales. Teniendo en cuenta el alto grado de homogeneidad que presenta el derecho privado latinoamericano, es muy fácil su asimilación a un marco jurídico armonizado en materia de contratación internacional.

Por lo demás, la aplicación de la Convención de Viena de 1980 como de los principios Unidroit (a la que luego nos referiremos) no resulta ya un hecho aislado y comienza a consolidarse en virtud de las primeras resoluciones administrativas y judiciales aparecidas en la región, como es el caso de México⁷¹ y, en mayor medida, de Argentina, donde se pueden encontrar importantes precedentes interpretativos del ámbito de aplicación de este instrumento.⁷²

⁶⁹ Adame Goddard, J., *El contrato de compraventa internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-McGraw-Hill-Interamericana de México, 1994.

⁷⁰ Serralta Ríos, A., *La compraventa internacional y el derecho peruano*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, xx-244 pp.

⁷¹ Por ejemplo, en México existen una serie de recomendaciones emitidas por la Comisión para la Protección del Comercio Exterior de México (Compromex) y una importante sentencia pronunciada por el Juzgado Sexto de Primera Instancia de la ciudad de Tijuana, Baja California (Expediente 868/99). Véase Muriá, A., "Primera sentencia mexicana sobre la Convención de Viena de 1980 de mercaderías: el caso Peterman c. Rossy (14/07/2000)", *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, núm. 11, 2002, pp. 99-113.

⁷² Tal es el caso de la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de Buenos Aires, del 21 de julio de 2002, "Cervecería y Maltería Paysandú S. A. c. Certería Argentina S. A.", que aplicó la Convención en un litigio que enfrentaba a una empresa uru-

16. Desde la perspectiva propia del derecho internacional privado y, en concreto, desde el punto de vista del “conflicto de leyes”, la cuestión de la “contratación internacional” fue incluido por primera vez en la agenda de la CIDIP IV, que se realizó en 1989 estableciendo la Conferencia una serie de criterios básicos relativos a la ley aplicable en materia de contratos internacionales. Con posterioridad, la discusión giró en torno a la conveniencia de una convención “regional” siguiendo los parámetros de la Convención de Roma de 1980 o la participación activa y unitaria de los países latinoamericanos en la elaboración de un instrumento de unificación de carácter universal adoptado por un organismo internacional o en otras iniciativas, como las puestas en práctica por el Unidroit. Pese a esta falta de consenso, el Comité Jurídico Interamericano se decidió por una solución regional y por limitar el enfoque a la cuestión de la ley aplicable, encomendando al prestigioso jurista mexicano, José Luis Siqueiros, la elaboración de un anteproyecto de convención interamericana sobre la ley aplicable a la contratación internacional, que sería aprobado en 1991. Con posterioridad el Comité Jurídico Interamericano, a solicitud del Consejo Permanente, redactó en 1993, un proyecto de Normas para la Regulación de Negocios Jurídicos Internacionales al que siguió una reunión de expertos, celebrada en la ciudad de Tucson, Arizona, Estados Unidos, en 1993. Aquí

guaya y otra argentina sobre la base de su artículo 1o.1 b), afirmando que “Como bien ha sido precisado por calificada doctrina, en el derecho internacional privado de fuente interna, el sistema del Código Civil establece normas generales para todo tipo de contratos. Y de acuerdo con sus artículos 1209 y 1210, el punto de conexión que localiza los contratos con contacto argentino —por su celebración o su cumplimiento en el territorio— es el lugar de cumplimiento (v. María Susana Najurieta, “Compraventa internacional. Aportes...”, en *RDCO*, 121/123, junio 1988, pto. 2.2.1., ps. 74/75). / Corresponde en este orden determinar el lugar de cumplimiento del contrato en autos. En los contratos sinagmáticos, la prestación característica es la que localiza el contrato con un sistema jurídico. Y tratándose de una compraventa internacional, la prestación funcional del contrato es la entrega de la cosa; esto es la prestación no dineraria a cargo del vendedor. / De tal modo y recordando que las mercaderías fueron descargadas en la planta industrial de la demandada, es claro que la prestación más característica del contrato se cumplió en el país (confr. esta sala en autos “Expósito e Hijos S. R. L. c. Jocqueviel de Vieu”, 10/10/85, y doctrina allí citada, *La Ley*, 1986-D, 46); lo cual determina la aplicación de la ley argentina. / En consecuencia, toda vez que las reglas de derecho internacional privado antes mencionadas designan el derecho de la República Argentina —por tratarse de un Estado contratante—, cabe concluir que el “sub lite” se encuentra dentro de aplicación de la Convención, en virtud de lo dispuesto en su artículo 1o.1. b)” [*La Ley* (Buenos Aires), 18 de julio de 2003].

la presencia del profesor de la Universidad de California, Davis F. Juenger, fue decisiva, y dicha presencia justifica el alejamiento de la Convención de México respecto de la Convención de Roma cuyas soluciones, a juicio del referido profesor, resultaban altamente deficientes. En su opinión, los autores europeos, cayendo víctimas de la moda conflictual contemporánea, se habían basado en un principio vago (aplicación del derecho del Estado con el cual el contrato tiene “los vínculos más estrechos”), lo cual era totalmente insatisfactorio. Por tanto, la balanza se inclinó a favor de la conveniencia de trasladar al juez la tarea de localizar, a falta de elección de las partes, el ordenamiento jurídico estrechamente vinculado con el contrato, permitiéndole resolver, caso a caso, la cuestión de la ley aplicable. El resultado fue un nuevo proyecto de Convención sobre el derecho aplicable en materia de contratación internacional, que fue sometido, como principal documento de trabajo, a las deliberaciones de la CIDIP V, y que dio como resultado la Convención de México de 1994. No obstante, el éxito de la Convención reside en su aceptación por los Estados que han participado en su elaboración. Indudablemente, la Convención ha tenido más el éxito en los foros académicos. Baste señalar que únicamente la han firmado cinco Estados (Bolivia, Brasil, México, Uruguay y Venezuela), y que sólo dos la han ratificado (México y Venezuela). De esta suerte, el texto está en vigor en dos países (sólo se requieren dos ratificaciones). Y por lo que a nuestro conocimiento se refiere, todavía no ha sido aplicado por ningún tribunal de justicia. ¿Será acaso la Convención de México otra manifestación del *droit savant* referido por el profesor Oppetit?⁷³

2. Arbitraje comercial internacional

17. La posición de los países latinoamericanos fuertemente marcada en esta materia por el territorialismo, defensora a ultranza del Estado y de sus prerrogativas soberanas y, por ende, monopolistas, se ha pasado a un Estado ampliamente permisivo de la tarea arbitral, sumamente colaborador y cooperador ante los problemas y dilemas de los árbitros.⁷⁴ Al margen de la

⁷³ Oppetit, B., “Le droit international privé, droit savant”, *R. des. C.*, t. 234, 1992, pp. 339-432.

⁷⁴ Santos Balandro, R., “Una nueva actitud de los Estados latinoamericanos hacia el arbitraje”, *Revista Iberoamericana de Arbitraje*, 3 de noviembre de 2003, http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/congreso_internacional_rsb.html.

referencia a las convenciones internacionales, el verdadero cambio de actitud de los países latinoamericanos hacia el arbitraje se ha manifestado en las legislaciones nacionales con que cada uno de ellos recientemente se ha dotado. Incluso con anterioridad a la irrupción del complejo normativo que acabamos de describir ya existía un cierto ambiente favorable a la aceptación por parte de los tribunales de justicia latinoamericanos a las instituciones de base del derecho de los negocios transnacionales. Tal fue el caso de México respecto a la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros.⁷⁵

En el proceso de reforma de las leyes locales sobre arbitraje internacional, la influencia y guía de la Ley Modelo ha resultado decisiva hasta el punto que de prácticamente todas las leyes de los países latinoamericanos han tomado como referente principal o, incluso como en el caso de México, único la referida ley. Como resultado de ello, los obstáculos legales más importantes, que tradicionalmente impedían que el arbitraje se transformara en el método más efectivo y utilizado para resolver disputas comerciales internacionales en América Latina, han sido por fin suprimidos y han encontrado una solución acorde con aquella prevista en cuerpos legales de países del resto del mundo, especialmente de aquellos más familiarizados con la práctica del arbitraje internacional. Al haberse seguido los principios recogidos en la Ley Modelo, el proceso de reforma legal ha permitido asimismo dotar a la mayoría de los países latinoamericanos de un cierto grado de uniformidad en cuanto al reconocimiento de los principios básicos y universales del arbitraje, con lo cual se ha creado un marco legal adecuado para la promoción de un mayor desarrollo del arbitraje internacional y de su mejor comprensión por parte de los tribunales y abogados locales, lo cual a su turno debería llevar en el futuro a una gradual consolidación de la práctica del arbitraje internacional dentro del contexto latinoamericano.⁷⁶

En el orden estrictamente legal el cambio se expresa con claridad en dos niveles: por una parte, mediante la incorporación a convenciones universales y regionales con relación al arbitraje internacional, y por otra, mediante

⁷⁵ En México con anterioridad a 1989 existen una serie de precedentes favorables a la ejecución de los laudos arbitrales extranjeras. Baste retener los asuntos “Press Office, S. A. contra Centro Editorial Hoy, S. A.”, “Malden Mills Inc. contra Hilaturas Lourdes, S. A.” o “Mitsui de México y Mitsui and Co. contra Alkon Textil, S. A.”.

⁷⁶ Cook, J. M., “International Arbitration in American Context: A Comparative Look at Arbitration in Mexico and the United States”, *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, núm. 3, 1999, pp. 41-60.

la adopción de nuevas leyes o la modificación de las leyes existentes que lo gobiernan. El impacto de las convenciones internacionales sobre la materia fue, en efecto, el primer paso para el desarrollo de un marco regulador apropiado para la práctica del arbitraje internacional. El cambio de este escenario comienza a gestarse sólo a partir de la gradual pero hoy casi unánime ratificación de la Convención de Nueva York de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros y de la Convención Interamericana de Panamá sobre Arbitraje Internacional, de 1975. Estos instrumentos han permitido a la gran mayoría de los países latinoamericanos incorporados a tales convenciones, contar con una solución apropiada y expedita para el reconocimiento de acuerdos o convenios arbitrales y para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales.

No obstante todos los esfuerzos anteriores, en general en América existía un gran obstáculo para consolidar su uso y práctica. Ese obstáculo derivaba de la falta de normas locales adecuadas y adaptadas a los principios universales y tendencias actuales del arbitraje. En efecto, en la mayoría de los países latinoamericanos el marco regulatorio del arbitraje podía encontrarse en los códigos orgánicos y de procedimiento civil o comercial que son parte de la herencia legal dejada por los países europeos colonizadores y que se basaban en principios decimonónicos. A la luz de tales principios, el arbitraje se contemplaba básicamente como un método para resolver controversias internas, sin que existieran normas expresas relativas al arbitraje internacional. Adicionalmente, y dado que el arbitraje se recogía en códigos de procedimiento, la regulación se enfocaba sobre todo en cuestiones procesales relativas a éste, dejando de lado una serie de principios de contenido sustantivo que también lo informan. En este contexto, la adopción de leyes modernas de arbitraje era sin duda un paso necesario para revertir dicho fenómeno todavía existente en las normas locales sobre arbitraje, y para promover una cultura favorable al uso del arbitraje como medio de resolución de disputas internacionales. De hecho, en más de diez países latinoamericanos se introdujeron nuevas leyes sobre la materia.⁷⁷

⁷⁷ Bolivia: Ley 1770 sobre Arbitraje y Conciliación del 10 de Marzo de 1997; Brasil: Ley de Arbitraje 9307 del 23 de septiembre de 1996; Colombia: Decreto 1818 del 7 de septiembre de 1998, que compila todas las normas aplicables a la conciliación y el arbitraje antes contenidas en diversas legislaciones (Uribe-Bernate, C. L., “La práctica del arbitraje internacional en Colombia”, *Avances del derecho internacional Privado en América Latina...*, op. cit., nota 15, pp. 701-718); Costa Rica: Decreto Ley 7727, que

Asimismo, algunos países modificaron su propia regulación existente sobre arbitraje. Tal es el caso de México, que en 1993 introdujo cambios sustanciales a su regulación sobre arbitraje doméstico e internacional en el Código de Comercio, el Código Federal de Procedimiento Civil y el Código de Procedimiento Civil del Distrito Federal y de Territorios. Finalmente, incluso en países que todavía siguen regulando el arbitraje en sus códigos orgánicos y de procedimiento, se han impulsado recientemente importantes iniciativas con objeto de poner en vigor una nueva normativa sobre arbitraje internacional y actualmente se encuentran en proceso de discusión y aprobación de una ley sobre la materia ante sus respectivos órganos legislativos. Tal es, en particular, el caso de Argentina y de Chile. El hecho de que este proceso de implementación de leyes especiales relativas al arbitraje internacional, y en muchos casos de descodificación de la regulación que antes existía sobre el arbitraje en los códigos procesales nacionales, se haya comenzado a gestar hacia principios de la década de los noventa no ha sido casualidad. Evidentemente, como se indicó con anterioridad, una serie de factores económicos y políticos tuvieron una influencia crucial en el cambio de actitud de los gobiernos locales de dicho periodo que, convencidos de las ventajas del arbitraje internacional sobre todo tras la adopción en 1985 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional por parte de las Naciones Unidas, todas las leyes, sin excepción, han tomado la Ley Modelo como principal, sino único, referente.

18. Pese a que el uso del arbitraje internacional en América Latina se ha incrementado decisivamente, todavía no puede hablarse de una completa familiaridad y adecuado conocimiento de este mecanismo de solución de conflictos a nivel regional. Existen, por cierto, países en que ha habido un notable avance, pero la regla para la región es que hay aún mucho camino

contiene la Ley para los Métodos Alternativos de Solución de Disputas y la Promoción de la Paz, del 4 de diciembre de 1997; Ecuador: Ley de Arbitraje y Mediación, del 24 de agosto de 1997, bajo el Registro Oficial 145 del 4 de septiembre de 1997; Guatemala: Decreto-Ley 67-95, que contiene la Ley de Arbitraje del 17 de noviembre de 1995; Honduras: Decreto Ley 161-2000 que contiene la Ley de Conciliación y Arbitraje del 17 de octubre de 2000; Panamá: Decreto-Ley 5, de 1999, que contiene la Ley de Arbitraje; Perú: Ley 26572, que contiene la Ley General de Arbitraje, del 6 de enero de 1996; Paraguay: Ley 1879, para el Arbitraje y la Mediación, del 24 de abril 2002; Venezuela: Ley sobre Arbitraje Comercial, del 7 de abril de 1998 (Sánquiz Palencia, S., *El derecho aplicable al arbitraje comercial internacional en el derecho venezolano*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, Fundación Roberto Goldschmidt, 2005, 242 pp.).

por recorrer.⁷⁸ Ya hemos visto que los tribunales locales todavía revelan ciertos problemas, y otro tanto ocurre con los abogados locales involucrados en procesos arbitrales. Todavía es posible ver diversas actitudes de parte de éstos que pugnan con los fines del arbitraje internacional, sea atacando la validez del acuerdo de arbitraje, cuestionando la competencia de los árbitros para resolver la controversia, eludiendo la redacción del compromiso arbitral en aquellas legislaciones que aún mantienen el régimen dual,⁷⁹ no queriendo intervenir en el procedimiento de selección de árbitros, recusándolos, no cumpliendo voluntariamente lo decidido en el fallo arbitral, obligando a la parte vencedora a recurrir a la ejecución forzada ante los jueces estatales y también, la utilización de un sinnúmero de obstáculos de carácter procesal procesales interpuestos con la finalidad de frustrar la instancia arbitral y de ganar tiempo para que cuando realmente se plantee el caso en la sede de las jurisdicciones estatales el pleito pueda demorar mucho años más.

Con todo, el arbitraje comercial internacional disfruta de buena salud en la América Latina frente a la tradicional reticencia a su utilización por los empresarios y sus asesores jurídicos, y hoy son frecuentes sus participaciones en procedimientos arbitrales. Muchas veces, aparecen no sólo como demandados, sino que toman la iniciativa y desempeñan un papel importante en su condición de demandantes. Partiendo de este postulado, la práctica arbitral en la región arroja luces y sombras. Entre las luces es obligada la referencia a que, en primer lugar, está siendo abandonada progresivamente la ancestral reticencia por motivos constitucionales de participar las administraciones públicas en procedimientos de arbitraje comercial internacional;⁸⁰

⁷⁸ Cremades, B. M. y Cairns, W. L., “El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, núm. 11, 2002, pp. 47-95.

⁷⁹ Santos Belandero, R., “¿Hasta qué punto puede diluirse la formalidad del acuerdo de arbitraje internacional en América Latina?”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, núm. 15, 2004, pp. 81-91.

⁸⁰ Se trata de una práctica que se va admitiendo no sin dificultades. En el asunto del “Metro de Medellín”, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado de Colombia, que entendían de la anulación de un laudo arbitral pronunciado por la Cámara de Comercio de Medellín en un litigio que oponía a un corsocio hispano-alemán y a la “Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá”, reconocieron que las personas de derecho público tenían capacidad para concluir acuerdos de arbitraje en materia interna e internacional, pero precisaron que ningún litigio derivado de un acto administrativo promulgado por la administración, con ocasión de un contrato estatal, podía ser sometido al arbitraje.

asimismo, se va abandonando la idea de que la aceptación en el ámbito de los contratos administrativos, suscritos entre autoridades de la administración pública y empresas particulares nacionales o extranjeras, la inclusión de la cláusula compromisoria no es otra cosa que una oficialización de la corrupción. En segundo término, los recelos de violación de soberanía por la extraterritorialidad que pudiera suponer el arbitraje comercial internacional, han dado paso a la masiva ratificación por los Estados latinoamericanos de los principales tratados reguladores del arbitraje comercial; como consecuencia de todo ello, la excepción de inmunidad tanto de jurisdicción como de ejecución ha sido desprovista del contenido emocional y político que pudiera haber tenido en otras épocas;⁸¹ la prueba de fuego para comprobar el buen o mal funcionamiento del arbitraje en los respectivos ordenamientos jurídicos se centra en torno al juego difícil que la excepción de incompetencia por convenio arbitral pueda establecerse en el procedimiento judicial.

Entre las sombras, debe recordarse que uno de los efectos principales del convenio arbitral radica en el llamado “efecto negativo”; en consecuencia, pactado un convenio arbitral la parte contra la que se dirija una demanda en vía judicial puede oponerse a participar en dicho procedimiento, solicitando al juez que remita el conocimiento de las reclamaciones al arbitraje pactado; pues bien, en no pocos países y en contra de lo establecido en el texto del Convenio de Nueva York, suele ser frecuente que la parte en cuestión se vea obligada, no sólo a excepcionar la competencia judicial por la existencia de convenio de arbitraje, sino a contestar *ad cautelam* sobre el fondo del asunto para evitar así la hipótesis de que el juez en su día no ad-

Se entendió de esta suerte que en Colombia la jurisdicción administrativa tenía competencia exclusiva para conocer de los conflictos que resultan de la expedición de un acto administrativo, relacionado con un contrato y, en particular, de aquellos que son sobre la legalidad de dicho acto administrativo.

⁸¹ Evidentemente, la CCI sostiene la idea de que una actitud como la expresada constituye una violación flagrante del orden público internacional. Esta idea se recoge en las legislaciones europeas como en la Ley suiza de derecho internacional privado de 1987, donde se dispone que un Estado o una empresa dominada, o una organización controlada por el Estado, no puede invocar su propio derecho para oponerse a la arbitrabilidad de un litigio o su capacidad para ser parte de un arbitraje si ésta expresa en el contrato. Lo mismo ocurre en España, donde el artículo 2o. de la Ley de Arbitraje de 2003 establece que “cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una empresa, sociedad, y organización controlada por un Estado, esta parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio estatal”.

mita la excepción judicial de incompetencia por convenio de arbitraje y se haya perdido en trámite del procedimiento judicial ordinario la posibilidad de contestar a la demanda; esto trae consigo dilaciones y molestias a la parte que debería limitarse a excepcionar con carácter previo al procedimiento judicial por la pura existencia del convenio de arbitraje. Otra sombra se registra en la fuerte reticencia que muestran los jueces y tribunales de los países latinoamericanos para otorgar medidas cautelares con ocasión de procedimientos arbitrales. Es muy frecuente que los tribunales no cuestionen la posibilidad de adoptar tales medidas cautelares, sin que ello suponga renuncia a la competencia arbitral admitiendo tácitamente la judicial y la razón obedece a una falta de comprensión en torno a lo que debe ser el auxilio judicial en la actividad arbitral. Y dentro de este apartado y pese a que es cierto que en la región existe una jurisprudencia muy clara en la aplicación del Convenio de Nueva York de 1958 y, a pesar de que este instrumento ha sido un auténtico motor para la unificación jurisprudencial, no puede ignorarse la existencia de interpretaciones incorrectas de los convenios suscritos por el país en cuestión; ello se observa, de un lado, en el abuso en la aplicación de lo que se considera orden público interno, trasladando ciertas regulaciones del arbitraje doméstico al arbitraje comercial internacional; y, por otro lado, en el empleo de la regulación poco clara que en las legislaciones domésticas se realiza a veces de los recursos contra las sentencias arbitrales. La práctica en materia de intervención del juez en el procedimiento arbitral⁸² o en lo concerniente a la anulación de laudos arbitrales, sobre todo en asuntos muy relevantes, no deja de influir de modo negativo en la consideración del arbitraje en América Latina.⁸³

⁸² El contencioso entre la “Compañía Paranaense de Energía/COPEL” y una serie de inversores estadounidenses, que tenía por objeto un contrato de construcción y gestión de una central eléctrica en el Estado de Paraná (Brasil), las partes, en su acuerdo de arbitraje CCI, habían establecido que fuera París la sede del arbitraje. Al surgir las diferencias entre las partes, los inversionistas americanos iniciaron un arbitraje CCI, conforme el acuerdo de arbitraje, con la oposición de COPEL al desarrollo del arbitraje. COPEL obtuvo dos decisiones por parte de los jueces del Estado de Paraná, ordenando que, dado que el interés público se encontraba involucrado en el caso y que COPEL podría sufrir un daño irreparable de continuar el procedimiento arbitral CCI, dicho arbitraje debía ser suspendido, y que si la orden de suspensión no era cumplida debería pagarse una multa diaria.

⁸³ En el caso de la “Empresa Termorío”, un laudo arbitral en un arbitraje CCI relativo a la construcción y el manejo de una central eléctrica en la región del caribe colombiano fue anulado *ex officio* por el Consejo de Estado argumentando que el arbitraje era

En cualquier caso, en los países latinoamericanos se registra de forma cada vez más nítida la labor pedagógica, liderada sobre todo por la Uncitral, en materia de unificación legal y jurisprudencial en materia de arbitraje. El efecto de la Ley Modelo elaborada por la Uncitral es determinante para los parlamentos a la hora de legislar en materia de arbitraje. A partir de aquí, América Latina está mucho más activa en sus esfuerzos para resolver conflictos a través de la mediación o el arbitraje. Por citar un dato estadístico: si la práctica de la Cámara de Comercio Internacional de París registraba en 1990 del total de casos recibidos el 2.3% de asuntos de arbitraje internacional que incluían al menos una parte de algún país de América Latina, en 1998 el porcentaje pasó a ser el 8.3%, y en la actualidad el porcentaje supera el 10%.

V. INTERVENCIÓN DE LOS AGENTES ECONÓMICOS PRIVADOS: RECEPCIÓN DE LA *LEX MERCATORIA*

1. *El debate en torno a la lex mercatoria en América Latina*

19. Al igual que en otras latitudes, se ha desarrollado en América Latina una nueva versión del viejo *ius mercatorum*, en virtud del cual los agentes económicos imponen sus propios usos y costumbres convertidos en normas consuetudinarias, autónomas y de aceptación general, buscando con ello fórmulas más adecuadas a la realidad del tráfico mercantil moderno con el propósito de resolver sus controversias sin aplicar las leyes de sus propios. Si bien es cierto que se puede realizar un cierto paralelismo entre el fenómeno de los usos y costumbres en la Edad Media con los que se manifiestan en la actualidad existen, sin embargo, notables diferencias. Las semejanzas se manifiestan si se considera que tanto la “vieja” como la “nueva” *lex mercatoria* está formada por usos que constituyen un derecho espontáneo, uniforme, y en cierta manera universal; que son usos propios de los comerciantes, y que son usos que tratan de superar las dificultades del conflicto de leyes cuando se trata de determinar el derecho nacional

interno y que la CCI no podía, según la ley colombiana, administrar arbitrajes nacionales, pues no figuraba en la lista de centros arbitrales autorizados por la administración para administrar arbitrajes internos.

que regirá determinada relación jurídica. Pero existen también algunas importantes diferencias de contenido: nos hallaríamos ante un derecho espontáneo, nacido de la práctica comercial internacional con unas fuentes propias y unos medios de solución de litigios de intereses específicos al margen del poder judicial de los Estados y de los tribunales internacionales. Esta nueva *lex mercatoria*, con sus usos y costumbres, constituye un derecho espontáneo, un nuevo ordenamiento autónomo, creado por los propios comerciantes con el propósito fundamental de evitar en sus transacciones internacionales la aplicación, siempre conflictiva, de las legislaciones locales de sus respectivos países. La consecuencia de este lento y constante proceso ha sido la introducción en la práctica internacional de una extensa red de instrumentos y de cláusulas de estilo que, con apoyo en la voluntad de las partes contratantes, viene a incorporarse a la relación contractual individual vaciando de contenido a la disciplina contenida en los códigos de comercio.

Esta nueva *lex mercatoria* se configura como un derecho espontáneo,⁸⁴ un nuevo ordenamiento autónomo, creado por los propios comerciantes con el propósito fundamental de evitar en sus transacciones internacionales la aplicación, siempre conflictiva, de las legislaciones locales de sus respectivos países. Esto es, liberarse de la rigidez y de la falta de sensibilidad para el tráfico mercantil internacional de las legislaciones internas a través de un culto hacia el principio de la autonomía de voluntad y de autorregulación en este sector.

20. Se ha desarrollado un debate, aún pendiente de conclusión, respecto a la conceptualización de la así llamada nueva *lex mercatoria*,⁸⁵ que ha enfrentado posturas irreconciliables entre “mercatoristas” y “antimercatoristas”.⁸⁶ Este debate es intenso en la doctrina norteamericana y europea, pero aún es incipiente en América Latina;⁸⁷ amplios sectores de la doctrina del derecho internacional privado directamente desconocen su existencia, y entre aquellos que la reconocen concurren varias tesis que intentan encuadrar teórica-

⁸⁴ Benson Bruce, L., “The Spontaneous Evolution of Commercial Law”, *Southern Economic Journal*, vol. 55, 1988, pp. 644-661.

⁸⁵ Goldstajn, A., “The New Law Merchant”, *Journal of Business Law*, 1961, pp. 12-17.

⁸⁶ Gaillard, E., “Trente ans de *lex mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit”, *Journal de Droit International*, t. 122, 1995, p. 6.

⁸⁷ Piaggi, A. I., “El derecho mercantil en el siglo XXI visto desde el Mercosur”, *De-recho de los Negocios*, núm. 90, 1998, pp. 21-33.

mente el fenómeno observado.⁸⁸ En una muy apretada síntesis, se pueden clasificar estas distintas posturas sobre la *lex mercatoria* atendiendo a los siguientes criterios: el ámbito de materias que abarca, su eventual juridicidad y las técnicas normativas utilizadas. En rigor, y al margen de si existe un *tertium genus* de carácter espontáneo, si la soberanía es una noción intrínseca al derecho y si el derecho internacional general posee un nivel de coercibilidad muy distinta de la del Estado, es difícil pensar en un ordenamiento jurídico transnacional con autonomía propia en un determinado sector; y menos aún en el marco de las transacciones comerciales donde los intereses nacionales e internacionales están particularmente definidos. Pero no debe ser motivo de escándalo desde la teoría general del derecho hablar de un orden jurídico transnacional, existe en este sector un importante “optimismo juridizante” que se decanta claramente partidario de que la nueva *lex mercatoria* conseguirá su objetivo transformándose desde su propio sistema y bajo el peso de las necesidades del comercio internacional en un orden jurídico perfecto y acabado.⁸⁹

2. *Lex mercatoria y autonomía conflictual*

21. La ley aplicable a un contrato es la base legal que da la expresión y el contenido a la voluntad de las partes. La autonomía privada en tanto que “principio de regulación” del derecho internacional privado contemporáneo de significación ecuménica alcanza su máxima expresión en materia contractual, siendo una de sus manifestaciones la posibilidad que tienen las partes de designar el derecho que debe regir la relación pactada. Desde la perspectiva de las operaciones de comercio transnacional, la autonomía de

⁸⁸ El debate en torno a la *lex mercatoria* se encuentra en las siguientes obras de referencia: Carbonneau, T. E., “A Definition and Perspective Upon the *lex mercatoria* Debate”, *Lex mercatoria and Arbitration* (E. Carbonneau, dir.), Nueva York, Dobb Ferry, Juris Publ.-Kluwer, 1990, pp. 11-22; Ly, F. de, *International Business Law and the lex mercatoria*, La Haya, T. M. C. Asser Institute, 1992; Osman, F., *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, París, LGDJ, 1992; Berger, K. P., *The Creeping Codification of the lex mercatoria*, La Haya, Kluwer, 1999, especialmente el capítulo 2; Carrascosa González, J., *Globalización y derecho internacional privado*, Murcia, Liberlibro.com, 2002, pp. 98-105.

⁸⁹ Virally, M., “Un tiers droit? Reflexions théoriques”, *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldaman*, París, Litec, 1982, pp. 377 y ss. Cf. Desde un punto de vista crítico, Strenger, I., “La notion de *lex mercatoria* en droit du commerce international”, *R. des C.*, t. 227, 1991, pp. 311 y ss.

la voluntad ejerce una función de localización que responde a unas exigencias de seguridad jurídica, de certeza en el resultado y de previsibilidad,⁹⁰ y que no son en modo alguno ajenas a otra importante manifestación de dicha autonomía: la designación del concreto procedimiento de arreglo de la eventual controversia surgida del contrato, bien a través de una cláusula atributiva de jurisdicción o por medio de una cláusula compromisoria.

Sin embargo, hay ocasiones en que las partes, en vez de incluir en su contrato una cláusula de elección a un determinado ordenamiento estatal, deciden una solución de carácter “anacional” consistente en someterlo a un supuesto “derecho transnacional”, o a la *lex mercatoria*, esto es, a usos comerciales, prácticas negociales, principios generales de la contratación, reglas uniformes... que tienen su origen en la denominada sociedad internacional de comerciantes. Es cierto que la *lex mercatoria* no puede ser aplicada más que a título supletorio si existe una cláusula de elección de una ley estatal o cuando el contrato presente unos vínculos estrechos y evidentes con un determinado Estado;⁹¹ y también es cierto que la referencia contractual a la *lex mercatoria* normalmente deviene ineficaz ante un órgano jurisdiccional estatal como cláusula de elección de ley aplicable. Pese a la función esencial que la autonomía conflictual cumple en el comercio internacional, garantizando que el contrato sea regulado por las mismas normas con independencia del lugar donde se desarrolle el litigio, domina, sobre todo en el continente europeo, un sentimiento a favor de que las partes únicamente pueden elegir un “derecho estatal”, atribuyéndose dicha limitación al artículo 3o. del Convenio de Roma de 1980 (“Los contratos se regirán por la ley elegida por las partes”) que no permite la designación de la *lex mercatoria*, de determinados principios elaborados por instituciones científicas o cualquier otro sistema jurídico no estatal, como ley rectora del contrato.⁹² Esta posición se ha reflejado, matizadamente, en la resolución del Institut de Droit International de Basilea, de 1991, que ha separado los supuestos

⁹⁰ Virgós Soriano, M., *Lugar de celebración y de ejecución en la contratación internacional*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 33 y 34.

⁹¹ Laudo CCI núm. 6500, de 1992, *Journal de Droit International*, 1992, t. 119, pp. 1015-1018 y nota de Arnaldez, J. J.

⁹² Lagarde, P., “Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la Convention du 19 juin 1980”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1991, pp. 300 y 301; Rigaux, F., “Examen de quelques questions laissées par la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *Cahiers de Droit Européen*, 1988, pp. 308 y ss., esp. pp. 318 y ss.; Esplugues Mota, C. (dir.), *Derecho de los negocios internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 147.

sometidos a arbitraje, regidos por “reglas de derecho” del resto de los supuestos, sometidos a “leyes estatales”;⁹³ con ciertas inflexiones, ha dominado en numerosos países de América Latina y, aunque tiende a cambiar de signo en los últimos tiempos, todavía cuenta con sólidos defensores que limitan el ámbito de la *lex mercatoria* a la “autonomía material”.⁹⁴

Según esta concepción, las remisiones efectuadas por las partes en el ejercicio de su “autonomía conflictual” se refieren exclusivamente a las leyes estatales, únicas capaces de garantizar la fuerza obligatoria de las estipulaciones contractuales,⁹⁵ y para ello ha sido frecuente recurrir a una *obiter dicta* de la CPJI en el asunto relativo al *pago de diversos empréstitos servios emitidos en Francia*, según el cual “todo contrato que no es un contrato entre Estados en tanto que sujetos de derecho internacional tiene su fundamento en una ley nacional”.⁹⁶ A partir de aquí se ha estimado que las normas del derecho internacional general obligan en materia contractual a la aplicación de una determinada ley estatal y este criterio se suele confirmar con una alusión a lo dispuesto en referido artículo 3o. del Convenio de Roma de 1980, cuya redacción se ha estimado que “es un acierto”, pues únicamente las leyes estatales presentan “calidad suficiente” para regular los contratos internacionales.⁹⁷ Tal posición, que ha sido calificada de “archipositivista”,⁹⁸ niega cualquier valor jurídico a la *lex mercatoria*, depen-

⁹³ Resolución sobre “La autonomía de la voluntad de las partes en los contratos internacionales celebrados entre personas privadas”. De conformidad con su artículo 2o.: “1. *Les parties ont le libre choix de la loi applicable à leur contrat. Elles peuvent convenir de l'application de tout droit étatique./ Aux fins de la présente Résolution, une unité territoriale est assimilée à un Etat lorsqu'elle dispose d'un droit matériel des contrats./ 2. La loi choisie par les parties s'applique à l'exclusion de ses règles de conflit, sauf volonté expresse contraire*”.

⁹⁴ Dávalos Fernández, R., “La regulación jurídica del contrato internacional”, *Anuario IHLADI*, vol. 16, 2003, pp. 11-64, esp. 22.

⁹⁵ Ancel, B., “Autonomía conflictual y derecho material...”, *cit.*, nota 55, p. 35.

⁹⁶ CPJI, série A, núms. 20-21, p. 40.

⁹⁷ Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., “Algunas preguntas críticas en torno al Convenio de Roma del 19 junio 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”, *Estudios de contratación internacional. Régimen uniforme e internacional privado*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2004, pp. 138 y ss., esp. pp. 151 y 153.

⁹⁸ Hernández-Breton, E., “Propuesta de actualización de los sistemas latinoamericanos de contratación internacional”, Ponencia en el *XXIII Congreso del IHLADI*, Quito, 13-17 de septiembre de 2004, p. 4.

diendo su eventual valor normativo del pacto realizado por los contratantes y quedando incorporada a un determinado derecho nacional.⁹⁹

22. La práctica internacional ha confirmado en muchas ocasiones los inconvenientes derivados de la hegemonía de las leyes estatales en la regulación de contratos internacionales. Y ello por ir muchas veces en contra de la certidumbre y de la estabilidad imprescindibles en este tipo de transacciones. Es cierto que la elección de una ley estatal puede ofrecer indudables ventajas al presentarse como un modelo integrado y conocido por las partes, pero tal elección no ofrece una seguridad total, pues la ley nacional puede presentar lagunas o no estar adaptada a las necesidades del comercio internacional. Y estas dificultades se acrecientan, sin duda, cuando una de las partes en el contrato es un Estado que a través de su potestad legislativa puede de manera unilateral realizar modificaciones sustanciales en el contrato en detrimento de la parte privada.

Se aprecia, asimismo, que la localización de los contratos internacionales dentro de un sistema nacional determinado puede ser arbitraria, toda vez que una gran parte de dichas transacciones presentan vinculaciones de importancia similar con distintos órdenes nacionales y, lo que es más frecuente, otra gran parte de ellas se desarrolla en plazas comerciales de carácter transnacional donde la referencia estatal puede quedar muy debilitada. Circunstancias a las que se unen situaciones derivadas de las nuevas tecnologías, como el comercio electrónico, donde la ubicación de la relación contractual en un determinado espacio territorial resulta totalmente irrelevante. En efecto, las normas de conflicto tradicionales en materia contractual en ocasiones no se acomodan a las peculiaridades de la contratación electrónica, señaladamente por las dificultades derivadas de la determinación del lugar de ejecución de la prestación característica. De ahí que se propugne la aplicación de una supuesta *lex electronica*, entendida como un bloque normativo integrado por un conjunto de normas jurídicas de carácter informal aplicables en el sector del comercio en la línea de las derivadas de los usos elaborados en la práctica del comercio electrónico. En todo caso, el carácter abierto y descentralizado de Internet menoscaba

⁹⁹ Álvarez Rubio, J. J., “Pautas básicas para un análisis de compatibilidad entre los Convenios de Roma de 1980 y de México de 1994 sobre ley aplicable a los contratos internacionales”, *Iberoamérica ante los procesos de integración, XVIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Madrid, BOE, 2000, pp. 217-227, esp. pp. 223-227.

la eficacia práctica en ese marco de algunas de las reglas extraestales, cuyo empleo es más habitual entre partes pertenecientes a un mismo sector de actividad.¹⁰⁰

23. Las normas clásicas del derecho internacional privado de los contratos son complicadas, y sus resultados a menudo inciertos, pues los tribunales nacionales manifiestan una tendencia a favor de la aplicación de la *lex fori*, que incluso en muchos sistemas ha tenido una clara plasmación legal: siempre que la ley elegida “tenga alguna relación con el contrato”. No puede negarse que el método conflictual ha mostrado cierta ineficacia por más que haya realizado un importante impulso de adaptación a un entorno económico y social muy diverso del que lo vio nacer;¹⁰¹ y se ha llegado a afirmar que el “conflictualismo padece una enfermedad consustancial para alcanzar los objetivos y valores que se propone”.¹⁰² Las normas de conflicto, es cierto, tienden a “nacionalizar” la cuestión al designar como aplicable a un determinado sistema jurídico interno. Gran parte de las normas nacionales nunca fueron concebidas para aplicarse a situaciones internacionales, y precisamente el intento de resolver esa insatisfactoria situación motivó el desarrollo del derecho uniforme, aunque sus resultados han sido tan limitados que en la actualidad la norma de conflicto no ha perdido su papel relevante en la ordenación del tráfico comercial internacional.¹⁰³

Las técnicas del derecho internacional privado basadas en la norma de conflicto se muestran a veces inadecuadas para regular las complejas cuestiones suscitadas en el ámbito del comercio internacional.¹⁰⁴ La pretensión de localizar en un ordenamiento jurídico una situación privada, se ha dicho, es una solución basada en una teoría metafísica. Al margen de la falacia que registra una afirmación de este tipo, no pueden desconocerse una serie de datos que van en contra del método savigniano en la solución de las transacciones comerciales internacionales. En primer lugar, desde el

¹⁰⁰ Miguel Asensio, P. de, *Derecho privado de Internet*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 2002, pp. 83 y 84.

¹⁰¹ Audit, B., “Le droit international privé à fin du XXème siècle: Progres ou recul”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 50, 1998, p. 447.

¹⁰² Juenger F. K. y Sánchez Lorenzo, S., “Conflictualismo y *lex mercatoria* en el derecho internacional privado”, *REDI*, vol. LII, 2000, p. 22.

¹⁰³ Fernández Rozas, J. C., “Consideraciones en torno a la relevancia del derecho uniforme en la regulación del tráfico privado externo”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, IV, Madrid, Civitas, 1996, pp. 5209-5237.

¹⁰⁴ Baxter, I. F. G., “International Conflict of Laws and International Business”, *ICLQ*, vol. 34, 1985, pp. 538-559.

punto de vista de los procedimientos de producción normativa, todavía existen muchos sistemas nacionales, no sólo de filiación anglosajona, donde la norma de conflicto es de fuente predominantemente jurisprudencial, con la consiguiente incertidumbre que ello entraña. Esa incertidumbre también se manifiesta, en segundo término, con la actual coexistencia de normas internas con tratados internacionales en un determinado sistema jurídico y la delicada operación de identificar, dentro de un determinado sistema, la norma pertinente a la transacción controvertida; y ello al margen de la eventual aplicación de los Principios de Unidroit de 1994. En tercer lugar, y aunque la codificación internacional trata de evitarlo, por ejemplo, la exclusión del reenvío operada por el artículo 15 del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, todavía están presentes los denominados “problemas de aplicación de la norma de conflicto”, que pueden generar importantes perturbaciones a la hora de dar una solución justa al caso concreto.¹⁰⁵ Finalmente, si la consecuencia de la norma de conflicto es designar la aplicabilidad de un determinado derecho estatal, localizando allí el supuesto, no cabe duda que esta operación se caracteriza, como hemos apuntado, por “nacionalizar”, impregnando de concepciones particulares la respuesta a la transacción; y tal respuesta impide una consideración efectiva de la especialidad que introduce en la controversia jurídica la “internacionalidad del supuesto”: la propia situación del comercio internacional obliga a estimar la consideración del “elemento internacional” como una exigencia de justicia.

Argumentos como los apuntados han conducido a que el conflicto de leyes, identificado con frecuencia con el derecho internacional privado, haya sido considerado con máximo recelo por los iusmercatoristas y, en particular, por los abogados prácticos;¹⁰⁶ ello es explicable, dado que el derecho internacional privado es altamente abstracto y académico, mientras que el derecho comercial es a menudo menos preciso, pero vivo.¹⁰⁷ Numerosas legislaciones mercantiles nacionales no se adaptan a las necesidades del

¹⁰⁵ Béraudo, J. P., “La mise en oeuvre du droit matériel uniforme par le juge et par l’arbitre dans le règlement des litiges commerciaux”, *Revue de Droit Uniforme*, vol. III, 1998, p. 259.

¹⁰⁶ Cremades, B. Ma., “Los Estados y las empresas públicas en su condición de socios en el comercio internacional”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. II, 1985, p. 27.

¹⁰⁷ Cfr. Miguel Asensio, P. de, “El derecho internacional privado ante la globalización”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. I, 2001, p. 39.

comercio internacional en función de la incertidumbre que ofrecen los mecanismos de determinación del derecho aplicable. Frente a ello, la *lex mercatoria* se revela como un procedimiento mucho más simple y rápido por incorporar directamente una norma de carácter material. Además, la ley nacional no es apropiada muchas veces para los contratos entre entidades públicas y particulares, en función del papel hegemónico que pueden ejercer aquéllas en la designación de su propia ley nacional sin tener en cuenta las peculiaridades del comercio internacional que están implícitas en la concreta transacción comercial.

24. La referencia a un determinado sistema estatal basada en la garantía del necesario equilibrio entre las partes en la contratación internacional ha ido evolucionando progresivamente hasta generalizarse una práctica, en un sentido radicalmente contrario tendente a acentuar la desigualdad de las partes en el contrato por dos motivos de diferente entidad. Por un lado, por la diversidad, pues han brotado en el mercado internacional un número muy considerable de fórmulas contractuales que estaban en relación directa con la naturaleza de la actividad comercial involucrada y con el protagonismo de determinados Estados en el comercio internacional; por otro lado, porque las referidas fórmulas contractuales se remitían de forma exclusiva a un ordenamiento jurídico determinado, coincidente con el del Estado hegemónico en el sector donde, curiosamente, tenía su sede la asociación redactora.¹⁰⁸ Más recientemente esta técnica ha sido desarrollada por las empresas multinacionales con el propósito de defender sus intereses frente a su co-contratante; de esta suerte, la entidad asegura la uniformidad en la contratación para todas las empresas integrantes de su conglomerado económico involucrando a industrias muy poderosas para que inserten en sus contratos tipo una cláusula de remisión siempre al mismo ordenamiento jurídico.

También se asiste a una marcada inadecuación de las técnicas codificadoras protagonizadas por los Estados, cuyos objetivos no se acomodan plenamente a las necesidades de los operadores económicos, lo que ha suscitado una honda preocupación en torno a los costos y a la propia rentabilidad del movimiento internacional en pro de la unificación del derecho mercantil,¹⁰⁹ que llegan a cuestionar muy seriamente su utilidad práctica.

¹⁰⁸ Benjamin, P., "The ECE General Conditions of Sale and Standard Forms of Contracts", *Journal of Business Law*, 1961, p. 119.

¹⁰⁹ Garcimartín Alférez, F. J., "El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales: una aproximación económica", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLVII, 1995-2, p. 30.

Y también, el de ciertas instituciones internacionales donde tiene lugar la codificación.¹¹⁰ Baste comprobar los resultados deparados por el paradigma de los Convenios de unificación del derecho de los negocios transnacionales que es la Convención de Viena de 1980: si tenemos en cuenta que sus normas son preferentemente de derecho dispositivo, que poseen una vocación esencialmente subsidiaria, que se refieren a una modalidad contractual relativamente simple y universalmente conocida y que, por añadidura, no elimina la “autonomía conflictual” (artículo 6o.), no podemos por menos de desconfiar de esta metodología codificadora.¹¹¹

25. A veces la ley aplicable es extraña al juez y/o a las partes y requerir la información sobre su contenido puede resultar altamente perturbador. Desde la perspectiva arbitral, la ausencia de foro confiere al procedimiento arbitral una marcada autonomía en orden al procedimiento respecto de las normas procesales de estatales. Por eso, al igual que no cabe hablar de ley del foro, en el arbitraje comercial internacional no existe propiamente una ley extranjera.¹¹² Tal ausencia confiere al árbitro un importante margen de actuación en orden a la determinación del derecho aplicable al fondo del litigio.¹¹³ Esta situación de posible y cada vez más frecuente “desnacionalización” de la ley aplicable al arbitraje tiene la virtud de restringir de una manera tajante el problema tradicional del derecho internacional privado relativo al derecho aplicable: la consecuencia jurídica de la norma de conflicto. En ausencia de una designación expresa respecto del derecho aplicable, el árbitro cuenta con un amplio poder de iniciativa en la determinación de la ley aplicable al fondo del litigio, como se desprende de lo dispuesto en el artículo 7o. del Convenio de Ginebra de 1961.

La ausencia de un foro arbitral permite al árbitro aplicar al fondo del litigio las normas consuetudinarias del comercio internacional al margen de cualquier intervención de las normas estatales. Frente a lo que ocurre en la justicia estatal, el árbitro, al no estar sometido a una soberanía estatal determinada, tiene un amplio margen de actuación en tal sentido.¹¹⁴ Ante los

¹¹⁰ Rodino, W., “Unification of Law and International Organizations”, *International Journal of Legal Information*, núm. 27, 1999, pp. 156-162.

¹¹¹ Fernández Rozas, J. C., *Ius mercatorum...*, cit., nota 12, pp. 173 y ss.

¹¹² Fernández Rozas, J. C., “Le rôle des juridictions étatiques devant l’arbitrage commercial international”, *R. des C.*, t. 290, 2001, pp. 148-150.

¹¹³ Goldman, B., “Les conflits de lois en matière d’arbitrage international”, *R. des C.*, t. 109, 1963-II, p. 443.

¹¹⁴ Laudo CCI n. 3131 (1979), “Norsolor”, *Revue de l’arbitrage*, 1983, pp. 525-531. Goldman, B., “Une bataille judiciaire autour de la *lex mercatoria*”, *Revue de l’arbitrage*,

árbitros el problema tradicional del derecho internacional privado de la condición de la ley extranjera queda sustituido por el del procedimiento de aplicación de las leyes estatales. Por eso en el arbitraje comercial internacional la cuestión de la confrontación entre la ley del foro y la ley extranjera carece totalmente de significado,¹¹⁵ como también carece de significado que el árbitro se vea compelido a aplicar una ley extranjera que las partes no hayan alegado expresamente o cuyo contenido no hayan acreditado.

La elección por las partes de la *lex mercatoria* o de una reglamentación privada no tiene por qué vulnerar el principio de legalidad previsto en las Constituciones de nuestro entorno pues, al margen de la existencia de postulados tales como en contenido en el artículo 1091, Cc, dicha sumisión no supone eliminar cualquier control estatal. Si en orden al arbitraje dichos controles vienen determinados tanto por el recurso de anulación como por el procedimiento de *exequátur*, en la materia que nos ocupa la designación de la *lex mercatoria* no eliminan controles estatales como el orden público (artículo 16 del Convenio de Roma de 1980)¹¹⁶ o las normas materiales imperativas.¹¹⁷

3. Posición adoptada por la Convención de México de 1994

26. La autonomía conflictual mercatoria, o posibilidad de designar como *lex contractus* un régimen como el de los Principios Unidroit carece intrínsecamente de relevancia. En la contratación internacional la delimitación del ámbito de la autonomía material debe realizarse exclusivamente a través del juego de las normas imperativas, tanto de la *lex causae* como de la ley del foro o de terceros Estados.¹¹⁸ Esto implica una superación entre la tradicional divisoria entre autonomía material o conflictual incluso aunque se admita la posibilidad de que las partes designen como *lex contractus* un ordenamiento no estatal.¹¹⁹ Y ello con independencia de que sea factible

1983, pp. 379-409. Lando, O., "The *lex mercatoria* in International Commercial Arbitration", *JCLQ*, vol. 34, 1985, pp. 747-768.

¹¹⁵ Goldman, B., "Les conflits de lois en matière d'arbitrage...", *cit.*, nota 113, p. 449.

¹¹⁶ Juenger F. K. y Sánchez Lorenzo, S., "Conflictualismo y *lex mercatoria*...", *cit.*, nota 102, pp. 33 y 34.

¹¹⁷ Grijera Naón, H., "Los árbitros internacionales ¿pueden o deben aplicar las leyes de policía?", *Avances del derecho internacional privado en América Latina...*, *cit.*, nota 15, 2002, pp. 599-616.

¹¹⁸ Sánchez Lorenzo, S., "La función de las técnicas conflictuales...", *cit.*

¹¹⁹ Miguel Asensio, P. A. de, "Armonización normativa...", *cit.*, pp. 872-878.

una referencia, subjetiva u objetiva, a un derecho estatal como sistema residual de cierre o de cobertura de lagunas de la reglamentación no estatal. Una referencia que quedará limitada, en todo caso, por la acción de las normas materiales imperativas de alcance internacional. La autonomía conflictual mercatoria va siendo objeto de una aceptación pregresiva en la codificación internacional e interna, como evidencia el artículo 9o.2 de la Convención Interamericana sobre la Ley Aplicable a los Contratos Internacionales de México, del 17 de marzo de 1994 (“El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene los vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales”). La remisión que este precepto efectúa ofrece consecuencias que se engloban en la tesis antes apuntada y, como pusiera de relieve su inspirador principal, tiene el mérito de combinar los mecanismos tradicionales del *proper law* con una aproximación a las normas materiales.¹²⁰

Además, el Convenio de Roma, aunque no prohíbe, tampoco sanciona la elección de la *lex mercatoria*.¹²¹ Desde esta perspectiva la función de la *lex mercatoria* quedaría seriamente limitada, pues únicamente existiría en la medida en que un determinado ordenamiento estatal la incorpore.¹²² Tanto el artículo 3o. del Convenio de Roma como los artículos 7o. y 8o. de la Convención de México de 1994 sobre ley aplicable a los contratos internacionales, se centran en una óptica sustantivista o material que, como ha puesto de relieve con acierto M. Ancel, da prioridad al contenido de la ley sobre su autoridad pero que no impiden otras opciones. En su opinión, dichas normas permiten a los contratantes la designación de una ley sin ningún vínculo objetivo con la relación contractual y en la práctica actual a nadie sorprende que las partes designen por el único motivo de que su contenido se acomode a la solución que desean dar a sus intereses desde un

¹²⁰ Juenger, F. K., “The Inter-American Convention...”, *cit.*, nota 55, p. 391. Véase, asimismo, Noodt Taquela, M. B., “Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales”, *El Derecho internacional privado interamericano en el umbral del siglo XXI*, Madrid, 1997, pp. 102-104.

¹²¹ Juenger, F. K., intervención en el coloquio del 4 de junio de 1993, *Principios, objetivos y métodos del Derecho internacional privado. Balance y perspectivas de una década*, Madrid, 1995, p. 63.

¹²² Virgós Soriano, M., en González Campos, J. D. *et al.*, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 5a. ed. Madrid, 1993, pp. 217-221.

punto de vista material; por otra parte, estos instrumentos admiten la combinación (*panachage*) de varias leyes o el *dépeçage* del contrato entre varias leyes que pueden aplicar los contratantes a su antojo utilizando las soluciones que estimen mejor acomodadas a sus intereses; por último, las partes tienen la facultad de modificar la ley aplicable desde el momento en que consideren que su relación contractual se desarrollará de forma más conforme a sus deseos si se acomoda a una legislación diferente y a partir de ese momento. Si de estas tres circunstancias, entre otras que pudieran señalarse, se deduce que las partes gozan en el marco de la autonomía conflictual de unas facultades omnímodas a la hora de regular materialmente el contrato; si no están obligadas a respetar la integridad de las leyes estatales; si hacen lo que quieren a tenor de lo que ordenan sus intereses sustancialmente acordados en el contrato,

no se entiende por qué una libertad que puede llegar a transformar las leyes estatales en simples catálogos de recetas susceptibles de combinarse, en simples modelos a seguir, que pueden ser adaptados y recortados, no llegaría a permitir darse una reglamentación contractual por referencia a la *lex mercatoria* o, más simplemente, adoptar los Principios Unidroit, o acordar la aplicación del Convenio de Viena a un contrato no sujeto a su ámbito de aplicación.¹²³

Constituye el artículo 9o. de la Convención de México de 1994 una de las aportaciones más importantes de este sobresaliente instrumento internacional, calificado como la “expresión postmoderna por excelencia del derecho internacional privado de los contratos internacionales”,¹²⁴ pues introduce un nuevo factor de conexión, a falta de elección del derecho aplicable, para cuya determinación el tribunal dispondrá de elementos objetivos y subjetivos que se desprenden del contrato, y tomará en cuenta principios generales del derecho comercial internacional, aceptados por organismos internacionales. La solución de aplicar el derecho relacionado con las características del contrato, en vez de normas ajenas al mismo, tales como la nacionalidad de las partes o el lugar de su celebración, no es extraño al derecho y legislación comparados. Además, la determinación del “vínculo más estrecho” conduce al análisis del marco socioeconómico del contrato

¹²³ Ancel, B., “Autonomía conflictual y derecho material...”, *cit.*, nota 55, pp. 43 y 44.

¹²⁴ Hernández-Breton, E., “Propuesta de actualización...”, *cit.*, nota 98, pp. 4 y 5.

del cual forma parte, y éste es determinante para el establecimiento del derecho aplicable. De particular importancia es la inclusión de principios generales del derecho comercial internacional, aceptados por organismos internacionales, lo cual vincula esta Convención, especialmente con los principios Unidroit. Y el juez podrá, en casos excepcionales, aplicar sólo a una parte del contrato el derecho más estrechamente vinculado con el mismo, lo cual reafirma el *depeçage*.¹²⁵

Frente a los resultados alcanzados en Europa,¹²⁶ se sintió la necesidad de realizar un reconocimiento más explícito de la *lex mercatoria*, lo cual no era algo nuevo en la CIDIP, pues 20 años antes se había realizado una cierta aceptación de este bloque normativo a propósito de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial aprobada en la CIDIP I de 1975, en Panamá, en cuanto el artículo 3o. admitía la posibilidad de regular al arbitraje por medio de un Reglamento de Procedimientos elaborado por la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC). No es casual que el propio título de la Convención se refiera al “derecho” aplicable a los contratos internacionales y no de la “ley” aplicable, expresión esta última considerada demasiado reductora de las manifestaciones de lo jurídico en el campo internacional, en cuanto implicaba la admisión de una sola de las fuentes posibles del derecho. Puede afirmarse que la admisión de la “autonomía conflictual mercatoria” gozó de una cierta acogida, aunque debe reconocerse que no generalizada, como evidenciaron las posiciones de varios delegados en la V CIDIP.¹²⁷

27. A partir de aquí es obvio que para la Convención no es cuestionable el reconocimiento de un derecho objetivo extraestatal que se va paulatinamente organizando y expandiendo en razón de su eficacia para regular los contratos internacionales y que va relegando de manera gradual a impor-

¹²⁵ Perezniето Castro, L., “Introducción a la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, *Revista de Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. 30, 1994, pp. 765-776.

¹²⁶ Carbone, S. M., “Dos intentos regionales de regulación de los contratos internacionales: el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales y su relación con la Convención interamericana de 1994 sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 2003, pp. 45-60.

¹²⁷ Perezniето Castro, L., “Introducción a la Convención Interamericana...”, *cit.*, nota 125, pp. 765-776, esp. pp. 770 y ss.; Juenger, F. K., “The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons”, *AJCL*, vol. 42, 1994, pp. 381-391, esp. p. 390; *idem*, “Contract Choice of Law in the Americas”, *AJCL*, vol. 45, 1997, pp. 195-213, esp. pp. 204 y 205.

tantes sectores del orden jurídico estatal. Tampoco es polémica la aceptación por la Convención de México de la *lex mercatoria* como principio interpretativo que auxilie a llenar las lagunas que presentan las normas y los contratos internacionales; al menos esto es lo que se desprende del artículo 10 cuando se refiere a la obligación de respetar “las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”. El interrogante se centra en determinar el papel que el referido artículo 9o. otorga a la *lex mercatoria* en el ordenamiento jurídico internacional. Hemos de reconocer que esta cuestión no encuentra una respuesta contundente en la Convención y resulta aventurado dar una respuesta categórica. No obstante, tampoco puede descartarse una línea interpretativa favorable a la “autonomía conflictual mercatoria”. Sin ir más lejos puede sostenerse que cuando el artículo 9o. entiende que las partes contratantes no han elegido el derecho aplicable, será el tribunal el encargado de hacerlo y que dicho tribunal “también tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por los organismos internacionales”. A mayor abundamiento, el referido artículo 10 afirma que “además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios de derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”. Ello permitiría considerar a la *lex mercatoria* como un derecho autónomo que puede ser designado directamente por las partes o por el juez mediante la búsqueda de los lazos más estrechos para el caso de que exista una ausencia de la voluntad de aquéllas.¹²⁸

Esta manera de razonar no puede quedar desvirtuada por la redacción de dos preceptos de la Convención que incluyen el término “derecho” en un marco muy distinto al de las denominadas “normas de aplicación”, que no actúan en el proceso de reglamentación de las situaciones privadas internacionales, sino en un proceso ulterior donde surgen problemas que deben resolver los órganos estatales.¹²⁹ Nos referimos, de un lado, al artículo 2o. que indica la aplicación del derecho designado por la Convención a un

¹²⁸ Maekelt, T. B. de, “La flexibilización del contrato internacional en la Convención interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, *Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998...*, cit., vol. II, pp. 359-380.

¹²⁹ González Campos, J. D., *Derecho internacional privado, parte I, Introducción* (policopiado), Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 1983, pp. 86 y 87.

Estado no parte; y, de otro lado, al artículo 17 que determina que “para los efectos de esta Convención se entenderá por «Derecho» el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes”, pues su objetivo único es la exclusión del reenvío del ámbito de la contratación internacional regulada por la Convención.

28. Por el momento la Convención está en un estado cuasi-durmiente, pero no cabe descartar que por una circunstancia determinada despierte de su letargo y que a Venezuela y México se agreguen pronto Bolivia, Brasil y Uruguay, que ya han firmado este instrumento, y conformen una nueva cultura contractual en América Latina que ha sido respaldada por la Resolución del IHLADI de Quito de 2004, a partir de una amplia oferta de posibilidades de incorporación al modelo.¹³⁰ Al margen de una línea doctrinal que cada vez registra mayor aceptación, dicha cultura comienza a aparecer, frente a un panorama comparado poco propicio, en ciertas reglamentaciones de origen estatal que muestran una evolución de las normas conflictuales en el sentido indicado.¹³¹ La Ley de Derecho internacional privado de Venezuela,¹³² tras reproducir en los artículos 29 y 30 el régimen de derecho aplicable a los contratos previsto en la Convención de México, añade un artículo 31 con el siguiente tenor: “Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”.

¹³⁰ “(B)ien mediante la ratificación de la Convención, siguiendo el ejemplo de México y de Venezuela, o a través de fórmulas blandas de incorporación, material o por referencia...” *Conclusiones y Acuerdos del XXIII Congreso*, Quito (Ecuador), 13-17 de septiembre de 2004, p. 13.

¹³¹ Hernández-Breton, E., “Autonomía conflictual en América Latina. Tendencias actuales”, *Anuario IHLADI*, vol. 16, 2003, pp. 441-471; *idem*, “Propuesta de actualización...”, *cit.*, nota 98, pp. 15-24.

¹³² Maekelt, T. B. de, “Das neue venezolanische Gesetz über Internationales privatrecht”, *Rebels Z.*, 2000/2, pp. 299-344, esp. pp. 307, 330 y 331; Hernández-Breton, E., “Las obligaciones convencionales en la Ley de Derecho Internacional Privado”, *Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998...*, *cit.*, nota 128, vol. II, pp. 324-341.

4. *Principios de Unidroit como expresión particularmente autorizada de la lex mercatoria*¹³³

29. Durante los últimos años se han experimentado transformaciones fundamentales en el ámbito del derecho rector de la contratación. Entre ellas destacan indudablemente los principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales de 1994, cuya segunda versión vio la luz en 2004, incorporando cinco nuevos capítulos.¹³⁴ Estamos ante una experiencia compiladora donde converge *lex mercatoria*, hasta ahora sin consolidar en un cuerpo normativo integrado, y la codificación en sentido tradicional;¹³⁵ los principios están concebidos en un sistema de reglas del derecho de los contratos que se adaptan de forma específica a las necesidades de la práctica comercial moderna, tratando de evitar la utilización de una terminología propia de un determinado sistema jurídico estatal. Pueden ser elegidos por las partes como derecho aplicable (los Principios pueden aplicarse, según su preámbulo, cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por los “principios generales del derecho”, la “*lex mercatoria*” o expresiones semejantes), servir de referencia a los jueces y árbitros, interpretar o completar otros instrumentos de derecho internacional uniforme, como el Convenio de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, y ser modelo para legisladores internacionales y nacionales. Importa retener aquí que la mayoría de los integrantes del grupo de trabajo que redactó los Principios son decididamente favorables de la aplicación de la *lex mercatoria* a la contratación internacional, y esta tendencia se manifiesta en una abultada corriente doctrinal que se apoya en dichos Principios para reafirmar esta posición, aunque la asimilación no

¹³³ Expresión de P. Lalive (“L’arbitrage commercial et les Principes Unidroit”, en Bonell, M. J. y Bonelli, F. (eds.), *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Milán, 1997, pp. 71 y ss., esp. p. 80), que ha sido acogida con calor por un importante sector doctrinal. Véase Bonell, M. J., “Unidroit Principles: a Significant Recognition by a U. S. District Court”, *Rev. Dr. Unif.*, 1999, pp. 651 y ss.

¹³⁴ Bonell, M. J., “Unidroit Principles 2004. The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts Adopted by International Institute for the Unification of Private Law”, *Uniform Law Rev.*, 2004, pp. 5-40.

¹³⁵ Sánchez Lorenzo, S., “La función de las técnicas conflictuales en los procesos de unificación del derecho privado material”, *Paces Artis. Obra homenaje al profesor J. D. González Campos*, t. II, Madrid, Eurolex, 2005 (en prensa). Véase Feldstein de Cárdenas, S. L., “Los Principios Unidroit y los Principios Europeos: una primera mirada desde el Derecho internacional privado”, *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes*, núm. 15, septiembre de 1998.

es necesariamente indispensable, en función de su carácter eminentemente científico.¹³⁶

Esta última dimensión ya empieza a dar resultados. No puede negarse una favorable acogida doctrinal en América Latina¹³⁷ al considerarse que los Principios Unidroit pueden aplicarse cuando las partes así lo hayan acordado expresamente en el contrato o cuando este último se remita a los principios generales del derecho, a la *lex mercatoria* o a expresiones semejantes.¹³⁸ Desde el punto de vista legal, un primer ejemplo lo encontramos en la Ley de arbitraje adoptada en Panamá (Decreto-Ley 5 del 8 de julio de 1999), que establece el régimen general del arbitraje, la conciliación, y la mediación y que se aplica también al arbitraje comercial internacional; según su artículo 27, el tribunal arbitral apreciará las estipulaciones del contrato para la aplicación del derecho que rige la relación contractual y tendrá en cuenta los usos, las prácticas del comercio y los Principios de Unidroit.¹³⁹ Un segundo ejemplo aparece en el contrato modelo de la CCI de intermediación ocasional (acuerdo de reserva y confidencialidad, ARC),¹⁴⁰ en cuyo artículo 13.1 se establece que salvo estipulación en contrario, todas las cuestiones relacionadas con este acuerdo ARC se registrarán por las reglas y principios de derecho general reconocidas en el comercio internacional como aplicables a los contratos internacionales, así como por los Principios de Unidroit. Y, finalmente, un tercer ejemplo se registra en el contrato modelo de venta comercial internacional de bienes perecederos

¹³⁶ Bureau, D., “Les nouveaux principes Unidroit: Colloque de l’Institut de la CCI, Paris, 20-21 octobre 1994”, *Rev. Arb.*, 1994, pp. 787-789.

¹³⁷ Alterini, A. A., “Los Principios de Unidroit y las soluciones del derecho común”, *The Unidroit Principles: a Common Law of Contracts for the Americas?*, Unidroit, 1998, pp. 259-274

¹³⁸ Perezniето Castro, L., “Los principios de Unidroit y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos”, *Contratación internacional. Comentarios a los Principios...*, *cit.*, nota 67, pp. 219-216; Siqueiros, J. L., “Los principios de Unidroit y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, *ibidem*, pp. 217-228; Santos Belandro, R. B., “Los principios Aplicables a los Contratos Mercantiles Internacionales: una nueva labor de Unidroit”, *Revista de Derecho Comercial y de la Empresa*, 1996, pp. 13-53.

¹³⁹ Esta posibilidad fue utilizada expresamente por el Laudo Arbitral dictado en la ciudad de Panamá el 24 de febrero de 2001, <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dsid=2377&dsmid=13620>. Véase Boutin L., G., “*Lex mercatoria*: fundamento y apreciación en el Derecho internacional privado panameño”, *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina...*, *cit.*, nota 15, pp. 287-300.

¹⁴⁰ Publicación CCI, núm. 619, 2000.

establecido por el Centro de Comercio Internacional UNCTAD/OMC (CCI) de 1999, en cuyo artículo 14 (Reglas de derecho aplicable) se dispone que para toda materia no cubierta por las cláusulas precedentes, el contrato se regirá por el Convenio de Viena de 1980 y, en su defecto, por los Principios de Unidroit.

30. Indiscutiblemente, el empleo de estos principios ha tenido un desarrollo mayoritario en el ámbito del arbitraje comercial internacional.¹⁴¹ No en vano, en el seno del arbitraje CCI se han dictado cerca de medio centenar de laudos en los que no sólo se ha hecho referencia, sino que se han aplicado directamente los Principios del Unidroit como expresión de la *lex mercatoria*. Y esta conformidad se está extendiendo, aunque de una manera más tibia, no sólo en el marco del arbitraje administrado, sino en el del arbitraje *ad hoc* y en distintos ámbitos geográficos incluido el latinoamericano.¹⁴² La utilización de los Principios no se ha limitado en todos los casos a una mera referencia para completar un determinado argumento, registrando la práctica supuestos en que este instrumento ha sido el referente completo del fallo.

Ausentes por el momento de la jurisprudencia internacional,¹⁴³ en la jurisprudencia estatal la aceptación de los Principios del Unidroit utilizados por los árbitros comienzan a abrirse paso, aunque tímidamente y para cuestiones por lo general muy específicas, como la aceptación de una supuesta cláusula compromisoria patológica¹⁴⁴ o la determinación del ámbito de una

¹⁴¹ Berger, K. P., "International Arbitral Practice and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts", *AJCL*, vol. 46, 1998, pp. 129-150; Bortolotti, F., "The Unidroit Principles and the Arbitral Tribunals", *Rev. Dr. Unif.*, 2000, pp. 141-150; Marrella, F., "Nuovi sviluppi dei Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali nell'arbitrato CCI", *Contatto e Impresa / Europa*, vol. 7, 2002, pp. 40-53; "Choice of Law in Third-Millennium Arbitrations: the Relevance of Unidroit Principles of International Commercial Contracts", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2003, pp. 1137-1188.

¹⁴² Laudo *ad hoc* pronunciado en Buenos Aires el 10 de diciembre de 1997 que dirimió un litigio entre una empresa argentina y otra chilena, *Revue de Droit Uniforme*, 1998, pp. 178 y 179.

¹⁴³ El abogado general los utilizó, sin embargo, en el asunto C-334/00 "Fonderie Officine Meccaniche Tacconi Spa contra Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH". Cfr. Requejo Isidro, M., "Incertidumbre sobre la materia delictual en el Convenio de Bruselas de 1968: método de delimitación y determinación del Tribunal competente", *La Ley: Unión eur.*, núm. 5709, 2003, p. 7.

¹⁴⁴ Sentencia de la *Cour d'appel* de Grenoble del 14 de enero de 1996, "Société Harper Robinson c. Société internationale de maintenance et de réalisations industrielles", *Revue de l'arbitrage*, 1997, p. 87; *Revue de Droit Uniforme*, 1997, pp. 180 y 181.

cláusula atributiva de jurisdicción,¹⁴⁵ en el marco de los recursos de anulación o en el del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. Y ello sin olvidar su empleo en el ejercicio de los litigios de comercio exterior.¹⁴⁶ Sin embargo, la práctica no permite, por el momento, realizar una valoración con pretensiones de generalidad. Baste retener que en términos generales la referencia a los Principios opera como complemento a un determinado razonamiento del juez, como evidencia su empleo en la sentencia del 9 de octubre de 1997 de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) en el asunto “Embotelladora Caracas, C. A. y otras c. Pepsi Cola Paname-ricana, S. A.”.¹⁴⁷

31. Las posiciones que limitan el ámbito de la *lex mercatoria* a la autonomía material fueron formuladas en un periodo histórico muy concreto, los años setenta y principios de los ochenta del pasado siglo, coetáneo al debate acerca de la virtualidad de la *lex mercatoria* y en un momento en que esta última permanecía en una cierta nebulosa y aún no se habían producido hechos tan trascendentales como la apatición de los Principios del Unidroit en materia de contratos internacionales. La defensa de la consecuencia jurídica de la autonomía conflictual referida en la ley de un Estado efectuada en este periodo recuerda los planteamientos contrarios a la propia inclusión de la autonomía de la voluntad en el sector contractual, o las construcciones adversas al arbitraje propias de etapas anteriores, que en España tuvieron al profesor F. de Castro como máximo exponente y que apuntaban a la presencia de oscuros intereses en la defensa de estos postulados.¹⁴⁸ La evolución en Europa ha sido lenta pero efectiva y lo propio cabe decir de América Latina. El presente estudio se titula la “*Lex mercatoria* en América Latina”; sin embargo, de la exposición efec-

¹⁴⁵ Sentencia de la Cour d’appel de Grenoble del 23 de octubre de 1996 (“SCEA GAEC Des Beauches Bernard Bruno c. Société Teso Ten Elsen GmbH & COKG”), <http://witez.jura.uni-sb.de/CISG/decisions/231096v.htm>.

¹⁴⁶ Dictamen de la Comisión para la Protección del Comercio Exterior de México (Compromex) relativo a la queja promovida por “Dulces Luisi, S. A. de C. V., en contra de Seoul International Co. LTD., y Seoulia Confectionery Co”, *Diario Oficial de la Federación*, 29 de enero de 1999.

¹⁴⁷ Veáse *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XIV, 1998, pp. 263-278, esp. pp. 274-275 y nota de Hernández-Breton, E., “Aplicación judicial en Venezuela de los Convenios en materia de arbitraje comercial internacional (comentario a la SCSJ de Venezuela del 9 de octubre de 1997)”, pp. 99-104.

¹⁴⁸ Castro, F. de, “El arbitraje y la nueva *lex mercatoria*”, *Anuario de Derecho Civil*, 1979, pp. 619 y ss.

tuada se desprende una clara vocación de la región hacia la incorporación de sus propias soluciones particulares en el ámbito del derecho de los negocios internacionales. Por eso no cabe descartar que en un periodo relativamente breve pueda hablarse con propiedad de una genuina “*lex mercatoria* latinoamericana”.

LOS CARACTERES DE LA JURIDICIDAD EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN*

Francesco GALGANO**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes*. III. *Justificación*. IV. *Perspectivas*. V. *Los juristas*. VI. *Enjuiciamiento crítico*. VII. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

La premisa de este discurso es la condición actual del derecho civil: su unidad o, viceversa, el pluralismo de sus fuentes y de sus sistemas. La unidad del derecho civil es, sobre todo, la unidad del sujeto del derecho, que el derecho civil moderno considera sólo en sus predicados accidentales, como escribía Giovanni Tarello:¹ como propietario, como contrayente, como acreedor o como deudor, y también, en tiempos recientes, como patrón o como trabajador, como productor o como consumidor, etcétera. La unidad del sujeto es el resultado, en el escenario del derecho, del principio iluminista de igualdad entre los hombres, es el fundamento de las codificaciones modernas, en antítesis con el antiguo particularismo que distinguía a los hombres en razón de la condición de clase, de noble o burgués, y del *status* profesional o confesional, y daba vida a una pluralidad de sistemas en el derecho civil. Pero unidad, para el derecho civil, equivale también a universalismo, y bajo este aspecto el derecho civil moderno nace en el signo del pluralismo y no de la unidad.

Hasta el nacimiento de los Estados nacionales y la afirmación del principio de la estatalidad del derecho, las relaciones entre los hombres se regían

* Traducción de Adrián Rentería Díaz.

** Universidad de Bolonia (Italia).

¹ Tarello, G., *Storia della cultura giuridica moderna*, I, Bolonia, Il Mulino, 1976, p. 35.

por derechos universales. El derecho romano no había conocido fronteras, que había sobrevivido en la Edad Media como derecho natural o de razón, si bien como fuente subsidiaria en relación con los derechos particulares de clase o de *status*.

La *lex mercatoria*, a su vez, había sido un derecho creado, y directamente aplicado, por la misma clase mercantil, por fuerza de las costumbres mercantiles, de los estatutos de las corporaciones mercantiles, de la jurisprudencia de los tribunales de los mercantes. Ella no conocía ni siquiera mediaciones políticas ni tampoco fronteras políticas: realizaba la unidad del derecho romano en la unidad de los mercantes. La *lex mercatoria* prevalecía sobre el derecho romano aun cuando sólo una de las partes de la relación fuese un comerciante; pero no prevalecía sobre el derecho canónico, que también era derecho universal de la comunidad de los fieles, de modo que los comerciantes cristianos (excluyendo entonces a los judíos) subyacían a la prohibición canónica de la usura, y no podían practicar préstamos con intereses.²

El derecho civil deja de ser universal cuando se consolida en los Estados nacionales el principio de la estatalidad del derecho. Ningún Estado reconoce otro derecho que no sea el que él mismo ha dictado: el derecho deviene, *tout court*, la ley, y las costumbres, que habían dominado la era precedente, retroceden al último nivel en la jerarquía de las fuentes. Se abre una contradicción creciente entre el comercio, que se dilata siempre más en ámbitos internacionales, y el derecho, que, al contrario, se contrae y se fragmenta dentro de las unidades nacionales particulares. Al antiguo particularismo jurídico, que había sido un particularismo de clase y de *status*, sigue un nuevo particularismo, esta vez de matriz política. Las corporaciones mercantiles son definitivamente suprimidas con la Revolución Francesa; la misma *lex mercatoria* si estataliza: se convierte primero en la *Ordonnance du commerce*, y después en el código de comercio, mediante el cual el Estado impone su propia visión del derecho regulador de los intercambios.

Para el derecho privado se anuncia, es verdad, la temporada de las grandes codificaciones, de la francesa en los primeros años del siglo XIX a la alemana a finales del mismo siglo, ejemplo a su vez en muchos otros códigos nacionales, que han combinado en modos diversos ambos modelos. También es verdad que las codificaciones han tenido una función que por mu-

² Permítaseme reenviar a mi *Lex mercatoria*, IV. ed., Bolonia, Il Mulino, 2001.

chos aspectos es solidaria con la nueva economía de mercado. Los códigos civiles liberaron la riqueza de antiguas ataduras, suprimiendo el *dominium eminens* y el *dominium directum* de la tierra, convirtiendo el *dominium utile*, es decir, la propiedad burgués, la única forma de propiedad, cuya expropiación por parte de los poderes políticos se justificaba sólo por razones de necesidad pública constatada legalmente. Se introdujo en el derecho sucesorio el principio de la igualdad entre los herederos, de manera que, fragmentando así las grandes propiedades, hizo posible que la burguesía accediera a la riqueza inmobiliaria, para que esta clase, en el arco de algunas generaciones, asumiera el control integral de las tierras. Más en general, la penetración en los códigos civiles del principio de la unidad del sujeto de derecho creó las condiciones necesarias para que se instaurase una economía de mercado, basada en un intercambio entre sujetos iguales, como lo es el intercambio de mercado, cuyos valores no dependen más de los *status* subjetivos de las partes sino que se dejan en manos del libre juego de las fuerzas económicas.³

Pero es también verdad que las codificaciones nacionales han asegurado cada una a su manera las exigencias de la economía de mercado, regulando los intercambio en modos diversos; así, Francia, seguida por Italia, requiere para que se transfiera la propiedad el *titulus acquirendi* (consentimiento más causa), mientras que Alemania requiere en su lugar el *modus acquirendi* (consentimiento más consigna), y Austria, España y Portugal requieren sea el uno que el otro, provocando de esta manera discontinuidad internacional en las reglas de circulación de la riqueza, y erigiendo obstáculos jurídicos a su libre circulación.⁴

Se separan entre ellos el *civil law* y el *common law*: Inglaterra, bajo el signo de la igualdad de los ciudadanos, a fines del siglo XVIII ya había superado la separación entre derecho civil y derecho comercial, unificando, por obra de lord Mansfield, las cortes de justicia, y haciendo el *law merchant* en el *common law*; en la Europa continental, al contrario, se perveraba en tal separación, contraponiendo códigos de comercio a códigos civiles, obligaciones y contratos comerciales a obligaciones y contratos civiles.

³ Cfr. Rebuffa, G., *Origine della ricchezza e diritto di proprietà*, Milán, Giuffrè, 1974.

⁴ Véase mi *Atlante di diritto privato comparato*, III ed., Bolonia, Zanichelli, 1999.

II. ANTECEDENTES

Hacia finales del siglo XVIII e inicios del siglo XIX el derecho pierde importancia entre las ciencias humanas. *Droit naturel* es la única voz jurídica que a Diderot y D'Alembert parece digna de ser tratada ampliamente en la *Encyclopédie*. Evidentemente porque tocaba un tema universal: para los enciclopedistas era cultura sólo aquello que es o aspira a ser universal; los derechos positivos, mutables de Estado a Estado, no parecían tales. La nascente ciencia económica, basada en un *homo ecomomicus* inmutable en el tiempo y en el espacio, puede expresarse en un lenguaje universal; el derecho extravía su antigua universalidad, para retroceder a la condición de una pluralidad multiforme de dialectos jurídicos.

En la época anterior a la Revolución Industrial había existido, entre derecho y economía, un nexo de estrecha continuidad. Era, para la economía, la época del así llamado capitalismo comercial, al que había correspondido, en el terreno del derecho, la ya mencionada *lex mercatoria*. El comercio se había desarrollado gracias a la aportación de la sistematización teórica y la imaginación de los juristas, primero italianos y luego ingleses y franceses, que en sus observaciones de la praxis comercial construían las figuras jurídicas funcionales para su desarrollo intensivo. Un ejemplo es suficiente: a fines del siglo XVII e inicios del siglo XVIII nace la letra de cambio, es decir, el instrumento que permite la circulación de la riqueza futura: y la encontramos testimoniada, con los mismos caracteres, en la obra del genovés Casaregis y en las sentencias del juez londinense Holt. La misma separación disciplinaria entre derecho y economía está ausente en las obras de escritores del siglo XVIII, como el francés Savary o el inglés Maylnes, igualmente pródigos de enseñanzas jurídicas y económicas, mercológicas, etcétera.

En la era de la Revolución Industrial el sujeto activo del sistema económico, que genera desarrollo, ya no es el comerciante, sino el productor industrial; el derecho se queda, por el contrario, como un derecho que regula la circulación de la riqueza, y retrocede al estadio de derecho regulador de una sola fase del proceso económicos al mismo emprendedor industrial se le ve bajo lentes antiguos: todavía como comerciante, que adquiere y revende bienes, si bien después de haberlos transformado. La fase creciente de la economía industrial, es decir, la creación de nueva riqueza, se desarrolla dentro de un espacio vacío de derecho. Se alimentó del progreso tec-

nológico y de las inversiones de capital, con una necesidad muy limitada de elaboración jurídica. La cuestión no suscita escándalo alguno en una época en la que dominan las filosofías fisiocráticas de Quesnay y de Turgot, que confían en la capacidad de autoregulación espontánea del mercado, guiado por la “mano invisible” según la imagen de Adam Smith.

III. JUSTIFICACIÓN

Las categorías del derecho civil tienden a retomar el antiguo universalismo en el tiempo presente, como resultado de dos factores que dominan el mundo contemporáneo, en estrecha correlación entre ellos: uno es la aparición de la sociedad post-industrial, y el otro es la globalización de los mercados.

La sociedad post-industrial es, sobre todo, la sociedad de la riqueza dematerializada, es la sociedad del mercado financiero. Ahora la tecnología industrial se sustituye con la técnica contractual: los productos financieros toman cuerpo y vida en virtud del uso sapiente de la técnica jurídica. Hasta ayer los contratos tenían sólo la función de hacer circular las cosas; ahora sirven también para producirlas, para crear los productos financieros, las *new properties*. Como en la época de la antigua *lex mercatoria*, regresan a la escena los juristas: se pone a dura prueba su capacidad creativa de cada vez nuevas generaciones de instrumentos financieros.⁵

La aparición de la sociedad post-industrial no reclama, como reclamó el nacimiento de la era industrial, profundas reformas legislativas: el marco del derecho codificado permanece casi inmutado. Mas resta inmutado porque son otros, ya no las leyes, los instrumentos mediante los cuales se actúan las transformaciones jurídicas.

El principal instrumento de la innovación jurídica es el contrato. Las concepciones clásicas del derecho no colocan este instrumento entre las fuentes normativas; pero si continuáramos a concebir el contrato como mera aplicación del derecho, y no como fuente de nuevo derecho, nos precluderemos la posibilidad de comprender en qué modo cambia el derecho de nuestro tiempo.

⁵ Sobre esto me he detenido en el volumen colectivo *Nazioni senza ricchezza, ricchezza senza nazione*, Bolonia, Il Mulino, 1993, pp. 16 y ss.

El mundo de los negocios produce a ritmo incesante siempre nuevas figuras contractuales: tienen la particularidad de ser, con respecto al derecho de los Estados, contratos atípicos, pero son, en razón de su atipicidad, modelos contractuales uniformes internacionalmente; son los contratos de los actuales mercados globales.

Las convenciones internacionales de derecho uniforme son raras y poseen un limitado radio de acción; los escasos resultados obtenidos en este terreno denotan el fuerte arraigamiento entre los Estados nacionales y sus propios derechos nacionales. Las convenciones sobre la letra de cambio y el cheque se habían tenido que limitar al área de los países de *civil law* por la negación de los países de *common law* a aceptar la idea que la buena fe del poseedor de estos instrumentos pudiera cubrir la posible falsedad de los intercambios intermedios. La reciente Convención de Viena acerca de la venta internacional de cosas muebles corporales ha tenido que dejar inmodificado, por la imposibilidad de alcanzar un acuerdo entre los Estados que se adherían a ella, el problema principal de la cuestión transitiva, el que se refiere al momento en el que la propiedad pasa del vendedor al comprador.

La uniformidad internacional de modelos contractuales es, para las empresas que los practican, un valor sumo. Es suficiente un testimonio: las casas matrices de las multinacionales transmiten a las filiales que operan en los cinco continentes, las condiciones generales predispuestas para los contratos que han de concluirse, acompañadas por la taxativa recomendación de que los textos de los contratos reciban una pura y simple transposición lingüística, sin ninguna adaptación, ni siquiera conceptual, a los derechos nacionales de los Estados; porque ello podría comprometer su uniformidad internacional.

A la escasa propensión de los legisladores nacionales a la integración internacional del derecho se contraponen una actitud opuesta por parte de los jueces, quienes tienden a conformarse como órganos de una sociedad civil internacionalmente integrada. Cuando se trata de juzgar la validez de los contratos atípicos de gran difusión internacional el juicio de detalle de los intereses en juego, requerido por el derecho interno, recibe influencia de la uniformidad internacional del modelo contractual. Por cuanto el juez deba, en línea de principio, expresar ese juicio sobre la base de su ordenamiento jurídico, él duda para juzgar como inválido, sobre tal base, un modelo contractual que por doquier se reconoce como válido. Él estará consciente del aislamiento económico en el que podría situar su propio país en el contexto

de los mercados internacionales; y por ello será inducido a expresar el juicio más que en el respeto solamente del ordenamiento interno, también en relación con el respeto de los principios acogidos en las “naciones de culturas afines”: lo que es válido en todas estas naciones no puede no ser válido en su nación. No pocas sentencias han adoptado en modo explícito una *ratio decidendi* semejante, que puede ser considerada como la *ratio* tácita de muchas otras decisiones en esas materias.⁶

A la autonomía contractual se abren hoy en día fronteras que en el pasado eran inimaginables. El contrato era, en su concepción clásica, el instrumento para recomponer intereses particulares; hoy el contrato entre privados toma el puesto de la ley en muchos sectores de la vida social. Se amplía hasta sustituirse a los poderes públicos de la protección de los intereses generales, propios de la entera colectividad, como lo ha sido el interés de los consumidores, que los mecanismos de autodisciplina han defendido contra los trucos publicitarios; y como lo son las imponentes series de intereses generales que se regulan por diversas autodisciplinas contractuales, en las que hasta la ley con siempre mayor frecuencia se basa. Y el contrato entre particulares toma el puesto del reglamento administrativo en la disciplina de la Bolsa, hoy regulada, como lo permite el texto único de la intermediación financiera de 1998, por un contrato de adhesión, predispuesto por las sociedades privadas de gestión de la Bolsa, y aceptado por los operadores en el momento de acceder a las negociaciones.

IV. PERSPECTIVAS

El futuro que nos espera se resume en la metáfora de la “aldea global” (*villaggio globale*), acuñada por Powers:⁷ una sociedad sin Estado, que tiene dimensiones planetarias y que es disciplinada por su propio derecho, un derecho sobrenacional de formación espontánea, conocido como nueva *lex mercatoria*. A este derecho, inclusive la Corte di Cassazione italiana, ya en una sentencia de 1982, a la que siguió una jurisprudencia en los años no-

⁶ Ya en los años ochenta H. Coing, “Probleme der internationalen Bankgarantien”, *Zeitschrift für Handelsrecht*, 1983, p. 127, escribía que las garantías autónomas, perteneciendo a la nueva *lex mercatoria*, no podían ser evaluadas del mismo modo que los derechos nacionales. La jurisprudencia de la que se habla es, sobre todo, Cass., 1o. octubre 1987, *Foro italiano*, núm. 7341, 1988, I, c.106; Trib. Milán, 22 de septiembre de 1986, *Banca, Borsa, tit. cred.*, 1987, II, p. 331; Trib. Milán, 9 de octubre de 1986, *ivi*, 1986, p. 337.

⁷ McLuhan M. y Powers, B. R., *Il villaggio globale*, trad. it., Milán, Sugarco, 1986.

venta, reconoce el carácter de ordenamiento jurídico originario, propio de la *business community business community* que regula los intercambios internacionales. Para nuestra Corte Suprema este ordenamiento sobrenacional, careciendo de organismos de coerción, se vale de los organismos del Estado, que de vez en vez sea competente territorialmente.⁸

Ha sido realizada por la Unidroit una compilación orgánica, que lleva el nombre de *Principios de los contratos comerciales internacionales*, divulgada en las principales lenguas de nuestro tiempo.⁹ Se trata, como es bien sabido, de una “parte general” sobre el contrato, coextensiva, para que se entienda, de las normas del contrato en general a que se refieren los artículos 1321-1469 de nuestro código civil; con más fuertes elementos de originalidad con respecto a los derechos codificados: es suficiente pensar que el único requisito de los contratos es la voluntad de las partes, excluyendo cualquier otro requisito; por el contrario, el canon de la buena fe recibe una consideración mucho más amplia de la que se le da en los derechos civiles codificados.

Se anuncia de este modo el derecho civil de la sociedad global. Su ámbito de aplicación se amplía en forma desmesurada en la medida en que se expanden las relaciones del mercado global, sea que se trate de relaciones entre empresarios o de relaciones entre éstos y los consumidores. Piénsese, para dar un primer ejemplo, con el contrato *on line*, que es un contrato concluido fuera del espacio, y al que no se aplica ningún derecho nacional con base en las reglas comunes del derecho internacional privado. Alguien ha argumentado que el contrato telemático es un contrato que se coloca fuera del derecho, pero es una opinión que resiente del antiguo dogma del carácter estatal del derecho: precisamente porque entre miembros de la aldea global, el contrato *on line* se conforma a la *lex mercatoria*.

Para comenzar, la efectividad de esta especie de nuevo Digesto se testimonia por el creciente número de sentencias arbitrales internacionales que, resolviendo controversias aplicando la *lex mercatoria*, se refieren textualmente a los principios de Unidroit, asumiéndolos como fuente acreditada de reconocimiento (*cognizione*).¹⁰ Se asiste a esta singular separación: la

⁸ Me refiero a Cass., 8 febrero de 1982, núm. 722, *Foro it.*, I, c. 2285; y en el mismo sentido App. Génova, 17 de noviembre de 1990, *Riv. Dir. Internaz.*, 1992, p. 91.

⁹ Los volúmenes han sido editados por el Istituto Internazionale per l'Unificazione del Diritto Privato (Unidroit), Roma, 1995.

¹⁰ La decisión más reciente es la de la Corte arbitral internacional de la Cámara de Comercio internacional, 24 de julio de 2000, núm. 9797, publicada en *Rivista del Com-*

lex mercatoria es derecho consuetudinario, mientras que su fuente de producción es el uso. Y sin embargo los Principios de Unidroit constituyen su fuente de reconocimiento. Se trata de reglas a las que los árbitros internacionales tienen que atenerse de cualquier manera, cualquiera que sea el derecho que se aplique al contrato, por elección de las partes o en base al criterio de la estrecha relación. Como el artículo 1496 del Código francés de procedimientos civiles, modificado en 1981, y como el artículo 834 del Código italiano de procedimientos civiles, modificado en 1994. Tenemos así una suerte de derecho consuetudinario sobreordenado a los derechos nacionales, que es derogable por decisión de las partes del contrato. Es así como se elimina toda duda acerca de la naturaleza de las usanzas en palabra, como usos normativos y no como simples usanzas contractuales.

Dentro de la aldea global el derecho civil puede encontrar de nuevo la antigua unidad, el original universalismo. Se acerca al crepúsculo el principio de la estatalidad del derecho, pero declina, además, dentro de los Estados, el principio de nacionalidad. Desde hace tiempo el arbitraje internacional conoce el *shopping* del derecho, que permite a las partes optar por el derecho de un tercer Estado. Y fuera del arbitraje la Convención de Roma de 1980 admite, en el artículo 3o., este *shopping* del derecho, y los ciudadanos de un Estado pueden, por contrato, adoptar el derecho de un Estado tercero, teniendo sólo presente el límite de las normas imperativas internas. Mas también este límite puede ser superado cuando específicas convenciones internacionales lo permitan, como sucedió con la Convención de La Haya de 1985, ratificada por Italia en 1989, que ha permitido a los ciudadanos de países de *civil law*, usufructuar el *trust* angloamericano, que ahora, también con el consenso de la jurisprudencia, está floreciendo en Italia, y que permite superar la norma de derecho interno, seguramente imperativa, que impone la responsabilidad ilimitada del deudor, de modo que el *trustee* responde solamente en los límites de los bienes del *trust*. De esta manera, una figura del *common law*, puede, por la ventaja que puede ofrecer, ser utilizada por ciudadanos de *civil law* sin que semejante injerto provoque rechazo alguno por parte del sistema que la acoge.¹¹

mercio Internazionale, 2001, p. 211, con un comentario de M. J. Bonell que se refiere a los principios de Unidroit “como fuente atendible del derecho comercial internacional”.

¹¹ Las decisiones de los jueces italianos que toman acto de ello son ya numerosas: puede vérselos en la revista *Trust e Attività Fiduciaria* de estos últimos años. Es particularmente relevante la decisión del Trib. de Pisa, 19 de diciembre de 2001, *ivi*, 2002.

Así como cada lengua nacional tiene sus propias e inigualables capacidades expresivas, del mismo modo todo derecho nacional ofrece precisas oportunidades de regulación. Globalizar el derecho no significa necesariamente dar vida a un único derecho planetario: valdrá para las relaciones internacionales, a las que provee la *lex mercatoria*, como el inglés satisface la exigencia de la comunicación internacional. Pero las lenguas nacionales poseen una riqueza expresiva que nadie puede pensar suprimir. Globalizar el derecho significa, bajo este aspecto, dar a todos la posibilidad de acceder al conjunto de figuras jurídicas contenidas en los derechos nacionales.

V. LOS JURISTAS

Todo esto puede no resultar de nuestro agrado. Podrá no gustarles a quienes, como todos nosotros, por otra parte, hemos sido educados en la idea de la estatalidad del derecho, en la ecuación derecho igual a ley; y menos podrá gustarles a quienes confían en la formación democrática del derecho, elaborado por asambleas electivas. Pero tal ecuación ya se ha roto por las normas de los códigos rituales que hemos citado, que para el arbitraje internacional sustituyen la expresión “ley aplicable” con la expresión “derecho aplicable”, que puede ser un derecho producido por fuentes extralegislativas.

Es un hecho que es con esta realidad que el jurista de nuestro tiempo debe ponerse a la prueba. Él viene llamado a tomar nuevas tareas, como ha sido puesto en evidencia por la experiencia de los “Principios de los contratos comerciales internacionales” que hemos citado. La esencia de esta compilación reside en la sabia obra de coordinación de las prácticas contractuales internacionales con los principios generales del derecho acogidos universalmente. A la mediación política de los intereses en juego, que es propio del derecho legislativamente creado por los Estados, se sustituye aquí, como al tiempo de la antigua *lex mercatoria*, la medición cultural de los juristas.

Es cierto que la nueva *lex mercatoria* es derecho creado unilateralmente por la clase empresarial, y que esa 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 la 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. Es suficiente referirse, en este sentido, a algunas figuras propias de la nueva *lex mercatoria*, como la *gross disparity* o como la *hardship*, que realizan en modo cabal, bajo el principio de buena fe, aquella congruidad del intercambio contractual, o equidad del contrato, hacia donde tienden los derechos nacionales en modo incierto y fragmentario. Obra de tecnodemocracia, es verdad, la de *Unidroit*; pero obra de tecnodemocracia que podemos definir como iluminista, retomando aquel concepto de “despotismo iluminista” en el que demuestran creer los *philosophes* del siglo XVIII.

VI. ENJUICIAMIENTO CRÍTICO

La globalización, por cierto, es un retroceso general de las instituciones estatales. El ejemplo más vistoso en las sociedades estatales es la supremacía de las autoridades tecnocráticas sobre las autoridades políticas, más idóneas a dialogar entre ellas dentro de la sociedad global. Los hombres más potentes de la tierra son hoy, probablemente, los gobernadores de las bancas centrales, que en sus respectivas sociedades nacionales (o sobrenacionales, como en el caso de la Banca Central Europea) son tecnocracias puras, desprovistas de investidura popular. Así como también están desprovistos los cuerpos judiciales, tampoco ellos electivos, y sin embargo dispuestos a asumir tareas de adecuación del derecho a los cambios de la realidad, que en el pasado se consideraban reservados a las sedes de la política. A este respecto, también se puede repetir que las autoridades políticas retroceden frente a las autoridades tecnocráticas.

Es particularmente significativa, en este terreno, la proliferación de las *authorities* independientes; así como es significativo el ya mencionado Texto único italiano sobre la intermediación financiera, que se limita a fijar los principios generales de la materia, y que para todo lo restante reenvía a reglamentos que serán emanados no por el gobierno, según la praxis antigua, sino por la Banca d'Italia y por la Consob, es decir, por tecnocracias abiertas al circuito de las tendencias de los mercados internacionales. Y así, la sede política abdica a su propia función de normación, dejándola en manos de las autoridades tecnocráticas. En ello se ve el reflejo de una tendencia significativa, que caracteriza nuestro tiempo: la sociedad global conduce tal vez al crepúsculo de la democracia representativa y al nacimiento de la tecnodemocracia.

La misma globalización no es el resultado de un conflicto entre Estados. La realidad contradice no sólo la arcaica filosofía del imperialismo, sino también la cultura *liberal* norteamericana de la mitad del siglo XX (aludo a Baran y a Sweezy) que atribuía a las grandes potencias la función de crear los senderos para que las empresas nacionales conquistaran los mercados mundiales. Los protagonistas actuales de la globalización no son los Estados, sino las empresas multinacionales. Cito de *The Economist* datos cuanto más iluminantes acerca de las empresas más globalizadas de nuestro tiempo: la Shell posee un patrimonio exterior del 67.8% sobre el patrimonio total, y una ocupación exterior del 77.9%; la Volkswagen posee un patrimonio exterior del 84.8 y una ocupación exterior del 44%; pero es la Nestlé la empresa más globalizante, con un patrimonio exterior del 86.9% y una ocupación exterior del 97%.¹²

La primera de estas empresas tiene capital holandés, pero la segunda es alemana y la tercera suiza. Se puede hoy dominar el mercado mundial sin tener a las espaldas una gran potencia militar y ni siquiera una significativa potencia política. Las multinacionales pueden hacer al menos sea de una que de la otra: tienen en ellas mismas la fuerza que las empuja a la conquista del mundo. La globalización de los mercados produce, al contrario, un efecto trastornador de las estructuras políticas y jurídicas de los mismos Estados, les frustra la política económica, le quita autoridad a sus leyes. Los Estados soberanos, por potentes que sean, no son más igualmente soberanos como en el pasado. Ellos no gobiernan más que un minúsculo fragmento del mercado global, mientras que las multinacionales operan sobre bases planetarias y son capaces de controlarlo en su totalidad.

VII. CONCLUSIÓN

El destino de la democracia, lo ha advertido muy bien Sabino Cassese, será el de transformarse en una democracia indirecta. Los Estados ya no son soberanos *uti singuli*; podrán serlo solamente *uti socii*, es decir, como miembros de organizaciones internacionales capaces de gobernar los mercados globales.¹³ Ya hoy, la Organización Mundial del Comercio reivindi-

¹² Son datos de Unctad, publicados en *The Economist* del 22 de noviembre de 1997, p. 108.

¹³ Cassese, S., *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2002.

ca el poder de dictar reglas de derecho directamente aplicables dentro de los Estados que la conforman. Pero ya la Unión Europea se opone, *superiore non recognoscens*. Si las instituciones internacionales serán capaces de darnos un nuevo derecho civil universal, no somos nosotros quienes podemos contrastarlo, sino las generaciones sucesivas a la nuestra.

IUS COMMUNE, LEX MERCATORIA Y DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO EN RETROSPECTIVA
Y PROSPECTIVA*

Cristián GIMÉNEZ CORTE**

SUMARIO: I. *Introducción: la necesidad de una mirada retrospectiva.*
II. Ius civile. III. Ius commune, *derecho municipal y conflicto de esta-
tutos.* IV. Ius mercatorum. V. Ius mercatorum y common law. VI. Ius
mercatorum, ius commune y *derecho estatal.* VII. *Posibles proyec-
ciones como conclusiones tentativas.*

I. INTRODUCCIÓN: LA NECESIDAD DE UNA MIRADA
RETROSPECTIVA

Este trabajo estudia y compara los orígenes históricos del derecho civil, del derecho comercial y del derecho internacional privado. Con este objetivo, se analizarán los distintos ámbitos de aplicación de cada una de estas ramas del derecho al momento de su nacimiento y su posterior desarrollo; así como las relaciones que se establecen entre estas ramas, y las formas de coordinación y delimitación de sus respectivos ámbitos de validez.

Se intentará también comprender las razones y condicionamientos históricos de los diferentes “objetos” y “métodos” tanto del derecho civil como del derecho comercial, y demostrar cómo éstos se han reflejado en el propio objeto y método del derecho internacional privado.

* Este trabajo está basado en las conclusiones de la tesis del autor: *Usos comerciales, costumbre jurídica y nueva lex mercatoria en América Latina*, Buenos Aires, Ábaco Editorial, 2010.

** Abogado en la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas (*crisiangimenezcorte@gmail.com*). Las opiniones aquí expresadas son enteramente personales y no necesariamente reflejan el punto de vista de las Naciones Unidas.

Este ensayo analiza asimismo las relaciones entre el derecho civil, el derecho comercial y el derecho internacional privado con el nacimiento del Estado-nación, y cómo ésta relación contribuye a definir los caracteres de “nacionalidad,” “internacionalidad”, o “transnacionalidad” de estas ramas del derecho.

El presente ensayo intentará demostrar cómo estas líneas históricas¹ se proyectan hasta la actualidad, y cómo la comprensión histórica del nacimiento del derecho civil y del derecho comercial pueden enriquecer el debate actual en torno al objeto, contenido, método y función del derecho internacional privado contemporáneo.

II. *IUS CIVILE*

El derecho civil es heredero directo del *ius civile* romano.² Este derecho romano había sido receptado y utilizado por la Iglesia Católica, y fue conservado por ella aun después de la caída del Imperio.³ Por lo que el rol de la Iglesia no sólo en la conservación sino también en la difusión del derecho romano y en la contribución al establecimiento de una cultura jurídica común en Europa ha sido fundamental.⁴

Sin embargo, la mera disposición de este material jurídico no ha sido condición suficiente para el renacimiento del derecho romano durante la Edad Media. Han existido también intereses políticos y económicos que creyeron beneficiosa la utilización de la legitimidad que podría brindar este derecho.

[Una] ...señal histórica en este desenvolvimiento radica en los dos poderes de la época, ambos universales, el Emperador y el Papa. En el punto álgido de sus discrepancias sobre el dominio del mundo, se tomaran por am-

¹ Sobre las formas de la temporalidad véase Ciuro Caldani, M. A., *Estudios de historia el derecho*, Rosario, FII, 2000, esp. pp. 37 y 38.

² Véase, en general, De los Mozos, José Luis, *Metodología y ciencia del derecho privado moderno*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1977, p. 217.

³ Molitor, E. y Schlosser, H., *Perfiles de la nueva historia del derecho privado*, trad. de Ángel Martínez Sarrión, Barcelona, Bosch, 1980, p. 24. *Conc. De los Mozos, op. cit.*, p. 231.

⁴ Molitor, E. y Schlosser, H., *Perfiles de la nueva historia...*, *cit.*, p. 13. Sin embargo, el derecho romano influyó también, aunque con otro alcance y de otra forma, a los derechos de los pueblos bárbaros, conservándose y conociéndose como “derecho vulgar”. *Cfr.* De los Mozos, José Luis, *op. cit.*, pp. 198-204.

bos lados de los preceptos romanos para legitimar su fuerza y pretensión política. En esta corriente ascensorial de señorío-político cobra actualidad la campaña triunfal de la Cultura jurídica romana en Europa.⁵

Por su parte, el incipiente desarrollo del capitalismo va a jugar también un rol importante en la promoción de la recepción del derecho romano. En efecto, la *racionalidad*, y con ello predictibilidad del derecho romano, así como el uso de ciertas instituciones jurídicas, como la de la *propiedad*, serían perfectamente funcionales al nuevo sistema económico en ciernes. Claro está que, al mismo tiempo, el capitalismo también necesitará de completamente nuevas instituciones jurídicas, como por ejemplo las letras de cambio o el desarrollo de la teoría de interés; esta función va a ser cumplida, luego, por el *ius mercatorum*.⁶

Estos factores, la disposición fáctica o material de la legislación romana, más la necesidad política y económica de ese derecho, fueron configurando los presupuestos necesarios para el renacimiento de la jurisprudencia romana.⁷

Pero todavía hacía falta *algo* que amalgamara todos estos elementos y le otorgara sentido. Y fue otra vez la Iglesia Católica, que por su propia naturaleza es universal y consecuentemente poseedora de un ordenamiento jurídico propio y supranacional, pero al mismo tiempo capaz de integrar los particularismos locales. La Iglesia y la ciencia desarrollada por ésta para aprehender su propio, vasto y complejo ordenamiento normativo constituyeron ese elemento que estaba haciendo falta. “Los instrumentos concep-

⁵ Molitor, E. y Schlosser, H., *Perfiles de la nueva...*, cit., p. 23. Dichos autores agregan que “[l]as dinastías merovingias y carolingias descubren en el fundamento, expansión y consolidación de su nueva concepción nacional algo hasta entonces desaprovechado de la fuerza de la herencia romana: la idea del señorío político imperial”. Expresándose la ciencia jurídica en “...la idea de Roma legitimadora de la soberanía y el poder. Ella origina prefectos decisivos por el redescubrimiento del derecho romano que se suele situar en torno al siglo XI” (p. 14).

⁶ Sobre estas relaciones véase Ewing, Sally, “Formal Justice and the Spirit of Capitalism: Max Weber’s Sociology of Law”, *Law & Society Review*, vol. 21, núm. 3, 1987, pp. 487-512; Cohen, Jere, “Rational Capitalism in Renaissance Italy”, *American Journal of Sociology*, vol. 85, núm. 6, mayo de 1980, pp. 1340-1355; Love, J. R., *Antiquity and Capitals: Max Weber and the Sociological Foundations of Roman Civilization*, Reino Unido, Routledge, 1991, pp. 261-263, y lo desarrollado más abajo en el apartado IV.

⁷ Entre las causas materiales habría que sumar el “descubrimiento” de una copia del *Digesto*. Véase Magallón Ibarra, Jorge Mario, *El renacimiento medieval de la jurisprudencia romana*, México, UNAM, 2002, p. 158.

tuales y el aparato metodológico para ello lo proporcionó la escolástica; éstos habían surgido en sus comienzos en el seno de una teología vinculada a la autoridad y a los dogmas y ahora se aprovechaba para la ciencia del derecho, subdisciplina de la teología”.⁸

La escolástica, con su estilo formal, proporcionó a esa enorme masa de normas de la Iglesia un *sistema*. Estableció los principios generales del mismo, definió los conceptos jurídicos fundamentales y desarrolló un método de deducción lógico capaz de integrar el ordenamiento, y que, al mismo tiempo, era de posible aplicación en la práctica.⁹

Se va conformando de este modo la ciencia del derecho clerical-canónico, o canonística, que acaso llegara a su apogeo con el *Corpus Iuris Canonici*. Este *Corpus Iuris* se convertirá casi fatalmente en material de enseñanza jurídico-escolástica y luego también universitaria; transformándose por último en el “derecho erudito”, por oposición a las costumbres locales, que no eran estudiadas ni enseñadas por la doctrina.¹⁰

Pronto, la aplicación de este método traspasaría las puertas de la Iglesia y los dominios del derecho canónico hacia el exterior, hacia la vida civil y profana. Primero comenzarían a utilizarlo los “legistas” que, también en Bolonia, se dedicaron al estudio de las *leges* civiles, profundizando el estudio del *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano. Y aunque se separaron de los estudiosos de los *cánones*, conformaron la otra rama del “derecho sabio”.

Después, con variantes, lo utilizarían los glosadores cuyo método específico de estudio y enseñanza del derecho consistía en una constante, exegética, y aclaratoria interpretación de los viejos textos jurídicos romanos: *las glosas*.¹¹

Este renacimiento del derecho romano implicó que

⁸ Molitor, E. y Schlosser, H., *Perfiles de la nueva historia...*, cit., p. 13.

⁹ *Ibidem*, p. 19.

¹⁰ Véase, en general, *ibidem*, pp. 22 y 23. Quienes afirman que “[n]o es mera casualidad que de la Escuela jurídica y más tarde Universidad de Bolonia... saliese el decisivo impulso espiritual para un nuevo desarrollo europeo del derecho romano. Como centro comercial de la Alta Italia, en un lugar geográfico sobresaliente, nudo del comercio lejano y sede de una importante escuela de artistas, comportaba esta ciudad las condiciones previas externas para un renacimiento del derecho. Pero finalmente era también la relación con la canonística, que nacía y florecía al mismo tiempo y que hacía de Bolonia *nurtrix legum*, centro espiritual de la ciencia jurídica escolástica” (p. 24).

¹¹ *Ibidem*, p. 25. Para un desarrollo profundo del método de los glosadores véase Magallón Ibarra, Jorge Mario, *El renacimiento medieval...*, cit., pp. 146-150.

...su terminología, sus conceptos, sus categorías serán la terminología, las categorías y los conceptos de la ciencia cultivada por los romanistas. La antinomia entre derecho público y derecho privado, la clasificación de los derechos en reales y personales, los conceptos de usufructo, servidumbre, dolo, prescripción, mandato, arrendamiento de obra, etcétera, terminan por constituir las categorías y conceptos empleados por los juristas para su razonamiento...¹²

No sólo los estudios del derecho romano se van a expandir fuera de Bolonia hacia otras universidades europeas, sino que también miles de estudiantes de toda Europa viajarán a Bolonia a formarse en la nueva ciencia del derecho. Este intercambio cultural contribuirá necesariamente a la conformación de la familia jurídica romano-germánica.¹³

Es desde allí, desde el ámbito erudito de las universidades, donde se enseña y aprende derecho romano, donde se analizan sus principios, sus conceptos y su técnica, y desde donde se expande por sobre las costumbres locales, adquiriendo ciertos rasgos de supranacionalidad.¹⁴

Como se puede observar entonces, el sistema jurídico romano nació y se desarrolló con base en esta comunidad cultural, con relativa independencia de alguna imposición político-estatal. Como bien sintetiza De los Mozos “...el derecho romano fue adoptado en todas partes, no *rationi imperii*, sino *imperio rationis*...”.¹⁵

El método de los glosadores es luego continuado por los posglosadores, aunque éstos le imprimieron una modalidad más libre y flexible que sus

¹² David, R., *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1968, p. 37.

¹³ Sobre los orígenes de la educación jurídica universitaria véase Magallón Ibarra, Jorge Mario, *El renacimiento medieval...*, cit., esp. p. 172. Sobre la influencia de la educación en la conformación de la familia romano-germánica véase David, R., *op. cit.*, p. 37.

¹⁴ “Los progresos del derecho romano no tendrán más barreras que las que le levanten las grandes *coutumiers*, como ocurre en Francia, durante el siglo XII... en Alemania con el *Espejo de Sajonia*... También se los podrá detener mediante la elaboración de compilaciones legislativas nuevas, como ocurre en España (siglo XII) con las Siete Partidas, o mediante la redacción de costumbres, según ordena en Francia, a mediados del siglo XV, la ordenanza de Montil-lez-Tours”. David, R., *op. cit.*, p. 38. Sin embargo, continúa diciendo David, el derecho consuetudinario de la época es esencialmente incompleto, fragmentario, local, aplicable solamente a algunos aspectos de la vida civil, incapaz para regular situaciones nuevas, o que excedan el mero marco local, incapaz para formar un nuevo *ius gentium*. Al contrario, el derecho enseñado en las universidades sí es supranacional, y se manifiesta como obra de la razón sobre las particularidades locales.

¹⁵ De los Mozos, *op. cit.*, p. 236.

antecedentes. La causa de este cambio en la ciencia jurídica se debe a la importancia comercial y política que comenzaron a tener las ciudades del norte de Italia. La complejidad de la vida comercial y la búsqueda de la autonomía generó una cantidad de nuevas costumbres locales, y actos particulares de creación de derecho: los estatutos, que intentaban responder mejor que el derecho romano clásico.

“En su momento los glosadores se habían situado con desconfianza y con reservas frente al *derecho estatutario*”, por la circunstancia de que estos derechos de vigencia particular preponderantemente tuvieron un origen consuetudinario y frecuentemente entraban en contradicción con el derecho de los glosadores, al ser éste *lex universalis*.¹⁶

Surge entonces un nuevo problema, y de difícil solución. Éste consiste en la definición de los ámbitos de validez entre el derecho romano, las normas del nuevo derecho estatutario, e incluso también con el derecho eclesiástico.

La multiplicidad de controversias opiniones y argumentos convergieron por último en el reconocimiento de un principio jurídico importante. Según él debió aplicarse el derecho romano sólo *subsidiariamente* o para completar al derecho particular, en momentos en que no predominase una norma de derecho estatutario (la cual... tenía que ser interpretada restrictivamente...) o si los estatutos mostraban una laguna... La sutil formulación de la teoría de los estatutos estableció los fundamentos del derecho internacional privado (conflicto de estatutos).¹⁷

III. *IUS COMMUNE*, DERECHO MUNICIPAL Y CONFLICTO DE ESTATUTOS

Los glosadores creían que las respuestas a estos “conflictos de estatutos”, así como las respuestas a todos los problemas jurídicos, se podían en-

¹⁶ Molitor, E. y Schlosser, H., *Perfiles de la nueva historia...*, cit., pp. 26 y 27.

¹⁷ *Ibidem*, p. 27. Concordantemente, Alfonsín afirma: “En todo caso se sobreentendía, sin embargo, que cuando no era objeto de algún estatuto particular quedaba regulado por el derecho romano, el cual, por esta circunstancia, llenaba de modo uniforme las lagunas, a veces muy extensas, de cada derecho particular”. Alfonsín, Quintín, *Teoría de derecho privado internacional*, Montevideo, Editorial Idea, 1982, p. 59. Sin embargo, para Juenger la relación es inversa, primero se aplicaba el derecho romano, y subsidiariamente los derechos locales. Véase Juenger, Friedrich K., *Choice of Law and Multistate Justice*, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 15.

contrar en el Código de Justiniano, sin importar el hecho de que los juristas romanos no habían desarrollado ni pensado mucho en este tema. Forzando la interpretación, los glosadores vincularon estos problemas relativos al conflicto de estatutos a un párrafo del Código de Justiniano por el cual los emperadores Graciano, Valentino y Teodosio pretendían obligar a los ciudadanos romanos a observar la fe cristiana.¹⁸ Este famoso párrafo referido reza: “*Cunctos populus quos clementiae nostrae regit temperamentum in tali volumus religione versari, quan divinum Petrum apostolum tradisse Romanis regilio usque adhuc ab ipso insinuata declarat*”.¹⁹

De este principio religioso, los glosadores *dedujeron* que como el emperador romano sólo podía legislar para sus súbditos, así también las ciudades-Estados italianas podían legislar sólo para sus propios súbditos. Como Accursio anota en una glosa a la *lex cunctus populos*: “*Quod si bononiensis conveniatur Mutinae, non debet judicari secundum statuta Mutinae quibus non subest; cum dicat quos nostrae clementiae regit imperium*”.²⁰

Este razonamiento, dice Juenger, no es correcto ni lógico, ya que la *lex cunctus populus* simplemente no tiene nada que ver con el conflicto de leyes. Juenger se pregunta por qué los juristas medievales, quienes se ganaron su fama y fortuna elaborando un nuevo *ius commune* europeo sobre el viejo Código de Justiniano, se metieron a experimentar con el conflicto de leyes. Parecería contradictorio desarrollar una *ratio scripta* de aplicación universal, por un lado, y explicar una materia que presupone la existencia de diferentes leyes locales, por otro. Juenger considera que la explicación a esta paradoja está dada por el contexto social en que estos juristas desarrollaban su trabajo. Ellos fueron perfectamente conscientes de la importancia

¹⁸ Juenger, Friedrich K., *op. cit.*, p. 11. Véase, también, North, P. M. y Fawcett, J. J., *Cheshire and North's Private International Law*, 12a. ed., Londres, Butterworths, 1992, pp. 17 y 18.

¹⁹ “La ley 1, título 1, libro 1, del Código de Justiniano, impone a los súbditos del imperio el dogma de la Trinidad, expresando: *Cunctus populus quos clementiae nostrae regit imperium... volumus...*, vale decir: ‘Queremos que todos los pueblos que están regidos por nuestro clemente imperio...’. Por lo tanto —anota el glosador— la autoridad de los emperadores no se extiende a todos los pueblos: sólo se extiende a los que están regidos por su imperio, es decir a los propios súbditos...”. Alfonsín, Quintín, *Teoría de derecho...*, *cit.*, p. 60.

²⁰ La traducción sería: que si un habitante de Bolonia es juzgado en Modena, no debe ser juzgado según el estatuto de Modena, cuando a éste no se halla sometido, porque la ley habla de los sometidos a nuestra potestad. *Cfr.* Magallón Ibarra, Jorge Mario, *El renacimiento medieval...*, *cit.*, pp. 211 y 212.

política que las leyes locales tenían para las ciudades-Estado donde vivían. Inevitablemente, esta realidad llevó a los juristas medievales a analizar cuando un estatuto local debía aplicarse a casos con elementos extranjeros. Basando los problemas relativos al conflicto de leyes en el *Corpus Juris*, el que, según Juenger, no tenía nada que ver con este tema, estos juristas medievales alcanzaron un doble objetivo: *legitimar* la existencia de la diversidad de leyes locales, y transforma al “conflicto de leyes” en materia de estudio académico.²¹

Una vez asumido el hecho de que los problemas multiestatales requieren brindar soluciones al conflicto de leyes, los glosadores perdieron de vista la solución de los romanos para tratar los problemas multiestatales a través del *ius gentium*, y se concentraron en la búsqueda del “principio” que determine qué ley se debe aplicar.

En este contexto, se debe tener en cuenta que

...cuando los posglosadores proponen sus soluciones sobreentienden que serán recibidas y aplicadas por todas las ciudades, puesto que no las elaboraban desde el punto de vista de Bolonia o de Modena, sino... desde el punto de vista supranacional. Las normas de derecho privado intercomunal, por lo tanto, no forman parte del derecho de tal o de cual ciudad; por el contrario, existen como costumbres o tradiciones supranacionales cuya vigencia emana del derecho romano que le sirve de fundamento.²²

Los glosadores estaban, sin embargo, inmersos en el estudio y enseñanza del derecho supranacional romano y el canónico. Los problemas de conflicto de leyes podían nacer sólo cuando este *ius commune* debía dejar lugar a los estatutos locales, ya que muchos de los casos multiestatales eran controlados por un “*superlaw that eliminated the need of the choice*”.²³

²¹ Juenger, Friedrich K., *op. cit.*, pp. 11 y 12.

²² Alfonsín, Quintín, *Teoría de derecho...*, *cit.*, p. 62. Estas ideas, de alguna manera, son también compartidas por Goldschmidt, quien dice: “En la Alta Edad Media, en el seno de la escuela italiana estatutaria... reinaba el cosmopolitismo jurídico. Los problemas de DIPr se planteaban dentro del Sacro Imperio Romano de la nación alemana, ya que respecto del Islam había una guerra permanente... Dentro del Sacro Imperio se daba, como base común, la religión católica, la monarquía y el feudalismo; y los problemas de DIPr tomaban cariz de derecho interregional”. Goldschmidt, Werner, *Derecho internacional privado*, 8a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1992, p. 71.

²³ Juenger, Friedrich K., *op. cit.*, p. 15. Sobre las relaciones de subsidiariedad entre el derecho romano y los derechos locales véase *supra* apartado II.

IV. IUS MERCATORUM

Mientras esto ocurría con el derecho civil, por otras causas, en otros lugares, entre otros actores y por otros métodos, pero aproximadamente en la misma época, comienzan a desarrollarse los usos y costumbres que constituirán el derecho comercial.

Entre las razones de esta inicial separación se encuentran los factores sociológicos. En efecto, el comercio, en un sentido cercano a su significado actual, nació en algún momento entre la Alta y la Tardía Edad Media. Y, conjuntamente con el comercio, nació la necesidad de su regulación específica. Esta situación era completamente diferente durante el Imperio Romano.²⁴

El lugar de nacimiento del derecho mercantil no es la universidad, sino las casas de los comerciantes, donde éstos desarrollaban su actividad. Los actores ya no son los profesores de derecho y sus discípulos, sino los mismos comerciantes y mercaderes. Y el método no consiste en el estudio del derecho romano, sino en las prácticas y desarrollo de prácticas comunes. El ejercicio del comercio es una profesión letrada, hace falta saber leer y escribir, y calcular; aunque estos conocimientos se adquieren fuera de los circuitos educativos formales. Este "...proceso de aprendizaje... tradicionalmente tuvo lugar en la casa de comercio: la valencia doméstica, esto es económica, de la adquisición de los saberes mercantiles supone así una principalísima proyección de la casa como referente que otorga sentido..."²⁵

Como se vio, la ciencia de este comerciante "premoderno" consiste en un conocimiento formado por números y letras. Con el dominio de los nú-

²⁴ "Los estudios sobre la evolución económica y social del mundo bajomedieval apoyan la impresión de que el derecho mercantil se ha desarrollado con gran libertad respecto de los esquemas romanísticos, al punto de poder ser considerado un hecho nuevo. Novedades son las formas de organización corporativa de los mercaderes y la creación de espacios protegidos, como las ferias, que se deben a una original relación entre el mundo mercantil y el mundo político en el que se mueven: dentro de los espacios jurídicos garantizados, en el interior de las ciudades con las corporaciones, o en las ferias, celebradas en lugares lejanos, se desarrollan libre y consuetudinariamente los aspectos que mayormente califican la especialidad del nuevo derecho: las formas contractuales y el proceso mercantil". Piergiovanni, Vito, "Derecho mercantil y tradición romanística entre Medioevo y Edad Moderna. Ejemplos y consideraciones", en Petit, Carlos (ed.), *Del Ius Mercatorum al derecho mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 75.

²⁵ Petit, Carlos, "*Mercatvra y Ivs Mecatorvm*. Materiales para una antropología del comerciante premoderno", en Petit, Carlos (ed.), *Del Ius Mercatorum...*, cit., p. 59. Nótese que se está haciendo referencia a casa de comercio y reglas y normas para su funcionamiento, etimológicamente a la *eco-nomia*.

meros se pueden hacer cálculos aritméticos y mantener una contabilidad racional. Y con las palabras y las letras se escriben cartas y “...se redactan documentos cambiarios, al fin y al cabo especie de correspondencia comercial cargada de sentido jurídico: efectivamente, tales letras conducen a la difusión de reglas de derecho entre los comerciantes, en un flujo y reflujo de doctrina jurídica y práctica mercantil...”²⁶

La relación profesional iba más allá de lo estrictamente comercial, conformándose verdaderas relaciones personales, incluso de amistad entre los comerciantes. Y este tipo de relación más cercana entre los mercaderes implicaba cierto trato diferenciado, y respetuoso, a través de “...unas reglas muy formalizadas que regían la correspondencia comercial, sin necesidad entonces de acudir al notario, hasta usos contractuales consolidados, con sus momentos jurídicamente tan relevantes en el universo cambiario, de aceptación y pago de letras por *honor* y concesión, a esos mismos efectos, de términos de *gracia y cortesía...*”, o la consideración de la litigiosidad como una falta gravísima.²⁷

De esta manera se van desarrollando prácticas comunes y generales, usos, costumbres y reglas propias de los comerciantes y de la actividad mercantil. Estos usos fueron generalmente aplicados en casos de conflictos por tribunales especiales constituidos en las mismas ferias. Éstos resolvían los problemas de forma rápida y flexible, aplicando los usos que, en general, establecían principios de informalidad de los actos, o la confianza en la palabra y la buena fe. Esta ley de los mercaderes constituía un derecho común a todos los comerciantes, sin importar la nacionalidad o el domicilio, adquiriendo con ello una incipiente universalidad y haciéndose cosmopolita.

Con el tiempo, muchos de estos usos y costumbres fueron reunidos en las recopilaciones como la *Breve Mercatorum* de Pisa, de 1316, los *Statuti di Mercanti* de Parma, de 1215, o *Capitulare Nauticum* de Venecia, de 1255, por citar sólo algunas.²⁸

Sobresaliendo entre este tipo de recopilaciones el famoso *Little Reed Book* de Bristol. Especie de compilación formal y escrita de las costumbres

²⁶ Petit, Carlos, “*Mercatvra y Ivs Mecatorvm...*”, *op. cit.*, p. 58.

²⁷ *Ibidem*, p. 64.

²⁸ Berman, Harold y Dasser, Felix, “The ‘Lew’ Law Merchant and the ‘Old’: Sources, Content, and Legitimacy”, en Carboneau, T. E. (ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration*, Nueva York, Transnational Juris Publications, 1990, p. 22. Véase, también, Le Pera, Sergio, *Common Law y lex mercatoria*, Buenos Aires, Astrea, 1986, y Vitolo, Daniel, *Lex Mercatoria*, Buenos Aires, Astrea, 1988, colección Elementos del Derecho Comercial.

comerciales y reglas de procedimiento, destinadas principalmente a organizar el funcionamiento de las ferias y mercados, y a establecer las formas de solución de controversias entre los comerciantes que participaban de la misma.²⁹

Así, según el *Little Red Book*, se establecían tribunales comerciales que

...se encontraban oficialmente bajo el patrocinio de un *lord of the market*... que podía ser el rey, un señor feudal... Era responsable de poner agentes que ejecutasen las órdenes del tribunal y de ofrecer un lugar vigilado donde poner las mercaderías retenidas. Como compensación recibían algunos derechos e indirectamente se beneficiaban con el éxito de la feria o mercado bajo su protección. El *lord of the fair* delegaba... sus deberes en el *steward* (en el caso de una feria) o un *sheriff* (en el caso de Londres) o un *clerk of the market* (tratándose de un lugar), o en *mayors and bailiffs* (en el caso de una ciudad).

Además, el tribunal abarcaba una importante circunscripción incluyendo a mercaderes que negociaban en la misma feria como a otros que residían dentro de los límites del mercado. Éstos eran calificados como *suitors*. Los mercaderes de la feria, como así los *suitors*, se encontraban obligados a asistir a los agentes (*bailiffs*) cuando fueran requeridos, y cuando las órdenes de estos agentes eran resistidas. Y lo más importante: eran ellos mismos, los propios mercaderes, los que conocían de los juicios y no los “*mayors, stewards and others*”.³⁰

Si bien existía un cuerpo autónomo de reglas consuetudinarias aplicadas por “jueces comerciantes”; es decir, no por jueces estatales, en la sección XX del *Little Red Book* aparece un recurso ante los tribunales reales del *common law* en caso de que un comerciante considere que el propio tribunal comercial ha sido corrompido. Es decir, aparece como última instancia el control estatal. Pero esto se encuentra en los “límites” del sistema, y como medida excepcional.³¹

²⁹ Coquillette, Daniel R., “*Incipit lex mercatoria, que, quando, ubi, inter quos et de quibus sit*”. El tratado de *lex mercatoria* en el *Little Red Book* de Bristol (CA. 1280 AD)”, en Petit, Carlos (ed.), *Del Ius Mercatorum...*, cit., pp. 145-228. El autor subraya antes los aspectos procesales sustanciales que presenta la *lex mercatoria* según el *Little Red Book*, así como las interrelaciones entre los propios comerciantes y el poder del rey.

³⁰ Coquillette, Daniel R., “*Incipit lex mercatoria...*”, *op. cit.*, pp. 156 y 157.

³¹ *Ibidem*, pp. 172 y 173.

Los embargos y medidas de ejecución eran responsabilidad del *lord of the market* o de los *mayors*, que debían contar con una instalación adecuada para guardar las mercaderías secuestradas.³² Pero, y lo siguiente es muy interesante, si bien la ejecución de la sentencia de un tribunal comercial debía ejecutarse por el *lord of the market* o sus delegados “[s]i el señor del mercado, o su delegado, carecían del poder para imponer la ejecución, entonces los *suitors* debían ayudarles”.³³

“El apoyo último de la *lex mercatoria* estaba constituido por los bailios y los hombres del señor del mercado, apoyados por los mismos *suitors*”. Es decir que los mismos *suitors*, esto es, los propios mercaderes privados, tenían en última instancia que realizar la coerción si el señor del mercado, el representante del Estado, resultaba muy débil.³⁴

Por último, la “internacionalidad” de estos usos se demuestra por la normal y frecuente ejecución de los fallos de los tribunales extranjeros, así como la importancia concedida a la doctrina de la cosa juzgada, y la aceptación de decretos extranjeros y las pruebas realizadas a propósito de casos locales.³⁵

V. *IUS MERCATORUM* Y *COMMON LAW*

Como se puede observar, aunque distintos en sus orígenes, el *ius mercatorum* y el *ius civile* comparten, sin embargo, una característica común: su pretendida supranacionalidad.

El derecho romano “aktuel” se empezó a aplicar en el espacio europeo continental, más allá de las fragmentaciones políticas; excepto en Inglaterra. Así también, en su ámbito “personal” el derecho comercial rigió a los comerciantes en todo el ámbito europeo, pero incluso también en Inglaterra.³⁶

³² *Ibidem*, p. 184.

³³ *Ibidem*, pp. 185 y 186

³⁴ *Ibidem*, p. 187.

³⁵ *Ibidem*, pp. 200-202.

³⁶ “En las materias cuya regulación ha surgido del derecho consuetudinario es necesario hacer una distinción. Puede ocurrir que la regulación de los códigos se haya hecho sobre la base de costumbres nacionales o regionales, y en tal caso debemos reconocer su originalidad [de cada código]... Pero puede ocurrir también que la regulación de los códigos se haya fundado en un derecho consuetudinario que tenía, antes de la codificación, un carácter internacional [en tal caso, todos los códigos nacionales se parecerán mucho]... Nuestra consideración cobra un gran interés práctico porque afecta todo el derecho mercantil, tanto terrestre como marítimo. Las costumbres mercantiles formadas a lo largo de la Edad Media se han superpuesto al derecho romano por obra de los posglosadores... [y se propa-

De todas maneras es preciso realizar una breve consideración sobre las relaciones entre el *ius civile*, el *common law* y la *lex mercatoria*.³⁷ Los orígenes del *ius civile* difieren de los orígenes del *common law*. Así como el *ius civile* se desarrolla en una Europa políticamente fragmentada, el *common law*, en cambio, se desarrolla paralelamente a la conquista normanda de Inglaterra, y por ello intrínsecamente vinculado a las necesidades de la ocupación territorial y la centralización del poder.

Los tribunales del rey, entonces, van a conocer, van a tener competencia en las cuestiones que eran consideradas de principal importancia a aquellos fines: de los asuntos relativos a la hacienda real, la propiedad territorial y las cuestiones penales. Fuera estas tres categorías, el resto de los litigios seguían siendo juzgados fuera de las jurisdicciones reales, como las jurisdicciones eclesiásticas, "...o por diversas jurisdicciones comerciales, a las que se le concederá el privilegio de administrar justicia en las ferias y mercados; estas últimas aplicaran derecho internacional mercantil, *lex mercatoria* o *law merchant*".³⁸

Sin embargo, esta *lex mercatoria* fue pronto de alguna forma reconocida por el poder estatal, por ejemplo por la Carta Mercatoria de Inglaterra de 1303 o el Estatuto del Staple de 1353, que receptan los principios del *Red Little Book*.

Luego, alrededor del siglo XVII, el derecho mercantil comenzó a ser absorbido por el derecho real nacional, por el *common law*.³⁹

Y es sólo a partir de este momento cuando los tribunales del *common law* se encontraron con un nuevo problema: ¿qué derecho se aplica a los casos internacionales?, ya que como se vio, no tenían originalmente competencia para entender en este tipo de casos. Aquí es cuando los jueces ingleses debieron estudiar que hacían en estas situaciones sus vecinos del continente.⁴⁰

gó] en los países del Cercano y Lejano Oriente cuando éstos quisieron integrarse a la familia romano-germánica y constituyen, con el derecho propiamente civil de las obligaciones, un bloque que confiere gran importancia a este sistema, al realizar su unidad de estructura en cuanto concierne al derecho de los negocios". David, R., *op. cit.*, p. 61.

³⁷ Sobre esta relación véase Le Pera, Sergio, *Common Law...*, *cit.*

³⁸ David, R., *op. cit.*, p. 246. Véase, también, Juenger, Friedrich K., *op. cit.*, p. 23.

³⁹ Véase David, R., *op. cit.*, p. 257.

⁴⁰ Juenger, Friedrich K., *op. cit.*, p. 24. Concordantemente, Eduardo Hamilton (dir.), *Solución de conflicto de leyes y jurisdicción en Chile*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1966, pp. 359 y 360; North, P. M. y Fawcett, J. J., *Cheshire and North's...*, *cit.*, pp.

VI. *IUS MERCATORUM*, *IUS COMMUNE* Y DERECHO ESTATAL

La consolidación de los Estados nacionales durante los siglos XVII y XVIII requirió, conjuntamente con un gobierno central y un ejército unificado, también un solo derecho nacional. En consecuencia, aquel *ius civile*

23-27, y Filip de Ly, quien dice: “Authorities soon recognized... self-regulation by merchants... The English Carta Mercatoria of 1303, for instance, assured certain foreign merchants of a fast dispute settlement mechanism and the application of law merchant to their dispute... In the long run, the law merchant was integrated into the common law. This process began between 1606 and 1640 when the local courts, the High Court of Admiralty and the Court of Chancery gradually lost ground in favor of the courts of King’s Bench and the Courts of Common Pleas. From a substantive point of view, the absorption of the law merchant by the common law would start only as of 1756 under Chief Justice Mansfield, who began to qualify trade customs as legal rules and made them applicable to citizens”. Cfr. De Ly, Filip, *International Business Law and the Lex Mercatoria*, La Haya, T. M. C. Asser Institute, 1992, pp. 16 y 17.

En contra Rogers, para quien ese proceso no es verdadero, sino que este autor sostiene que nunca existió una diferencia radical entre el *law merchant* y el *common law*, ya que aquél siempre ha sido una parte sustancial de éste. O en todo caso, “[l]o que los jueces hicieron en los siglos XVII y XVIII no fue ‘recibir el *law merchant*’, sino elaborar derecho mercantil”. Rogers, James Steven, “Sobre el origen del moderno derecho inglés de sociedades”, en Petit, Carlos (ed.), *Del Ius Mercatorum...*, cit., pp. 307-332.

Como *glosa* marginal, se puede remarcar que estos diversos orígenes tanto del *ius civile* como del *common law* tienen directa relación con la ciencia jurídica. En Europa continental “[l]a carencia de un uniforme y obligatoria jurisprudencia de los altos tribunales facilitó a la enseñanza del derecho y a sus titulares una situación privilegiada... fueron ellos los fundadores de una jurisprudencia [en el sentido de ciencia jurídica] estudiada prácticamente en toda Europa”. Monitor, E. y Schlosser, H., *Perfiles de la nueva historia...*, cit., p. 28. Sobre el punto véase también Juenger, Friedrich K., *op. cit.*

Por el contrario, en Inglaterra, la concentración del poder en el Estado y en los jueces, en torno a las sentencias de éstos y a la “jurisprudencia” (entendida como conjunto de fallos concordantes), y no a la “doctrina”, en la verdadera fuente del derecho.

Por otra parte, la labor de los profesores del derecho durante el periodo de renacimiento del derecho romano no ha sido sólo un trabajo de tipo descriptivo, sino definitivamente creativo. Ellos han buscado los viejos textos romanos, los sistematizaron, los anotaron, los clasificaron, los adaptaron y los difundieron en toda Europa. La ciencia jurídica, de alguna manera, ha creado su propio objeto de estudio: el derecho. El sujeto (y el método) crearon el objeto, si es que se puede hacer una distinción categórica entre estas categorías epistemológicas.

Finalmente, es interesante destacar que si bien el DIPr nace en una especie de intersticio entre el derecho romano común y los estatutos locales, el derecho internacional privado “moderno” con Story y Savigny se desenvuelve en un periodo de consolidación del Estado-nación, sin ningún derecho supranacional común, aun cuando la obra de Savigny esté enteramente dedicada al estudio del derecho romano “aktuel”.

transnacional fue incorporado en las leyes nacionales, y específicamente en los códigos. Este proceso de codificación-nacionalización del *ius civile* rompió su universalidad originaria. El Código Civil francés de 1804 fue el ejemplo paradigmático de este nuevo movimiento codificadorio. Este Código tuvo una tremenda influencia en toda Europa y en América Latina, en particular en el Código Civil argentino de 1881.

El *ius mercatorum* fue también “nacionalizado”. Por ejemplo, los usos y costumbres comerciales fueron recogidos y de alguna forma reconocidos por ordenanzas aprobadas y confirmadas por los reyes españoles, esto es por el Estado, en las famosas Ordenanzas de Bilbao de 1737.⁴¹

En España, Felipe V

...dio fuerza de ley general en 1737 a unas ordenanzas formadas por los comerciantes de Bilbao, que llegaron a ser el Código de Comercio tanto en España peninsular como ultramarina, según lo muestra... la real cédula de erección del Consulado de Buenos Aires, expedida en Aranjuez el 30 de enero de 1789, la cual, al designar el tribunal encargado de administrar justicia en los pleitos comerciales, dispuso que las Ordenanzas de Bilbao habían de servir de regla al nuevo tribunal para la sustanciación y determinación de los pleitos, debiendo sólo después de ellas decidirse “por las leyes de Indias o en su defecto por las de Castilla”.⁴²

Los consulados, que fueron establecidos en varias capitales del Imperio, eran entonces tribunales comerciales. Los jueces del Consulado no eran abogados de profesión sino comerciantes, y las partes del proceso tenían que actuar por ellas mismas directamente, esto es, sin representación legal.⁴³ Sólo en casos muy raros y complejos tanto las partes como los jueces podían pedir el consejo de un abogado. El proceso ante el Consulado era breve, informal, y en general oral. Las partes debían presentar sus demandas y contestaciones de forma “breve y simple”. La documentación y los

⁴¹ Véase De Castro y Bravo, F., “El arbitraje y la nueva lex mercatoria”, *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, t. XXXII, fascículo IV, 1979, p. 621.

⁴² Malagarriga, Carlos C., *Tratado elemental de derecho comercial*, 3a. ed., Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1963, t. I, p. 8.

⁴³ “...se desechará todo lo que *huela* a sutilizas y formalidades del derecho, y se atenderá sólo a la verdad y buena fe” dice el artículo XVI de la Real Cedula de Erección del Consulado de Buenos Ayres, expedida en Aranjuez a XXX de Enero de MDCCXCIV, disponible en Cruz Barney, *El régimen jurídico de los consulados de comercio indianos: 1784-1795*, México, UNAM, 2001, p. 175 (énfasis propio).

testigos debían ser examinados en la misma audiencia, después de la cual los jueces debían dictar sentencia.

Como se vio, el derecho sustancial aplicado por el Consulado era básicamente las Ordenanzas de Bilbao, y las decisiones de los jueces debían estar basadas en la “verdad sabida y buena fe guardada”.⁴⁴

Esto es, la decisión final debía ser consistente con la forma del proceso. Siendo éste informal, sin argumentación legal y sin abogados, tendente principalmente a la clarificación de los hechos, la decisión debía ser escrita “con palabras concisas y claras, *sin poder usar en ellas de textos, autoridades ni alegatos, ni razones en qué fundar la decisión, y procediendo sólo la verdad sabida y la buena fe guardada a estilo de Comercio...*”, de acuerdo al texto de la Ordenanza del Consulado de Burgos de 1766, que es más explícita que la del Consulado de Buenos Aires en esta materia.⁴⁴⁵⁵ En otras palabras, la sentencia no estaba basada en normas legales formales, sino en los usos comerciales y en los parámetros de buena conducta comercial.

Esta frase “verdad sabida y buena fe guardada” expresa de alguna manera la idea de la *aequitas mercatoria*, que era mucho más que un criterio interpretativo, era una verdadera fuente del derecho, independiente de otras fuentes, y en ocasiones la única fuente utilizada para resolver estos casos.⁴⁶

El *ius mercatorum* fue también, en cierta forma, reconocido en las Ordenações Filipinas, del viejo derecho luso-brasilero.⁴⁷ Y también, y acaso paradigmáticamente, en Francia con las Ordenanzas de Colbert.

⁴⁴ El artículo V de la Real Cedula de Erección del Consulado de Buenos Ayres establece: “En los juicios se ha de proceder siempre a estilo llano, verdad sabida y buena fe guardada...”. *Idem*.

⁴⁵ Citado por Concepción Rodríguez, J. L., en *La especialización judicial. La jurisdicción mercantil*, Tercer Seminario Regional sobre Propiedad Intelectual para Jueces y Fiscales de América Latina, Antigua, Guatemala, 2004, p. 2 (énfasis agregado), disponible en: http://www.oepm.es/cs/OEPMSite/contenidos/ponen/sem_jueces_04/Modulos/concepcion_especializacion.pdf.

⁴⁶ *Cfr. ibidem*, p. 3; en el mismo sentido véase Girón Tena, *Tendencias actuales y reforma del derecho mercantil (estudios)*, Madrid, Civitas, 1986, p. 94.

⁴⁷ R. Limongi França, “Noções sobre o costume”, *Revista dos Tribunales*, vol. 356, 1965, p. 40. Para Clovis v. do Couto e Silva, las Ordenaciones Filipinas estuvieron en vigor en Portugal de 1603 a 1867, en Brasil hasta la entrada en vigor del Código Civil en 1916, o al menos del Código Comercial de 1850. Para éste autor, el Código Civil brasileño tardó tanto en dictarse, ya que, entre muchas causas, el Imperio monárquico brasileño se resistió a dictar un código republicano y democrático al estilo del Código de Napoleón de 1804, que influyó a todos los países de Latinoamérica. Clovis v. do Couto e Silva, *O*

El proceso de absorción estatal del *ius mercatorum* parece culminar con la codificación. Pero aquí se presenta la gran diferencia entre la *ratio* de la codificación civil y la comercial.

Lo que primeramente puede sorprender, y no obstante es sustancialmente exacto, es que pueda considerarse al *Código de Comercio francés como un pseudocódigo*. Puede decirse que el Código de Comercio más fue una recopilación, sobre la cual se superpuso el nombre “Código”... “En realidad, los autores del Código de comercio no se preocuparon de hacer una obra que estuviera en la lógica del derecho nuevo. El derecho comercial estaba codificado desde el siglo XVII, había sido mantenido durante la Revolución. En 1807 se reprodujeron las disposiciones de las dos Ordenanzas de Luis XIV sin determinar netamente el dominio de aplicación del Código nuevo” (Ripert)... “El Código no es más que la ordenanza de Colbert retocada y rejuvenecida” (Mariage).

Hay, en esta fase de la Codificación, unas contradicciones curiosas. Los comerciantes son, por antonomasia, la fuerza transformadora, en torno a ellos se sitúa la burguesía, que serían los triunfantes en la Revolución. Pero la organización del Antiguo Régimen les presenta constituidos en “cuerpos”. Esto origina una tensión con la lógica de liberación de toda traba y la implementación del individualismo... Con todo, la ley Le Chapelier, de 14 de junio de 1791, suprimirá todos los cuerpos sin excepción, todas las Corporaciones... [sin embargo, no se pretende prohibir el ejercicio de la profesión de comerciante, sino al contrario potenciarla facilitando el libre acceso a la misma]. Todo ello explica que la Revolución no toque las leyes comerciales de derecho privado y respete los Tribunales consulares, a pesar de la aversión a las jurisdicciones de excepción.⁴⁸

direito civil brasileiro em perspectiva historica e visao de futuro, conferencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Florencia, el 6 de mayo de 1986.

⁴⁸ Girón Tena, J. *op. cit.*, p. 33. Otra característica propia de la codificación comercial, a diferencia de la codificación civil, está dada no sólo por este distinto origen y método, sino también por el casi inmediato proceso de, digamos, *descodificación* comercial. En efecto, en Brasil y Argentina, por ejemplo, donde los códigos comerciales fueron sancionados antes que los códigos civiles, la posterior sanción de éstos produjo una importante desmembración del contenido de los códigos comerciales. Y luego, en general, en todos los casos, la sanción de leyes especiales para sociedades, quiebras, títulos valores, el contrato de trabajo, el transporte marítimo, y luego el aeronáutico, y otros regímenes particulares, terminó por transformar a los códigos comerciales en especie de cáscaras con muy pocas normas efectivas. Véase Malagarriga, Carlos C., *Tratado elemental...*, *cit.*, pp. 28-33.

El derecho mercantil ofrece la marcada particularidad de ser tal vez el único ordenamiento corporativo que dejó subsistente el proceso revolucionario, si se acepta que tal proceso liquidó efectivamente la cultura jurídica del antiguo régimen. Pero más allá de la codificación y “estatización-nacionalización” del derecho comercial, éste conoció otro sistema de fuentes respecto del Código Civil; tampoco se liquidó de golpe la autonomía jurisdiccional del comercio, y la historia de una vieja actividad profesional sirvió para razonar de otro modo en las cuestiones de derecho *privado*.⁴⁹

¿Y el derecho internacional privado? Con la nacionalización y codificación del derecho civil y del derecho comercial, el derecho internacional privado “evolucionó” desde su originaria etapa de método de solución de conflicto de estatutos municipales desarrollados dentro del marco general del *ius commune*, y pasó a desarrollar la tarea de resolución de conflictos de leyes (civiles y comerciales) nacionales emanadas por Estados-naciones soberanos, sin ningún marco jurídico supranacional sobre ellos.

VII. POSIBLES PROYECCIONES COMO CONCLUSIONES TENTATIVAS

El análisis y comparación del origen y desenvolvimiento históricos del derecho civil, del derecho comercial y del derecho internacional privado pueden contribuir significativamente a comprender el estado actual del de-

⁴⁹ Petit, Carlos, “*Mercatvra y Ivs Mecatorvm...*”, *op. cit.*, pp. 69 y 70. Como ejemplo paradigmático de esta distinta racionalidad entre el *ius civile* y el *ius mercatorum* se puede repasar rápidamente el problema de la justificación jurídica del interés sobre préstamos de dinero en el *ius mercatorum*, pese a la prohibición bíblica. En definitiva, los comerciantes medievales sostuvieron que cuando se le prestaba dinero, no a un pobre (supuesto pretendidamente comprendido por la prohibición evangélica) sino a otro comerciante, podían cobrarse intereses, y para ello calificaban al contrato de mutuo como depósito irregular [¡!], al menos al principio. “Cuando los doctores del *ius commune* tuvieron que justificar esta autonomía normativa y jurisdiccional del *ius mercatorum*, escribieron que ‘*inter mercatores non convenit de iuris apicibus disputare, sed de mera veritate et consuetudine mercatorum*’. Más allá de su aparente simpleza, esta afirmación da cuentas puntualmente de porqué el *ius mercatorum* tuvo su perfecta autonomía y debiera ser aplicado ante jueces corporativos especiales: porque en el interior de este sistema no podían encontrar aplicación los *apices iuris* (naturalmente: *civilis*), respecto a cuya lógica la *consuetudo mercantie* era irremediabilmente excéntrica”. Santarelli, Umberto, “La prohibición de la usura, del canon moral a la regla jurídica. Modalidades y éxitos de un ‘trasplante’”, en Petit, Carlos (ed.), *Del Ius Mercatorum...*, *cit.*, pp. 237- 256, esp. p. 255.

bate sobre el método, objeto, contenido y función del derecho internacional privado en la era de la globalización, pero al mismo tiempo fragmentación del sistema jurídico.

Con respecto al debate entre el conflictualismo y sustancialismo como métodos antagónicos o complementarios del derecho internacional privado, parecería que se debería revisar la relación entre conflictualismo y derecho civil, por un lado, y la relación entre sustancialismo y derecho comercial, por otro.

Es decir, el derecho internacional privado parecería haberse originalmente desarrollado para la determinación de los ámbitos de aplicación territorial de las leyes “civiles”, para resolver *conflictos* de leyes civiles. Mientras que el derecho comercial ha proveído originalmente una regulación transnacional *sustancial* y uniforme. Únicamente con la codificación y nacionalización de derecho comercial, el derecho internacional privado se “expandió” también para resolver conflictos de leyes nacionales comerciales.

El fenómeno actual de transnacionalización del derecho está dado principalmente por la transnacionalización del derecho comercial. En este contexto, las teorías “sustancialistas” del derecho internacional privado parecerían confundirse con el derecho comercial internacional.

Por otro lado, estamos en presencia de “nuevos” conflictos de leyes. Éstos incluyen no solamente los tradicionales conflictos de leyes civiles nacionales, sino también conflictos de leyes provinciales o regionales que se dan dentro un mismo marco constitucional nacional. A estos nuevos conflictos se le podrían sumar los conflictos de derechos públicos nacionales, y los conflictos de leyes interpersonales.

¿Debería el derecho internacional privado “ceder” su competencia respecto de problemas comerciales internacionales, pero extender su método “conflictual” para resolver también problemas de conflictos de leyes interprovinciales, interpersonales, o entre diferentes derechos públicos nacionales?

Desde otro punto de vista, la “vieja” *lex mercatoria* analizada en este trabajo ha renacido como la “nueva” *lex mercatoria* o, si se prefiere, como un nuevo derecho comercial transnacional. ¿Cuáles son las relaciones de esta *nueva lex mercatoria* con los sistemas estatales?, ¿qué pueden enseñar los viejos tribunales comerciales del *Little Red Book* de Bristol y los *Consulados* hispanoamericanos a los actuales tribunales de arbitraje comercial internacional y a los juzgados nacionales en este sentido?

Por otro lado, con la relativa crisis y declive del Estado-nación, y el creciente establecimiento de marcos regulatorios “supranacionales” como los establecidos por los tratados internacionales sobre derechos humanos, la Organización Mundial de Comercio, o, paradigmáticamente, la Unión Europea, parecería estarse creando una especie de nuevo *ius commune* universal. ¿Tendría el derecho internacional privado un rol que jugar en el establecimiento de los ámbitos de validez de las leyes nacionales respecto a un nuevo *ius commune* universal?

Finalmente, la pérdida de la soberanía del Estado nacional no implica meramente la transferencia formal de poder legislativo hacia instancias supranacionales o transnacionales. El Estado nacional no es soberano *per se*; dentro del estado nacional, el soberano es el pueblo, las personas, los ciudadanos. Éstos, al elegir a sus gobernantes por medio de elecciones democráticas, delegan su poder en el gobierno. Los diputados y senadores elegidos por voto popular dictarán así las leyes que rigen a todos los habitantes de un Estado-nación. La ley nacional es un producto democrático.

Sin embargo, nosotros, los ciudadanos, estamos siendo sometidos a normas y regulaciones, “usos y costumbres”, resoluciones, tratados y “reglas” en cuya creación no hemos participado directa ni indirectamente. Ni el derecho *supranacional* ni (aun menos) el derecho *transnacional* son productos democráticos.

Así como los juristas medievales legitimaron la existencia, la diversidad, y la aplicación de los estatutos locales al vincularlos a la autoridad del *Corpus Iuris Civilis*, ¿podrá el derecho internacional privado actual encontrar un camino de legitimación democrática del derecho *a-nacional*?

NEGACIÓN DE LA *LEX MERCATORIA* MEDIEVAL: DE LA FERIA DE SAINT IVES A LOS CONSULADOS DEL MAR

Zhandra MARÍN*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *¿Existió la lex mercatoria medieval?*
III. *Relación entre la nueva lex mercatoria y la lex mercatoria medie-*
val. IV. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

La nueva *lex mercatoria* continúa siendo el objeto de múltiples disputas doctrinales y prácticas, tanto en tribunales estatales como en cortes arbitrales, ya que la flexibilidad que la caracteriza es también su mayor estigma. Uno de los tantos enigmas que acompañan a la nueva *lex mercatoria* son sus orígenes y relación con la *lex mercatoria* medieval. Interrogantes como ¿es la nueva *lex mercatoria* la continuación de la *lex mercatoria* medieval?, ¿cuánta influencia tiene una sobre la otra? Son comúnmente elaboradas y respondidas con una amplia gama de teorías y opiniones que van desde la negación absoluta de la *lex mercatoria* hasta su justificación como sistema jurídico autónomo.

Aunque en ocasiones anteriores hemos propuesto definiciones, fuentes, características, ámbito de aplicación y funciones de la nueva *lex mercatoria*,¹ en esta oportunidad enfocaremos nuestra atención en indagar sobre dos preguntas que no hemos abordado a profundidad en el pasado: ¿existió

* Abogado, Universidad Católica Andrés Bello; Magister Schientiarum en Derecho Internacional Privado y Comparado, Universidad Central de Venezuela; LL. M. in International Law and Comparative Law, Tulane University; Science Doctor Juris Candidate, Tulane University. Agradezco a Lucía Grima (Universidad de Buenos Aires) por su ayuda en el levantamiento de material para este artículo.

¹ Marín, Zhandra, *Rol de la lex mercatoria en la contratación internacional venezolana del siglo XXI*, Venezuela, Academia de Ciencias Jurídicas y Políticas, 2010.

la *lex mercatoria* medieval? de no haber existido, ¿cómo afecta este vacío a la nueva *lex mercatoria*?

Dado que este libro está dedicado en su totalidad a la *lex mercatoria* (nueva y vieja) no ahondaremos en nociones básicas que, de seguro, han sido abordadas en otras contribuciones. Por el contrario, nos dedicaremos a responder directamente la primera interrogante planteada (¿existió la *lex mercatoria* medieval?) para luego analizar cómo la respuesta incide en el segundo planteamiento (¿cómo afecta este vacío a la nueva *lex mercatoria*?), y culminaremos este comentario con una reflexión sobre las respuestas a dichas interrogantes.

II. ¿EXISTIÓ LA *LEX MERCATORIA* MEDIEVAL?

Para los defensores de la nueva *lex mercatoria*, la existencia de la *lex mercatoria* medieval es generalmente tomada como un hecho indiscutible. Sin embargo, algunos autores han cuestionado esta presunción, señalando que las características básicas otorgadas a la *lex mercatoria* medieval carecen de fundamento histórico. Para ilustrar esta tendencia utilizaremos como base a Stephen E. Sachs, autor de *From St. Ives to Cyberspace: The Modern Distortion of the Medieval "Law Merchant"*. Quien, a partir del estudio de los rollos sobrevivientes de los siglos XI y XII de la corte de feria de Saint Ives (Inglaterra), concluye que no existió tal cosa como una *lex mercatoria* medieval y que su existencia se la debemos a anotaciones románticas y sin fundamento, así como a malas traducciones de textos medievales.²

En opinión de Sachs, existían amplios principios comunes de derecho mercantil similares en toda Europa, mas no un derecho mercatorio autónomo. Las semejanzas entre las normativas de los distintos territorios representaban convergencias evolutivas, no elaboradas a conciencia por los comerciantes.³

El autor afirma que la Corte de Saint Ives no tenía carácter especial ni aplicaba un derecho asimilable a la idea romántica de la *lex mercatoria* y

² Sachs, Stephen E., "From St. Ives to Cyberspace: The Modern Distortion of the Medieval Law Merchant", *American University International Law Review*, Estados Unidos, vol. 21, núm. 5, 2006, pp. 697 y 759.

³ *Ibidem*, p. 695.

que, por el contrario, compartía las mismas características de todas las cortes señoriales y de feria de Inglaterra.⁴ A continuación resumimos las características de la corte de Saint Ives, tal y como son puntualizadas por Sachs:

- La Corte estaba controlada por el abad del monasterio, no porque fuera elegido por los comerciantes para tal fin, sino porque era el representante electo por el rey, quien le otorgaba un permiso especial para realizar las funciones de juez durante las ferias.⁵
- La Corte conocía de todas las causas independientemente de que las partes fueran entre comerciantes o no, lo importante era que se disputaran casos vinculados al comercio. En consecuencia, señala Sachs, el tribunal de feria de Saint Ives no ostentaba una jurisdicción personal especial, sólo material.⁶ Mediante esta anotación y la anterior se rechaza la afirmación tradicional según la cual los tribunales de feria eran creados y administrados por comerciantes para comerciantes.⁷
- Los comerciantes formaban parte del tribunal, *asistiendo al juez en la toma de decisiones*, mas no ejerciendo como jueces *per se*.⁸ Esta modalidad de asistencia era común en los tribunales de la época, en particular cuando se trataba de derecho especial, como lo es el comercial. Dicho rol, sin embargo, estaba limitado a los tribunales locales, tales como los feudales o de feria, y no era compartido por los tribunales reales, donde sólo abogados “profesionales” podían comparecer.⁹

⁴ Es relevante recordar que en la Inglaterra medieval existían diversos tipos de tribunales y cortes. Entre ellos estaban los reales, cuyas más altas instancias se ubicaban en Londres; los feudales o señoriales, ubicados en cada feudo, eran administrados bajo la supervisión del señor feudal; los eclesiásticos, al mando de la Iglesia, cuya jurisdicción estaba principalmente relacionada al estatuto personal; los de feria, bajo la supervisión de una figura oficial autorizada por el rey para impartir justicia durante las ferias.

⁵ *Ibidem*, pp. 698, 720 y 727.

⁶ En su estudio, Sachs menciona que la jurisdicción material del tribunal era ampliada en algunos casos para conocer de causas no vinculadas al comercio. Igualmente, señala que los casos generados en las ferias no tenían que ser necesariamente juzgados por tribunales de feria, ya que los tribunales reales también tenían jurisdicción para resolver estos casos. *Ibidem*, pp. 724 y 726.

⁷ *Ibidem*, p. 698.

⁸ *Ibidem*, p. 720.

⁹ *Ibidem*, pp. 713-715 y 719.

- Desde la perspectiva procedimental, los tribunales locales seguían reglas algo más expeditas e informales en comparación con los tribunales reales.¹⁰ No obstante, la Corte de Saint Ives, específicamente, mantuvo varias formalidades procesales innecesarias (sobre todo en materia de pruebas) que disminuían la rapidez y eficacia de la adjudicación de justicia.¹¹

Tanto las cortes de feria como las feudales contaban con manuales que describían el proceso y eran seguidos con regularidad.¹² Dichas cortes no estaban abiertas a procedimientos arbitrales o a otros mecanismos de resolución alternativa de conflictos, puesto que admitirlos disminuía la autoridad del señor feudal y no garantizaba la circulación de capitales hacia sus bolsillos. Todas estas características se resumen en que las cortes de feria no contaban con ningún tipo de independencia procesal.¹³

- En relación con el derecho sustantivo, el abad del tribunal de Saint Ives no aplicaba una ley o precedente en particular, sino que, por el contrario, decidía con base en un conglomerado de normativas elaboradas por el rey y por él mismo, en conjunción con los hechos de la causa; las opiniones de los expertos y jurado (comerciantes en muchos casos); las costumbres locales y principios no escritos de equidad.¹⁴

Para algunos autores, estos principios y costumbres correspondían a la *lex mercatoria*, sin embargo, ellos carecían de carácter universal, dado que variaban de ciudad en ciudad y de feria en feria. Igualmente, muchos de estos principios no se aplicaban con exclusividad en las cortes de feria, lo que sugiere que eran de uso común en cualquier disputa y no específico de los comerciantes del siglo XII.¹⁵

En opinión de Sachs, la corte de Saint Ives no reconoció la existencia de una *lex mercatoria*, entendida como un conjunto de costumbres y principios universalmente reconocido, aplicable a los casos

¹⁰ *Idem.*

¹¹ *Ibidem*, p. 740.

¹² Tal y como “The Court Baron”, el cual fue elaborado entre los siglos XIII y XIV, en principio para ser aplicado a las cortes feudales, pero cuyo uso se extendió a las de feria también. *Idem.*

¹³ *Ibidem*, pp. 722, 723 y 739.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 728-738.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 728 y 729.

vinculados al comercio. Aunque la Corte utilizó el término en varias de sus decisiones, lo hizo en referencia a distintos conceptos, los cuales variaron dependiendo del caso, las normas aplicables, el jurado y los testigos. A decir del autor, el término *lex mercatoria* ha sido reinventadamente mal traducido, lo que ha generado confusiones.¹⁶

Los reyes de Inglaterra, por su parte, reconocieron la existencia de la *lex mercatoria*, pero no definieron su concepto y alcance. En su *Carta Mercatoria*, Eduardo I (1303) señala que las cortes deben aplicar la *Lex Mercatoria* para hacer los procedimientos mercantiles lo más expeditos posibles. No obstante, refiere el proceso probatorio a las costumbres locales. Cincuenta años más tarde el mismo rey aprobó el “Estatuto de los Centros de Comercio”, en el cual estableció que todos los casos en materia de lana, cuero y hierro debían ser resueltos considerando la *lex mercatoria* y dejando de lado la costumbre local. En opinión del autor comentado, este último instrumento consistía más en una elección de foro que de derecho aplicable.¹⁷ Al no especificar el alcance del término *lex mercatoria*, ambos instrumentos reales dejan su interpretación a los distintos tribunales, lo que disminuye su importancia, al menos para esta investigación.

Finalmente, resulta importante destacar que, en la Inglaterra del siglo XII, los comerciantes no estaban al margen o por encima de la ley, ellos debían cumplir con todas las ordenanzas y leyes que el rey y otras autoridades elaboraran. Además, la *lex mercatoria* no era aplicada al comerciante por su estatus, sino por el tipo de actos que realizaba (de comercio). Aunque no puede derivarse una definición específica de acto de comercio a partir de las decisiones de la corte de Saint Ives, las cuales no incluían debates teóricos, es posible afirmar que cubría un amplio espectro de acciones.¹⁸

- Las decisiones del tribunal no eran ejecutadas voluntariamente en todos los casos y los comerciantes carecían de facultades para realizar ejecuciones forzosas. El abad era la única figura con poder coercitivo, derivado de su posición como representante del rey.¹⁹ El valor del

¹⁶ *Ibidem*, pp. 755-759.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 780-788. Mitchell, William, *An Essay on Early History of the Law Merchant*, Estados Unidos, University Press, 1904, p. 6.

¹⁸ Sachs, Stephen E., *op. cit.*, pp. 729, 746 y 749.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 700-702.

boicot como mecanismo utilizado por los comerciantes para forzar la ejecución de sentencias de los tribunales de feria es exagerado, ya que sólo podía ser aplicado a pequeña escala, considerando los costos que generaba al boicoteador.²⁰

Igualmente, el poder de las guildas ha sido sobreestimado. Ellas estaban sujetas a las autoridades y leyes. Inclusive, muchas veces cumplían un doble rol de autoridad estatal y de guilda.²¹

Considerando todos estos aspectos, Sachs concluye que la idea de una *lex mercatoria* universal, creada por y para comerciantes, aplicada en tribunales independientes, en los cuales los comerciantes eran jueces y ejecutores de sentencias, dictadas con base en normas especiales, simplificadas y expeditas, es una falacia, ya que cada feria contaba con su propio conjunto de principios y costumbres aplicables a los actos de comercio en conjunción con las normas elaboradas por el rey y otras autoridades.²²

Ahora bien, se pregunta el autor, ¿cómo es posible que tantos autores, muchos de ellos respetados doctrinarios, hayan cometido el error de creer en la existencia de la *lex mercatoria* medieval? A decir de Sachs, ello ha sucedido por errores en el método de la comparación, ya que si se comparan las cortes de feria con los tribunales ordinarios del rey, entonces habrá diferencias que podrían dar lugar al equívoco de la existencia de la *lex mercatoria*.²³ Por el contrario, si la comparación se limita a diversos tribunales de feria, se llegará a la conclusión de que el tribunal de feria de Saint Ives no tenía nada de especial para su momento histórico y sólo era parte del sistema de la época.²⁴

Habiendo resumido la opinión de Sachs en relación con la existencia de la *lex mercatoria* en la corte de Saint Ives, procederemos a establecer contrastes utilizando varios escritos sobre los Consulados del Mar (España).²⁵

²⁰ *Ibidem*, pp. 707 y 708.

²¹ *Ibidem*, p. 708.

²² *Ibidem*, pp. 771-775.

²³ Téngase en cuenta que en estos últimos tribunales los comerciantes no tenían cabida alguna, ni como expertos ni como jurados; los procedimientos era formalistas y engorrosos y la adjudicación de justicia se basaba preferentemente en derecho real.

²⁴ *Ibidem*, pp. 698-705 y 716.

²⁵ Algunos de los consulados más importantes eran el de Valencia, creado en 1283; el de Mallorca, que data de 1343; el ubicado en Barcelona, de 1347; el de Perpignon, de 1388; el localizado en Burgos, surgido en 1494; el de Bilbao, que data de 1511, y el que se encontraba en Sevilla, cuyo surgimiento acaeció en 1543, entre otros.

Los consulados eran tribunales ubicados en las más importantes ciudades portuarias de Europa, los cuales, a diferencia de los tribunales de feria, tenían un carácter más duradero, pues se mantenían operativos a lo largo del año. Ellos surgen a raíz de la ampliación de las rutas comerciales y el incremento de las importaciones en Europa por medio del comercio marítimo.²⁶ Estos tribunales funcionaban con licencia del gobierno central, al igual que las cortes de feria, pero a diferencia de éstas, las autoridades (cónsul, supercónsul o corregidor y la Asamblea) eran elegidas por los comerciantes miembros del consulado y no por las autoridades.²⁷

La jurisdicción material de estas cortes era más estricta que las de los tribunales de feria, ya que sólo conocían de disputas comerciales. Por su parte, los procedimientos eran elaborados internamente y la ejecución de las decisiones no requería de asistencia externa al consulado.²⁸ Los consulados españoles, en particular, eran instituciones creadas para aumentar el comercio y la credibilidad del reino como potencial asociado comercial, por este motivo, cuando funcionaba como tribunal se hacía énfasis en la justicia y en las decisiones tomadas con base en costumbres comunes entre comerciantes locales y extranjeros.²⁹

El derecho sustantivo, por su parte, consistía en costumbres y otras normas (en ocasiones de origen estatal), en principio no codificado pero que, con el correr del tiempo y el incremento de la importancia de los consulados, terminó por ser codificado, lo que facilitó la existencia de una verdadera *lex mercatoria* medieval con mayor sistematización y unidad que en los periodos anteriores.³⁰ Algunas de las codificaciones más famosas son los Roles de Olerón (siglo XI), Las Tablas de Amalfi (siglo XII) y las Ordenanzas Marítimas de la Liga Hanseática (siglo XIV).³¹ Dichas recopi-

²⁶ Jados, Stanley S., "Preface", *The Library of Iberian Resources online: Consulate of the Sea and Related Documents*, Estados Unidos, University of Alabama Press, 1975, p. IX.

²⁷ Lamikiz, Xabier, *Trade and Trust in the Eighteenth-Century Atlantic World: Spanish Merchants and their Overseas Networks (Royal Historical Society Studies in History New Series)*, Inglaterra, Royal Historical Society, 2010, p. 27; Jados, Stanley S., *op. cit.*, p. XII.

²⁸ Ferreiros Iglesias, Aquilino, *El libro del consulado del mar, "Del Ius Mercatorum al Derecho Mercantil"*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 112-117; Jados, Stanley S., *op. cit.*, p. XII.

²⁹ Lamikiz, Xabier, *op. cit.*, pp. 29 y 40.

³⁰ Jados, Stanley S., *op. cit.*, p. XIII.

³¹ Marín, Zhandra, *op. cit.*, pp. 87 y 88; García Guzmán, David, "Los consulados de comerciantes en Nueva España. La *lex mercatoria*", disponible en: <http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/9/9-04.pdf>.

laciones de normas tuvieron influencia en toda Europa, Oriente y, posteriormente, en las colonias europeas.

La comparación entre estas dos realidades europeas podría generar dudas, ya que van de un extremo (la negación de la *lex mercatoria*) al otro. Sin embargo, la clave está en comprender que la Europa unificada de hoy es muy distinta a la del siglo XII. Tal y como expresábamos en contribuciones anteriores,³² el desarrollo del derecho y la humanidad en general durante la Edad Media difería enormemente de territorio en territorio, por tanto debemos de ser rigurosos en cuanto a cuándo y dónde se aplicó la *lex mercatoria*. Así, redundancias como “durante la Edad Media existió un cuerpo normativo universal, sistemático y unificado en materia de derecho comercial, elaborado y aplicado por los comerciantes llamado *lex mercatoria*” son peligrosas, ya que son tan generales que carecen de exactitud.³³

A partir de la investigación de Sachs, la cual debe delimitarse —como el autor lo admite— a la evidencia existente sobre las decisiones de la Corte de Saint Ives, podemos afirmar que en la Inglaterra del siglo XII algunos tribunales de feria y las autoridades reales reconocían la existencia de la *lex mercatoria*. No obstante, este término hacía referencia a una *lex mercatoria* no sistemática y cambiante de feria en feria. Otros estudios concluyen que, para el siglo XIV, codificaciones consulares como los Roles de Olerón ejercían influencia en el territorio inglés, ampliando la uniformidad de la *lex mercatoria* aplicada en otras regiones de Europa.³⁴ Igualmente, podemos afirmar que Inglaterra, a diferencia de otros territorios europeos, había desarrollado para el siglo XII un sistema tribunalicio centralizado, ello explicaría el por qué la Corte de feria de Saint Ives operaba en cercana conjunción con el gobierno real a diferencia de cortes similares localizadas en otros territorios.³⁵

Simultáneamente, en España surgen los primeros Consulados del Mar, vinculados con el gobierno pero más independientes que las cortes de feria. Los motivos políticos detrás de las licencias para adjudicar justicia eran, en todo caso, distintos; por un lado, controlar los derechos del rey y los señores feudales en Inglaterra, y por el otro incrementar la confianza de los ex-

³² Marín, Zhandra, *op. cit.*, pp. 83 y 84.

³³ Tamanaha, Brian Z., “Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global”, *Sydney Law Review*, Australia, vol. 30, núm. 3, septiembre de 2008, pp. 4 y 5.

³⁴ Mitchell, William, *op. cit.*, pp. 5 y 6.

³⁵ Tamanaha, Brian Z., *op. cit.*, p. 7.

tranjeros en el comercio con España.³⁶ Igualmente, en esta comparación es justo mencionar que el derecho marítimo (rama del derecho especialmente importante en los consulados) estuvo —a lo largo de la historia— mucho más unificado que el comercial.³⁷ En consecuencia, las decisiones de los consulados tenían un mayor potencial para la unificación que aquellas de las cortes de feria.³⁸

En nuestro criterio, ambas realidades no son excluyentes, no sólo por la diferencia espacial, política y económica entre España e Inglaterra, sino porque existen similitudes que indican cómo, con el transcurso del tiempo, la *lex mercatoria* medieval fue tomando auge y uniformidad en los diversos territorios europeos. Entre estas similitudes podemos citar la permisividad del gobierno central en ambos escenarios para adjudicar justicia (aunque con diferentes extensiones y grados de independencia), así como la fusión entre las costumbres de los mercaderes y las normativas emanadas del gobierno central.

En conclusión, si nos preguntamos ¿existió la *lex mercatoria* medieval? Nuestra respuesta será positiva, pero condicionada por las variables cuándo y dónde.

III. RELACIÓN ENTRE LA NUEVA *LEX MERCATORIA* Y LA *LEX MERCATORIA* MEDIEVAL

No es extraño encontrar en la doctrina afirmaciones según las cuales la nueva *lex mercatoria* es la continuación de la *lex mercatoria* medieval. A decir de Sachs y otros autores, esta afirmación es incorrecta.³⁹ A decir de esta corriente, la *lex mercatoria* medieval ha sido resucitada, con toda su falta de precisión histórica-jurídica, como estrategia de validación para justificar políticamente el uso de regulaciones acomodaticias creadas por comerciantes.⁴⁰

³⁶ García Guzmán, David, *op. cit.*

³⁷ Mitchell, William, *op. cit.*, p. 5.

³⁸ García Guzmán, David, *op. cit.*

³⁹ Kadens, Emily, “Order within Law, Variety within Custom: The Character of the Medieval Law Merchant”, *Chicago Journal of International Law*, Estados Unidos, vol. 5, núm. 1, verano de 2004, pp. 39-66.

⁴⁰ Sachs, Stephen E., *op. cit.*, p. 695.

Ahora bien, ¿afecta esta imprecisión histórica a la nueva *lex mercatoria*? En nuestra opinión no.⁴¹ La *lex mercatoria* medieval es sólo un antecedente de la situación actual, y si bien algunos paralelismos pueden ser trazados entre una y otra situación, como por ejemplo el rol participativo de los comerciantes en la creación y aplicación de normas, el proceso actual cuenta con características autónomas que no tienen parangón alguno con la *lex mercatoria* medieval. El solo hecho de la existencia de los Estados nacionales altera por completo el escenario en que una y otra se desarrollan.

Desde otra perspectiva, el fenómeno en desarrollo llamado nueva *lex mercatoria* realmente no requiere de la *lex mercatoria* medieval para existir o ser justificado. El conjunto inacabado y en constante evolución de usos, prácticas y principios, elaborados por particulares, de carácter funcional y de contenido predominantemente material, depende en la mayoría de los casos de la autonomía de las partes para su aplicación.⁴² En consecuencia, su justificación histórica no es tan relevante comparada con su importancia práctica, en la medida en que prevea o coadyuve a resolver conflictos eficientemente.

IV. CONCLUSIONES

Hace un par de años atrás, durante una reunión nacional de profesores venezolanos, hicimos una votación para modificar los programas vigentes en las cátedras de derecho internacional privado. Una de las modificaciones más importantes fue eliminar la historia del derecho internacional privado como tema independiente y, en su lugar, incorporar las nociones históricas en cada uno de los temas del programa. La mayoría de los profesores votó a favor de este cambio, no porque pensáramos que la historia no fuese relevante, sino porque, por el contrario, es tan importante para comprender la evolución del derecho que no puede verse de forma aislada.

⁴¹ Otros autores con una opinión similar: Mazzacano, Peter, "The Lex Mercatoria as Autonomous Law", *CLEA 2008 Meetings Paper*, CLPE Research Paper No. 29/2008, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1137629>; Cordes Albrecht, *The Search for a Medieval Lex Mercatoria*, Oxford University Comparative Law Forum, 2003, disponible en: <http://ouclf.iuscomp.org/articles/cordes.shtml#fn1sym>.

⁴² Sólo un número limitado de Estados —como Venezuela y México— han dado cabida a la aplicación de la *lex mercatoria* espontáneamente por el juez.

Pensamos que lo mismo ocurre con la historia de la *lex mercatoria*. No podemos negar que actualmente se desarrolla un proceso de regulación anacional, que los Estados se han visto obligados a reconocer en alguna medida. Ante esto, el debate no debería ser si existió o no la *lex mercatoria* medieval, sino qué podemos aprender y aprehender de aquel proceso experimentado en la Edad Media, las causas que originaron su aparición y, tal vez más importante, cuáles fueron sus fallas y los motivos de su desaparición. Al final, esperamos que no se nos mal entienda: la precisión histórica es importante, sobre todo cuando podamos vincularla al impacto que conlleva en las situaciones presentes.

Aclarado lo anterior, en nuestra opinión la lección más importante que podemos aprender del proceso medieval es que el comercio y su regulación están intrínsecamente ligados a la política, por tanto los Estados no cedieron fácilmente su regulación a los particulares. En consecuencia, ante los intereses a veces opuestos de comerciantes y gobiernos, la mejor alternativa es concentrar esfuerzos y trabajar en conjunto. También es relevante recordar que la *lex mercatoria* (nueva y vieja) surge debido a que las necesidades de los comerciantes no podían ser atendidas por el Estado con la rapidez requerida por el comercio mismo, por tanto, entonces y ahora, la mejor alternativa era —nuevamente— el trabajo en conjunto de las partes interesadas. En consecuencia, los gobiernos actuales y las asociaciones de comerciantes deberían profundizar sus esfuerzos por llevar a cabo proyectos en conjunto en los cuales se discutan los requerimientos de las partes a los fines de concretar iniciativas satisfactorias para todos, en las que no se niegue la existencia de la nueva *lex mercatoria* ni se elimine al Estado como proveedor de justicia y supervisor de la misma.

EL NUEVO PLURALISMO JURÍDICO Y LA NUEVA *LEX MERCATORIA* EN LA DINÁMICA CONSTITUCIONAL EUROPEA*

Vittorio OLGIATI**

SUMARIO: I. *Premisa*. II. *La inestabilidad constitucional de la forma-Estado*. III. *El nuevo pluralismo social*. IV. *El nuevo pluralismo jurídico*. V. (Continúa) *La presencia simultánea de instituciones incompatibles*. VI. (Continúa) *La evolución del fundamentalismo jurídico*. VII. (Continúa) *La tendencia a la interlegalidad*. VIII. *La nueva lex mercatoria*. IX. *La “lucha por el derecho” en la época del capitalismo conocido como “desregulado”*. X. *El mercado como “hecho normativo” en el nuevo espacio constitucional europeo*. XI. *Observaciones finales*. XII. *Referencias bibliográficas*.

I. PREMISA

En este estudio me propongo examinar algunas variables de la experiencia normativa contemporánea en razón por las cuales la Unión Europea está tratando de dirigir la dinámica jurídica del actual capitalismo considerado “desregulado” (*deregolato*), en cuanto resultado de la crisis del ordenamiento estatal y de la afirmación de las grandes corporaciones económicas como fuentes autónomas del derecho.

Sobre esta base será aquí valorado el reconocimiento reciente tanto de los derechos humanos como de las libertades fundamentales en cuanto eje del proyecto de constitucionalización de la Unión Europea.

La clave hermenéutica empleada para los fines de la discusión deriva de la nueva configuración tomada por el pluralismo jurídico contemporáneo

* Traducción de Jorge Alberto Silva.

** Università degli Studi di Urbino (Italia).

y, al interior de esta realidad, por la afirmación de la nueva *lex mercatoria* como expresión sintética, pero altamente emblemática de esa dinámica.

II. LA INESTABILIDAD CONSTITUCIONAL DE LA FORMA-ESTADO

En la teoría jurídica contemporánea una de las cuestiones más debatibles actualmente es sin duda la relacionada con los argumentos de los cambios que a nivel constitucional se han verificado en las relaciones entre los procesos de reproducción económica y los procesos de re-calificación normativa de la forma de dominación política, cambios que desde los inicios del siglo XX aparecían vinculados a la profunda crisis del Estado y a la emergencia de formas siempre más articuladas y penetrantes del corporativismo *intra*, sobre y *supra* estatal. Con relación a tales procesos, ahora se trata de dar cuenta, por un lado, de lo que queda de la potencialidad ordinal (en sentido convencional) de la positivación del derecho mediante la codificación de derivación liberal y, por otro lado, de la evidente acción normativa concurrente de las formaciones corporativas sustancialmente dominantes, o de cualquier modo condicionada fuertemente por la lógica del mercado. En suma, tanto bajo el perfil socioinstitucional como en términos técnico-jurídicos, se trata de descifrar los datos y delinear el cuadro en torno al cual giran las dos cuestiones nodales del actual modelo constitucional: *a*) la consumación memorable del original proyecto jurídico burgués, arraigado en torno a los principios de la economía política clásica y centrado sobre la soberanía del Estado-nación, y *b*) la maduración ordenadora, también memorable, de una pluralidad de agentes económicos siempre más intencionados a imponer, en oposición a los ordenamientos jurídicos vigentes políticamente legitimados, principios y valores esencialmente mercantiles.

En general, la producción reciente de nuevos privilegios ampliados —los así llamados “nuevos derechos” de “cuarta generación”— en auxilio de los derechos originariamente codificados y constitucionalizados como resultado de los movimientos sociales alimentados por las correspondientes fases de desarrollo del industrialismo (revolución mecánico-textil, electro-mecánica y físico-química), no es el ejemplo más sintomático de “reacción normativa” o, si se prefiere, de “modernización jurídica defensiva”, respeto a este estado de hecho: a tal ampliación, en efecto, no corresponde sólo el esfuerzo de gobernar las consecuencias sociojurídicas de la

cuarta revolución industrial (infotelemática y transgénica), sin acentuar el ya difuso desencanto por las promesas incumplidas (de emancipación y participación) implicadas por la pasada fase económico-política, sino también el esfuerzo de afrontar los nuevos desafíos constitucionales que se vislumbran en la relación entre el Estado y el mercado, sin incurrir ni en los errores de perspectiva como en el curso de la precedentes “luchas por el derecho”.

Si es así, se comprende entonces el significado de la más importante operación de revisionismo constructivista realizado a propósito en los últimos tiempos, es decir, la iniciativa conducida a nivel europeo que desea reconducir dentro de un unívoco universo del discurso oficial un cúmulo de valores, y por consiguiente, de intereses, no orgánicamente coherentes bajo el perfil histórico teórico-práctico, de los que tanto “los viejos” como los “nuevos” derechos han sido, y son expresión. Con tal operación, en efecto, se ha declarado la paridad (equiparación) ontológica de todos aquellos derechos y libertades (hasta ahora) estatuidos por los órganos europeos, en cuanto componentes de la “tradición jurídica común” (incluyendo, por lo tanto, también derecho y libertades no formalizados plenamente, si bien comúnmente entendidos implícitamente por los ordenamientos de los Estados miembros) y su posición (catalogación) en el Preámbulo del Tratado Constitucional, en virtud de la afirmación del (nuevo) principio jurídico de la indivisibilidad (axiológica) de la tabla de valores fundamentales por ella misma constituida. Por tal vía, por lo tanto, tales derechos y libertades han sido indistintamente (colectiva y singularmente) declarados, con actos de autoridad, derechos y libertades “fundamentales” de la Unión.¹

No obstante, a la luz de esta operación de ingeniería jurídica —finalizada, como si tratara de mostrar, a neutralizar políticamente tanto la hipostatización normativa de cada derecho o libertad considerados aisladamente, como el impacto social unilateral de cada uno de esos respecto de los otros (y consecuentemente también la acción concurrente de otros “legisladores”)— resulta, paradójicamente, hoy más claro entrever hasta qué punto el más avanzado constructivismo técnico-jurídico contemporáneo se mantiene sobre un “eje de equilibrio” bastante precario; y aún más, de qué modo precisamente esta especie de política del derecho típicamente *responsable*

¹ Magnani, Carlo, “I nuovi diritti nella carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea”, de próxima publicación en A. Cantaro (a cura di), *I nuovi diritti nella scienza giuridica europea*, Turin, Giappichelli, 2005.

(esto es, orientada a las consecuencias) es, en realidad, largamente condicionada por fenómenos siempre más contradictorios y difícilmente controlables.

Dado que esta aparente perspectiva es absolutamente hipotética o remota —ya que en las complejas sociedades actuales hasta el postulado de la recíproca correspondencia entre instituciones jurídico-políticas e interiorizaciones psicosociales no es descontado de manera absoluta—, me detendré, después de un breve trazo del cuadro macrosocial de la experiencia jurídica contemporánea (párrafos 3 y 4), sobre tres fenómenos normativos, particularmente relevantes para la comprensión de las cuestiones arriba mencionadas en cuanto reconducibles a aspectos diversos de la más penetrante característica del universo del discurso jurídico contemporáneo, es decir (no ya la “globalización del derecho” sino lo opuesto) la pluralidad de las formas del pluralismo jurídico, o sea: *a*) la simultánea presencia de instituciones incompatibles, *b*) la evolución del fundamentalismo jurídico, y *c*) la tendencia a la interlegalidad (párrafos 5, 6 y 7). Hablando de estos fenómenos, llamaré la atención sobre un aspecto sionormativo particular, elegido por su emblemático estatuto teórico-práctico: la así llamada “nueva” *lex mercatoria* (párrafos 8 y 9). Como se podrá observar, en efecto, la *lex mercatoria* constituye un caso específico, aunque no anómalo en la cuenta de los actos procesales de reproducción jurídica, aun de grado constitucional, en cuanto refleja y condensa la tentativa de las grandes corporaciones económicas de afirmarse como nuevo “poder constituyente universal” de la dinámica social contemporánea. Precisamente por este carácter específico, la *lex mercatoria* ofrece, luego, un punto de observación privilegiado para evidenciar entre qué áreas de problemas va caminando la actual afirmación de los así llamados “derechos fundamentales” como pilar del proceso de constitucionalización de la Unión Europea.

III. EL NUEVO PLURALISMO SOCIAL

Antes de examinar los contornos del pluralismo jurídico contemporáneo y las diversas formas que ahora se presentan como dominantes, es útil y necesario presentar cuando menos una ilustración sintética de la configuración más acreditada de la sociedad pluralista contemporánea. Será de este modo más fácil comprender el nexo existente entre los fenómenos arriba mencionados y entre éstos y la afirmación de los llamados “nuevos derechos”, de los

cuales, paradójicamente, la “nueva” *lex mercatoria* constituye un caso —como se verá en las conclusiones— sólo aparentemente diferente.

Haciendo un recorrido comparativo de los estudios sobre el pluralismo social habidos en las últimas décadas, se advierte un salto brusco analítico o semántico notable cuando los análisis corresponden a la experiencia jurídica del momento.

En síntesis, se puede afirmar que cuando en la actualidad se habla de pluralismo social respecto del sistema jurídico no se desea hacer referencia, como era habitual desde los inicios del último siglo, al problema del acceso ordinario de los nuevos sujetos y de las nuevas clases, ya posicionados en el interior de una determinada estructura territorial nacional, dentro del sistema político-institucional vigente, sino al problema de la afirmación territorial de agrupaciones y organizaciones que, con realismo político, se debería definir verdadera y propiamente “nuevos colonizadores” (siguiendo la lógica *top down* y *bottom up*). De aquí la diversa y bastante compleja configuración del problema del reconocimiento de esos entes dentro de la arena (política, económica y cultural) del Estado como verdaderos y propios actores institucionales.

Por otra parte, y en otro sentido, tampoco se habla ya seriamente de la posibilidad de realizar —dada la obvia falla del modelo— un integral y orgánico *melting pot* entre antiguos residentes y nuevos “transmigrantes” en un cierto territorio nacional, y, por consiguiente, de la integración política-jurídica-cultural del conjunto de ellos al interior de un modelo superior ordinamental capaz de ejercer una verdadera y propia hegemonía ideológica e institucional. En efecto, hasta en el más atrevido modelo de integración existente en la actualidad —el proyecto de unificación europea— se delinean hipótesis de estabilidad y de ciudadanía, pero en el cuadro de estrategias autoritarias apoyadas por la subsidiariedad y por la diversidad de los anteriores ordenamientos establecidos.

Dadas estas precondiciones, sigue que por sociedad pluralista se entiende ahora un contexto social multicultural, multiétnico, y sobre todo, por la misma razón, corporativo en el sentido fuerte. O sea, un contexto en el que, aun en el más alto nivel, no sólo los confines materiales (territoriales, jurisdiccionales, etcétera) sino también los confines valorativos, cognitivos, interpretativos, siempre son menos definidos normativamente de forma coherente y unívoca; en los que las modificaciones sociales derivadas de las nuevas migraciones y de los nuevos asentamientos debilita, en lugar de reforzar, la representación de los intereses y la fuerza política de las alianzas y de las ins-

tituciones de los viejos asentamientos, y, sobre todo, en los que agentes y agencias ligados al poder político-patrimonial de grupos económicos *sans patrie* se ponen abiertamente en términos competitivos en el sentido antagónico como fuentes de producción y regulación jurídica externa, y aun con un respeto superior a la forma de legitimación política estatalmente definida.

Pero aún hay más. Con el término “pluralismo social” hoy se designa no sólo la multiplicidad de las variables en juego, sino sobre todo a la pluralidad de las formas de la “complejidad social” cotidianamente realizada, donde por complejidad se entiende una verdadera y propia “diferencia” (entre tiempos, fuerzas, relaciones, etcétera) existente entre organizaciones, sujetos y sistemas individuales y corporativos, que actúan incesantemente, pero estructurados en razón de diferencias a menudo insuperables, en cuanto originalmente constituidas.

Esta misma complejidad bien puede definirse, a su vez, como una complejidad social “agravada”, ya que tanto la movilización continua (alargamiento y dislocamiento) de tales entidades como la variación inevitablemente conflictual de los intereses relativos, valores, necesidades, etcétera, son siempre más alimentados por la generalizada inestabilidad constitucional de todos los ordenamientos políticos vigentes a nivel planetario, y, en consecuencia, de una no menos generalizada inseguridad existencial. En este escenario institucional y social, no sorprende entonces que aun los grupos sociales dominantes se han fragmentado en grupos antagonistas y que, en forma extrema de ataque y defensa, concurren a difundir formas de fundamentalismo político, cultural religioso.²

Naturalmente, en este mismo contexto, y en razón de eso, se sitúa y se desarrolla también la dinámica del pluralismo jurídico contemporáneo y, más en particular, su nueva articulación interna, caracterizada sobre todo por la presencia de “instituciones incompatibles”, por la evolución del “fundamentalismo jurídico” y por la tendencia a la “interlegalidad”.

IV. EL NUEVO PLURALISMO JURÍDICO

Análogamente a cuanto ha sido observado a propósito del pluralismo social, del mismo modo con relación a los estudios del pluralismo jurídico

² Olgiati, Vittorio, “*Jus communicationis et Jus gentium. L’incertezza del diritto dopo l’11 Settembre*”, *Sociologia del Diritto*, 2005.

se registran en los últimos años cambios analíticos y conceptuales significativos. A los fines del presente trabajo basta señalar la consolidación de la relación histórica entre el corporativismo socioeconómico y el pluralismo jurídico (uno y otro no siendo más que dos caras de la misma moneda): consolidación que se caracteriza, en ambas vertientes, por el pasaje de la coexistencia a la co-varianza de las respectivas evoluciones recorridas.³

En efecto, es en razón de la nueva dimensión ordinal, transfronteriza y divisional, de las formas contemporáneas de corporativismo socioeconómico (y del agudizarse de la crisis de la capacidad regulatoria del derecho del Estado), que se asiste a la así llamada “explosión” del pluralismo jurídico contemporáneo más allá de la modelística del “pluralismo jurídico gradualista y supletorio” a la Weber, y del “pan-jurisdicismo” a la Santi Romano. Más precisamente, cuanto más el corporativismo socioeconómico se ha puesto en forma estratégica el problema de la dominación organizativa aun con respeto a la definición de los procesos de institucionalización primaria de los sujetos y de la interiorización de nuevas necesidades individuales con acciones de colonización a escala planetaria, ya sea el modelo weberiano de la existencia de una jerarquía de ordenamientos graduada según la racionalidad tecno-lógica del derecho del Estado (presumido como el más fuerte, el más evolucionado, el más estructurado, etcétera), que el modelo romaniano de la co-existencia lógicamente parificada de ordenamientos jurídicos autónomos dotados de una propia identidad individual y estabilidad (capaces de remover del horizonte analítico las tensiones reales existentes entre los diversos grupos sociales), se han visto alcanzados por otras formas de pluralismo, más indeterminados y no menos antitéticas.⁴

³ Olgiate, Vittorio, “Positive Law and Socio-legal Orders. An Operational Coupling for an European Sociology of Law”, in Arnaud, A. J. y Olgiate, V. (eds.), *On Complexity and Socio-legal Studies: Some European Examples*, in Onati Proceedings, núm. 14, IISL-Onati, 1993 (versión portuguesa: “Direito positive e ordens socio-juridicas. Um Engate Operacional” para una sociologia do derecho europeia”, en Campos de Oliveira Faria [or.], *Direito e globalização economica. Implicações e perspectivas*, São Paulo, Malheiros 1996).

⁴ Olgiate, Vittorio, “Il pluralismo giuridico come lotta per il diritto e la follia teorico-metodologica di una recente proposta”, *Sociologia del diritto*, núm. 1, 1994 (versión francesa parcialmente modificada: “Le pluralisme juridique comme lutte pour le droit: la folie theorique et metodologique d’une recente proposition”, *Revue Canadienne Droit et Société*, 1997, núm. 12/2); “Economic Glocalism and Imprecise Forms of Legal Pluralism. A Coalitional Strategy?”, en Universitat Obierta de Catalunya & IISL-Onati (eds.),

En general, los contornos y contenidos de este nuevo pluralismo jurídico son algo difíciles de descifrar. Y eso no sólo porque ellos son el resultado precario y ocasional de la diferencia de potencias que compiten en las dimensiones socioinstitucionales ya mencionadas, sino también porque reflejan el grado de complejidad alcanzado por las variables singulares que la componen.

En este cuadro, el derecho no puede ni siquiera configurarse como un sistema. Aun el derecho positivo oficial aparece dominado por una especie de confusión teórico-práctica, como demuestra —por el uso de categorías tradicionales— el actual *mix* de idealismo y materialismo, formalismo e informalismo, realismo y surrealismo, vitalismo y nihilismo jurídico. En otros términos, el derecho positivo oficial aparece como “flexible” no porque carece de voluntad coercitiva, sino porque le falta todo rigor de contenido, ya sea en un nivel teórico, que en un nivel metodológico y técnico.

Una de las características más relevantes del pluralismo jurídico contemporáneo es, en efecto, que tanto los valores, las normas, el procedimiento, la práctica, etcétera, de todo campo jurídico, así como los más diversos agregados entre ellos, pueden de vez en vez interactuar, confundirse o armonizarse o contraponerse en modo oportunista dependiendo del caso, con tal de conseguir fines comunes (relaciones, intereses, etcétera) que se presentan variables, cambiantes, y, hasta el límite, aun antagonistas respecto de aquellos previstos originalmente.

Como es fácil intuir, comprobar esta dinámica no solamente ha corroído y falsificado gran parte de la doctrina jurídica dominante, trastornando los más usuales mapas cognitivos de los juristas y poniendo el problema de la recalificación teórica del mismo concepto del derecho, sino que también ha suscitado resistencias sociales y oposiciones políticas.

Con relación a esto, algunos juristas han observado con preocupación particular la generalización de los procesos de desbordamiento del derecho y de *norm erosion* que amenazan la capacidad de control hermenéutico y operativo del derecho positivo oficial. De este modo, para consolidar el orden constituido, ellos se están empeñando en el diseño de penetrantes iniciativas “autoritarias” para defender los principios de identidad que consi-

Law and Society, Barcelona, Fundació UDOC, 2000 (versión italiana reducida: “Glocalismo economico e forme imprecise di pluralismo giuridico: una strategia coalizionale?”), en Ferrari, V., Ronfani, P. y Stabile, S. [a cura di], *Conflitti e diritti nella società transnazionale*, Milán, Angeli, 2001.

deraban irrenunciables e indefectibles. De lo que deriva, luego, también la difusión de la lógica de las “instituciones incompatibles” y del “fundamentalismo jurídico”, en general referida a la acción de grupos políticamente minoritarios o culturalmente marginales, al interior de los mismos bloques históricamente dominantes y de las elites que gobiernan.

Por otra parte, otros juristas están proponiendo, por el contrario, el reconocimiento de la naturaleza compleja del cambio paradigmático que se está verificando, nominándola expresamente. Precisando y extendiendo el análisis del nuevo pluralismo jurídico como “derecho flexible” se llega por consecuencia a definir la nueva realidad normativa con el término de “interlegalidad”. Con tal noción se indica la unión, la reticulación, el englobamiento, más o menos parcial y ocasional, de otras lógicas o prácticas jurídicas en virtud de la “legalidad porosa” o de “porosidad jurídica” que, según ellos, invadiría todo campo de acción normativa: legalidad por medio de la cual se desreagregan o se redescomponen de manera suelta o contingente valores, posiciones y dispositivos esencialmente heterogéneos e incoherentes, pero, por lo mismo, capaces de constreñir con autoridad a ciertas “transiciones” o a ciertos “cumplimientos”.⁵

Naturalmente que cuanto apenas se ha dicho, no puede, ni debe sorprender. El mismo proceso de constitucionalización de la Unión Europea es, a este propósito, un verdadero y propio condensado de las nuevas formas de pluralismo jurídico que hemos indicado. La pluralidad históricamente desorganizada de las fuentes, de los modos de producción y de los contenidos de lo que hoy en día compone *l'aquis communitaire*, ¿no es quizá el más claro ejemplo de la variedad de las formas constitutivas de la fenomenológica contemporánea del pluralismo jurídico? Por otra parte, la pluralidad, diversidad y variabilidad históricamente irreducible —por orígenes, asentamientos, etcétera— de todo grupo social y de las respectivas raíces culturales que desde siempre caracterizan a Europa, ¿quizá no se refleja emblemáticamente en la insuperada dificultad de identificar empíricamente, o de reconocer oficialmente y sin titubeos la subsistencia de una efectiva, unívoca, tradición común?

Pero veamos en detalle los fenómenos del pluralismo que actualmente aparecen más relevantes.

⁵ Sousa Santos, Boaventura, “A Map of Misreading: Towards a Post-modern Concept of Law”, *Journal of Law and Society*, núm. 20, 1987.

V. (CONTINÚA) LA PRESENCIA SIMULTÁNEA DE INSTITUCIONES
INCOMPATIBLES

El fenómeno del pluralismo jurídico en la forma de “instituciones incompatibles” es ciertamente uno de los temas más debatidos en el ámbito de aquellas corrientes de la antropología jurídica contemporánea que se han ocupado de los campos normativos propios de la sociedad compleja y, más en particular, de las así llamadas “comunidades de frontera cultural” internas de los países occidentales avanzados.⁶ En tales contextos sociales avanzados, en efecto, siempre más caracterizados por la multietnicidad, el multiculturalismo y por las uniones corporativas, se definen como “instituciones incompatibles” aquellas particulares construcciones simbólico-materiales de las que son portadores ciertos grupos sociales minoritarios, que no sólo aparecen cognitivamente y prácticamente incoherentes y/o incongruentes, sino que resultan también antagónicamente concurrentes respecto a otros análogos constructos de grupos (dominantes), de modo que dan lugar a comportamientos diferenciados, inconciliables e intolerantes y, en consecuencia, precisamente, recíprocamente incompatibles.

Significativamente, los resultados conflictuales propios de las “instituciones incompatibles” —en cuanto en grado de suscitar reacciones incontroladas de indignación, desprecio, repulsión (cívica, moral y social)— no derivan sólo de la persistencia de identidad/alternidad culturales tradicionalmente cultivadas (piénsese en el diverso valor jurídico dado respectivamente por la mutilación vaginal y por la circuncisión, o por la definición de robo del acto cometido como prueba de destreza y como donación dotal de los gitanos de los países *rich countries*), sino también de la verdadera y propia estrategia de política del derecho en sentido antipluralístico, como aquellos que se denominan como *jurisprudence of insurgency* y como *land wars* (piénsese en la reivindicación de títulos ancestrales de las *first nations* en Canadá o en Nueva Zelanda).

Dadas estas características, es un hecho que el impacto normativo de las “instituciones incompatibles” puede dar lugar tanto a “incorporaciones diferenciales” indefinidas e inestables, basadas en la individualización de posibles “puertas de convergencia” respecto a los puntos de rotura, como a lo opuesto, a formas de resistencia y de clausura radicales denominadas

⁶ Motta, Riccardo, “Istituzioni incompatibili e pluralismo”, *Sociologia del Diritto*, núm. 3, 1999.

“vetocomunitarismo”, o sea, un instrumento de extrema resistencia respecto a formas agresivas de involucramiento hegemónico. En este segundo caso, es intuitivo comprender cómo las reglas y los valores antagónicos de tales comunidades cerradas pueden convertirse en objeto de progresivo desclasamiento normativo, de desarraigo cultural y, no por último, de abierta represión que puede llegar a la total destrucción.

A primera vista estas variables podrían parecer histórica y espacialmente circunscritas. En realidad, no es así. Toda la historia europea, por ejemplo, es una historia de “instituciones incompatibles” en conflicto, como testimonian, en la época moderna, no sólo las guerras de religión, del pasaje del *status* al “contrato”, de la “comunidad” a la “sociedad”, etcétera, sino también por la interminable lucha entre derecho oficial y el derecho viviente al interior del mismo espacio social (piénsese en el bien conocido caso del derecho consuetudinario relativo a la apropiación de la madera, recalificación como delito de hurto en el derecho escrito).

Por otra parte, y en un examen superficial, esta misma historia podría parecer que se desarrolla en la actualidad en Europa principalmente sobre el terreno de la diferencia étnica y cultural, en razón de nuevas olas migratorias. En realidad, en un examen más cuidadoso, se puede advertir que, exactamente en los mismos términos brevemente arriba expuestos, ella se desarrolla con no menor, y aun con mayor fuerza y tal vez con una mayor y relevante incisividad al mismo interior de la clase hegemónica y de las clases dirigentes, ya sea entre los profesionales intelectuales (insurgencia normativa de tipo fundamentalista tanto contra el velo islámico como contra el crucifijo en las escuelas; oposición a las raíces cristianas en la constitución europea, etcétera), que entre los grupos político-financiero (llamado a la lucha contra los *evil empires*, *rouge regimes*; *land tribal wars* para la conquista de cuotas de mercado; para imponer o deponer líderes políticos; etcétera).⁷

En el mismo cuadro socioinstitucional se ubica por consecuencia —como dentro de poco se podrá observar— también la vicisitud de la precedente represión y del sucesivo renacer actual de la *lex mercatoria*.

⁷ Olgiate, Vittorio, “Economic Glocalism and Imprecise Forms of Legal Pluralism. A Coalitional Strategy?”, en *Universitat Obierta de Catalunya & IISL-Onati* (eds.), *Law and Society...*, cit., nota 4, 2000.

VI. (CONTINÚA) LA EVOLUCIÓN DEL FUNDAMENTALISMO JURÍDICO

Sin duda, se debe a las investigaciones realizadas por los historiadores del derecho y por los teóricos de las instituciones políticas sobre el desarrollo y la declinación de proyecto jurídico liberal-burgués, el actual, creciente, interés por los tiempos y los modos de la construcción artificial de la sociedad mediante el derecho, y, más precisamente, por la lógica típicamente ficcional-funcional de la narración fundamentalista que ha caracterizado y aún caracteriza el universo del discurso de la forma-Estado.⁸

Lo que resulta claro de los estudios sobre esta experiencia no es solamente la construcción, por medio del derecho positivo, de un verdadero y propio “Estado imaginario”,⁹ sino también la pretensión de tal Estado para imponer la disciplina social de los sujetos individuales, no menos que la neutralización política de cualquier otro modelo de orden jurídico, siguiendo principios considerados no sólo exclusivos y absolutos sino universales y eternos.¹⁰

El fundamentalismo absolutista del derecho estatal es muy evidente desde el momento inicial y ascendente del sistema codificador, cuando —dada la combinación dispuesta entre política monopolística y hegemonía cultural— las anteriores sedimentaciones normativas fueron objeto de una sistemática de reinterpretación y, cuando no fueron subordinadas, se les vino a descalificar, si bien sin reprimirles del todo, como meros hechos sociales. Pero también es evidente que en la fase de la crisis y declive del sistema —la así llamada era de la decodificación (especialmente de Weimar en adelante)— cuando los “principios fundamentales” político-jurídico de derivación iluminista debieron oficialmente ser recolocados para hacer posible la funcionalidad política del ordenamiento (pasaje de la forma-Estado monoclasa sobre bases elitistas a la forma-Estado pluriclasa sobre bases neocorporativas; calificación de los derechos humanos y de las libertades individuales de los sujetos como derechos fundamentales de las instituciones; potenciamiento de la actividad “autoritaria” de las cortes de justicia, etcétera). Por último, se asiste hoy, como se dijo, a la promulgación de un tratado internacional —el Tratado Constitucional Europeo— que prefigu-

⁸ Grossi, Paolo, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffré, Milán, 2001.

⁹ Costa, Pietro, *Lo Stato immaginario*, Milán, Giuffré, 1986.

¹⁰ Natalino, Irti, *L'età della decodificazione*, Milán, Giuffré, 1979.

ra la creación de un nuevo sistema constitucional a nivel continental, pero en cuanto constituye la relación entre la Unión Europea y los Estados miembros como una verdadera y propia forma de doble Estado.

En este último caso se trata, con toda evidencia, de una variante del “pluralismo gradualmente supletorio” derivado de la necesidad de incrementar la capacidad de regulación del contexto de referencia duplicando los planos de acción normativa, de este modo potenciando al mismo tiempo la capacidad de reacción con relación a cualquier otra estructura jurídica, esto es, cualquier otro poder constituyente, considerado no solamente incompatible (respecto de los valores y todos los intereses por esa vía reconstituidos), sino también, y sobre todo, considerados antagónicamente concurrentes sobre el mismo terreno de la hegemonía ideológica-política y de la dinámica institucional.

Significativamente, el carácter de esta construcción está en el hecho de que entre los arreglos ordinamentales antagonistas encontramos, en particular, aquellos creados en los últimos decenios por las grandes corporaciones económico-financieras y por sus articulaciones, cuyo específico fundamentalismo jurídico, por la potencia de sus medios, capacidad de radicación social y vocación universalista, no tiene, en su momento, nada de envidiar respecto a aquellos tradicionalmente pretendidos e invocados por los Estados.

Sobre la relación concurrente y antagónica entre el fundamentalismo jurídico del sistema de derecho positivo de la forma-Estado y el fundamentalismo jurídico de las grandes corporaciones económicas, como dato sobresaliente del actual pluralismo jurídico, nos detendremos más adelante, examinando los características y operatividad de la “nueva” *lex mercatoria*.

Ahora es necesario de cualquier modo llamar la atención sobre el hecho de que, históricamente, el fundamentalismo jurídico del derecho positivo de la forma-Estado no ha sido nunca unidireccional, habiendo sido siempre marcado internamente por una radical ambigüedad normativa: una ambigüedad tan arraigada que ella misma constituye una forma de pluralismo jurídico intraestatal viviente. Se sabe, en efecto, que el problema fundamental del Estado-ordenamiento de derivación iluminista reside en aquella forma de “ambivalencia normativa” que es inherente a su misma, originaria, constitución “liberal”, y que se manifiesta, más que en la pretendida autorepresentación en el sentido democrático, en la recurrente (y nunca resuelta) propensión hacia las más diversas derivaciones autoritarias.

VII. (CONTINÚA) LA TENDENCIA A LA INTERLEGALIDAD

En el ámbito de los estudios de sociología del derecho, constituye un dato científico incontrovertible el hecho de que con la declinación significativa de la técnica codificadora como forma de orden y del monopolio del derecho por parte del Estado, por un lado, y con la afirmación político-patrimonial de los nuevos ordenamientos sociales semiautónomos, por el otro, la experiencia jurídica contemporánea se va moviendo cada vez más en forma diferente de aquella que le ha sido transmitida por la tradición iluminista y positiva liberal.

En particular, dada la creciente dificultad del Estado para disciplinar “racionalmente”, es decir, siguiendo un diseño técnico-político predefinido, la acción práctica de los sujetos sociales y de los organismos institucionales que lo componen, y, por otra parte, dada la posibilidad actual de los sujetos corporativos más fuertes, como son precisamente los ordenamientos sociales semiautónomos, para imponer la propia lógica normativa no sólo a un solo actor individual y colectivo, sino a los mismos Estados, no es posible ni siquiera imaginar en términos utópicos o ficticios ni la certeza ni la calculabilidad y, en consecuencia, ni aun la universalidad de mismo diseño político-cultural a su tiempo elaborado por tales tradiciones. Si a esto se agrega la creciente individualización de los requerimientos y deseos alimentados por las más recientes transformaciones técnico-científicas y geopolíticas, se comprende bien cómo el problema de la pertenencia a una cualquier esfera socioinstitucional se pone como una exigencia eminentemente defensiva, en cuanto admite también, por el contrario, la posibilidad de negociar la propia disponibilidad hacia el exterior, y aun respecto a normas o vínculos ya establecidos —los cuales toman, de este modo, la apariencia de simples recursos, a emplearlos según la ocurrencia.¹¹

En un contexto estructural y funcional semejante, cada tipo de experiencia normativa puede también ser cumplido de hecho como práctica sustancial, como saber/poder contextual. Dentro de los ámbitos espacio-temporal concretos aunque fluidos, todo el derecho viviente aparece y vale como “contexto”, así como todos los espacios sociales están potencialmente abiertos a la normación. Y dado que cada ámbito o actor es simultánea-

¹¹ Commaille, Jacques, “Normes juridiques et regulation sociale. Retour à la sociologie générale”, en Chazel, F. y Commaille, J. (eds.), *Normes juridiques et régulation sociale*, París, LGDT, 1991.

mente sujeto y objeto de conocimiento y de práctica vinculante, productor de decisiones jurídicas propias y destinatario de decisiones jurídicas ajenas, estos mismos elementos se combinan entre ellos como variables recíprocamente dependientes.¹²

Para algunos juristas esta realidad normativa, marcada por un evidente pragmatismo gestional, podría haber transformado el derecho positivo oficial en un tipo de “derecho dúctil”. En realidad, esta representación es muy desviada, ya que la composición de hecho de las “redes de legalidad” se determina de cualquier modo por medio de “sujeción negocial” o “negociaciones autoritarias”. Tanto que el mismo derecho positivo oficial reúne en la actualidad formalmente —y no por un mero caso— ya sea procedimientos de negociación (pactación) y de mediación, que cartas constitucionales fundadas en derechos fundamentales, creando así asimetrías que no se resuelven si no es en términos de poder real.

Dicho en otros términos: si a nivel fenomenológico los diversos espacios jurídicos y las respectivas posiciones se sobreponen de este modo, combinados y remodelados en la acción y en la percepción de los sujetos a manera de hacer muy difícil asignar a cualquiera de esos una prioridad absoluta o una significativa efectividad, no por ello, sin embargo, la fragmentación de la legalidad, cualquiera que sea el contexto, aun siendo asincrónica no del todo caótica, porque se trata de una construcción social que como tal obedece a las diversas relaciones de fuerza y de vínculos de posicionamiento espacio-temporal, de la proyección cognitiva y de la simbolización. Se trata, en consecuencia, de una construcción con respecto a la cual todas las fuentes normativas —incluso el Estado— se mide y se contraponen como actor/transportador de intereses políticos no homologados o endebles, sino fuertemente en contraste.

Lo que resulta de todos modos muy significativo es el hecho que de esta dinámica deriva algo que va más allá del mero aspecto coercitivo: se trata más bien de la transformación del modo de reproducción de los “mapas cognitivos” que presiden la experiencia jurídica misma, o sea, la afirmación de expectativas sociales normativamente estructuradas según un “sentido común jurídico” no más condicionado por las tradicionales dicotomías del pensamiento jurídico positivista y estatal; y, entonces, el consolidarse de un modo de “sentir” y “vivir” las órdenes, la sanción, el vínculo

¹² Sousa Santos, Boaventura, “Stato e diritto nella transizione post-moderna. Per un nuovo senso comune giuridico”, *Sociologia del Diritto*, núm. 3, 1990.

y la libertad de acción según parámetros esencialmente políticos y críticos respecto a los formalismos oficiales dominantes.¹³ De aquí deriva, luego, ya no la ductilidad operativa, sino la intrínseca fragilidad teórico-práctica del mismo fundamentalismo jurídico formalizado en las cartas constitucionales del derecho positivo actual.

Es un hecho, en efecto, que este “sentido común jurídico” vale para todos los contextos sociales, incluyendo también aquellos en los que han estado en vigor “instituciones incompatibles” o en los cuales operan sistemas jurídicos que se declaran fundados en derecho y libertad fundamentales (en consecuencia imprescriptibles e irrenunciables, aun cuando recíprocamente “balanceados”). Pero mientras la resistencia de las “instituciones incompatibles” puede tanto plegarse como reforzarse en razón de un específico ordenamiento político y crítico, esto no vale para los sistemas jurídicos que, aun considerándose incompatibles con respecto a otros, se declaran “universalistas” en términos formales y abstractos, y aseveran esto promulgando textos escritos. Estos sistemas, en efecto, cuanto más están involucrados en la dinámica de la interlegalidad, no pueden sino reforzar antes o después el propio fundamentalismo sustancial para sostener tal universalismo como diferencia de identidad, y por consecuencia perder del todo cualquier *appeal* verdaderamente universal.

Muy diferente, a propósito, es, al contrario, el caso de la *lex mercatoria*. Aquí lo que interesa es sólo el contexto. Es el contexto en sentido material lo que define tanto las expectativas como los intereses recíprocos. A falta de ligazones formalistas, el vínculo antagónico de las relaciones de fuerza real constituye lo que “dicta” el cuadro teórico-práctico que preside ambos. A este caso, por consecuencia, convendrá de aquí en adelante poner atención.

VIII. LA NUEVA *LEX MERCATORIA*

Como es conocido, por *lex mercatoria* se entiende, desde hace siglos, ese heterogéneo conjunto de reglas, prácticas, usos, costumbres, etcétera, que ha permitido a los mercados del más diverso origen establecer relaciones y resolver eventuales litigios que tengan por objeto obligaciones deri-

¹³ *Idem.*

vadas de transacciones comerciales puestas en ser fuera de los límites de la defendida (o presunta tal) ordinamental (jurisdicción) del propio país de origen.

Con el neologismo “nueva” *lex mercatoria* hoy se confirma la validez y la eficacia de estos típicos caracteres funcionales, en el cuadro del universo del discurso jurídico dominante, para algunos todavía centrado, cuando menos bajo el contorno técnico y doctrinario, sobre la construcción secular del *jus publicum europaeum*. A la luz de este universo del discurso, la nueva *lex mercatoria* se define, de esta forma, como aquel tipo de “derecho consuetudinario especialista trasnacional”, que corresponde a aquella parte del “derecho comercial trasnacional”, esto es, del “derecho internacional de los contratos comerciales”, que se sitúa espontáneamente y autónomamente no sólo en una posición intermedia y externa, sino también en una posición abiertamente antagónica respecto al área de competencia y de ejecución de análogas relaciones contractuales comúnmente reguladas por el derecho nacional e internacional de los Estados.¹⁴

Como se ve, esta definición es un condensado de la cultura jurídica formalista que, por un lado, elude el tema de la complejidad técnica de la nueva *lex mercatoria*, visto como campo normativo interno al orden disciplinario complejo impuesto por los Estados, y aunque espontáneo, autónomo y concurrente, hasta el límite de la incompatibilidad, respecto a eso; y por otro lado, no da cuenta alguna de la posición de la misma nueva *lex mercatoria* en el cuadro del nuevo pluralismo jurídico contemporáneo. En otros términos, no afronta el problema nodal de su actual importancia a nivel constitucional. Conviene detenerse aquí brevemente para colmar esta laguna.

En la literatura jurídica corriente se indican hoy sólo dos modelos de *lex mercatoria*: aquella “vieja”, que se remonta a los albores del comercio y precede a la época de la moderna positivación del derecho estatal, y aquella “nueva”, actualmente viviente en razón 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. Al interior de esta periodización se sitúa, como una especie de parteaguas, el momento de la represión oficial de la *Lex*, en cuanto institución incompatible respecto al orden constituido por el Estado de derecho, y el momento de la consiguiente redefinición de algunas reglas y de algunas prácticas comerciales dentro del sistema formal de derecho comercial, impuesto como tal

¹⁴ Véase Godman, 1964.

por el absolutismo de la codificación. Dada esta representación histórica, el actual *renacimiento* de la *lex mercatoria* aparece entonces como una forma de *insurgency* de una corporación con fuertes connotados de identidad que reivindica su propio espacio jurídico vital, fundado no sólo sobre la especialidad funcional, sino en su inconmensurabilidad valorativa (hasta el límite de la incompatibilidad) de sus prácticas, de sus intereses y de sus principios, respecto a aquellas impuestas autoritariamente o en cualquier caso difusos en el más amplio sistema social (indiferencia por cualquier *orden público* y desprecio a cualquier sistema jurídico nacional).¹⁵

En realidad, de un examen más cuidadoso, también esta visión, aun cuando en cierta medida realista, es algo insatisfactoria: ante todo porque resume la historia milenaria de este ámbito normativo tomando como criterio de referencia a la evolución histórica moderna solamente la forma-Estado; y en segundo lugar, consecuentemente, porque descuida del todo una cuestión que no es secundaria, es decir, el desarrollo de un nuevo fundamentalismo jurídico —el de las actuales corporaciones económicas— en oposición a aquel propio del derecho positivo oficial.

Respecto a la primera consideración, basta observar que por el uso de dispositivos de naturaleza prevalentemente no convencional, la falta de una precisa configuración formal, y, no el último, por su misma razón de ser, por el hecho de ser, por definición, de todo indiferente a cualquier lógica diferente de la absoluta autonomía de las partes que actúan como actores individuales privados, la “nueva” *lex mercatoria* es de este modo tan evidentemente antitética respecto al ordenamiento (interno e internacional) centrado sobre la forma-Estado que hace no sólo problemática, sino irresoluble su colocación teórico-práctica en el conjunto del derecho positivo. Tan es cierto que, aun, según los más avanzados cánones del derecho internacional, ella constituye conceptualmente todavía hoy un verdadero y propio, insoluble, “enigma”.

En cuanto al segundo aspecto, no se puede dejar de enfatizar el condicionamiento ideológico y normativo que resulta de la afirmación de las grandes corporaciones económicas como nuevas fuentes de producción y de conocimientos jurídicos, abiertamente antagonistas y concurrentes respecto al ordenamiento positivo formal-oficial. Se sabe, en efecto, que ya a partir de los años cincuenta del siglo XX con la descolonización, pero por

¹⁵ Carbonneau, Thomas E. (ed.), *Lex mercatoria and Arbitration. Discussion of the New Law Merchant*, revised edition, The Hague Juris Publ., Kluwer, 1998.

sobre todo, en el curso de los últimos veinte años, con una estrategia sistemática de “liberalización” y “desregularización” del mercado capitalista de los vínculos institucionales establecidos por los ordenamientos nacionales, las grandes corporaciones económicas han creado e impuesto las condiciones simbólicas y estructurales más favorables para volver a proponer a escala planetaria la legitimidad de la creación y ejecución autónomas de normas contractuales relativas a las relaciones comerciales transfronterizas por parte de los operadores comerciales que no toleran los vínculos establecidos por el ordenamiento jurídico positivo.¹⁶

A este propósito, un rol fundamental ha revestido y reviste, en particular, la hipostatización fundamentalista del concepto liberal clásico de “libertad de mercado” y del mercado mismo como sistema autorregulatorio, así como reformulado unilateralmente por las mismas corporaciones económicas con los fines de su propia autolegitimación para actuar. Pero un rol no menor no ha tenido y tiene también la imposición, por parte de las mismas corporaciones, de nuevas agencias y *authorities* supranacionales, creadas a propósito sin algún procedimiento formal de legitimación política, para actuar como verdaderos y propios “sustitutos constitucionales”, alternativos e independientes, respecto a los poderes tradicionales de la misma institución de la forma-Estado.¹⁷

Así estando las cosas, no sorprende entonces que la “nueva” *lex mercatoria* se diferencie actualmente de la “vieja” no tanto por las razones ya evidenciadas, sino porque ahora está más orientada a valorizar la autonomía y la informalidad sustancial de sus estándares, no ya para resolver problemas de “anomia normativa” respecto a casos particulares concretos, sino, por un lado, para eludir las leyes comerciales y los procedimientos judiciales del derecho positivo oficial, y, por otro, para atraer en su campo de operatividad también las relaciones contractuales internacionales reguladas por el derecho positivo, incluso aquellas elaboradas por los mismos Estados.

En suma, lo que convierte en “nueva” *lex mercatoria* respecto a 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

¹⁶ Olgíati, Vittorio, “Economic Glocalism and Imprecise Forms of Legal Pluralism. A Coalitional Strategy?”, en Universitat Obierta de Catalunya & IISL-Onati (eds.), *Law and Society...*, cit., nota 4.

¹⁷ Olgíati, Vittorio, “*Jus communicationis et Jus gentium. L’incertezza...*, cit., nota 2.

un cierto propósito —y aun menos del aislamiento/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 al “yugo” del derecho positivo oficial.

Si esta es la realidad histórico-empírica sobre la cual se rige actualmente el reconocimiento de la *lex mercatoria*, la cuestión que surge es, por consiguiente: ¿cómo se configura hoy la relación entre los dos máximos modelos de “fundamentalismo jurídico” actualmente existentes, o sea, el que desde posiciones defensivas, tiene como pivote la ley del Estado, y el que, desde una posición de ataque, tiene como punto de apoyo las leyes del Mercado?

IX. LA “LUCHA POR EL DERECHO” EN LA ÉPOCA DEL CAPITALISMO CONOCIDO COMO “DESREGULADO”

Como es evidente, en el curso de los últimos decenios, escondido dentro del “velo de la ignorancia” de las más diversas narraciones en torno a la así llamada “globalización”, ha estallado una verdadera y propia “lucha por el derecho” entre el tradicional fundamentalismo jurídico centrado en torno a la forma-Estado y el nuevo fundamentalismo jurídico expresado por las grandes corporaciones económicas.

Una característica indudable de esta lucha, así como de aquella que se combatió a finales del siglo XIX y tematizada por Jhering y Kantorowicz, es la de ser expresión directa de las grandes transformaciones político-institucionales derivadas del industrialismo: en este caso de la revolución infotelemática y trasgénica. A diferencia de aquélla, sin embargo, esta lucha no se refiere sólo al reconocimiento jurídico oficial de tales transformaciones (como lo evidencian las actuales pretensiones de “nuevos derechos”), pero también, y sobre todo, a la pretensión de las mismas corporaciones económicas de obtener pleno reconocimiento jurídico como fuentes autónomas de derecho, y, más precisamente, como legítimos poderes constituidos y constituyentes de rango similar, si no superior (por valor y capacidad) a aquellos de la forma-Estado.

En otros términos, y en breve, la “lucha por el derecho” que se está combatiendo actualmente es, en realidad, una verdadera y propia “lucha por la

investidura” —análoga a aquella combatida en el medioevo por la nueva monarquía contra el papado— conducida a nivel mundial por las grandes corporaciones económicas para la conquista de la hegemonía política sobre el entero universo del discurso jurídico contemporáneo.¹⁸

Que de esto se trata, resulta *per tabulas* del modo mismo con el cual las grandes corporaciones económicas, cubiertas por la fórmula ideológica de la “globalización”, han promovido y conducido el *reengineering* técnico-político del ordenamiento jurídico oficial, nacional e internacional, trastornado por la caída del Muro de Berlín, mediante intervenciones específicas orientadas a la sistemática deconstrucción, hasta el límite del deterioro, de cualquier disposición ordinamental reconducible a la soberanía, políticamente legitimada, de la forma-Estado, y, por el contrario, promoviendo de forma agresiva el *enforcement* de sus propios dispositivos normativos derivados de la mera lógica mercantilista.¹⁹

Pero cuanto se ha dicho es aún más evidente si se colocan las mismas observaciones precisamente al interior de los escenarios abiertos por la cuarta revolución industrial. Se sabe, en efecto, que el aspecto saliente de tal revolución es, nada más y nada menos, que la reproducción técnico-científica de los fundamentos de la realidad social primaria: por un lado, la reproducción virtual de la interacción y de la comunicación social; por el otro, la reproducción artificial de la vida biológica. Ahora bien, tales posibilidades técnico-científicas no sólo han quebrantado literalmente el orden simbólico y valorativo hasta hoy socialmente adscrito a tales elementos por una milenaria ritualidad y sabiduría jurídica, sino que también han dado, y dan, modo a las grandes corporaciones económicas detentadoras del relativo *know-how* de imponer a la sociedad entera la realidad virtual-artificial producida por ellas mismas como condición vital absoluta. Eso, sin embargo, presupone la apropiación y la recalificación de aquella milenaria experiencia jurídica. De este modo, para obtener una legitimación política y moral plena al respecto, ellas invocan hoy en términos universalistas el acoplamiento estructural entre libertad de investigación y libertad de mercado como valores/derechos imprescriptibles e irrenunciables en cuanto fundamentales, calificando como fundamentalista cualquier otro principio de orden considerado antagónico.

¹⁸ Olgiasi, Vittorio, “Vers une refonte des communautes epistemiques en Europe”, en L. Parini (dir.), *Etats et Mondialisation: strategies et roles*, París, L’Harmattan, 2001.

¹⁹ Olgiasi, Vittorio, “*Jus communicationis et Jus gentium. L’incertezza...*, *cit.*, nota 2.

Finalmente, aunque no por último, es necesario subrayar con vigor un dato que la literatura corriente suele descuidar, o sea, que no todas las grandes corporaciones económicas están igualmente involucradas en estrategias normativas directamente conectadas a la cuarta revolución industrial, y que, al interior del más amplio sistema económico-social, existen otras grandes corporaciones —nacidas en virtud de las anteriores revoluciones industriales— que continúan persiguiendo el objetivo del control monopolista de los recursos naturales, igualmente primarios, que están en la base de cualquier forma de reproducción social material. Para estas corporaciones el problema no está solamente en la relación entre los vínculos persistentes en las razones de intercambio inequitativo y el tendencial al agotamiento de los recursos más estratégicos, sino también en la creciente insostenibilidad social y económica de los riesgos ecosistémicos derivados de las “quiebras” de la propia “inteligencia organizativa”. En el complejo por consecuencia, también en este caso, se trata de adquirir un grado de legitimación— y por tanto, un mayor margen de maniobra— no sujeto a principios de orden ajenos y contradictorios respecto a los imperativos económicos.

De aquí, luego, la lucha a todo campo por una “investidura” oficial —la recalificación de las corporaciones económicas como verdaderas y propias instituciones sociales— tales que puedan imponer la propia acción con una fuerza aplastante y un *appeal* ideológico más “universal” de aquel alcanzado hasta ahora.

Al interior del escenario arriba descrito se sitúa con precisión el rol instrumental adscrito a la nueva *lex mercatoria*: como se evidencia por la mole de estudios ideológicamente orientados a favor de la “globalización”, en general, y a la “globalización del derecho” en particular, la nueva *lex mercatoria* aparece 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 —*deal with virtue*— para conseguir un nuevo orden universal finalmente autorregulador del mercado. Así, no sorprende advertir que la misma *lex* es continuamente reclamada como el ejemplo más completo de lo que se entiende por *global law*.

Sólo que, contrariamente a todo lo teorizado por los apolegetas de la globalización, la *lex mercatoria* no puede ser absolutamente considerada un modelo de “derecho global” o la “prueba probada” de la “globalización del derecho”, por el simple hecho de que nunca ha sido, y no es, un campo nor-

mativo semejante. La nueva *lex mercatoria* no sólo es un típico caso de *local legal system*, sino también un caso extremo de “particularismo” jurídico, dados, al mismo tiempo, la especificidad y la no plenitud de sus estándares, y la evolución contextual individual de las relativas calificaciones (en el campo del arbitraje, *lex mercatoria arbitralis*; en las transacciones petroleras, *Lex Petrolea*; en las transacciones marítimas, *lex maritima*, etcétera). En resumen, esa es, en realidad, y para todos los efectos, únicamente una entre las múltiples formas del pluralismo jurídico contemporáneo.²⁰

Lo incontrovertible de esta aseveración —y, más en general, la penetración irreversible del pluralismo a pesar de cualquier pretendida “globalización”— no se da, naturalmente, sin consecuencias. Tan es así, que la “lucha por el derecho” de que se ha hablado aquí ha alcanzado en los últimos tiempos los resultados más extremos: la “autoinvestidura”, con un gesto de tipo napoleónico, de las mismas corporaciones económicas como nuevo y supremo poder constituyente planetario, como lo demuestra, a un tiempo, el fin de la misma “globalización” como hipótesis del nuevo orden mundial posguerra fría, y el fin de la función normativa del *jus publicum europaeum* como resultado del hecho de haber perseguido el mismo objetivo con otros medios, es decir, con la guerra preventiva: guerra no casualmente conducida, paradójicamente —hay que notarlo— con la más amplia instrumentación político-ideológica de los símbolos universalistas obtenidos de la forma-Estado, cuando tales formas y símbolos resultan adecuados porque se colocan dentro de los intereses estratégicos de las grandes corporaciones.

X. EL MERCADO COMO “HECHO NORMATIVO” EN EL NUEVO ESPACIO CONSTITUCIONAL EUROPEO

Si todo cuanto se ha dicho aquí es verdad, queda ahora enfrentar una última, decisiva, cuestión: ¿cuáles consecuencias derivan del proceso de constitucionalización europea? La cuestión es clara: ¿en qué medida la Carta de Niza como parte del Preámbulo del Tratado Constitucional Europeo refleja el conjunto de la dinámicas que hemos desarrollado? Y, por tan-

²⁰ Olgiati, Vittorio, “Economic Glocalism and Imprecise Forms of Legal Pluralism. A Coalitional Strategy?”, en Universitat Obierta de Catalunya & IISL-Onati (eds.), *Law and Society...*, cit., nota 4.

to: ¿cuál es su específica tarea institucional con relación a ellas? En otros términos, y con mayor precisión: ¿cuál es la razón sustancial, o sea, la *ratio status*, que ha inducido a la elite europea a optar en términos estratégicos, aquí y ahora, por una solución normativa radical como es la de la equiparación ontológica de derecho y libertad históricamente diversos por su origen, naturaleza, etcétera, y de la afirmación axiomática de la indivisibilidad de los mismos como derechos y libertad?

Estas preguntas no pueden ser eludidas. No sólo en plan técnico-jurídico, ya que —como es bien conocido— por un lado, el reconocimiento de la “factualidad normativa” de lo social, de la técnica y de la experiencia individual, opera como fuente constitutiva de nuevos derechos, y, por otra parte, de consecuencia, porque —como es también conocido— la evolución de la sociedad, el progreso social y el desarrollo técnico-científico están expresamente indicados como parámetros de referencia a los fines de cualquier intento interpretativo. Pero las mismas preguntas no pueden ser eludidas, ni siquiera sobre el plano sociológico-jurídico, porque es precisamente la “factualidad normativa” que se invoca la que impone una contextualización que no puede ser históricamente determinada.

Refiriéndonos en consecuencia a estos presupuestos, se puede decir desde ahora que si *la ratio iuris* de la Carta corresponde a una exigencia cautelar —de evitar que en el complejo de la dinámica jurídica contemporánea se creen insolubles *conflicts of law* en sentido sociotécnico de hacer surgir prejuicios significativos al desarrollo del proyecto europeo total—, la *ratio status* corresponde, a su vez, a una verdadera y propia pretensión (no hegemónica sino) propiamente “cibernética” —de guía y de control— sobre el conjunto de las fuerzas operantes dentro y a través de la misma dinámica; vale decir, reconocer oficialmente, aun en su espuria materialidad, toda la extensión de la realidad histórico-social, para impedir de tal modo que se pueda sufrir el condicionamiento de otros diversos diseños normativos.²¹

Para dar cuenta de esta afirmación, se puede ante todo observar que los derechos fundamentales aparecen ideológicamente formulados como generalizaciones de premisas factuales consideradas unánimemente como compartidas (porque derivan necesidades sociales primarias) y/o tan penetrantes socialmente (porque inherentes al funcionamiento total de la sociedad) que son percibidas y reconocidas como autoevidentes, y por tanto, “autofundantes”. Lo que, por definición, impide, a su vez, que un ordenamiento

²¹ *Idem.*

cualquiera pueda de algún modo reivindicar sobre ellos una jurisdicción exclusiva, o que algún derecho pueda constituir el punto de coágulo para alimentar situaciones de *insurgencia* vetocomunitaria. Tan es así, que precisamente el debatido técnico-jurídico europeo acerca de los problemas de compatibilidad entre los varios derechos fundamentales contenidos en dicha Carta ya registra posiciones importantes que —aun reconociéndole la diversa naturaleza— excluyen de cualquier modo el conflicto recíproco si no con relación a los costos sociales de la respectiva implementación,²² o bien, admiten, si es el caso, la equitativa ponderación en sede judicial.²³ En suma: concibiendo los derechos fundamentales como expresión de verdaderos y propios “hechos normativos”, se exorciza y remueve —aun sin anularla— la posibilidad de que el fenómeno jurídico de las “instituciones incompatibles” pueda volverse totalmente incontrolado.

Otra prueba de cuanto se ha dicho, es el modo mismo en el que la misma Carta de Niza supera tanto la actual “debilidad” del tradicional fundamentalismo jurídico de la forma-Estado, como el poder del nuevo fundamentalismo jurídico de las grandes corporaciones económicas.

Característica relevante de tal Carta —como es sabido— es, en efecto, la de haber hecho propios los principios que derivan de la pluridecenal acción jurisprudencial de la Corte Europea y de estos ya declarados parte constitutiva de la “tradicción jurídica común europea”. Entre estos principios se enumeran ya sea aquellos que se ligan a los derechos así llamados “humanos”, o sea, a los derechos conectados con la reproducción social, como la dignidad, la no discriminación, la asociación, el respeto a la vida familiar, etcétera, que también aquellos relacionados con la libertad estimada socialmente como “fundamental” porque directamente vinculada con el modo de producción dominante, como la propiedad, la libertad de comercio, de industria y de competencia.²⁴ Uniendo paritariamente tales principios, la misma Carta da modo, en consecuencia, a la Unión Europea de equiparar y correlacionar entre ellas las políticas públicas y las exigencias de mercado, haciendo propia la racionalidad sustancial de la más amplia dinámica social interna e internacional, en cuanto compuesta, precisa-

²² Ferrajoli, Luigi, “I fondamenti dei diritti fondamentali”, en Ferrajoli L. *et al.* (a cura di E. Vitale), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, Laterza, 2001.

²³ Moreso, José Juan, “Conflitti tra diritti fondamentali”, *Ragion Pratica*, núm. 18, 2002.

²⁴ Jyranki, Antero, “Fundamental Rights and Community Law: Concern for the Rights of Man” o Power Game of Institutions?, *Turku Law Journal*, vol. 3, 1, 2001.

mente, por necesidades primarias y por necesidades de funcionamiento igualmente ineludible. Y en virtud de esta misma síntesis, la Unión Europea puede, finalmente, reclamar, a su vez, un dinamismo socioinstitucional y una “racionalidad” político-jurídico que no tiene comparación ni en los actuales ordenamientos jurídicos nacionales ni en aquellos de las grandes corporaciones económicas.

Que este resultado se adscriba a la elección original de “legar” entre ellos Estado y mercado, está fuera de toda duda: la Unión Europea (a diferencia de sus Estados miembros) no ha perseguido nunca la ideal doctrina de la pureza del derecho, no habiendo tenido nunca la pretensión de escindir el derecho de la economía mediante códigos compuestos por normas formales y abstractas. Superando los modelos constitucionales nacionales “laboristas”, la Unión Europea ha reconocido desde su inicio, por esta razón, tanto el sistema económico (entendido como un sistema institucional), como las leyes de mercado (entendido como sistema institucional), como hechos/valores apoyadas en su misma evolución normativa. Se debe, por otra parte, a la influencia de la escuela económica de Friburgo y del activismo judicial de la Corte de Justicia —del “derecho pretorio” creado con menoscabo de la soberanía de los sistemas constitucionales nacionales —el ordenamiento cada vez más neto hacia una específica política del derecho en la que dirigismo ordinamental y liberalismo económico sean más compenetrados recíprocamente, y más ligados a la identidad histórico-cultural europea, cuando más fuertes se den, por el contrario, los desafíos planteados y desarrollados por la fuerza unidireccional (mediada por procedimientos formalmente legitimados) de las grandes corporaciones transnacionales. La misma política ha sido conducida, naturalmente, también respecto a tales corporaciones, como se ha demostrado, sobre planos diversos pero convergentes, la elección del euro y de la ampliación de la Unión Europea al Este.

Se aclara de esta manera el sentido general de lo que se puede sin duda definir como la más sofisticada estrategia política constitucional actualmente en acción: el esfuerzo de institucionalizar un modelo de economía política en el cual tanto la complejidad del actual pluralismo social y jurídico como el diseño constitucional de la Unión Europea pueden finalmente desplegarse, en antítesis a otros modelos, como un verdadero y propio fenómeno de “interlegalidad”.

Pero también se aclara de esta manera la importancia decisiva que a esos fines ha revestido y reviste el modelo de *lex mercatoria*, ya sea bajo el per-

fil histórico-político e ideológico-cultural, sea bajo el perfil económico-social. ¿No es tal vez cierto que la *lex mercatoria* sea históricamente parte integrante del *jus commune europae*? Y ¿no es quizá verdad que la *ratio iuris* de la *lex mercatoria* ha sido siempre la de colmar lagunas y superar los vínculos de otros sistemas, de evitar idiosincrasias doctrinarias, de tomar en cuenta la variabilidad de las condiciones que se presentan, de ofrecer condiciones específicas para cada litigio, para combinar ellas diversas normas y principios y, en consecuencia, de reconocer la fuerza de los intereses en juego y la determinación de los actores sociales y mirar directamente al resultado?

XI. OBSERVACIONES FINALES

El hecho de que la relación —mejor: que la formalización de la correspondencia estructural funcional— entre ordenamiento político y ordenamiento económico, que se va realizando en la actual dinámica constitucional europea por medio del reconocimiento de los hechos de la realidad social como “hechos normativos”, se desarrolle no de una manera “dúctil”, sino por medio de “negociaciones autoritarias” y de “sujeciones negociales” implicadas en el fenómeno jurídico de la “interlegalidad”, es de cierto un hecho que se explica fácilmente con la naturaleza misma del derecho, pero que debe ser de todas formas tematizado (discutido) en modo históricamente determinado, sin reticencias ni ficciones. No pudiendo, obviamente, afrontar este, tan importante, problema, me limito, para concluir, a llamar la atención sobre la deriva imperial y totalitaria que tales negociaciones y tales sujeciones pudieran comportar.

Como lo ha resaltado Upendra Baxi, en virtud el entrelazamiento asimétrico y sistemático de los diversos ordenamientos, y entre aquéllos y la creciente difusión de las nuevas técnicas de control social disciplinario, se debe ya admitir “*the possibility that legal pluralism in any society may be as repressive as if, indeed, not more repressive than legal centralism*”.²⁵

Pues bien, si se considera que la actual inestabilidad constitucional que amenaza a la sociedad contemporánea tiene que ver con el proyecto de algu-

²⁵ Baxi Upendra, “Discipline, Repression and Legal Pluralism”, en P. Sack, E. Minchin (eds.), *Legal Pluralism. Proceedings of the Canberra Law Workshop VII*, Canberra, Australian National University, 1986.

nas grandes corporaciones económicas de rediseñar políticamente y normativamente las áreas continentales de mayor interés estratégico, y que tal proyecto es a su vez notoriamente ligado a una situación tendencial de *steady state economy*, no se puede excluir que nuevas formas agresivas de mercantilismo puedan prevalecer también con relación a los procesos de modernización jurídica defensiva y cautelar como el proceso que tiene curso hoy en Europa.

En este sentido, el reconocimiento constitucional, como principios fundamentales, de la libertad de comercio, de industria y de competencia, al lado y en posición paritaria con otros derechos humanos, de muy diverso espesor y significado político y moral, pudiera no ser suficiente para colmar la fractura, hoy existente al interior de los bloques históricos europeos, entre fracciones elitistas todavía ancladas en valores de identidad e intereses económicos territoriales radicales, y fracciones elitistas, por el contrario, que hoy son *san patrie*, porque operan a escala planetaria siguiendo una lógica meramente financiera.

Si así sucediera, la equiparación ontológica y axiomática entre los derechos fundamentales jugaría en detrimento total solamente de los “derechos humanos” en el sentido tradicional.

Para darse cuenta de esta, no muy remota, eventualidad, no es necesario mucho: basta solamente tener un poco de memoria histórica y advertir cómo precisamente la conexión internormativa entre el *ius communicationis ac societatis* y el *ius commercii* de la *communitas orbis*, emparentada por medio del derecho, fue la palanca que permitió a los conquistadores legitimar la colonización y la vigencia sucesiva de los imperios coloniales.²⁶

XII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAXI UPENDRA, “DISCIPLINE, REPRESSION AND LEGAL PLURALISM”, EN P. SACK, E. MINCHIN (EDS.), *Legal Pluralism. Proceedings of the Canberra Law Workshop VII*, Canberra, Australian National University, 1986.
- CARBONNEAU, Thomas E. (ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration. Discussion of the New Law Merchant*, revised edition, Kluwer, The Hague Juris Publ., 1998.

²⁶ Olgiati, Vittorio, “*Jus communicationis et Jus gentium. L’incertezza...*, cit., nota 2.

- COMMAILLE, Jacques, “Normes juridiques et regulation sociale. Retour à la sociologie générale”, en Chazel, F. y Commaille, J. (eds.), *Normes juridiques et régulation sociale*, París, LGDT, 1991.
- COSTA, Pietro, *Lo Stato immaginario*, Milán, Giuffré, 1986.
- FERRAJOLI, Luigi, “I fondamenti dei diritti fondamentali”, en Ferrajoli L. et al. (a cura di E. Vitale), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, Laterza, 2001.
- GROSSI, Paolo, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milán, Giuffré, 2001.
- JYRANKI, Antero, “Fundamental Rights and Community Law: Concern for the Rights of Man o Power Game of Institutions?”, *Turku Law Journal*, vol. 3, 1, 2001.
- MAGNANI, Carlo, “I nuovi diritti nella carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea”, de próxima publicación en A. Cantaro (a cura di), *I nuovi diritti nella scienza giuridica europea*, Turín, Giappichelli, 2005.
- MORESO, José Juan, “Conflitti tra diritti fondamentali”, *Ragion Pratica*, núm. 18, 2002.
- MOTTA, Riccardo, “Istituzioni incompatibili e pluralismo”, *Sociologia del Diritto*, núm. 3, 1999.
- NATALINO, Irti, *L’età della decodificazione*, Milán, Giuffré, 1979.
- OLGIATI, Vittorio, “Positive Law and Socio-legal Orders. An Operational Coupling for an European Sociology of Law”, in Arnaud, A. J. y Olgiati, V. (eds.), *On Complexity and Socio-legal Studies: Some European Examples*, in Onati Proceedings, núm. 14, IISL-Onati, 1993 (versión portuguesa: “Dereito positive e ordens socio-juridicas. Um «Engate Operacional» para uma sociologia do direito europeia”, en Campos de Oliveira Faria [or.], *Dereito e globalização economica. Implicações e perspectivas*, São Paulo, Malheiros, 1996).
- , “Il pluralismo giuridico come lotta per il diritto e la follia teorico-metodologica di una recente proposta”, *Sociologia del diritto*, núm. 1, 1994 (versión francesa parcialmente modificada: “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.
- , “Economic Glocalism and Imprecise Forms of Legal Pluralism. A Coalitional Strategy?”, en Universitat Obierta de Catalunya

- & IISL-Onati (eds.), *Law and Society*, Barcelona, Fundació UDOC, 2000 (versión italiana reducida: “Glocalismo económico e forme imprecise di pluralismo giuridico: una strategia coalizionale?”, en Ferrari, V., Ronfani, P. y Stabile, S. [a cura di], *Conflitti e diritti nella società transnazionale*, Milán, Angeli, 2001).
- , “Vers une refonte des communautés épistémiques en Europe”, en L. Parini (dir.), *Etats et Mondialisation: stratégies et rôles*, París, L’Harmattan, 2001.
- , “The EU Charter of Fundamental Rights. Text and Context to the Rise of a «Public Interests» EU-oriented European Lawyers”, *International Journal of the Legal Profession*, vol. 9, núm. 3, 2002.
- , “Jus communicationis et Jus gentium. L’incertezza del diritto dopo l’11 Settembre”, *Sociologia del Diritto*, 2005.
- SOUSA SANTOS, Boaventura, “A Map of Misreading: Towards a Post-modern Concept of Law”, *Journal of Law and Society*, núm. 20, 1987.
- , “Stato e diritto nella transizione post-moderna. Per un nuovo senso comune giuridico”, *Sociologia del Diritto*, núm. 3, 1990.

CONSIDERACIONES EN TORNO A LA *LEX MERCATORIA*: EL CASO DE MÉXICO

Leonel PEREZNIETO CASTRO*

SUMARIO. I. *Introducción*. II. *Consideración sobre la enseñanza*.
III. *Consideración normativa*. IV. *Consideración práctica*. V. *Con-*
clusión.

I. INTRODUCCIÓN

De la *lex mercatoria* se ha escrito mucho y muy docto. En los ensayos que el lector encontrará en esta obra colectiva podrá conocer las diferentes facetas de los debates contemporáneos sobre el tema. Me complace acompañar en esta publicación a tan destacados juristas. Se trata de una obra auspiciada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y coordinada por el profesor Jorge Alberto Silva, quien contribuye también con un ensayo que nos brinda las amplias perspectivas de la *lex mercatoria*.

Uno de los ejercicios académicos más fructíferos es reabordar un mismo tema a lo largo del tiempo. Siempre se aprenden diversas facetas, y con los años, la problemática se va estrechando. En esta ocasión intentaré sacar viejos argumentos que, presentados de manera diferente, puedan contribuir a la discusión. Esto me lleva a los siguientes temas: la enseñanza en México del derecho internacional privado (DIPr) que, en los últimos años ha comenzado a modificar concepciones rígidas, pero que en el caso de la *lex mercatoria* aún no ha logrado explicarla con claridad para todos, y en aquellos casos en que la claridad se ha alcanzado hay resistencia a aceptar

* Profesor titular de carrera de la Universidad Nacional Autónoma de México e investigador nacional nivel III.

un fenómeno jurídico de esta naturaleza. Existen causas que el profesor Fernández Rozas explica con amplitud en su trabajo y a las que sólo me permitiré agregar algún comentario. Enseguida haremos una consideración de tipo normativo que pueda contribuir al mejor entendimiento del concepto. Nos referiremos después a cuestiones que se discuten en la práctica profesional sobre el tema, con referencia especial al arbitraje comercial internacional, e intentaremos, finalmente, un esbozo de lo que existe en México sobre la *lex mercatoria*. Antes de entrar en los temas planteados, haremos un breve acercamiento al objeto de nuestro estudio.

Desde los inicios modernos del concepto, *lex mercatoria* sirvió para connotar a ese complejo sistema que la doctrina y la jurisprudencia nacionales se han encargado de definir como una normatividad que se genera paralelamente y autónomamente a los sistemas jurídicos nacionales, por lo que resulta difícil aportar una palabra más. Sin embargo, el análisis debe ser hecho, y quisiéramos dejarlo planteado en uno de sus aspectos centrales que nos servirá para el desarrollo posterior de este trabajo: el de los usos y costumbres.

La *lex mercatoria*, según algunos autores, constituye un sistema de reglas y, según otros, es únicamente una acumulación de las mismas; sin embargo, en cualquier posición que se tome uno de sus elementos esenciales lo constituyen los usos y costumbres. Éstos pasaron de ser usos reiterados en el tiempo a reglas emitidas por las entidades internacionales.¹ Se trata en este último caso del impulso de los operadores del comercio internacional que están interesados en mantener reglas eficientes para el desarrollo de sus actividades. Son las tecnologías que han acelerado los procesos. Una vida más rápida de intercambios obliga al incremento de estas reglas y promueve su variedad. De ahí que deban ser identificadas y acotadas en una doble dimensión: la normativa y la práctica a fin de hacer más entendible el fenómeno cuando pensamos en la *lex mercatoria*. Una cuestión de connotación, indispensable en el derecho. Abordaremos ahora el primer tema señalado.

¹ En este trabajo me refiero a entidades u organismos internacionales descentralizados a instituciones tales como la CCI, la Unidroit, la Uncitral, la Conferencia Permanente de La Haya y la Conferencia Interamericana Especializada de Derecho Internacional Privado, además de todas las organizaciones gremiales, cámaras de comercio y otras agrupaciones que emiten periódicamente sus reglas de comportamiento en el gremio, el comercio o la industria.

II. CONSIDERACIÓN SOBRE LA ENSEÑANZA

Los estudiantes latinoamericanos de la década de los sesenta y los docentes diez años después, debimos conocer y más tarde enseñar una amplia serie de fenómenos jurídicos que no coinciden con los lineamientos del derecho local. Sobre todo en los derechos en donde las corrientes del formalismo jurídico, del sistema jurídico autosuficiente, normativamente hablando, aislado del resto de sistemas, fue el tema recurrente.² Una estructura que satisfizo dos necesidades: respaldó el discurso de la soberanía nacional y escondió a los caudillos detrás de la estructura formalista. La enseñanza de este tipo de derecho hasta la década de los años setenta dificultó a los juristas mexicanos distinguir las múltiples relaciones jurídicas que surgen entre los operadores internacionales, relaciones que se desarrollan de manera independiente de los sistemas jurídicos nacionales y que cada vez son más numerosas y complejas.

Sin embargo, el tema se ha debatido ampliamente en el medio académico mexicano sin que se pueda decir que se trata de un conocimiento plenamente adquirido. Pero lo que es un hecho, es la apertura, aunque lenta, de los viejos moldes del derecho interno ante el dinamismo internacional, y eso contribuye a que exista mayor interés por el tema. Volveremos sobre este último punto en la parte tercera de este trabajo.

En Europa, con una enseñanza del derecho más avanzada y en parte desarrollada al ritmo del crecimiento de la Comunidad Europea, obligó a los académicos a un debate más detallado sobre este tipo de relaciones, que Yves Fortier ubica a partir del arribo al viejo continente de las grandes firmas de abogados de los Estados Unidos “y de sus primos los británicos”, “...que trajeron promesas de eficacia y el costo de esta como piezas clave en el mundo de los negocios”.³ A ese fenómeno se le llamó *lex mercatoria*. Para el profesor Berthold Goldman, uno de los primeros en advertir el fe-

² Para una crítica sobre el particular consultar: Stephen Zamora, *et al.*, *Mexican Law*, Nueva York, Oxford, 2004, pp. 456 y ss.

³ *Arbitration International, The Journal of LCIA Arbitration International*, Londres, 2001, vol. 17, p. 124. An entirely new challenge arose: the arrival on the European, in particular the Parisian, legal scene of some of the major US law firms, followed by their British cousins, bringing “promises of efficacy and cost-effectiveness”, keys to the world of business.

nómeno,⁴ lo entendió como la existencia de un sistema aparte de los sistemas jurídicos nacionales, con sus propias fuentes, sus propias respuestas y con un sistema como el arbitraje que le sirve para solucionar sus disputas.⁵

La discusión en la época se centró más en el carácter de las reglas. Se discutió si las costumbres eran equivalentes a los usos comerciales internacionales,⁶ y como siempre sucede en el derecho ante tesis antagónicas, surge la síntesis, y ahora sabemos que son las dos, pero en diferentes momentos: la costumbre, de acuerdo con el derecho interno, es obligatoria; los usos en algunos sistemas no lo son; sin embargo, su vida está destinada a servir de manera completa a la transacción internacional; de ahí que ahora, a través de la autonomía de la voluntad, los usos también se pueden volver obligatorios para las partes. Sin embargo, el punto que vale la pena subrayar aquí es que en Europa desde mediados de la década de los sesenta ya existía una viva polémica entre académicos y abogados que indudablemente benefició a los estudiantes. De ahí que el fenómeno de la *lex merca-*

⁴ En un artículo publicado en el periódico *Le Monde* el 4 de octubre de 1956 con relación a la Sociedad Administradora del Canal de Suez, este autor mencionó lo siguiente: Dado que esta compañía se formó en París y con socios franceses, ingleses y de otras nacionalidades y su gestión era internacional, “Mais il faut aller plus loin: la Compagnie du canal, qui n’est pas égyptenne, n’est pas d’avantage française ou franco-anglaise. Elle est, par la composition de son capital et de ses organes de gestion, comme par l’objet et les fasonances de son activité, une société internationale, relevant directement de ordre juridique international: concept nouveau, certes, voire en gestation, mais ont la nécessité, pour a informer a une réalité déjà ancienne, est depuis plusieurs années reconnue. La naissance et le fonctionnement nécessairement territoriaux de toute société n’y dovent n’pas faire obstacle : on a cité, à juste titre l’exemple de la Banque des Réglements Internationaux, ou de la Croix Rouge Internationale, personnes morales formées en Suisse et selon le droit suisse, ont on ne pourrait cependant concevoir quelles dépendent de la seule souveranaite helvétique. A leur égard, comme l’égard de Suez, nul souverain territorial n’est doté de pouvoir exclusif pour status juridique, même a’il est materiallement conforme aux lois d’un ou plusieurs pays déterminés dont il emprunte les dispositions, est de source et le nature essentiellement internationales, résultant de conventions conclues par l’Etat territorial avec des organismes publics internationaux: il ne peut done être de la compétence de l’Etat territorial d’y porter atteinte par une nationalization, une expropriation ou un retrait de concession”.

⁵ *Diritto del Comercio Internazionale, Practica internazionale e diritto interno*, Génova, Giuffrè, 2000, p. 558; “Frontières du droit et de *lex mercatoria*”, *Archives de Philosophie du droit*, París, Sirey, 1964, p. 165; y “La *lex mercatoria* dans les contrats et l’arbitrage international”, *Journal de Droit International*, 1979, pp. 106 y ss.

⁶ En la obra de Antoine Kassis, *Theorie Generale des Veages du Commerce*, París, LGDJ, 1982, pp. 311 y ss., se puede consultar esta interesante polémica.

toria no sólo se ha conocido a través de las últimas cinco décadas sino que además se vive hoy con la Unión Europea. Esta perspectiva dista mucho de la que actualmente se tiene en Latinoamérica sobre el mismo fenómeno.

En efecto, la concepción autárquica del derecho nacional que se desarrolló a través de dos siglos, que en la gran mayoría de países latinoamericanos fue producto de una actitud de autodefensa frente al derecho internacional dictado por los imperios coloniales, resulta una razón que todavía impide explicar la existencia de un sistema normativo paralelo al Estado nacional. Hay resistencias de todo tipo, y a muchas de ellas no les falta razón. Habría que recordar que México, después de 300 años de colonia española, fue invadido una vez por Francia y 14 veces por los Estados Unidos. Con otro agravante: con frecuencia resulta difícil explicar dentro de un sistema rígido y formalista como el mexicano a abogados y jueces, la naturaleza jurídica de las normas emitidas por los organismos internacionales descentralizados. A pesar de todas las limitaciones que ha tenido el acceso a la *lex mercatoria*, hoy es posible discutir sobre normas internacionales que pueden ser aplicadas aun por encima de la Constitución, especialmente en el terreno de los derechos humanos,⁷ eso muestra que la enseñanza del DIPr y del derecho internacional público han contribuido a esclarecer el panorama.

Es importante para la enseñanza de la *lex mercatoria* en México abordar el problema en su dimensión normativa, ya que los abogados y jueces mexicanos tienen un arraigo exagerado a la letra de la ley, y en esas condiciones la interpretación que pueden hacer de ésta resulta con frecuencia limitada. Un problema semejante se presenta cuando el profesor trata de explicar el contenido del llamado *soft law* o “derecho suave”, tan importante hoy en día en las directivas y recomendaciones que se derivan del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y sobre todo en la Unión Europea.⁸

⁷ El tema se planteó y discutió por la Suprema Corte de Justicia de México, aunque finalmente fue resuelto sobre la base de otro argumento de tipo procesal, véase en este sentido: Amparo en revisión 2119/99. Tesis aislada XVI/2001 y el comentario sobre esta tesis: Pereznieta Castro, Leonel, “Supremacía de la Constitución y de los tratados internacionales en México”, *El Foro, Barra Mexicana-Colegio de Abogados*, primer semestre de 2001, pp. 245 y ss.

⁸ Sobre el particular véase Cosowa, A. Hákon y Wish, Richard, “Soft Law in the Field of WU Competition Policy”, *European Business Law Review*, The Hague, Kluwer Law, 2003, vol. 14, pp. 26 y ss. Y Snyder, Francis, “Soft law e prassi istituzionale nella comunità europea”, *Sociologia dell Dirito*, 1993, XX/1, pp. 79 y ss.

La enseñanza del DIPr en México presta grandes ayudas metodológicas para la explicación de la *lex mercatoria*, sobre todo para su reconocimiento e incorporación en el sistema nacional, aunque el problema de la naturaleza de las reglas emitidas por organismos internacionales descentralizados todavía es ampliamente discutida en el sentido de si constituyen o no una verdadera norma jurídica.

Hay que anotar, finalmente, que el estudiante mexicano se encuentra expuesto cada vez más a una mayor información que le permite entender el desarrollo del sistema internacional del comercio regido por sus propias reglas, a pesar de que en sus estudios generales haya pocas menciones sobre dicho sistema. Esta actitud abierta del estudiante mexicano de hoy en día constituye uno de los pasos fundamentales en la enseñanza no sólo del derecho, sino de otras ciencias y, sobre todo, lo prepara para el camino de la modernización de su sistema. Hoy como nunca en la historia del país, un elevado número de estudiantes mexicanos realizan estudios de posgrado en universidades estadounidenses, y en menor medida en universidades europeas. El conocimiento acumulado por esta nueva generación de juristas será la quilla que finalmente rompa las ataduras anquilosadas del sistema jurídico mexicano tradicional.

III. CONSIDERACIÓN NORMATIVA

El intento de adentrarse en el tema normativo de las reglas internacionales del comercio apareció en la primera hora que se discutió el nuevo concepto de *lex mercatoria*.⁹ Sin embargo, esos antiguos argumentos, puestos de una manera diferente, nos darán la oportunidad de retomar el tema.¹⁰

Para entender el fenómeno normativo de la *lex mercatoria* se pueden intentar diversas aproximaciones. Una de ellas parte de los derechos nacionales mediante su regla de reconocimiento.¹¹ Así, se puede decir que se trata de un derecho creado por delegación efectuada por los derechos nacionales a los órganos internacionales descentralizados.

⁹ Kassis, *op. cit.*, nota 6, pp. 307 y ss.

¹⁰ Los argumentos que me permitiré desarrollar a continuación los planteo por primera vez en *Derecho internacional privado*, 3a. ed., México, Harla, 1980, pp. 225 y ss.

¹¹ Por este tipo de reglas nos referimos a lo que Hart planteó como las reglas para identificar a una regla primaria de obligación ya que se trata precisamente de reglas que identifican a otras. *El concepto del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, traducción de Genaro Carrió, pp. 91 y ss.

El Estado está atento al acontecer nacional, y en esa función emite leyes; sin embargo, hay conciencia en los poderes de ese Estado en el sentido de que existe una realidad externa del comercio que se desarrolla en el mundo conforme a sus propias reglas, cuya naturaleza, además, requiere de una mutación dinámica por el rápido desarrollo de las actividades de los operadores internacionales. De esta manera, el Estado parece estar dispuesto a aceptar que exista una descentralización normativa que, en ocasiones, el propio Estado debe asumir cuando se le requiera a través de sus tribunales el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las partes en sus contratos conforme a dichas reglas.

El hecho de que se trata de normas procedentes de un sistema diferente y autónomo de creación normativa que no suelen coincidir con las normas establecidas en el orden interno provoca dificultades en su comprensión. El orden jurídico interno, por otra parte, resulta con frecuencia estar más atrasado de lo que internacionalmente se discute y se aplica, de ahí que los jueces han empezado a entender que esto suele suceder. Hace tiempo la discusión fue sobre la naturaleza jurídica de estas normas, discusión que pronto acabó con el reconocimiento prácticamente universal de la autonomía de la voluntad de los contratantes.¹²

Veamos ahora a este mismo fenómeno desde una perspectiva diferente, la de la recepción centralizada, en los derechos nacionales, de una normativa creada de manera descentralizada. Este punto de vista nos da la oportunidad de asomarnos a las normas internas que facilitan esta interacción, como lo son fundamentalmente las que regulan la autonomía de la voluntad. Ésta permite a los contratantes incluir en sus acuerdos ese tipo de reglas que han sido creadas en un sistema jurídico paralelo. Lo que Walter Biagi considera "...la capacidad natural de la persona de inducir el cambio dentro del ámbito jurídico mediante su voluntad".¹³ Por otro lado, encontramos todas las demás normas que facilitan su reconocimiento y ejecución, como son, principalmente, las normas procesales internas.

Las reglas internacionales suelen ser implícitamente derogatorias de las normas internas que con el tiempo obsolecieron. Aquéllas se aplican por los operadores del comercio internacional, y son las que hoy se acep-

¹² En su obra, Fouchard, Gaillard y Goldman, *On International Commercial Arbitration*, La Haya, Kluwer, 1999, pp. 802 y ss., nos muestran un panorama completo del estado de la cuestión.

¹³ *Rivista di Diritto Civile*, Padua, CEDAM, 1997, volume 43, issue 5, Padova, p. 774.

tan; un ejemplo es el de los bancos, con la carta de crédito y otros documentos en materia de garantías. Instituciones frecuentemente previstas a nivel interno cuya regulación por lo general perdió eficacia y sus normas han quedado relegadas al abandono. De ahí que los propios tribunales nacionales hagan caso omiso de la ley interna y privilegien la aplicación de reglas internacionales como es el caso de la UCP-500,¹⁴ que es emitida por la CCI o los Incoterms que también son emitidos por este mismo organismo internacional,¹⁵ y que se modifican periódicamente pero que contienen determinados elementos que le dan certeza al juez nacional: la seguridad que la regla fue emitida por un organismo descentralizado ampliamente reconocido y que representa el consenso de los operadores internacionales en ese sector del comercio. La certeza de la fecha de publicación y el principio general que se sigue en el sentido de que se aplique la regla de la fecha de celebración del contrato, a menos que las partes acuerden otra cosa. La seguridad de que los comerciantes han escogido esas reglas con pleno conocimiento, ya que conocen la actividad que practican todos los días. Son, en fin, reglas que contienen elementos parecidos formalmente a las normas internas y que pueden ser discernidos por los jueces.

También puede enfocarse el fenómeno que nos ocupa de otra manera. Conforme a este punto de vista, se tratará de un sistema descentralizado, convalidado por la costumbre internacional y admitida por los sistemas nacionales. En este caso la discusión se centra en lo que debe entenderse por “costumbre internacional”. Al inicio de este trabajo empezamos a acotar este concepto. Mencionamos que la costumbre y los usos que la forman han cambiado dramáticamente. Durante siglos conocimos el proceso lento de los usos que luego se convirtieron en costumbres. La *opinion Juras et necessitatis* a la que se refiere Bolaffio cuando agrega “La práctica, la reiteración de los actos, no crea ni establece el derecho, porque éste está ya en la conciencia del pueblo o de aquella clase social en que se ha formado”.¹⁶

¹⁴ Por sus siglas en inglés *Uniform Customs and Practices for Documentary Credits, Publication 500* (revisión 1993) *of the International Chamber of Commerce*.

¹⁵ Los Incoterms por su abreviación en inglés *International Commerce Terms* de la Cámara de Comercio Internacional. Su finalidad consiste en establecer un conjunto de reglas internacionales que regulan a los derechos y obligaciones de las partes en el contrato de compraventa internacional, y al mismo tiempo sirven para que los operadores del comercio internacional puedan elaborar sus “cotizaciones comerciales”.

¹⁶ *Derecho comercial, leyes y usos comerciales. Actos de comercio*, México, Oxford University Press, t. I, p. 53.

Pero ahora con la costumbre, y con los usos,¹⁷ sucede algo diferente. Son reglas que emiten los órganos descentralizados, mismos que las modifican periódicamente. Llamamos “costumbre” de esta manera a un proceso de creación distinto del que solemos conocer como costumbre en su sentido tradicional.

Las reglas internacionales son normas de comportamiento comercial emitidas en una fecha cierta, son claras, evolucionan constantemente y cubren las posibles alternativas de actuación para todo operador internacional; de esta manera el fin que persiguen la costumbre y los usos comerciales, se cumple. Son, por otro lado, las reglas que se aplican y se asimilan al concepto de los usos y costumbres, ya que se nutren precisamente del quehacer cotidiano de los operadores del comercio, sólo que su proceso de creación ahora ha cambiado y requieren de mayor especialidad y rapidez.¹⁸ En estas condiciones, se aplica el dispositivo previsto por el sistema interno que acepta a la costumbre como fuente integradora del derecho o, quizá, lo más seguro, que el concepto de la costumbre como el de otras tantas instituciones jurídicas ha debido cambiar ampliándose para cubrir fenómenos jurídicos inéditos. Aunque el procedimiento de creación no es el mismo, su origen es igual, y por tanto es asimilable.

Veamos ahora el mismo fenómeno jurídico, pero desde la perspectiva “de afuera”. Hemos dicho que las reglas se producen por organismos descentralizados. Son vigentes hasta la fecha en que son modificadas, y toman validez en el momento en el que las partes en el contrato las escogen, y su vigencia es limitada a ese negocio y a sus efectos. Se trata de un ámbito estrictamente personal y específico del negocio jurídico. Su funcionamiento es parecido al de la costumbre tradicional: las reglas gremiales siempre fueron aplicables entre los comerciantes del gremio teniendo en cuenta su vigencia.¹⁹

Esa especificidad de su ámbito de aplicación es tal, que los mismos contratantes en otro contrato sobre el mismo objeto podrán acordar reglas diferentes. No hay una obligatoriedad en escoger tales o cuales reglas, a condición de que sean las reglas aprobadas por el gremio o las que sencillamente las acuerden las partes. Su ámbito temporal es conocido, y no cuentan con un ámbito espacial definido, ya que se aplican en el mundo entero.

¹⁷ Estamos concientes de la polémica entre la diferencia de usos y costumbres (veáse Kassis, *op. cit.*, nota 6), pero aquí los utilizaremos con el significado que les hemos dado.

¹⁸ Los Incoterms y las reglas sobre cartas de crédito, que ya se mencionaron, son renovadas cada cinco años, en promedio.

¹⁹ Bolaffio, León, *op. cit.*, nota 16, pp. 64 y ss.

Un deslinde en esa dirección puede ser interesante en la medida en que nos ayuda a conocer las reglas que estamos tratando; sin embargo, en la práctica profesional, el concepto de la *lex mercatoria* resulta todavía ambiguo para muchos, por lo que conviene insistir en qué tipo de derecho estamos hablando.

IV. CONSIDERACIÓN PRÁCTICA

Tomemos por caso el de una cláusula arbitral en la que se ha acordado por las partes como aplicable *lex mercatoria*.²⁰ El árbitro deberá buscar en este concepto su acepción correcta. Tendrá que aplicar la o las reglas que las partes han decidido. La Regla 17. Normas Aplicables al Fondo de las reglas de arbitraje CCI (versión 1998), establecen que a falta de acuerdo entre las partes “el Tribunal Arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos comerciales pertinentes”. Estos “usos pertinentes”, entendidos en el sentido amplio a que hemos aludido, serán parte de la *lex mercatoria* en tanto reglas. La explicación que nos dan dos especialistas en arbitraje es ilustrativa sobre este punto, permítansenos citarlos:²¹

Debido a que tanto la *lex mercatoria* como los usos comerciales están relacionados, hasta cierto punto, con las prácticas habituales, no siempre se percibe la frontera entre ambos. Pero el término *lex mercatoria*... se refiere a las reglas legales que se derivan del comercio internacional. El uso comercial está incluido en el acuerdo entre las partes (a menos que sea excluido). Es decir, las partes esperan que los contratos que concluyen, a menos que específicamente acuerden otra cosa, se ejecutarán de acuerdo con las prácticas usuales observadas en su esfera de negocios.²²

²⁰ Sobre la consideración práctica de la *lex mercatoria* se puede consultar: Brunetti, Mauricio, “The *lex mercatoria* in practice: the experience of the Iran-United Status claims tribunal”, *Arbitration Internacional*, LCIA, vol. 18, núm. 4, 2002, pp. 355 y ss.

²¹ Derains, M. Yves y Schwartz en, Erick A., *El nuevo Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, Guía de arbitraje comercial internacional*, México, Oxford University Press, 1998, pp. 266 y ss.

²² *Ibidem*, p. 276.

En los “usos y prácticas de los Principios de la Unidroit sobre los contratos internacionales, se encuentra una idea en el mismo sentido que los propios autores citados indican.²³

“Artículo 1o. (8) 1. Las partes tienen la obligación legal con cualquier uso que hayan acordado y con las prácticas que hayan establecido entre sí”. Y en el párrafo siguiente se expresa: Las partes tienen la obligación legal con el uso que sea conocido por las partes y observado por las mismas en la esfera particular invocada, excepto cuando la aplicación de dicho uso sea poco razonable.²⁴

Esta idea es confirmada por el artículo 9o., segundo párrafo, de la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable de los Contratos Internacionales, de la que México es Estado parte, que establece: “Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz...” (el tribunal tomará también en cuenta) “los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por los organismos internacionales”.

Dicho lo anterior, es necesario hacer un nuevo deslinde. El árbitro ante la cláusula que le indica aplicar *lex mercatoria* podrá interpretar que su mención por las partes es un referente general a un sistema que engloba, entre otras, a las reglas o a los usos específicos que las partes han acordado que les sean aplicables. Éstos serán parte de la *lex mercatoria* por su naturaleza (normas expedidas por órganos descentralizados). Debido a que se estará indicando expresa o tácitamente la naturaleza de esas reglas, se podrá saber de qué reglas se trata, ya que habrán de quedar perfectamente acotadas por el tipo y naturaleza del contrato en cuestión, por el carácter de los contratantes, por la actividad en que estén involucrados; es decir, por “los usos pertinentes” que el árbitro deberá identificar a partir de las estipulaciones del contrato, pero siempre, desde una perspectiva de interpretación más amplia, si esos “usos pertinentes” no fueran suficientes.

En los extractos de los laudos CCI,²⁵ entre muchos ejemplos sobre este punto hay un caso en el que los árbitros aplicaron la Convención de La Haya sobre la ley aplicable a bienes muebles corporales de 1964, por conside-

²³ Se puede consultar también el *Suplemento Especial de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI*, 2002 de los Principios de Unidroit sobre los contratos comerciales y su aplicación en el uso internacional del arbitraje.

²⁴ *Idem*.

²⁵ *Bulletin International Court of Arbitration*, CCI, vol. 12, núm. 2, verano de 2001, pp. 57 y ss.

rar que así estaba prevista en la cláusula arbitral. Sin embargo, la mención de las partes a esta Convención la hicieron como “*Uniform Law on the international sale of goods of the Hague*”, designación que fue considerada por la demandada como una mención errónea. No obstante, el tribunal arbitral decidió que el punto controvertido a resolver era la validez del contrato, no previsto por la Convención de La Haya, y por tanto, aplicó los Principios de Unidroit, que son reglas internacionales no mencionadas expresamente por las partes en su cláusula, pero que los árbitros consideraron que las partes al señalar un instrumento internacional de aplicación de la ley, interpretaron que la voluntad de éstas fue someterse a reglas internacionales.

Con este ejemplo damos cerrada la discusión acerca del carácter de estas reglas y de su aplicación.²⁶

El caso de México

Aquí no hay una tradición cultural en materia de aceptación de usos y costumbres de origen internacional; sin embargo, el profesor Jorge Silva ubica en 1986 lo que él llama “la apertura judicial hacia el exterior”, y en su magnífica obra de recopilación de precedentes judiciales²⁷ nos dice con relación a la tesis sostenida por la Suprema Corte de la Nación (SCJN) en 1986: tal “apertura” consistió en aceptar como válido un título de crédito (una letra de cambio) aun cuando no reunía los requisitos de la ley interna, a lo cual el autor agrega: “En este sentido el alto tribunal sacrificó lo dispuesto por la ley interna (para las relaciones de tráfico interno), evadiendo el territorialismo y admitiendo que cualquier denominación es aceptable, bastando únicamente que no deje lugar a dudas la obligación consignada”. Este precedente, y desafortunadamente otros menos claros, han sentado un criterio que en principio los jueces federales —al menos— deben de seguir. Sin embargo, quedan fuera de esta dirección los tribunales locales en donde los jueces tienen dificultades para aplicar una regla de esta naturaleza.

²⁶ Para mayor información sobre el tema veáse Freeman, Paul, “*Lex mercatoria: a legal basis for the resolution of international disputes*”, *International Commercial Arbitration*, Londres, Jordans, 2000, pp. 121 y ss.

²⁷ *Derecho internacional privado*, México, Porrúa, 1999, pp. 141 y ss.

A este desarrollo judicial sigue el hecho de que México participa activamente en los organismos descentralizados internacionales,²⁸ discutiendo las normas que después se convertirán en parte de la *lex mercatoria*. Asimismo, la CCI, a través de su representación en México, es muy activa a través de sus comisiones nacionales con los distintos gremios en fomentar mediante cursos y otro tipo de reuniones, el conocimiento de este fenómeno jurídico y en atender a grupos de comerciantes y banqueros para llevar a cabo las adecuaciones legislativas que permitan el reconocimiento expreso de esas reglas creadas paralelamente. Un caso actual es el debate auspiciado por el Capítulo Mexicano de la CCI, con diferentes autoridades para modificar el artículo 71 de la Ley de Instituciones de Crédito en materia de Cartas de Crédito, que establezca expresamente que en esta materia se acepten las reglas emitidas por organismos descentralizados.²⁹

México sostiene desde hace más de 30 años una representación oficial permanente ante organismos internacionales descentralizados en materia mercantil internacional. Este es el caso de la Uncitral, la Unidroit y la Conferencia Permanente de La Haya, aunque en esta última, como se sabe, no se tratan únicamente temas mercantiles. De esta forma se ha participado en los diversos grupos de trabajo. Lo mismo ha sucedido con la Conferencia Interamericana Especializada de Derecho Internacional Privado, desde 1979, en los temas mercantiles y, por supuesto, en los de otro tipo (familiares y procesales).

²⁸ Gracias principalmente al impulso que siempre ha dado la Consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores a su grupo de asesores externos, que son abogados y profesores universitarios que participan en los diferentes grupos de trabajo de unos organismos internacionales.

²⁹ En el proyecto de la exposición de motivos puede leerse, entre otras consideraciones, que: “no obstante la relevancia de las cartas de crédito, el marco jurídico vigente de nuestro país no es acorde a las necesidades y prácticas comerciales internacionales y domésticas, por lo que, para poder contar con seguridad jurídica, los participantes —principalmente las instituciones de crédito— han tenido que aplicar los usos y prácticas publicados por la Cámara Internacional de Comercio, tales como las Reglas y Usos Uniformes para Créditos Documentarios, conocidos como “UCP500”, las Prácticas Internacionales Standby “ISP98” y las Reglas Uniformes para Garantías de Demanda “URGDG458”.

“Por lo anterior, la presente iniciativa tiene por objeto actualizar y mejorar la regulación de nuestro país en materia de cartas de crédito prevista en la Ley de Instituciones de Crédito, a fin de adecuarla en lo posible a las referidas prácticas y usos internacionales en la materia, con la finalidad de dotar de mayor seguridad y certeza jurídicas a dichos instrumentos y, por ende, a los comerciantes y demás contratantes de bienes y servicios que los utilizan.”

En gran medida las normas modernizadoras del sistema mexicano han venido de dos fuentes: de las reglas emitidas por los organismos descentralizados como la Ley Modelo Uncitral sobre arbitraje, el comercio electrónico, los concursos mercantiles, las garantías mobiliarias, etcétera, de los que ha habido, unas veces más que otras, una paulatina aceptación de estas reglas internacionales y la segunda fuente, de normas de los Estados Unidos de América y de otros países, como lo veremos más adelante.

En una tesis reciente³⁰ la SCJN declaró constitucional el artículo 1435 del Código de Comercio que establece que los árbitros pueden conducir el arbitraje como lo estimen conveniente, facultad que había sido atacada en un juicio de nulidad del laudo. Esta manera de darles flexibilidad a los árbitros fue discutida en varias instancias judiciales mexicanas hasta que la SCJN declaró que no se violaba al derecho mexicano con una disposición semejante ni se atacaba a las garantías individuales, porque en todo momento los árbitros deben tomar en cuenta las normas del Código de Comercio y las disposiciones constitucionales correspondientes.

Por esta vía el alto tribunal se ha mostrado dispuesto a adoptar una posición más flexible cuando se trata de normas que tienen origen en la *lex mercatoria*, no obstante que no concuerden con el sistema interno. En un campo cercano, la propia SCJN ha aceptado, como ya lo mencionamos, y no sin dar un vericuetto en su solución final, que las normas sobre derechos humanos pueden aplicarse aun por encima de la Constitución.

La fuente más prolífica en México, en materia de *lex mercatoria*, es el arbitraje comercial internacional, en la medida que se admiten regularmente los laudos dictados por tribunales arbitrales constituidos conforme a las reglas emitidas por organismos internacionales descentralizados cuya función es la solución de conflictos. La tendencia, como dijimos, ha sido uniforme, y conforme a la Convención de Nueva York, de la que México es Estado parte.³¹ Con mayor frecuencia los jueces mexicanos deben conocer de estos casos y resolver en consecuencia.

En México ha habido en los últimos años otra fuente modernizadora importante de normatividad interna que proviene principalmente de los Estados Unidos y que conviene acotar. En aquel país del Norte se trata de nor-

³⁰ Amparo en revisión 759/2003, aún no publicado.

³¹ En este sentido véase Von Wobeser, Claus, "Chapter Seven. México", en Blakaby, Nigel *et al.*, *International Arbitration in Latin America*, La Haya, Kluwer Law International, 2002, pp. 155 y ss.

mas jurídicas, pero la aceptación que se hace en México de ellas es a nivel de modelo a seguir. Por ejemplo, en los ámbitos de la energía, el medio ambiente, de las telecomunicaciones y específicamente en el de la competencia económica, lo que se elaboró fueron resúmenes de las diversas legislaciones y principios jurisprudenciales principalmente estadounidenses en la materia. Se trató de un ejercicio en materia de derecho comparado que fue exitoso. Estuvieron involucrados todos los sectores y sólo se desecharon aquellas normas inaplicables en México por la diferencia económica y social con los Estados Unidos. También contribuyeron al proyecto despachos importantes de abogados de los Estados Unidos, principalmente de Nueva York y de las diferentes comisiones de la Barra Mexicana-Colegio de Abogados. Desafortunadamente la participación del mundo académico fue escasa. El objetivo se logró, no sin tropiezos, pero se alcanzaron a concertar los intereses de muchos sectores involucrados, incluyendo a abogados mexicanos calificados en los diversos temas para que se encargaran de la redacción final de esas normas.

El procedimiento que se sigue en la elaboración y emisión de las reglas por organismos internacionales descentralizados tiene grandes diferencias con el que se llevó a cabo en México en el ejemplo al que nos acabamos de referir. Sin embargo, el objetivo fue el mismo: modernizar al sistema jurídico mexicano, armonizar sus leyes con las que existen en otros países con los que comercia.

Hemos caracterizado a las reglas internacionales como resultado de la febril actividad de los organismos descentralizados para abordar los temas más urgentes a fin de darle mayor armonía al tráfico jurídico internacional. Las leyes mexicanas que se elaboraron con base en un modelo (el estadounidense, en este caso, aunque no fue el único) dio como resultado que amplios sectores de la economía mexicana debieran abrirse a una estructura jurídica moderna para servir al objetivo de la globalización.

Lo que se incluyó en las normas mexicanas con motivo de “la americanización de derecho mexicano”, como acertado lo señaló el profesor Stephen Zamora en la época,³² fue un material normativo semejante a las reglas emitidas por organismos internacionales aunque con diferencias de grado muy importantes, como es el de las fuentes. La pregunta que de

³² “The Americanization of Mexican Law: non Trade Sigues in the North American Free Trade Agreement”, *Law and Policy in International Business*, Washington, vol. 24, núm. 2, invierno de 1993.

inmediato surge es: ¿estas normas adoptadas por México siguiendo un modelo, pueden considerarse también *lex mercatoria*? De aceptar que son parte de la naturaleza de las reglas a que nos referimos, nuestra definición de éstas no sería la misma. Pero la diferencia de naturaleza de las fuentes desaparece en su objetivo final: armonizar a las normas mexicanas con las del mundo en que se desenvuelve.

Aunque no sea un caso igual, un fenómeno con el que se podría encontrar cierta relación es lo que ha sucedido en la Unión Europea con las grandes codificaciones que están en curso.³³ Éstas serán algún día norma jurídica en los territorios de la Unión, mientras tanto se habrán generado como siempre se generan las grandes codificaciones: en la mente de los involucrados: la propuestas y críticas de los académicos, los escritos de los abogados, las decisiones de los jueces, y la habilidad de los legisladores para darse cuenta de que el mundo ha cambiado.

El trabajo de redacción de textos de organismos internacionales descentralizados no es diferente. Se trata de grupos de trabajo formados por los especialistas en la materia de los países que representan y por gente de la industria que participan como observadores. En estos mismos grupos de trabajo están presentes, además, otros organismos descentralizados. Como podemos ver desde esta perspectiva, las fuentes son muy parecidas. Si decimos que la *lex mercatoria* designa a ese conjunto de reglas internacionales que se aplican de manera paralela por los operadores de comercio internacional, estamos connotando a un tipo de reglas cuya característica es precisamente esa: la de su aplicación internacional en los casos que hemos mencionado (con un ámbito personal y exclusivo del negocio jurídico). Aunque no es el caso del ejemplo de México con la aplicación de reglas extraídas fundamentalmente de la legislación estadounidense, en el que no hay ese objetivo, al menos inmediatamente; sin embargo, por otra parte, esas normas adoptadas por México para modernizar y dinamizar internacionalmente sus sectores tienen como objetivo que los operadores internos y externos del comercio puedan contar con una normativa moderna y armonizada con el ambiente internacional de los negocios, que es el fin último que al menos nosotros podríamos derivar de la *lex mercatoria*.

³³ Sobre este tema puede consultarse Lando, Ole y Beale, Hugo (eds.), *Principios de derecho contractual Europeo*, Colegios Notariales de España, 2002; y la reseña sobre esta obra *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, abril de 2004, pp. 242 y 243.

Para finalizar esta presentación, haremos una breve referencia a un tema que no se puede soslayar: el del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. De acuerdo con éste, cabe señalar que se han derivado una amplia serie de reglas, las que han tenido un carácter directo, como el caso de regulaciones aduaneras, fitosanitarias, etcétera, muchas de ellas obligatorias, y algunas recomendaciones, y otras que han derivado de los criterios de los laudos de paneles arbitrales. En este caso, principalmente sobre *antidumping* e impuestos compensatorios (capítulo XIX), y en menor medida sobre disputas entre inversionista Estado (capítulo XI). Estos paneles han ya generado criterios, y cabría preguntarse en qué medida son obligatorios o no, o bien, ¿de qué tipo de reglas internacionales se trata? Aún no hay una opinión definida en este campo, pero la realidad demuestra que en los paneles (capítulo XIX) se siguen criterios establecidos por otros paneles, y que en la legislación mexicana, al menos, han influido para afinar cambios en la materia, pero sobre todo para generar reglas para los oficiales gubernamentales encargados de manejar este tipo de casos. En estos dos ejemplos, independientemente de su obligatoriedad o no, el hecho es que se aceptan y se regulan conductas conforme a ellas. Si se considera que su fuente es internacional y que se refieren a la aplicación de usos y costumbres en el comercio entre los países miembros del Tratado, podrían ser consideradas reglas internacionales en el sentido que hemos venido apuntando, pero, si por el contrario se consideran “normativas” o “direcciones”, se estaría frente a un derecho más parecido al “*soft law*”, pero que los países finalmente toman en consideración para ajustar los procedimientos de su comercio, como ha sucedido en Europa con las directivas emitidas por los órganos de la Unión.³⁴

V. CONCLUSIÓN

Hemos intentado describir algunos elementos nuevos de lo que constituye hoy el concepto de la *lex mercatoria* que, como se ha visto, se trata de un sistema de selección normativa para determinar las reglas más eficientes para las transacciones comerciales internacionales. Un sistema aparte

³⁴ Parja Pujado, A. S., “Los efectos de las directivas comunitarias. Una visión crítica de la sentencia del Tribunal Supremo del 8 de noviembre de 1996”, *Revista Jurídica Española La Ley*, 1997, pp. 126-136.

de los sistemas nacionales, los que a través de su regla de reconocimiento incorporan un derecho creado por delegación efectuada a los órganos internacionales descentralizados y a los operadores del comercio a quienes se les reconoce la capacidad natural de inducir el cambio dentro del ámbito jurídico mediante su voluntad. Es decir, un sistema descentralizado, convalidado por la costumbre internacional, en el que las partes asumen la obligación legal con el uso pactado que le es conocido y es observado por ellas mismas.

NUEVA *LEX MERCATORIA* Y GLOBALIZACIÓN: BREVES NOTAS DE TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

Adrián RENTERÍA DÍAZ*

SUMARIO. I. *Premisa*. II. *De la lex mercatoria al Estado nacional*. III. *Los derechos nacionales y la lex mercatoria*. IV. *Transformaciones de la lex mercatoria: el Estado y la economía*. V. *Nueva lex mercatoria y globalización*. VI. *El Estado frente a la nueva lex mercatoria: posibilidades y problemas*. VII. *Conclusiones*.

I. PREMISA

El objetivo de este trabajo consiste en examinar —en forma ciertamente no exhaustiva— tanto algunos de los presupuestos de los que se origina la nueva *lex mercatoria* como algunas de sus repercusiones más importantes, sobre todo en lo que se refiere a la teoría general del derecho. En la brevedad de esta enunciación, para ser ciertos, se contiene un postulado que aquí puedo sólo explicitar, sin discutirlo, es decir, el hecho de que una teoría del derecho que aspire a ser general, no ligada a un ordenamiento jurídico particular, no puede hacer menos que dar cuenta de las implicaciones que la nueva *lex mercatoria* provoca en nuestras categorías jurídicas fundamentales. Un segundo postulado, que se conecta *in modo* estrecho con el anterior, es que, en efecto, la *lex mercatoria* “produce” ciertos efectos en el derecho. Naturalmente, si existe (y de cierto ello habrá que demostrarse) una nueva *lex mercatoria*, significa que hubo, alguna vez en el tiempo, una “antigua” *lex mercatoria* (a la que me referiré de ahora en adelante simplemente con la expresión *lex mercato-*

* Universidad de Insubria (Como, Italia).

ria, a secas, mientras que usaré “nueva *lex mercatoria*” para referirme al fenómeno moderno y, sobre todo, contemporáneo).

Este trabajo se ha estructurado de la manera siguiente: en el primer apartado, simplemente, trataré de dar una definición de *lex mercatoria*, a fin de establecer desde el inicio de qué nos estamos ocupando. En el segundo apartado (§ 2) examinaré en modo sucinto los orígenes de la *lex mercatoria*, a partir de dos presupuestos principales: la falta de una respuesta en el derecho romano para las necesidades específicas de una regulación mercantil y la proliferación de las fuentes normativas a partir de la caída del Imperio Romano de Occidente hasta el nacimiento del Estado moderno; el objeto de análisis es aquí la *lex mercatoria*, la *lex mercatoria* antigua. En el tercer apartado (§ 3) mi objetivo es analizar en qué modo la nueva *lex mercatoria* se origina, con sus características particulares, a pesar de que con el nacimiento del Estado nacional se asiste a la monopolización de la producción jurídica, y de su aplicación con el uso de la fuerza, lo que haría pensar en un contexto donde la nueva *lex mercatoria* habría encontrado un terreno no fértil. En el cuarto apartado (§ 4) se discutirá acerca de la nueva *lex mercatoria* y de su inclusión como fenómeno normativo autónomo en los ordenamientos jurídicos contemporáneos (los que nacen a partir de la segunda mitad del siglo XX), así como de sus presupuestos y de sus repercusiones en tales ordenamientos, utilizando una categoría (jurídica, política, sociológica) que ha entrado de lleno en la arena de la discusión de la modernidad: globalización. Ello desde una perspectiva descriptiva, mientras que, por el contrario, desde un punto de vista normativo, en el quinto apartado (§ 5) se tratará de valorar su función y su lugar en la teoría del derecho. Para tratar también, en el mismo apartado, de llamar la atención sobre los riesgos, en un sistema jurídico democrático y constitucional, que se representan los subsistemas normativos autónomos, como es el caso de la nueva *lex mercatoria*.

II. DE LA *LEX MERCATORIA* AL ESTADO NACIONAL

Suele afirmarse, por parte de los estudiosos del derecho interesados por la historia de éste, así como de sus ramificaciones en el derecho mercantil, que la *lex mercatoria* (o *ius mercatorum*) fue una forma de regulación jurídica surgida de la clase mercantil, en su fase de nacimiento y de expansión durante la Edad Media, como una forma de respuesta ante la incapacidad

del derecho romano de colocarse como fuente normativa de frente a una actividad que tendía a desarrollarse en espacios jurídicos muy amplios, más allá de los límites particularistas de las fronteras de los centros políticos del tiempo. Como acertadamente sostiene Galgano, uno de los estudiosos que más energías han dedicado al examen de este fenómeno, la *lex mercatoria* “es tal no sólo porque regula la actividad de los *mercatores*, sino también, y sobre todo, porque es un derecho creado por los *mercatores*, que se origina de los estatutos de las corporaciones mercantiles, de las costumbres mercantiles, de la jurisprudencia de la curia de los mercaderes”.¹ Se trata, luego, de un derecho que, frente a la ausencia de un centro monopolizador de la producción normativa —como sucederá con el Estado nacional a partir de los siglos XVII y XVIII— nace como resultado de una necesidad práctica, la de regular las transacciones de naturaleza mercantil que la producción y la distribución manufacturera habían determinado; y, también, se trata de un derecho que nace al margen del derecho comúnmente reconocido y aplicado, el derecho romano, que no contiene los instrumentos normativos necesarios para afrontar los nuevos retos que el comercio “internacional” comienza a generar.

Es un derecho, la *lex mercatoria*, que nos habla de la historia de un “particularismo” jurídico, es decir, de un proceso de regulación jurídico-normativa que es diferente de cualquier otro proceso de regulación de las relaciones sociales en una comunidad. Un derecho, en otros términos, que se crea por parte de los mismos operadores, en sentido amplio, mercantiles, al margen de la mediación política, y que, como consecuencia, se impone a la colectividad en nombre de una clase social, no en nombre de la entera colectividad.

Entre las razones de este particularismo, que pueden justificar a *posteriori* su “nacimiento,” se pueden identificar al menos dos. En primer lugar, como ya decíamos, la incapacidad del derecho romano para proponerse como instrumento adecuado para la regulación de las actividades de los mercaderes medievales. En segundo lugar, la proliferación de “particularismos” jurídicos durante la Edad Media, generada por la caída del Imperio Romano, y que se prolonga en práctica hasta el nacimiento del Estado nacional, allá por los siglos XVII y XVIII: me refiero al rey, a los nobles locales, a las ciudades, a las corporaciones, a la Iglesia, entidades todas que de algún modo se contendían la regulación normativa.

¹ Galgano, F., *Lex mercatoria*, Bolonia, Il Mulino, 1976, cita de la p. 9 de la edición de 2001.

Por un lado, con la caída del Imperio Romano (siglo V, d.C.), si asiste a la fragmentación de la más formidable de las estructuras jurídico-políticas que el mundo registra. Y sus consecuencias, en el plano jurídico-económico, son el abandono de los grandes núcleos habitados, del comercio, y de las respectivas estructuras regulativas (el derecho romano): todo ello determinado por una economía de subsistencia autosuficiente con relación a los pequeños burgos de la campiña nacidos alrededor del personaje local potente, que hacía del todo superfluo una estructura regulativa. Las ciudades son abandonadas por sus habitantes, que se vuelcan en las campiñas en búsqueda de los satisfactores vitales que la ciudad por sí misma ahora no es capaz de garantizar. Como dice Pirenne, se trata del abandono casi completo del comercio, y, excepto por algunas industrias locales, como la textil en la zona de los hoy Países Bajos, de la casi completa desaparición de toda actividad industrial y de la circulación de la moneda.²

Si se abandona toda actividad mercantil dirigida hacia las tierras internas, como consecuencia de las invasiones bárbaras, lo mismo viene a suceder con la actividad hacia el externo, pues el mar Mediterráneo se convierte prácticamente en un espacio inseguro debido a la fuerte expansión del islam a partir del siglo VII.³ La invasión de los bárbaros no había determinado, a pesar de todo, la total pérdida de la unidad de lo que hoy llamamos “Europa”, en sus relaciones con el Oriente: había generado “solo” un abandono generalizado de toda estructura urbana: de las ciudades, la organización político-jurídica fundamental del Imperio. Ahora, con la expansión del islam (que detiene su marcha triunfal en Europa, emprendida desde los frentes oriental y occidental, en Constantinopla (717) y Poitiers (732), para afirmarse, en Occidente, en la Península Ibérica), se realiza del todo esta pérdida de unidad, en razón de la ocupación del Mediterráneo (el *mare nostrum*, como lo llamaban los romanos) y de las constantes incursiones musulmanas en los puertos europeos. De este modo, se interrumpe también todo contacto, cultural y mercantil, con el Oriente,⁴ y se crea una economía “sin

² Pirenne, H., *Histoire de l'Europe des invasions au XVIème siècle*, París-Bruxelles, 1936. He consultado la traducción italiana *Storia d'Europa dalle invasioni al XVI secolo*, Roma, Newton Compton, 1991, p. 81.

³ *Ibidem*, pp. 46 y ss.

⁴ Como sostiene Pirenne *op. cit.*, nota 2, p. 46, y yo estoy de acuerdo con él, el resultado de esta fractura entre Oriente y Occidente tiene aún grandes repercusiones en el mundo actual.

salida”, caracterizada por la riqueza que deriva de la propiedad de la tierra, del todo ajena a la idea de la plusvalía.

El aislamiento comercial hacia el externo y el abandono de las ciudades, que determinan en práctica el abandono de toda actividad mercantil, persiste por siglos, no obstante la restauración carolingia, sobre todo por la propia debilidad del Soberano, que reina, pero no gobierna, ya que el poder real está en manos de los poderes locales, de quienes a final de cuentas, siendo ellos quienes detentan el poder económico, depende él. Todo territorio, a pesar de la unificación intentada por Carlo Magno, posee su propio sistema de pesos y medidas, su propia moneda, por no hablar de las “fronteras” que de hecho dividen el uno del otro. Cuando, a partir del siglo X, las “repúblicas” marinas italianas (Venecia, Génova, Pisa, etcétera) inician a expandirse comercialmente viajando por el Mediterráneo (combatiendo los musulmanes); cuando con las primeras Cruzadas se abre de nuevo una vía hacia Oriente; cuando también los mares del Norte se abren en virtud del empuje de una Europa que no tiene salida hacia el Oriente, y cuando comienza a nacer la clase de los mercantes, que de esta apertura (comercial y religiosa, no importa) son los primeros en aprovecharse y en impulsarla, es claro que el derecho romano no conserva ninguna validez práctica que lo convierta en un instrumento capaz de regular las transacciones comerciales que en vasta escala se vienen a crear. Los mercantes, los aventureros que al inicio vagan de Oriente a Occidente, transportando y vendiendo mercancías que otros producen, finalmente, cuando el volumen de sus operaciones no es compatible con este frenético movimiento, se ven obligados a detenerse en un lugar, desde donde poder administrar y vigilar: nacen (renacen) así las ciudades, que atraen individuos que sobreviven entre los intersticios del comercio, y nace de esta manera la necesidad de una regulación jurídica, que el derecho romano no puede satisfacer, y que, como hemos visto, se resuelve a final de cuentas en la producción de un derecho, la *lex mercatoria*, autónomo, independiente, generado por la misma clase de los mercantes, al margen de cualquier otro centro alternativo decisionista.

Es claro, entonces, por otro lado, que el renacimiento de las ciudades, con la clase de los mercantes, de la pequeña nobleza, de las corporaciones a las que daba lugar la aglomeración y la satisfacción de las necesidades de una grande cantidad de individuos, sumado a la creciente reivindicación de poder temporal por parte de la Iglesia, que con la dinastía carolingia entra con fuerza en el horizonte de la nueva sociedad, ponía el mercante, pero en realidad también a todo individuo, en la condición de tener que moverse en un

complejo universo de reglas. A nivel general, ello determinará, como sabemos, el nacimiento del Estado nacional, mientras que, en relación con la clase de los mercantes, genera, y no podía ser de otra manera, el surgimiento de la *lex mercatoria*, único instrumento, producido por ellos mismos, capaz de asegurar una flexibilidad y una dinamicidad que son necesarios para una actividad en gran expansión.

III. LOS DERECHOS NACIONALES Y LA *LEX MERCATORIA*

El derecho de los mercantes, luego del nacimiento del Estado nacional, sufre una profunda transformación en lo que respecta a su formación, pues, en efecto, con la formación de los Estados nacionales (a partir del siglo XVII) la clase mercantil cesa de ser artífice de su propio derecho, pues el derecho comercial ahora ya no es, como antes, el derecho de una clase, sino el derecho del Estado, y tampoco es, como antes, derecho universal utilizado en forma indiscriminada en un espacio sin fronteras, sino derecho nacional.⁵ Pero ello no significa, como se podría pensar, que la clase de los mercantes vea así disminuido su poder en la nueva sociedad. No significa, es decir, que venga a menos la sustancia de la *lex mercatoria*, pues lo único que se transforma es la vestidura que asume el renovado derecho de los mercantes, la cual, con nuevas vestiduras, termina por asegurarse más o menos los mismos privilegios, dentro de una estructura fundamentalmente nueva.

Si bien los mercantes no controlan ahora directamente el desarrollo mercantil, que está en manos del poder absoluto del soberano, de cualquier modo la política mercantilista estatal facilita el comercio e invita a sus súbditos a dedicarse a esta actividad y confiere grandes privilegios a los comerciantes⁶ y al mercado, como diríamos ahora. La posición de privilegio de los mercantes se debe a la consideración que la felicidad del pueblo, como afirmó Luis XIV de Francia en 1664, depende de la reorganización del comercio, a través del cual se asegura la abundancia de bienes para distribuirlos entre la población.⁷ Pero se debe, y esto es de una importancia fundamental, a

⁵ F. Galgano, *Lex mercatoria, cit.*, nota 1, p. 74.

⁶ Savary, J., *Le parfait négociant*, I, París, 1675, p. 2 (*cit.* por Galgano, F., *Lex mercatoria*, p. 81).

⁷ Luis XIV, *Déclaration du Roy portant établissement d'une Compagnie pour le commerce des Indes orientales* (1664), en *Conférences des Ordonnances de Louis XVI*, II, París, 1719, p. 483 (*cit.* por Galgano, F., *Lex mercatoria*, p. 81).

una estrategia a través de la cual se reconduce el derecho mercantil a la esfera del derecho público. En efecto, a una jurisdicción mercantil, relegada a conocer de las controversias entre mercantes y no mercantes, que pudiera parecer jurisdicción general, se le adjunta, hasta superarla, una jurisdicción “ordinaria” o “consular”, a la que pueden en principio acceder el clero, la nobleza y los terratenientes burgueses que no obtengan satisfacción con la pura jurisdicción mercantil.

El centralismo monárquico-estatal da vida, luego, además de un centralismo administrativo que sustituye la jurisdicción feudal, a una monopolización del derecho en sentido amplio, que se cumple con los movimientos codificatorios que tienen inicio en los primeros años del siglo XIX. Con el Code Napoleón (1804) deviene derecho del Estado, también el derecho civil que hasta entonces había sido considerado como un “derecho de razón” y como un “derecho natural: y como tal fuera del arbitrio del soberano.⁸ Con este proceso, un tanto paradójicamente, se cumple finalmente el diseño de estatalización del derecho por parte de la naciente clase burguesa, que ve coronado de este modo su sueño de incorporar —calificándolas jurídicamente— en la estructura del Estado las modalidades de regulación que garantizan, mediante el reconocimiento de los derechos naturales de los hombres, tanto la autonomía de la sociedad civil frente al Estado como la independencia de la economía con relación a la política. Con la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), y con los postulados iusnaturalistas que constituyen su fundamento, no sólo tiene inicio el largo camino que ha conducido a la edad de los derechos fundamentales:⁹ también se afirma con fuerza el ideal burgués, político, jurídico y económico, de la consolidación de la propiedad y de la iniciativa económica. Propiedad e iniciativa que, de esta manera, de privilegio que eran se convierten en derecho. Así, al Estado, considerado una “máquina artificial” por parte de sus primeros teóricos,¹⁰ que es aceptado por la burguesía porque es capaz de asegurar el orden y la estabilidad social, económica y religiosa, se contraponen, por parte de la misma burguesía, la sociedad civil, considerada una sociedad natural que se rige con sus propias leyes, leyes naturales

⁸ Galgano, F., *Lex mercatoria*, *cit.*, nota 1, p. 89.

⁹ Según la afortunada expresión, utilizada también como título para un volumen suyo, acuñada por Norberto Bobbio (*El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís, Madrid, Sistema, 1991. Tít. orig. *L'età dei diritti*, Turín, Einaudi, 1990).

¹⁰ Hobbes, T., *Leviatán* (1651), trad., introd. y pref. de A. Sánchez Sarto, México, Fondo de Cultura Económica, 1940.

o de razón, inviolables por el Estado. Se ponen, luego, las bases para el renacimiento de la distinción, ya aceptada en el mundo romano, entre *ius publicum* y *ius privatum*, el primero, derecho arbitrario, impuesto por el soberano *ratione imperii* y el segundo, derecho de razón o derecho natural, vigente en cuanto *imperio rationis*.¹¹ A la ley del Estado la burguesía pide, luego, “solamente” que la deje libre, que se (re)instaure el “estado de naturaleza” que el monopolio del derecho y su aplicación por parte del Estado habían cancelado, para que, de ese modo, se elimine cualquier obstáculo que impida el curso natural de las leyes de la economía y del mercado.

Lo “poco” que pide la naciente burguesía, para consolidarse y seguir creciendo, alimentada por siempre nuevos actores sociales, es decir, todo aquello contenido en la fórmula *laissez faire, laissez passer* coincide sustancialmente, si somos capaces de evidenciarlo, con las reivindicaciones actuales que el mercado presenta de frente al Estado: menos Estado, menos intervención pública, menos regulación jurídica. El Code Civil de 1804 concede sin ambages todo esto a la burguesía, que inicia a considerarse a sí misma como una clase autónoma. La codificación francesa, en efecto, transforma las estructuras de la sociedad mediante la prohibición de mecanismos que aseguren el control de la tierra y de los recursos que de ella derivan por parte de la aristocracia nobiliaria, para garantizar, por el contrario, a través del principio de propiedad como un derecho natural, el nacimiento de procedimientos que abren las puertas para que la burguesía acceda a este recurso y se asegure el monopolio de su uso.¹² De forma tal, que a la esfera de la autonomía contractual y negocial de los individuos se atribuye la máxima extensión, y la voluntad subjetiva, en este cuadro, no encuentra otro límite que no sea el del respeto del orden público y de las buenas costumbres.

Si antes el derecho privado —que regulaba las relaciones entre particulares— se ponía en una relación antitética con respecto al derecho público, ahora se viene a configurar una situación paradójica, ya que el derecho privado pasa a ser también, aún con las características que hemos visto, derecho del Estado, derecho público, y ambas esferas se pueden distinguir sólo mediante un acto fuertemente especulativo y teórico. Lo que explica, entre otras cosas, la tensión teórico-explicativa entre estas dos ramas del derecho dentro de la ciencia jurídica, magistralmente relevadas, con una propuesta

¹¹ Galgano, F., *Lex mercatoria*, *cit.*, nota 1, p. 90.

¹² *Ibidem*, p. 92.

original de solución, por Hans Kelsen.¹³ De hecho, en el nuevo contexto la burguesía ve garantizado todo lo que le es necesario para su desarrollo, y la única desconfianza que conserva se resuelve en una hipotética conflictualidad que ya no es política, sino social: no tiene nada que temer, en otras palabras, mientras que las condiciones no cambien, de nuevo profundamente, eliminando —como de hecho sucederá solamente a mediados del siglo XX— el sufragio limitado al hombre, blanco, propietario, para hacerlo universal en su sentido más amplio.

Estamos hablando, es claro, de un contexto en el que a la burguesía —producto de la antigua clase de los mercantes— viene asegurada un amplio espacio de maniobra mediante la introducción de un nuevo particularismo jurídico, idéntico en la sustancia a la *lex mercatoria* medieval, pero que se viste con los ropajes del derecho del Estado, y que toma provecho aun del principio de igualdad, que junto con otros principios fundamentales se pone como base del nuevo orden jurídico. Y que se refleja en una “apertura” hacia la sociedad de la estructura de la clase de los mercantes, de la que, por principio, no se excluye a nadie. Así, la bandera de las libertades económicas, enarbolada por la burguesía escondía, por un lado, el deseo de liberarse de todas las ataduras que el monopolio del derecho en el Estado nacional habría podido generar, en una fase histórica caracterizada por las monarquías absolutas; por el otro, como dice Marx, en cuanto parte de una estrategia mucho más amplia, la burguesía la ve como instrumento de crecimiento y consolidación, que tendía a reclutar fuerzas nuevas entre los estratos más bajos de la población que le permite renovarse y expandirse.¹⁴

Se debe subrayar, sin embargo, que la igualdad fue en realidad más ilusoria que real, pues si bien es cierto que la codificación de 1804 la había establecido formalmente, también es verdad que de hecho en ella sobreviven vestigios que la reniegan: la existencia de los tribunales del comercio para las causas comerciales, así como la presencia de normas especiales para los juicios. Además, con las sucesivas codificaciones, en la segunda mitad del siglo XIX, se reintroduce la duplicidad de sistemas normativos, pasando así de una unidad sistemática sustancial a una condición en la que código

¹³ Kelsen, H., *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Viena, Deuticke, 1934, trad. it. a cargo de R. Treves, *La dottrina pura del diritto*, Turín, Einaudi, 1952 (a partir de 1967 reimpr. con el título *Lineamenti di dottrina pura del diritto*). *Idem*, *Reine Rechtslehre* Deuticke, Viena, 1960, trad. a cargo de M. G. Losano, *La dottrina pura del derecho*, Turín, Einaudi, 1966.

¹⁴ Marx, K., *El capital*, libro III, vol. 2, cap. 36.

civil y código de comercio se separan, diseñando sistemas de normas contrapuestos, y que reproducen la antigua separación de las particiones del derecho privado, entre las obligaciones y el contrato, así como el conflicto entre las razones de la burguesía fondiaria (razones de renta) que aún sobreviven y la fuerza de la burguesía mercantil (razones de la plusvalía). Este conflicto, como la historia lo demuestra, se resuelve a final de cuentas con el triunfo de la burguesía mercantil y con la supremacía del código de comercio, al que es necesario referirse en cualquier situación en la que se establecen contactos con la clase de los mercantes, en un proceso que poco a poco, y ahora ya no sorprende a nadie, determina que aun las operaciones de compraventa inmobiliaria se sujeten a esta disciplina. Y con ello, es fácil notar, el código de comercio y el derecho mercantil terminan por romper la frágil unidad que la codificación parecía haber construido, para dar origen, en el curso de la segunda mitad del siglo XIX, a un derecho profundamente desigual, que no podía no resolverse en una fractura, a final de cuentas, entre el derecho y la economía.

IV. TRANSFORMACIONES DE LA *LEX MERCATORIA*: EL ESTADO Y LA ECONOMÍA

Se puede decir, entonces, que con la estatalización del derecho, antes, y con la Revolución Industrial, después, se asiste a una ruptura del equilibrio entre las estructuras regulativas del Estado, el derecho y sus normas, y las estructuras mediante las cuales se producen los medios de subsistencia social. Tal ruptura se realiza de una manera que ni siquiera la *lex mercatoria* medieval había podido prever, dentro de su estructura autónoma e independiente. La *lex mercatoria* medieval era la estructura regulativa creada por los mismos mercantes, y que se extendía sin límite alguno, precisamente porque fuera de ella no existía ningún otro instrumento alternativo, ni fronteras físicas entre una realidad y otra. Ahora, con los Estados nacionales, con la Ilustración y la Revolución Industrial, que conducen a la proclamación de las libertades burgueses (el derecho de propiedad principalmente, más la libertad de comercio y de industria) y al nacimiento del capital industrial, las cosas se modifican radicalmente. Estos dos factores (Ilustración y Revolución Industrial) vienen a determinar en efecto que el sujeto activo del sistema económico no sea ya el comerciante, sino el productor; y que el derecho

estatal se vea relegado como mera estructura regulativa de la circulación de la riqueza, es decir, a una sola fase del proceso económico, mientras que la producción y la venta son actividades “privadas”, propias del nuevo sujeto económico. A lo “público”, al derecho del Estado, se le requiere que no intervenga con instrumentos restrictivos de las libertades de la burguesía, en la esfera de lo privado, ya que se confía plenamente en la (supuesta) capacidad autorregulativa del mercado. En esta tarea de separación entre público y privado desempeña, es evidente, un papel fundamental la reflexión económica, destinada a afirmarse como disciplina independiente del pensamiento jurídico.¹⁵

Este proceso de ruptura entre política (el derecho) y economía se debe, además, y en nuestros tiempos esto lo podemos notar con una gran claridad, a la necesidad de expansión que la creciente mecanización en las actividades productivas determina: una producción que excede las necesidades de consumo del contexto en el que nace y que sugiere la necesidad de individuar un “mercado” en otras latitudes, que acojan estas excedencias. En pocas palabras, el Estado nacional y el derecho producido por éste garantizan a la clase burguesa, en un primer momento, la existencia de las condiciones necesarias para su consolidación y crecimiento; pero cuando, en un segundo tiempo, se hace necesario superar las fronteras nacionales para poder dar salida a la producción que no se consume localmente, el derecho estatal ya no es capaz, por su misma naturaleza, de adecuarse a las nuevas condiciones socioeconómicas.

En el Estado nacional, por el propio modo en el que nace y se articula, se desarrollan las condiciones, aunque también en razón del crecimiento de las posibilidades de aplicación a la actividad productiva del conocimiento científico, que a fin de cuentas vienen a favorecer el nacimiento de una nueva *lex mercatoria*. Nueva *lex mercatoria* que, como hemos visto, asume dos características (o más bien reivindicaciones) principales.

Se pide, de un lado, al derecho del Estado que no intervenga más de lo necesario en la economía, dejando en manos de la iniciativa privada la gestión de toda actividad productiva; y se le pide también que abandone cualquier modalidad de intervención en cuanto a la distribución de la riqueza. Justifica todo esto con la idea de que la tarea del Estado no es producir riqueza ni mucho menos distribuirla con los recursos que obtiene, que, por el

¹⁵ Véase al respecto Petit, C., “Mercatura y *ius mercatorum*”, en C. Petit (coord.), *Del ius mercatorum al derecho mercantil*, Madrid, Sistema, 1997.

contrario, han de ser destinados a la creación de infraestructuras que faciliten las actividades productivas y distributivas en manos de los particulares (carreteras, puertos, etcétera). La fuerza de esta idea, a cuya difusión concurre con energía buena parte de los organismos internacionales que tienen que ver con el comercio y la economía, la vemos claramente en las políticas de privatización de muchas de las actividades actuadas en varios (tal vez demasiados) países, aun en aquellos sectores que son fundamentales para el Estado: comunicaciones, energía. Y la vemos también en el creciente abandono por parte del Estado de sus tareas de redistribución de la riqueza (subsidios a la desocupación, asistencia sanitaria y pensionística, etcétera) a la población menos afortunada, o, en el peor de los casos, en el mantenimiento de medidas, en la mayor parte de los países, que sólo en una parte mínima asemejan al *welfare state* (el Estado benefactor) mantenido, hasta hace poco, en los países industrializados, principalmente en el norte de Europa.

Se exige también, por otra parte, que las leyes de los estados nacionales no constituyan obstáculos a la libre circulación de un país a otro de los productos de las actividades productivas. Y también, siempre en este ámbito, que no impidan, sino que por el contrario favorezcan, la dislocación de la producción en todo el mundo, que es conveniente en razón de la enorme disparidad de los costos de producción. Ambos aspectos, como es fácil ver, se encuentran estrechamente vinculados, pues la disparidad de los costos productivos, sumada a la disparidad real de capacidad de consumo, convierte en extremadamente conveniente producir en un lado (en los países pobres de Asia o de América Latina) para vender en otro (en Alemania, por ejemplo). No es lo mismo producir en una realidad que no tiene en consideración el impacto ecológico de una industria o que no favorece la sindicalización de los trabajadores, que producir en un contexto, como lo son las realidades del mundo industrializado, donde el costo de la producción se ve influenciado por estos factores.

V. NUEVA *LEX MERCATORIA* Y GLOBALIZACIÓN

Es claro, una vez que hemos llegado a este punto, que la transformación de la *lex mercatoria* en una nueva *lex mercatoria* es un hecho real que se ha desarrollado al margen de la centralización y de la monopolización del de-

recho que han caracterizado el nacimiento del Estado nacional. *Lex mercatoria* y nueva *lex mercatoria* nacen y se desarrollan, a final de cuentas, como respuesta a necesidades más o menos análogas: la necesidad, principalmente, de asegurar la libre circulación de los resultados de la producción. La primera, en este sentido, encuentra facilidades por la incapacidad del derecho romano para erigirse como estructura regulativa general, y por la fragmentación política, no menos que, paradójicamente, por la pluralidad de instancias que, cada una por su cuenta en ausencia de un centro unitario, reivindicaban el poder político. Ni el nacimiento de los Estados nacionales ni la consecuente unificación de poder político, lo hemos visto, detienen completamente este proceso de “separación” de la economía del derecho. La segunda, por otro lado, encuentra facilidades precisamente en este proceso de separación, que se manifiesta inclusive a nivel teórico-reflexivo, y que tiene inicio a pesar de la unificación del poder político y de la monopolización de la producción del derecho por parte del Estado. En efecto, la distinción entre derecho privado y derecho público, generada por el proceso de separación entre economía y derecho, a su vez determinada por la incorporación en la esfera jurídica de lo privado como un derecho natural, servirá como terreno para el crecimiento y la afirmación de un pensamiento (la reflexión liberal) que, llevada a su extremo, ha conducido a la idea de la bondad de una sociedad con menos público y más privado, menos leyes y más libertades.

Estas dos necesidades, innegables en el plano descriptivo, han conducido a una modificación de las estructuras jurídico-regulativas de la sociedad, que se ha manifestado tanto a nivel del derecho interno —estatal— como a nivel del derecho externo, interestatal. A nivel del derecho interno, el derecho nacional, porque el poder intrínseco de las fuerzas económicas, a través de sus expresiones en las articulaciones sociales, ha sabido imponer decisiones al poder político en la dirección que hemos ya evidenciado, es decir, creando las condiciones para que los países sean “atractivos” para los grandes productores internacionales. Y a nivel del derecho externo, el derecho interestatal, porque el derecho internacional, cuyo origen deriva de la voluntad de los Estados nacionales, se convierte poco a poco en una disciplina que se forma al margen de ellos, recayendo más bien en la abstracta “voluntad” del mercado, de los grandes grupos transnacionales y de los países ricos que gobiernan los organismos internacionales (ONU, WTO, Banco Mundial, etcétera).

Se podría entonces afirmar que la nueva *lex mercatoria* va asumiendo la forma del fenómeno conocido como “globalización”, término que indica, como una de sus más acreditadas definiciones señala, “la intensificación de relaciones sociales mundiales que conectan entre sí localidades lejanas, de modo que los eventos locales se modelen por eventos que se verifican a miles de kilómetros de distancia, y viceversa”.¹⁶ En favor de la identificación entre nueva *lex mercatoria* y globalización juegan diferentes razones. Entre ellas, aunque los procesos de la globalización parecen complejos, y tocan ámbitos sociales diferentes como la economía, la comunicación, la política interna e internacional, la ecología, el derecho, las estrategias militares,¹⁷ es posible sin embargo individualizar al menos dos aspectos característicos comunes que parecen funcionar como elementos de simplificación de la complejidad de la globalización, para “acercarla” a la nueva *lex mercatoria*. El primero consiste en el presupuesto de la necesidad de que el Estado se “retire” gradualmente de la esfera privada, limitando la regulación jurídica a actividades relacionadas con el mantenimiento del *status quo*, el orden, la seguridad, la propiedad, sin interferir, sino para beneficiarla, con la economía, que tiene la capacidad de autorregularse; con la convicción, naturalmente, de que de esta manera la sociedad obtendrá mayores beneficios de los que pudiera obtener mediante la acción de un Estado asistencial y benefactor. Este aspecto, obviamente modificado y adecuado a las condiciones actuales, es común, como hemos tratado de evidenciar, a las pretensiones de la nueva *lex mercatoria*, y se remontan en realidad a las de la *lex mercatoria* medieval; con la diferencia, quizá, de que ahora los procesos que acompañan (y/o determinan) la globalización son objeto de minuciosos análisis teórico-conceptuales con el fin de evidenciar, en un plano estrictamente normativo, su carácter benéfico, mientras que la *lex mercatoria* medieval, de cuanto nos es dado saber, es el resultado más que nada de procesos espontáneos, que sólo en un segundo tiempo (pero ésta es una hipótesis) fueron sostenidos mediante una incipiente elaboración teórica. El segundo es, que si bien el término “globalización” se afirma en la literatura a partir del último decenio del siglo pasado, en realidad, para

¹⁶ Giddens, A., *The Consequences of Modernity*, Cambridge, Polity Press, 1990 (cito de la trad. it. *Le conseguenze della modernità: fiducia e rischio, sicurezza e pericolo*, Bologna, Il Mulino, 1994, p. 71.

¹⁷ Sobre este punto véase Zolo, D., *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. VII.

muchos estudiosos el fenómeno de integración socioeconómica que determina tal difusión, si bien sufre una fase de aceleración en la segunda mitad del siglo XX, estaba ya en acto en el mundo occidental durante los inicios de la Revolución Industrial, en los años a caballo de los siglos XVIII y XIX. En efecto, según sostienen Held y McGrew, ya en las reflexiones de estudiosos como Saint-Simon y MacKinder se encontraba la tesis de que la modernización habría de conducir a una progresiva integración mundial.¹⁸ Y, autores respetables como Amartya Sen, por otra parte, remontan al tiempo de los grandes descubrimientos geográficos y al desarrollo del comercio que esos contribuyeron a generar, el nacimiento de la globalización,¹⁹ haciendo mención específica de las conquistas española y portuguesa en el nuevo mundo,²⁰ para establecer, de hecho, una línea de continuidad entre colonialismo, poscolonialismo y globalización. Si tal línea de continuidad existe, y a mí me parece que exista, entonces no parecerá teórica y conceptualmente arriesgado postular la equivalencia entre nueva *lex mercatoria* y globalización, a la luz de cuanto hemos dicho con relación a los orígenes y al desarrollo de la primera.

Se ha sostenido, con razón, que del término “globalización” se ha hecho (y se sigue haciendo) un uso más que nada retórico e ideológico, siendo que denota infinidad de problemas: un mapa de problemas, como sostiene Danilo Zolo.²¹ Problemas que tienen que ver, naturalmente, con la economía, con las comunicaciones de masa y su uso, con la circulación de las mercancías y de las personas, con las políticas internas de un país no menos que con sus opciones de política exterior, con el derecho, la ecología, la guerra, la paz, los derechos humanos. Es obvio que problemas tales determinan precisamente que frente a la globalización se asuma habitualmente una postura neta, de rechazo completo o de apología incondicionada, casi siempre dependiendo de las opciones axiológicas de fondo que quien asume una postura u otra hace propias (muchas veces, hay que decirlo, en modo dogmático).

¹⁸ Held, D. y McGrew, A. G., “The Great Globalization Debate: An Introduction”, en *idem* (eds.), *The Global Transformations Reader*, Cambridge, Polity Press, 2001.

¹⁹ Sen, A., *Globalizzazione e libertà*, Milán, Mondadori, 2002, p. 4.

²⁰ Como Beynon, J. y Dunkerley, D. (eds.), *Globalization: The Reader*, Londres, The Athlon Press, 2000, pp. 7 y 8.

²¹ Zolo, D., *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. VII.

Si se comprende, en razón de los innumerables aspectos que esa toca, que la globalización genera una división entre globalifóbicos y apologetas, lo más importante quizá, en un trabajo teórico, es tratar de ver este fenómeno a contraluz, con el fin de evidenciar el uso retórico del término mediante un esfuerzo de clarificación conceptual. Por un lado, es evidente que la globalización, según la propuesta de definición que hemos hecho, y también a partir de la aceleración que sufre en los últimos decenios del siglo pasado, ha dado lugar a un proceso de compresión del tiempo y del espacio, pues ha contribuido fuertemente a la integración mundial con relación a la circulación casi sin fronteras de información, ideas, cultura, mercancías (y, en menor medida limitada por la disponibilidad material de las personas). Como sostiene el sociólogo italiano Luciano Cavalli, la globalización se declina sobre todo como una intensificación del proceso de formación de una economía mundial, que se configura como un sistema único.²² Esta economía única, como es fácil notar, ha beneficiado en primer lugar aquellos países con mayor capacidad para obtener utilidad de la caída de los “obstáculos” representados por el derecho de los Estados nacionales. Como se sabe, la última frontera de estos obstáculos era la seguridad laboral, en el sentido de que un trabajador podía estar razonablemente seguro de que la única condición para mantener su trabajo era hacerlo bien, de manera eficiente. Ahora, con la desregulación imperante, se abre camino con fuerza la ideología de la precarización de la fuerza productiva, es decir, en el uso instrumental de ella solamente cuando es necesario y sin que exista vínculo alguno por parte de los empleadores. En estas condiciones, a las que se pueden agregar muchas más, es del todo evidente que la globalización no puede no ser vista con ojos favorables por parte de quienes obtienen únicamente beneficios de ella, por lo que se llega hasta a declararla como algo ineluctable, inarrestable, metafísicamente necesario. Por otro lado, lo que sí es inevitable, que si algunos obtienen beneficios en el juego de las cargas y los beneficios del proceso, debe haber necesariamente algunos que lo único que obtienen son perjuicios; y tales son quienes, aun en las economías más fuertes, son simples espectadores del crecimiento de la riqueza de los demás, por no hablar de los habitantes de los países más débiles, a quienes en el mejor de los casos no queda otra sino

²² L. Gallino, “Globalizzazione e sviluppo della rete”, Actas del Convenio *Mappe del '900*, Rimini (Italia), 22-24 de noviembre de 2001, en «I viaggi di Erodoto», suplemento, 2001, pp. 14, 43 y 44.

presenciar virtualmente, a través de los medios de comunicación masiva, modelos socioculturales que no se pueden permitir; o, en el peor de los casos, asistir pasivamente a la depauperación de sus realidades y al saqueo de los recursos de sus países. No sorprende, entonces, que por parte de ellos exista una actitud de abierta contrariedad a la globalización y a sus efectos.

VI. EL ESTADO FRENTE A LA NUEVA *LEX MERCATORIA*: POSIBILIDADES Y PROBLEMAS

No pudiendo en esta sede afrontar de manera detallada los argumentos de los críticos y de los apologetas de la globalización,²³ aun en aquellos aspectos que no tienen que ver sólo con las ventajas y los perjuicios a nivel sectorial, sino también a nivel global,²⁴ examinaré ahora las relaciones entre la globalización y el derecho como estructura regulativa de la sociedad.

Es innegable que la globalización, en sus características más evidentes, es un fenómeno que por su misma naturaleza tiende a condicionar el derecho, al menos como habitualmente se considera éste. No sólo en lo que respecta directamente el derecho estatal, sino también en lo que concierne al derecho internacional. Por un lado, es evidente que el desarrollo de la globalización se consolida sobre la base de una pérdida del rol central del Estado como centro regulador de la vida social, que se manifiesta, como la experiencia lo demuestra, con el abandono de las actividades productivas controladas por el Estado (las privatizaciones constituyen el paradigma de

²³ Para ello véase Zolo, D., *op. cit.*, nota 21, pp. 12-26, capítulo intitulado precisamente "Apologeti e critici".

²⁴ Estudios recientes, a nivel empírico, demuestran sin lugar a dudas que la globalización, con la intensificación del desarrollo industrial a partir de los adelantos técnico-científicos, contribuye a que se creen las condiciones de desequilibrio ecológico a nivel planetario. El efecto sierra, la destrucción del ozono, la contaminación del aire, la alteración química de los océanos, la desertificación, la acidificación de las aguas, las variaciones climáticas, entre otros factores, constituyen los índices de este desequilibrio, que según las tesis de algunos de quienes se oponen a la globalización, puede conducir a grandes desastres mundiales. Al respecto véase, además de la obra de Danilo Zolo ya citada, Greco, P. (a cargo de), *Lo sviluppo sostenibile. Dalla Conferenza di Rio alla Conferenza di Johannesburg*, Nápoles, CUEN, 2002; Hurrell, A., "International Political Theory and the Global Environment", en Booth, K. y Smith, S. (eds.), *International Relations Theory Today*, Londres, Polity Press, Cambridge, 1995, pp. 129-153. Oberthur, S. y Hermann, E. O., *The Kyoto Protocol. International Climate Policy for the 21st Century*, Berlin, Springer Verlag, 1999.

ello), y con la anulación de la fuerza del derecho frente a la fuerza de la economía, principalmente en aquellas áreas relacionadas con el trabajo (y que se reflejan sobre todo con la flexibilidad laboral). Por el otro, en el aspecto externo, la fuerza de la globalización se evidencia en el papel agresivo jugado por las grandes *law firms*, sobre todo estadounidenses, en la arena internacional, y en su capacidad de imponer figuras atípicas de negociación privada (por ejemplo el *leasing*) como formas regulativas del comercio internacional, al margen de los derechos estatales. Además, en la fuerza resolutoria que en las controversias entre Estados van asumiendo los arbitrajes internacionales, cuya acción, aunque toma como punto de partida los derechos nacionales de los árbitros, se resuelve sin duda, quizá la mayor parte de las veces, en una dirección determinada por el peso específico que poseen los países contendientes. Todo ello, los dos aspectos que hemos examinado, se encamina hacia una pérdida de las soberanías nacionales, en un proceso que en ausencia de una forma auténtica de poder internacional que no sea monopolizada por los países ricos (con el derrumbe de la ex-Unión Soviética en práctica los Estados Unidos, a los que trata de oponer, hasta hoy con reducido éxito, la Unión Europea), ve aventajarse una forma de regulación internacional que se articula entorno a un núcleo rarefacto, una mera abstracción, como lo es el mercado y la economía internacional. Núcleo que, en cifras, evidencia cómo en los últimos 40 años haya crecido desmesuradamente, casi duplicándose,²⁵ la distancia entre países ricos y países pobres, y que según el *Human Development Report 1998* de la ONU el 20% de la población mundial rica se acapara el 86% del consumo mundial, mientras que el 20% pobre consume solamente el 1.3% de los bienes y servicios.

No es casual, en efecto, que entre los apologetas de la globalización y de sus formas de (des)regulación haya quien abiertamente sostenga que los Estados nacionales han agotado su función, y que para acelerar su desaparición (como estructuras regulativas) es necesario combatirlos con una guerra económica.²⁶ Ideología a la que deben sumarse los organismos internacionales, y que si no lo hacen al menos no deben interferir, a fin de

²⁵ Véanse los datos en UNDP, *Human Development Report 1992*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 1992; UNDP, *Human Development Report 1994*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 1994.

²⁶ Así Gareffi, G. y Korzeniewicz, M. (eds.), *Commodity Chains and Global Capitalism*, Westport (Conn.), Greenwood Press, 1994. Para esta parte me he inspirado en Zolo, D., *op. cit.*, nota 21, pp. 31 y ss.

que se llegue a la creación de un mercado sin fronteras y sin vínculos. Como afirma Zolo, esto es lo que ha hecho el Fondo Monetario Internacional a partir de la década de los ochenta del siglo pasado, dejando de lado completamente sus orígenes keynesianos que lo veían orientado hacia “una regulación política de la economía capitalista”.²⁷

Y a quienes se oponen a esta redefinición de la cartografía mundial con base en la geo-economía mundial, como las posiciones marxistas (cuyo crédito teórico está más bien en decadencia) o algunas versiones del pensamiento neocolonialista (como la teoría de la dependencia de Frank y otros más, la teoría del sistema mundial de Wallerstein, la lectura “imperial” de la globalización propuesta por Hardt y Negri),²⁸ se contesta el nexo causal que ellos establecen entre riqueza de los países industrializados y pobreza de los países del tercer mundo, afirmando que la distancia no depende en modo alguno de la explotación internacional ni de la iniquidad establecida por los mercados mundiales, sino más bien “del grado diverso de productividad de los sistemas económicos nacionales, y, en consecuencia, de los niveles de cultura, calificación técnica, capacidad administrativa y espíritu de iniciativa que caracterizan a los diferentes países”.²⁹ En suma, a quienes tratan de oponer al pensamiento único de la globalización la pluralidad de culturas, sistemas políticos y sociales, basándose además en el dato estadístico que evidencia la creciente disparidad entre sociedades ricas y sociedades pobres, se suele responder, en pocas palabras, que si un país es pobre, la culpa es de quienes ahí viven, ya que carecen de capacidad administrativa y técnica, de cultura y de espíritu de iniciativa: la culpa es de los mismos países pobres. Lo que no se toma en cuenta, en mi parecer, es que la disparidad de condiciones que acompañan la globalización en realidad configuran un círculo vicioso. En primer lugar, porque la globalización favorece, aun dentro de los países ricos, sólo a quienes tienen la oportunidad de aprovechar de las condiciones que el abandono de los sectores productivo y de servicios por parte del Estado crea, por ejemplo, con las privatizaciones.³⁰

²⁷ Zolo, D., *op. cit.*, nota 21, p. 30.

²⁸ Frank, A. G., *Capitalism and Under-development in Latin America: Historical Studies of Chile and Brazil*, Nueva York, Monthly Review Press, 1969; Wallerstein, I., *The Capitalism World-Economy: Essays*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979; Hardt, M. y Negri, A., *Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 2000.

²⁹ Zolo, D., *op. cit.*, nota 21, p. 31.

³⁰ Un ejemplo claro de ello es la enorme fortuna acumulada por quienes tuvieron modo de aprovecharse de la privatización de los servicios telefónicos en nuestro país, en

En segundo lugar, porque esto a su vez determina una enorme disparidad de oportunidades en cuanto a opciones de vida, no sólo con relación al acceso a servicios como la salud, sino también en aquellas áreas que son fundamentales precisamente para la creación de las condiciones que pueden incidir en los factores que se suelen indicar como causas de la disparidad: me refiero a la educación, a la homogeneidad cultural, a la emigración. Áreas todas éstas cuya importancia es fundamental para la valorización del “capital humano”, es decir, para que se creen las condiciones a fin de que, mediante la redistribución de la riqueza, el Estado sea capaz de incentivar las mentes mejores, que no necesariamente se encuentran sólo entre quienes pueden permitirse el acceso a estructuras educativas adecuadas, y sin cuya aportación es muy arduo que en una sociedad se den las condiciones de un cambio social justo.

VII. CONCLUSIONES

La nueva *lex mercatoria*, la globalización como aquí se le ha llamado, se identifica a final de cuentas con el renacimiento del neoliberalismo,³¹ es decir, con ese movimiento que atraviesa el escenario mundial, que pregona la supremacía de la economía y la libertad negocial sobre el derecho, basándose en el presupuesto de que dejando la economía y el mercado al margen de la regulación jurídica (al máximo creando reglas que las favorezcan) los beneficios para la colectividad serán mayores que con un Estado intervencionista. Si se garantiza la mayor circulación posible de productos y servicios, así como de la misma producción, para crear un mercado global sin fronteras, se dice, la riqueza que se produce viene distribuida, de arriba hacia abajo, entre toda la comunidad, con diferencias no esenciales. A mí me parece que el supuesto teórico-filosófico que subyace a un pensamiento como éste radica en la preeminencia que se atribuye al individuo y a su iniciativa personal, y en la consecuente idea de una superioridad intrínseca, casi metafísica, del derecho privado por sobre el derecho público:

un régimen monopólico hasta hace poco, y que aun hoy mantienen costos altísimos, ni siquiera comparables con los de economías más avanzadas.

³¹ En Italia se suele distinguir, adecuadamente en mi parecer, entre el liberalismo economicista (para el cual se reserva el nombre de “neoliberalismo”) y la doctrina política liberal, cuya doctrina individualista y universalista sigue dando sus frutos en la filosofía política.

en la visión de la autonomía personal como un derecho fundamental. Pues bien, como recientemente se ha sostenido, los derechos fundamentales que se reúnen bajo el rubro de “derechos de autonomía”, son derechos secundarios que se manifiestan en formas de poder,³² y que por ello tienen características muy diferentes de las de otros derechos de las personas. A la luz de una reciente reconstrucción de los derechos fundamentales, éstos se dividirían en cuatro tipos: *derechos humanos*, es decir, derechos *primarios* reconocidos a las personas en cuanto tales, como el derecho a la vida y a la integridad física y a la libertad personal; *derechos públicos*, o sea, derechos *primarios* reconocidos a las personas en cuanto ciudadanos en una sociedad, como los derechos de reunión y de asociación, el derecho de residencia; *derechos civiles*, es decir, derechos *secundarios* reconocidos a todas las personas que ven reconocida su capacidad de actuar, como la potestad negocial, la libertad empresarial, el derecho de actuar en juicio, y, en general, todos aquellos derechos en los que se manifiesta la autonomía privada sobre la que se funda el mercado; *derechos políticos*, o sea, derechos *secundarios* reconocidos a las personas en cuanto ciudadanos y en cuanto capaces de actuar, como el derecho de voto, y el derecho a ser votados, y en general todos los derechos relativos a la autonomía pública sobre los que se fundan los principios de representación política y de democracia.³³

Es fácil notar, en esta tipología, que su autor “juega”, combinándolos, con tres *status* de las personas, como factores determinantes para el reconocimiento de los derechos fundamentales: los estatus de persona, capacidad de actuar y ciudadano. Con base en tal combinación, en efecto, se genera una tipología que en cierta medida distingue los derechos fundamentales en cuanto a su importancia y en cuanto a sus posibilidades de efectiva garantía. El

³² Ferrajoli, L., “I fondamenti dei diritti fondamentali”, *Teoria politica*, 2000, 3, ahora en Ferrajoli, L. (a cargo de E. Vitale), *Diritti fondamentali*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 279-370, a pp. 288 y ss. Existe una traducción castellana de este volumen, que recoge un debate entre varios autores sobre la teoría de Ferrajoli: Ferrajoli, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (edición a cargo de A. de Cabo y G. Pisarello), Madrid, Trotta, 2001.

³³ Ferrajoli, L., “Diritti fondamentali”, *Teoria politica*, 1998, 2, ahora en Ferrajoli, L. (a cargo de E. Vitale), *Derechos fundamentales*, cit., nota 32 (trad. cast. “Derechos fundamentales”, en Ferrajoli, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., nota 32). El ensayo de Ferrajoli dio inicio a una vivaz discusión, bien representada en el volumen citado, que contiene algunas de las críticas y dos réplicas de Ferrajoli. Me permito señalar mi artículo “Justicia constitucional y esfera de lo indecible en Luigi Ferrajoli”, *Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 19, 2003, pp. 241-266.

lugar más alto en esta jerarquía lo ocupan los derechos humanos, que dependen *exclusivamente* del estatus de persona, y que por ello son de toda persona en cuanto tal: son derechos de la máxima importancia, derechos *primarios*. Inmediatamente bajo los derechos humanos se encuentran los derechos públicos, es decir, derechos *primarios* que dependen de la combinación de dos estatus: el de persona y de ciudadano. En otras palabras, si para el reconocimiento de los derechos humanos el requisito es poseer sólo el estatus de persona, para que a un sujeto se le reconozcan los derechos políticos debe poseer sea el estatus de persona que el estatus de ciudadano (en una determinada comunidad política). Bajo los derechos públicos se encuentran los derechos civiles, que son derechos *secundarios* que se reconocen a sujetos que poseen los estatus tanto de ser persona como de tener la capacidad de actuar (que se obtiene normalmente con la mayoría de edad, y que se limita sólo en casos expresamente determinados por la ley, como en situaciones de enfermedades mentales). Por último, tenemos los derechos políticos, que son derechos *secundarios* que se reconocen a personas que poseen conjuntamente los estatus de ciudadanía y de capacidad de obrar.

Los derechos humanos, es fácil notarlo, siendo que dependen solamente del reconocimiento de un solo estatus (el de ser persona), constituyen la categoría más amplia, es decir, se reconocen a todos los seres humanos, y, por ello mismo, son derechos universales e indisponibles en el sentido más amplio de estas expresiones. Los otros tres tipos de derechos (públicos, civiles y políticos) constituyen categorías más circunscritas, pues el universo de sujetos a los que se refieren depende ya no de un solo requisito, sino de dos, y ello determina que los caracteres de universalidad e indisponibilidad sean también diferentes.

Los derechos fundamentales, como esfera que contiene los cuatro órdenes de derechos que hemos visto, se inscriben en los modernos sistemas jurídicos como espacios que no están disponibles para la acción política: en otras palabras, al legislador no le es permitido conculcarlos, ni siquiera mediante la emanación de leyes ordinarias. Esto no quiere decir, naturalmente, que no existan diferencias en el grado de protección y de indisponibilidad, como hemos apenas visto. En efecto, una de las características principales de los derechos fundamentales es que, en sustancia, ellos se resuelven en inmunidades (pues consisten en la protección contra los actos de los demás, especialmente el poder político) y en potestades (pues consisten, además, en el poder de efectuar algunos actos). De este segundo tipo

son los derechos *secundarios* (civiles y políticos), con la diferencia, sin embargo, de que mientras que la práctica de los segundos (los políticos) no determina en ningún caso un crecimiento cuantitativo de la potestad misma, pues por lo más que votemos no “aumentamos” nuestra capacidad de votar, los primeros (los derechos civiles) sí determinan un cambio sustancial cuantitativo, ya que su ejercicio puede dar origen al crecimiento de la potestad misma; por ejemplo, con la acumulación de la riqueza como resultado de la capacidad negocial. Es claro, tratando de reconducir todo esto a las observaciones sobre la nueva *lex mercatoria* y/o la globalización, que en un Estado constitucional de derecho, como lo son casi todos los Estados occidentales a raíz del constitucionalismo de la segunda mitad del siglo XX, existen límites no sólo para la acción del Estado y sus leyes, sino también (o al menos deberían existir) para la acción de los individuos cuando ellos ejercen sus derechos civiles, derechos *secundarios* relativos a la libertad de empresa. Esto no significa, naturalmente, poner límites que encaucen en modo rígido las actividades económicas de los particulares, pero sí vigilar, mediante la imposición de normas jurídicas, que la libertad de que se goza en el ámbito privado y negocial pueda determinar la acumulación de poderes tales que se atente contra los principios fundamentales de la democracia; por ejemplo, vigilando en sectores estratégicos como la comunicación (radio, televisión, etcétera) a fin de que tal libertad no determine monopolios que puedan constituir instancias de manipulación de la opinión pública, o que se manifiesten directamente en la vida económica de las personas, mediante el alza de los precios de mercancías y servicios, todo lo contrario de cuanto la libre competencia en el mercado debe generar, según los teóricos del libre mercado.

Todo esto, es evidente, se inscribe en una visión seguramente que no es compartida por parte de los apologetas de la nueva *lex mercatoria*, pues es una visión que teoriza que el rol del Estado nacional no se ha agotado, sino que, por el contrario, considera que la fuerza de su acción reguladora es necesaria hoy más que nunca, precisamente para contrarrestar los resultados a los que conduce la desregulación jurídica. Naturalmente, esta visión, a la que aquí se adhiere, se desarrolla y crece en virtud de considerar que en una situación como la actual, en la que parece no ser factible establecer una especie de “gobierno mundial” que no sea expresión de la voluntad de los países más fuertes, la acción de los Estados nacionales constituye quizá una de las opciones, si no la más importante, a fin que se conserve la convi-

vencia civil, que viene puesta a dura prueba por las consecuencias que la globalización determina sobre las personas.³⁴

En resumidas cuentas, la visión que se sigue aquí es una visión que atribuye un fuerte peso al derecho y a sus estructuras, considerando que sólo a partir de un cuadro normativo eficiente es posible crear las condiciones necesarias a fin de que nuestras sociedades se constituyan como el reino de la convivencia pacífica, donde los más débiles no sean siempre cada vez más relegados en las periferias (culturales, sociales, económicas), por unos sectores siempre cada vez más potentes y fuertes, ansiosos de que el Estado no interfiera en modo alguno con sus posibilidades de expansión. El riesgo, si no fuera así, es el retorno precisamente a la ley del más fuerte, a un gobierno de los hombres, abandonando definitivamente el gobierno de las leyes.

³⁴ Fundamental a este propósito es el volumen del sociólogo polaco Zygmunt Bauman, *Globalization. The Human Consequences*, Cambridge-Oxford, Polity Press-Blackwell Publishers, 1998.

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 llevaran 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 wirtschafft*.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 apibus 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 *Consultado 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 gildas 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 transnacionales*, 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 restringía, 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. Aúñase 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, contratación, 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 es 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_1_murillo.pdf. Aunque no estuvo en mis manos también puede verse Irti, Natalito, *L'età della decodificazione. «L'età della decodificazione» vent'anni dopo*, Milán, Giuffrè, 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.

cientes 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 positivistas, 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 société internationales des comérçants*). 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* continuará designándola) no debe ser confundida con la *equidad*. Se trata, como explica Klaus Peter Berger⁴⁵ 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 Publications, 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 Publications, 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 Construction *lex mercatoria*; a *lex constructionis*”, *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 Legitimacy”, 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 Publications, 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 Faculdade 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 transnacional. 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 Peter, *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 “islotas”. Se trata de reglas fragmentadas de alguna área del comercio. Lagarde afirma que sólo son islotas 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.

principios 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, Transnational 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 Battifol 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 medioevo 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 juridictions 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 principes 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 Publications, 1990.
- , “*Lex mercatoria*”, *Forum Internationale*, núm. 3, noviembre 1983.
- , “Nouvelles réflexions sur la *lex mercatoria*”, *Études de droit international en l’honneur 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 Publications, 1990.
- HUCK, Hermes Marcelo, “*Lex mercatoria*-horizonte e fronteira do comércio internacional”, *Revista da Faculdade 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, Friedrich, “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 Publications, 1990.
- MEDWING T., Michael, “The New Law Merchant: Legal Rhetoric and Commercial Reality”, *Law and Policy in International Business*, 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, Fundació 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 ingénues d’un internationalista de droit public”, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} 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, Transnational 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 Goldman*, París, Litec, 1982.
- WILKINSON, V. L. D., “The New *lex mercatoria*: Reality or Academic Fantasy?”, *J. Int. Arbitration*, 1995, t. 12.

LOS AUTORES

Jorge R. ALBORNOZ. Profesor de derecho internacional privado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina. E-mail: jralborn@gmail.com.

Óscar CRUZ BARNEY. Licenciado en derecho con mención honorífica por la Universidad Iberoamericana. Diplomado en juicio de amparo, derecho corporativo, comercio exterior, derecho de los Estados Unidos, por la Universidad de California, Campus Davis y Berkeley en los Estados Unidos de América, y candidato al doctorado en derecho.

Profesor de Comercio exterior, Arbitraje, Historia del derecho en México, Historia del derecho medieval y moderno, y Derecho romano. Profesor titular de las materias Historia general del derecho e Historia del derecho en México en el Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. Es investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Miembro de la Comisión de Arbitraje del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio de París ICC.

Gilberto BOUTIN I. Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá y catedrático de derecho internacional privado. E-mail: boutinlf@cwpanama.net.

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS. Doctor en derecho por la Universidad de Oviedo con la calificación de sobresaliente *cum laude* (1977).

Catedrático de derecho internacional privado de la Universidad de León (1982), posteriormente de la de Oviedo, donde fue director del Departamento de Derecho Privado y de la Empresa (1985), y desde 1987 de la Universidad Complutense de Madrid, donde ha sido director del Departamento de Derecho Internacional Público y Privado (1986-1990). Desde 1991 a 1996 director del Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos “Ra-

món Carande”, antecesor de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, entre los años 1990 a 1996. En la actualidad vicedecano de relaciones internacionales de la Universidad Complutense.

Francesco GALGANO. Profesor de derecho civil en la Universidad de Bolonia. Autor, entre otros libros de *La società di persone* (1972); *Il negozio giuridico* (1978); *Atlante di diritto privato comparato* (1999); *Diritto civil e commerciale* en siete volúmenes (la tercera edición es de 1999); *Manuale di diritto privato* (la 10a. ed. de 1999); *Manuale di diritto commerciale* (dos volúmenes), 4a. ed., 1992 y 1997. Es director de la revista *Contratto e Impresa*.

Cristián GIMÉNEZ CORTE. Abogado en la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas. E-mail: cristiangimenezcorte@gmail.com.

Paula MAR. Profesora de derecho internacional privado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina. E-mail: paulamariaall@hotmail.com.

Zhandra MARÍN. Abogada por la Universidad Católica Andrés Bello; Magister Schientiarum en Derecho Internacional Privado y Comparado por la Universidad Central de Venezuela; LL. M. in International Law and Comparative Law, Tulane University; Science Doctor Juris Candidate, Tulane University. E-mail: zhandramarin@gmail.com.

Vittorio OLGIATI. Profesor asociado, Facultad di Sociologia, Università degli Studi di Urbino. Abogado, Fellow e già Vice-director del International Institute for the Sociology of Law, Onati, España. Visitante, Centre for Socio-Legal Studies, Wolfson College, Oxford. Lecturer, EU ECTS Mobility Programme, Law Faculty, University of Turku, Finlandia. Membro del Governing Board dell'ISA-RCSL. Membro de numerosos comités editoriales, *specie internazionali*. Autor de otro centro de publicaciones, especie en volúmenes y revistas internacionales, en temas de sociología del derecho y de sociología de las profesiones jurídicas. Autor de diversas obras, entre otras, *Positive Law and Socio-legal Orders. An Operational Coupling for an European Sociology of Law*.

E-mail: olgiati@soc.uniurb.it.

Leonel PEREZNIETO CASTRO. Licenciado en derecho por la UNAM, diplomado en estudios superiores en administración pública en la Escuela Nacional de Alcalá de Henares; diplomacia en el Institut International d'Administration Publique de París; doctorado en DIPr por la Universidad de París; investigador de carrera en el Instituto de Investigaciones Jurídicas; coordinador de Humanidades y del programa de Relaciones Internacionales en la División de Posgrado de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM.

Profesor en diversas instituciones académicas, incluida la Academia de Derecho Internacional de La Haya, Holanda; delegado de México a diversos foros internacionales, como Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, conferencias especializadas interamericanas, representante de México en Uncitral.

E-mail: lpereznieto@vwys.com.mx.

Adrián RENTERÍA DÍAZ. Doctor en filosofía del derecho por la Universidad de Milán; profesor e investigador de Filosofía del Derecho y de Teoría General del Derecho, en la Universidad de Insubria (sede de Como).

Autor, entre otras obras, de *Il labirinto della giustizia. Giudice, responsabilità; Discrezionalità Giudicial y responsabilità; El aborto. Entre el derecho y la moral; Filosofía analítica y filosofía del derecho en Italia.*

Autor de numerosos artículos, entre otros, “La colonización española de América en la perspectiva del cuerpo”; “Leopoldo Zea y la filosofía latinoamericana: análisis, problemas y tareas”; “Il giudice: quale responsabilità?”; “Discrezionalità del giudice o risposta corretta”; “Giurisdizione e politica. Le immagini del giudice”; “Poder judicial y sociedad en México. Entre premoderno y postmoderno”.

E-mail: renteria@fastwebnet.it.

Jorge Alberto SILVA. Licenciado en derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México, con estudios en educación y maestría en Ciencias y Técnicas de la Investigación.

Ha sido profesor visitante en diversas universidades nacionales y extranjeras (Estados Unidos, España, Italia y Venezuela), donde ha realizado estancias de investigación, incluido el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (área derecho internacional privado).

Ha escrito más de sesenta ensayos sobre derecho, que han sido publicados en diversas revistas especializadas tanto de México como del extranjero.

E-mail: silvasi@aol.com.

Estudios sobre lex mercatoria. Una realidad internacional, 2a. ed., editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir en Ediciones Del Lirio S. A. de C. V., Azucenas 10, col. San Juan Xalpa, delegación Izta-palapa, 09850 México D. F., el 31 de octubre de 2013. Se utilizó tipo *Times New Roman* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel cultural 70 x 95 de 50 kilos para las páginas interiores y cartulina sulfatada de 14" para los forros; consta de 1,000 ejemplares.