



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Internacional

ORDENACIÓN PRIVADA TRANSFRONTERIZA

Un análisis de la lex mercatoria como derecho anacional y del arbitraje comercial internacional como mecanismo transnacional de solución de controversias

FRANCO PALAVECINO MUÑOZ

Memoria para optar al grado de Licenciado en
Ciencias Jurídicas y Sociales

Profesor guía: Eduardo Picand Albónico

Santiago, 2023

A mis abuelas

門

ABREVIATURAS

Cámara de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago de Chile	CAM
Convención de 1980 de la UN en Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (<i>Convention on Contracts for the International Sale of Goods</i>)	CISG
Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (<i>Hong Kong International Arbitration Centre</i>)	HKIAC
<i>International Bar Association</i>	IBA
Cámara de Comercio Internacional (<i>International Chamber of Commerce</i>)	ICC
Asociación de Derecho Internacional (<i>International Law Association</i>)	ILA
Términos Comerciales Internacionales (<i>International Commercial Terms</i>)	INCOTERMS
Corte de Arbitraje Internacional de Londres (<i>London Court of International Arbitration</i>)	LCIA
Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional del año 1985, con enmiendas adoptadas en el año 2006	Ley Modelo UNCITRAL
Convención de 1958 en Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (<i>New York Convention</i>)	NYC

Organización de las Naciones Unidas (<i>United Nations</i>)	UN
Principios de Derecho Europeo de los Contratos (<i>Principles of European Contract Law</i>)	PECL
Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos	PLDC
Principios del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado sobre Contratos Comerciales Internacionales del año 2016	Principios UNIDROIT
Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional del año 1999 y revisadas en los años 2010 y 2020	Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba
Centro de Arbitraje Suizo (<i>Swiss Arbitration Centre</i>)	SAC
Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (<i>Stockholm Chamber of Commerce</i>)	SCC
Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (<i>Singapore International Arbitration Centre</i>)	SIAC
Costumbres y prácticas uniformes para los créditos documentarios (<i>Uniform Customs and Practices for documentary credits</i>)	UCP
Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (<i>United Nations Commission On International Trade Law</i>)	UNCITRAL

PREFACIO

Durante los últimos 80 años hemos sido testigos de la expansión inusitada de la globalización económica y, con ello, del surgimiento de codificaciones de naturaleza no-legislativa, leyes modelo y *restatements* entre los que destacan, por ejemplo, los Principios UNIDROIT y los PECL. Junto a lo anterior, hemos observado la regularidad con la que distintas organizaciones publican contratos tipos y términos comerciales estandarizados que albergan soluciones normativas que varían de las encontradas en el clásico derecho comercial de los ordenamientos jurídicos nacionales y que intentan codificar los usos y costumbres formadas y observadas en este contexto por la comunidad comercial transfronteriza.

La literatura ha propuesto que existe una especie de orientación normativa subterránea a todo este continente de instrumentos y prácticas. Estas nuevas reglas de naturaleza comercial, la denominada *lex mercatoria*, serían el resultado de la evolución de los mercados como consecuencia de la globalización económica. Su formación y seguimiento permitiría contestar más adecuadamente a las nuevas necesidades comerciales, al mismo tiempo que influiría decisivamente en el comportamiento de los distintos actores al participar en el mercado transfronterizo.

En un intento de profundizar y sistematizar la literatura de derecho comercial transnacional, esta investigación persigue el propósito de contestar a la pregunta sobre qué es y qué rol que desempeña la *lex mercatoria* en el escenario global. Tuve la impresión de que los procesos de unificación son parte de una realidad jurídica más profunda. Entender este fenómeno implica analizar el aspecto dinámico de la formación del derecho y el reconocimiento de una esfera espontánea, al margen de la ley, imprescindible para contestar a las nuevas necesidades de los comerciantes en el marco global.

RESUMEN

La pretensión de esta tesis es esclarecer la naturaleza jurídica de la *lex mercatoria*. Para ello, este trabajo intenta identificar, clarificar, ordenar y examinar críticamente los distintos argumentos disponibles en la literatura que han procurado explicar el fenómeno jurídico.

Siguiendo un razonamiento de corte analítico, esta tesis defiende que la *lex mercatoria* es un derecho anacional, autónomo e independiente de los sistemas jurídicos nacionales. Dicha calificación es posible solo en la medida que su contenido se circunscriba a las prácticas que nacen de la interacción libre de los privados que actúan en el comercio transfronterizo. La *lex mercatoria* es una manifestación y resultado del orden espontáneo y, como tal, se canaliza normativamente a través de la costumbre.

Teniendo la *lex mercatoria* aplicación especialmente en la práctica del arbitraje comercial internacional, se procura demostrar que la costumbre anacional adquiere carácter jurídico cuando los tribunales arbitrales justifican su decisión aplicando normas prescritas por la *lex mercatoria*.

Como resultado de estas investigaciones, este trabajo concluye que la *lex mercatoria* consiste en reglas de conducta espontáneamente desarrolladas por la comunidad comercial transfronteriza cuya obligatoriedad puede explicarse al margen del poder estatal. Mediante el soporte institucional del arbitraje comercial internacional, estas reglas devienen en coactivas, teniendo consiguientemente la *lex mercatoria* un papel fundamental en la ordenación de los procesos privados transfronterizos.

TABLA DE CONTENIDOS

Introducción	8
Capítulo I. La <i>lex mercatoria: status quaestionis</i>	16
A. Deficiencias del debate	16
B. Utilidad de la <i>lex mercatoria</i>	18
1. <i>Lex mercatoria</i> como <i>lex contractus</i>	23
2. <i>Lex mercatoria</i> como herramienta de interpretación e integración de la <i>lex contractus</i>	27
3. <i>Lex mercatoria</i> como recurso de negociación y litigación	31
4. Objeciones a la importancia de la <i>lex mercatoria</i>	32
C. Análisis crítico de los argumentos a favor de la existencia de la <i>lex mercatoria</i>	34
1. Argumento de la codificación	34
1.1. Instrumentos de unificación y armonización del derecho privado	36
1.1.1. Convenciones internacionales (<i>hard law</i>)	36
1.1.2. Instrumentos de <i>soft law</i>	42
1.2. Términos contractuales estandarizados	46
1.3. Principios TransLex	50
2. Argumento de la incorporación contractual	52
3. Argumento de la aplicación práctica	54
4. Argumento del reconocimiento interno	55
5. Argumento histórico	57
6. Argumento analítico	77
D. La necesidad de delimitación terminológica: <i>lex mercatoria</i> y derecho comercial transnacional	78
Capítulo II. La <i>lex mercatoria</i> como derecho anacional	85
A. El orden artificial y el orden espontáneo	85

B. Definiendo los contornos de las fuentes del derecho en el orden espontáneo: costumbre, los principios generales y el fenómeno contractual	94
1. La <i>lex mercatoria</i> y la <i>ley del contrato</i>	95
2. La <i>lex mercatoria</i> y los principios generales	104
C. Elementos constitutivos de la regla de la <i>lex mercatoria</i>	112
1. La comunidad comercial transfronteriza	113
1.1. La identidad de los miembros de la comunidad comercial transfronteriza	114
1.2. La coherencia estructural de la comunidad comercial transfronteriza	116
2. La distinción entre hábito y regla y el aspecto externo e interno de una regla social	123
3. La paradoja circular: la <i>opinio iuris</i> como consciencia de cumplir con un deber jurídico	128
4. Fase constitutiva y declarativa y reglas primarias y secundarias	132
Capítulo III. Sobre la existencia de un sistema jurídico anacional y la fuerza normativa de la <i>lex mercatoria</i>	138
A. La <i>lex mercatoria</i> a la luz de la noción de sistema jurídico de HART	141
1. Sobre la pertenencia de la regla de adjudicación a la <i>lex mercatoria</i> : el arbitraje comercial internacional como mecanismo transnacional de solución de controversias	143
2. Sobre la pertenencia de la regla de reconocimiento a la <i>lex mercatoria</i> : la fuente de la fuerza normativa de la costumbre anacional	153
B. La <i>lex mercatoria</i> a la luz de la noción de sistema jurídico de RAZ	156
Conclusiones	162
Bibliografía	164

INTRODUCCIÓN

¿Es posible desde una perspectiva analítica concebir reglas de derecho privado de carácter anacional y, particularmente, reglas anacionales sobre la ordenación de los procesos comerciales? Dicho de otro modo, ¿es teóricamente concebible que, sin importar su origen geográfico y sus determinismos culturales, los privados se sometan a reglas que, operando al margen de toda legislación, regulen los intercambios transfronterizos?

Este trabajo procura demostrar la existencia de reglas anacionales, describir el proceso de formación de reglas anacionales y enseñar criterios coherentes para la concepción de tales reglas.

Es precisa mayor especificación: este trabajo excluye la examinación de reglas de derecho privado que no se refieran al comercio transfronterizo. La averiguación sobre la existencia de reglas anacionales en materias extrapatrimoniales supone un esfuerzo distinto al tratado en esta tesis.¹

La noción que mejor representa y describe la posible existencia de un derecho anacional es la *lex mercatoria*. Desde mediados del siglo XX, se ha gestado y desarrollado un conocido debate sobre la formación de nuevas reglas comerciales en el comercio transfronterizo como consecuencia de la intensificación del proceso de globalización económica. El aumento de las operaciones transfronterizas y la permeabilidad de las fronteras ha implicado una disminución de la comprensión de los Estados de las relaciones jurídicas con elementos transfronterizos, adoptando en cambio los privados un papel cada vez más activo en la ordenación de los procesos transnacionales. En este escenario, los proponentes de la existencia de la *lex mercatoria*

¹ En dicho sentido, se descarta el análisis de reglas anacionales del derecho internacional de los derechos humanos. Importantes sectores doctrinarios postulan que la fuerza normativa de los derechos humanos no descansa en el mandato de los ordenamientos positivos, sino que derivan de estándares universales que tanto Estados como privados deben honrar. No obstante, la justificación teórica de la anacionalidad y universalidad de los derechos humanos superan los límites de esta tesis.

o *mercantilistas*² sostienen que, durante las últimas décadas, los actores comerciales de distintas industrias han sujetado sus relaciones a normas de carácter no-legislativo que responden y resuelven de mejor modo los problemas planteados en el mercado en el que se desenvuelven.

Algunos mercantilistas incluso agregan que estas normas alcanzarían carácter universal. Su uniformidad no sería obtenida de modo planificado, como tampoco los actores económicos tendrían la pretensión de crear un derecho global uniforme. Su carácter universal se explica por la racionalidad económica; es decir, la copia espontánea que privados realizan de las prácticas empleadas por sus vecinos a la luz de la eficiencia de los resultados que se derivan de su seguimiento.

La idea de la existencia de un derecho comercial universal y anacional, un *derecho global*, ha despertado repetidamente el interés de teóricos y de los participantes del comercio transfronterizo: ¿Existen reglas que apliquen a toda persona en el mundo, independientemente de su lugar de origen y las condiciones materiales, culturales o económicas que abrigue?

Immanuel KANT idealizaba la existencia de un derecho³ cosmopolita según el cual todo ser humano tiene el deber de reconocer a cualquier otro como miembro de la humanidad.⁴ El lugar y las circunstancias de nacimiento de la persona no puede afectar su calidad de sujeto de derechos, por lo que todo individuo detenta una esfera jurídica que opera más allá o que es anterior a la fundación de los Estados, de su constitución, soberanía y legislaciones.

² En adelante, toda referencia a los *mercantilistas* dice relación con los proponentes y defensores de la existencia de la *lex mercatoria*.

³ Es una regla de la gramática de la lengua española que los sustantivos y adjetivos que forman el nombre de disciplinas científicas lleven mayúscula cuando son referidas como materias de estudio, especialmente en contextos académicos. Para los efectos de facilitar la lectura de esta tesis, se optó por utilizar la voz “derecho” en minúsculas para todos los contextos gramaticales.

⁴ KANT, Immanuel, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, Neue vermehrte Auflage, Königsberg, Friedrich Nicolovius, 1796.

El cosmopolitismo tiene asiduos en las más diversas disciplinas. Desde la filosofía, la economía, la sociología y el derecho, es posible identificar corrientes que afirman la existencia de una única comunidad constituida por la humanidad toda, por los *ciudadanos del mundo*. Subyace en el postulado la idea de que existen estándares mínimos de normatividad que son inherentes a la condición humana, no existiendo dispositivo o institución alguna que quiebre esta conciencia compartida.

No es este el lugar para examinar los postulados filosóficos del cosmopolitismo. En cambio, me interesa abordar un aspecto particular de la dimensión jurídica de dicha corriente ideológica: la pregunta sobre la existencia y la fuerza obligatoria de reglas universales de derecho privado patrimonial, es decir, reglas relativas a las relaciones entre privados que sean vinculantes a toda persona sin excepción, y si la *lex mercatoria* reviste tal carácter.

Es indiscutido que el derecho comercial se ha internacionalizado y evolucionado en el último tiempo. No obstante, las distintas manifestaciones de esta evolución, nueva sensibilidad u orientación normativa han sido calificadas de modos muy diversos, no existiendo consenso respecto de su naturaleza jurídica. Del examen de la literatura disponible no es posible sustraer conclusiones generales respecto de qué es la *lex mercatoria*.

Una primera visión postula que la *lex mercatoria* es el estatuto jurídico que engloba todas las reglas y manifestaciones del derecho comercial transfronterizo. Dentro de ella se encontrarían incorporadas tanto normas no escritas como las costumbres o usos comerciales⁵ y normas redactadas y difundidas principalmente por organizaciones internacionales como la UNCITRAL o la ICC. Estas normas están recogidas en distintos instrumentos que codifican

⁵ Varios autores suelen distinguir entre usos y costumbres: a su juicio, un uso consiste en una práctica seguida uniformemente por un grupo determinado de personas, sin revestir fuerza normativa; una costumbre, en cambio, consiste en un uso que posee fuerza normativa. Para efectos de este trabajo, las expresiones “uso” y “costumbre” son tratadas como sinónimos, comprendiéndose ambas como manifestaciones con fuerza normativa. CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado, Volumen I, De las Personas*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2019 [1942], p. 44; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel; VODANOVIC HAKLICKA, Antonio, *Tratado de Derecho Civil, Partes Preliminar y General*, 8ª edición, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2015 [1939–1942], pp. 158-159.

el derecho comercial transnacional. Desde esta perspectiva, formarían parte de la *lex mercatoria* instrumentos de *soft law* como los Principios UNIDROIT y los PECL, cláusulas tipo o contractuales como los INCOTERMS y tratados internacionales como la CISG. Por último, estarían también incorporados a la *lex mercatoria* todos aquellos principios generales del derecho en materia patrimonial que darían sistematicidad y uniformidad al resto de las manifestaciones normativas. El reconocimiento de este grueso continente normativo se materializaría institucionalmente a través del arbitraje comercial internacional.

Ciertos autores de esta primera visión extienden el argumento y postulan que la *lex mercatoria* no solo constituye derecho anacional, sino que se trata propiamente de un sistema jurídico autónomo que convive con los ordenamientos nacionales. A su juicio, la *lex mercatoria* es un sistema completo y coherente y, por tanto, autárquico e independiente del ejercicio del poder estatal.

Una segunda postura defiende que la *lex mercatoria* constituye derecho anacional, pero que se compondría únicamente de usos comerciales. Solo la costumbre formada espontáneamente en la comunidad comercial transfronteriza revestiría autonomía efectiva de las soluciones de los sistemas nacionales, configurándose de este modo un derecho de naturaleza anacional. La fuente de la obligatoriedad del resto de las fuentes, como los tratados internacionales o los instrumentos de *soft law*, derivaría directa o indirectamente de los ordenamientos jurídicos nacionales, impidiendo que adquieran naturaleza anacional.

De modo análogo con la primera visión, ciertos autores de la segunda postura postulan que, de existir un sistema jurídico anacional, este estaría formado únicamente por los usos comerciales y prácticas que han surgido como resultado de la interacción de privados en el escenario transfronterizo.

Una tercera visión sobre la naturaleza jurídica de la *lex mercatoria* arguye que ella nace únicamente como consecuencia de su eventual reconocimiento por los sistemas jurídicos

nacionales. La autonomía privada juega actualmente un papel central en las operaciones transnacionales, pero solo porque son los Estados quienes otorgan laxitud y libertad a los privados en la regulación de sus asuntos. La soberanía se impone en último término a las deliberaciones y procesos privados, de modo que toda regla que infrinja o afecte el orden público del Estado, sea que provenga de la *lex mercatoria* o cualquiera otra expresión normativa, puede ser repelida, limitada, corregida o morigerada para salvaguardar ciertos valores e intereses. De este modo, particularmente en la experiencia del arbitraje internacional, por mucho que sea generalmente aceptado que las partes pueden elegir el derecho aplicable a su relación jurídica y que el tribunal arbitral competente para resolver la controversia puede fallar utilizando derecho nacional o la *lex mercatoria*, la decisión final sobre el reconocimiento del laudo arbitral siempre dependerá de un tribunal nacional, esto es, un tribunal que ejerce soberanía. En definitiva, son los Estados los que confieren autonomía a los privados para la regulación de sus relaciones jurídicas transnacionales, pero siempre reteniendo su autoridad regulatoria sobre las prácticas surgidas en la esfera de lo libre y espontáneo.

Por último, una cuarta y última perspectiva sostiene que no hay tal cosa como una *lex mercatoria*. En realidad, se trataría de una noción que confunde a los participantes del comercio transfronterizo al tratar como sinónimos “derecho” y “evidencia de derecho”. En cualquier caso, aun si existiera la *lex mercatoria*, estos autores apuntan que su aplicación ha sido marginal a la luz de la evidencia empírica disponible y, por tanto, no merece atención su evaluación.

Independientemente de la falta de consenso en la naturaleza jurídica de la *lex mercatoria*, de su contenido, de si se trata de derecho nacional o si incluso configura una especie de sistema jurídico, la *lex mercatoria* aparece cada vez con mayor frecuencia como un concepto relevante en la resolución de disputas comerciales. La evidencia empírica no muestra que su aplicación sea inusual. Al contrario: cada año la jurisprudencia arbitral revela el aumento continuo de la importancia de la *lex mercatoria* en las controversias comerciales transfronterizas.

El aumento de la aplicación práctica no ha estado acompañado de rigurosidad científica. Existen muchas publicaciones y particularmente de árbitros lejanos a la dogmática que, para justificar la aplicación de la *lex mercatoria* a las controversias en las que intervienen, proponen soluciones que descansan en conceptos oscuros y mal acabados. Me parece que para que cualquier fenómeno jurídico tenga una adecuada manifestación práctica es necesario que se realice un esfuerzo analítico por desentrañar su dimensión teórica.

En el debate de la *lex mercatoria*, una comprensión acabada del fenómeno jurídico no resulta sencillo. Para ello, se requiere despejar interrogantes propias de la teoría general del derecho, a saber, cuáles son las fuentes del derecho, de dónde se origina su fuerza normativa y cuáles son los elementos mínimos cuya convergencia permiten configurar un sistema jurídico. La *lex mercatoria* suscita profundas preguntas sobre la naturaleza del derecho y su relación con el poder estatal. Para comprender qué es la *lex mercatoria*, deberá resolverse interrogantes como las siguientes: ¿Qué es la costumbre anacional?⁶ ¿Qué hace que la costumbre sea obligatoria? ¿Cómo se forma la costumbre? ¿Qué es el derecho comercial transnacional? ¿Quiénes componen la o una comunidad comercial transfronteriza? ¿Qué caracteriza a un sistema jurídico?

En breve, esta tesis asume el esfuerzo analítico por averiguar y esclarecer sobre si existe o no la *lex mercatoria*, cuál es su naturaleza jurídica y sobre si puede calificársele como derecho anacional. Para ello, se seguirá la siguiente estructura y metodología:

En el primer capítulo se presentará el estado actual de la discusión del debate. Para ello, en primer lugar, se mostrará las deficiencias del tratamiento que se la dado en la literatura disponible; en segundo lugar, se enseñará que *lex mercatoria* es una herramienta útil en los

⁶ En el presente trabajo, la *lex mercatoria* es calificada como “costumbre anacional o transfronteriza” y no como “costumbre internacional” para evitar confusión con la fuente normativa que deriva de la tradición del derecho internacional público. En general, se evitará la utilización del calificativo “internacional” para facilitar la diferenciación clara entre las relaciones jurídicas privadas que superan las fronteras nacionales y las relaciones jurídicas entre los Estados. El hecho de que esta tesis aluda al “comercio transfronterizo” y no al “comercio internacional” es intencional.

negocios transnacionales,⁷ en la negociación de contratos internacionales⁸ y, particularmente, en la resolución de controversias a través del arbitraje comercial internacional, lo que demuestra la necesidad de su análisis cuidadoso y profundo; en tercer lugar, se efectuará un examen crítico de los argumentos avanzados por los mercantilistas, explicando por qué toda justificación que no emprende un razonamiento analítico comete una confusión teórica que impide la demostración de la existencia de la *lex mercatoria*; y, en cuarto lugar, se procurará delimitar y diferenciar conceptualmente las nociones de *lex mercatoria* y derecho comercial transnacional.

El segundo capítulo tiene por objeto principal describir el proceso de formación del derecho mediante la interacción espontánea entre privados. Para ello, la explicación se valdrá de las proposiciones teóricas y conceptos introducidos por HAYEK (*orden espontáneo y orden artificial*), FULLER (*expectativas interaccionales*) y HART (*hábitos, actitud crítica reflexiva, conducta mayoritaria congruente, reglas primarias y secundarias*). En primer lugar, se dilucidará la relación entre el orden espontáneo con la costumbre como fuente del derecho y su oposición teórica con la idea de legislación; en segundo lugar, se intentará diferenciar a la costumbre de la *ley del contrato* y los principios generales en tanto fuentes normativas; y, en tercer lugar, se sostendrá que la costumbre, entendida que sea como regla de comportamiento, se configura con la convergencia de tres elementos, esto es, la existencia de una comunidad comercial transfronteriza, una práctica general y mayoritariamente seguida por los miembros de dicha comunidad y la reacción de los miembros mediante la adopción de una *actitud crítica reflexiva* en contra de aquel miembro que desvía su comportamiento de la *conducta mayoritaria congruente* del grupo.

El tercer y último capítulo se aboca a responder la pregunta por la existencia de un hipotético sistema jurídico anacional y, de mayor trascendencia para el propósito seguido en

⁷ Similarmente al pie de página anterior, esta tesis emplea la noción de “negocios transnacionales” en reemplazo a la expresión “negocios internacionales”.

⁸ Se prefiere la noción de “contratos internacionales” a “contratos transfronterizos” o “contratos transnacionales” por su amplia difusión en la literatura y porque no hay necesidad metodológica de introducir una calificación distinta. Lo mismo ocurre con la noción de “arbitraje comercial internacional”.

esta tesis, explicar cómo la *lex mercatoria* entendida como costumbre anacional o transfronteriza adquiere carácter jurídico. Ambas cuestiones son tratadas de modo concurrente a la luz de las teorías de HART y RAZ sobre sistemas jurídicos.

CAPÍTULO I – LA LEX MERCATORIA: STATUS QUAESTIONIS

A. Deficiencias del debate

A partir de la segunda mitad del siglo XX, defensores y detractores se han enfrentado en un agudo debate sobre la *lex mercatoria*. No existe consenso respecto de su existencia, definición y límites conceptuales. La discusión está muchas veces motivada por justificaciones de índole forense, perdiéndose de vista que todos los que participan en el debate debieran compartir una misma comprensión del asunto, sea para defenderlo o para criticarlo. En la medida que no se tenga claridad sobre los conceptos utilizados para referirse al mismo fenómeno jurídico, difícilmente se podrán alcanzar conclusiones adecuadas. Sin una terminología clara, el debate está condenado a la incoherencia por divergencias conceptuales.

Interesantemente, la *lex mercatoria* es de aquellos temas de los que no se puede decir que se haya escrito poco. Por el contrario, frecuentemente es mencionada en los estudios de derecho comercial contemporáneo y existen numerosos esfuerzos dogmáticos por desvelar su identidad. No obstante, la densidad de literatura disponible no ha traído aparejada una progresiva mejora en nuestro conocimiento y en la profundidad del análisis. El volumen de literatura se ha considerado como parte del problema.⁹ A pesar del gran interés que despierta, se ha afirmado que “más de treinta años de controversia sobre la teoría de la *lex mercatoria* pareciera no haber servido casi a ningún propósito”.¹⁰ La producción de material científico sobre los efectos o implicancias prácticas de un asunto no comprendido, casi místico,¹¹ puede convertirse en una tarea contraproducente.

⁹ TOTH, Orsolya, *The Lex Mercatoria in Theory and in Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 7.

¹⁰ DE LY, Filip, *International Business Law and Lex Mercatoria*, Amsterdam, North-Holland, 1992, p. 286: “More than thirty years of controversy about the theory of the *lex mercatoria* seems almost to have served no purpose”. En este trabajo, todas las traducciones del inglés, alemán o francés al español son libres. Cualquier imprecisión en la traducción es de exclusiva responsabilidad del autor. A lo largo del trabajo, las citas textuales se reproducirán en los pies de página para que el lector pueda contrastar la traducción con el texto en su idioma original.

¹¹ TOTH, Orsolya (n 9), p. 7.

La falta de consenso sobre qué es la *lex mercatoria* implica la necesidad de la averiguación teórica sobre su naturaleza jurídica y elementos constitutivos. Solo a partir de un entendimiento claro del fenómeno puede elaborarse atendiblemente su crítica. Solo desde la clarificación de la dimensión teórica es posible sortear las dificultades de la dimensión práctica.

Varios autores han desmerecido la pregunta que esta tesis intenta contestar. Se ha dicho que los académicos que se dedican a tales estudios meramente juegan con distinciones ociosas mientras que situaciones prácticas dramáticas requieren urgentemente la adopción de medidas legales.¹² También se ha afirmado que ningún abogado razonable aconsejaría a su cliente elegir la *lex mercatoria* como el derecho aplicable a su contrato internacional.¹³

Esta crítica es huérfana de contenido. En vez de explicar por qué no resulta relevante la indagación teórica de la *lex mercatoria*, simplemente se limita a indicar que, quizá, existen problemas con mayor importancia. No obstante, “la pregunta de la legalidad de sistemas normativos no-estatales es un pasatiempo muchos menos inocente de lo que la mayoría asume”.¹⁴

Para resolver las deficiencias del debate, en primer lugar, es necesario emprender una aproximación analítica del fenómeno jurídico de la *lex mercatoria*. Adoptar una empresa analítica quiere decir que el autor evalúa críticamente el derecho y sus conceptos a la luz de su estructura lógica. En otras palabras, un acercamiento analítico tiene por objetivo sortear conclusiones ilógicas, aun cuando ellas puedan ser valiosas desde un punto de vista axiológico. En segundo lugar, la explicación debe precisar claramente la terminología y las nociones empleadas para definir sus contornos conceptuales. En tercer lugar, debe esquivarse el aislamiento del debate de otras áreas del derecho. Para elaborar las conclusiones de esta tesis, se ha revisado la

¹² SCHULTZ, Thomas, “The Concept of Law in Transnational Arbitral Legal Orders and some of its Consequences”, en *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 2, No. 1 (2011), p. 63.

¹³ CONNERTY, Anthony, “Lex Mercatoria: Reflections from an English Lawyer”, en *Arbitration International*, Vol. 30, No. 4 (2014), p. 702.

¹⁴ SCHULTZ, Thomas (n 12), p. 65: “The question of the legality of non-state normative systems is much less an innocent pastime for law professors than most people assume”.

literatura de la teoría general del derecho, de derecho internacional privado, de derecho internacional público, de arbitraje comercial internacional, de derecho civil, de derecho comercial y de derecho transnacional. Solo un análisis sistémico y terminológicamente claro tiene la virtud de ofrecer una teoría coherente sobre la *lex mercatoria*.¹⁵

B. Utilidad de la *lex mercatoria*

El propósito de tener un adecuado entendimiento teórico de la *lex mercatoria* no es meramente especulativo. La facilidad o dificultad en su aplicación práctica depende estrechamente del modelo seguido. Aun sin haberse resuelto concluyentemente los problemas teóricos que suscita la *lex mercatoria*, la experiencia de las últimas décadas evidencia su utilidad y ventajas.¹⁶

En primer lugar, la *lex mercatoria* garantiza la neutralidad del derecho que regulará la controversia. Es común que se señale que el arbitraje comercial internacional es un espacio en el que partes provenientes de distintas realidades jurídicas y culturales pueden confluir eliminando el riesgo de que se favorezca a una de ellas por sobre la otra.¹⁷ La *lex mercatoria* reitera esta conclusión: dicho estatuto no pertenece a ningún Estado en particular, de modo que su aplicación permite equilibrar e igualar la situación de las partes en relación a las reglas aplicables a su relación jurídica.¹⁸ Si el derecho de la nacionalidad de una de las partes fuese aplicado en la controversia, la contraparte tendría que someterse a reglas con las que no está familiarizada y, por tanto, implicarían una desventaja al no poder predecir con total seguridad cuál es la situación jurídica en la que se encuentra o, de querer conocerla, debería incurrir en gastos para asesorarse de los alcances de un derecho que le es ajeno. Sumado a ello, si por

¹⁵ TOTH, Orsolya (n 9), pp. 8-10.

¹⁶ SCHERER, Matthias, “Preamble II: The Use of the PICC in Arbitration”, en VOGENAUER, S. (ed), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 81-110.

¹⁷ BORN, Gary, *International Commercial Arbitration*, 3ª edición, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2021 [2009], pp. 72-74.

¹⁸ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin, *Redfern & Hunter on International Arbitration*, 6ª edición, Oxford, Oxford University Press, 2015 [1986], pp. 28-29.

cualquiera razón debiera aplicarse las normas conflictuales del derecho de la nacionalidad de una de las partes y que ha sido elegido para regular la controversia, la predicción por la contraparte del derecho de fondo que en definitiva será aplicado para resolver la controversia se dificulta aún más, ya que supondría investigar sobre el alcance del derecho internacional privado aplicado y, por tanto, del derecho que en definitiva regulará la relación jurídica.¹⁹ El desconocimiento del derecho de la contraparte podría también afectar el ejercicio de su derecho a defensa en una eventual fase de litigación.²⁰

La aplicación del derecho de la nacionalidad de una de las partes presenta desventajas adicionales. Por un lado, las divergencias existentes entre distintos ordenamientos jurídicos en relación a su derecho de contratos pueden generar una distorsión en la competencia entre empresas establecidas o constituidas en diferentes Estados. Si, por ejemplo, en el derecho de un primer Estado el período de prescripción de las acciones contractuales por cumplimiento defectuoso es más extensa que en el derecho de un segundo Estado, el contratante cuyo derecho presenta un período más extenso de prescripción extintiva que esté interesado en acortar el plazo deberá conceder a su contraparte cuyo derecho contempla una prescripción más breve algún tipo de compensación o beneficio a cambio de negociar un período de prescripción más breve. Las distorsiones en la competencia que produce la divergencia entre los distintos ordenamientos jurídicos nacionales generan ineficiencias y, por consiguiente, impide la maximización del bienestar social.²¹

En segundo lugar, la *lex mercatoria* tiene la aptitud de ofrecer soluciones frecuentemente más adecuadas que el derecho estatal respecto de las controversias que se suscitan entre comerciantes que actúan en el mercado global. La *lex mercatoria* surge como respuesta frente a las insuficiencias normativas de las legislaciones nacionales, ofreciendo soluciones sensibles a las necesidades de los usuarios y participantes del comercio transfronterizo. Frente al aumento

¹⁹ VOGENAUER, Stefan, “Introduction”, en VOGENAUER, S. (ed), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 1.

²⁰ BONELL, Michael-Joachim, “The Law Governing International Commercial Contracts: Hard Law versus Soft Law”, en *Recueil des cours de l’Académie de droit international de la Haye*, Vol. 388, La Haya, 2018, pp. 17-22.

²¹ VOGENAUER, Stefan (n 19), p. 2.

sostenido de situaciones jurídicas transfronterizas, a veces inéditas, es la autorregulación privada –y no la regulación estatal– la llamada a elaborar soluciones que mejor respondan a las expectativas e intereses de los comerciantes.

Muchas veces la regulación del derecho de contratos de varios ordenamientos es anticuado e inadecuado para responder a las particularidades de las relaciones privadas transfronterizas. El derecho de contratos estatal ha sido fundamentalmente desarrollado para ser aplicado a contratos internos. Solo muy excepcionalmente es posible identificar reglas específicas que procuran resolver problemas transfronterizos. Desde una perspectiva comparada, es infrecuente que el derecho contractual nacional regule contratos como las cartas de intención (*letter of intent*) o los contratos de suministro llave en mano (*turnkey supply contracts*), instrumentos de aplicación frecuente en el escenario global. Adicionalmente, el derecho nacional muchas veces presenta soluciones inadecuadas en materia de prescripción, formación de contratos, distribución del riesgo, entre otros.²²

En tercer lugar, la aplicación de la *lex mercatoria* reduce los costos de transacción en el comercio transfronterizo.²³ El hecho de que el comercio actúe en un mundo multijurisdiccional importa inexorablemente el aumento de los riesgos y de los costes de transacción en las distintas operaciones jurídicas e intercambios y, por consiguiente, de inseguridad jurídica.²⁴ La aplicación de legislaciones internas a las relaciones transnacionales puede implicar un obstáculo al desarrollo de los mercados globales, al requerir que las partes se informen y discutan las implicancias normativas e institucionales de aplicar el derecho de un determinado ordenamiento jurídico nacional.²⁵

²² Idem.

²³ BERGER, Klaus-Peter, “The New Law Merchant and the Global Market Place – A 21st Century View of Transnational Commercial Law”, en BERGER, K. (ed), *The Practice of Transnational Law*, La Haya, Kluwer Law International, 2001, disponible en: https://www.trans-lex.org/2/_/a-21st-century-view-of-transnational-commercial-law/#head_4

²⁴ SCHMIDT-TRENZ, Hans-Jorg, *Außenhandel und Territorialität des Rechts – Grundlegung einer neuen Institutionenökonomik des Außenhandels*, Baden-Baden, Nomos-Verl.-Ges., 1990, pp. 60-70.

²⁵ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco, “El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales: una aproximación económica”, en *Revista española de derecho internacional*, Vol. 47, No. 2 (1995), p. 21.

El recurso a la *lex mercatoria* permite aumentar la previsibilidad de las soluciones y evita que las partes destinen tiempo y recursos en el análisis y anticipación de las posibles consecuencias que derivan de la aplicación del derecho de un determinado país. No debe desatenderse que, tratándose de relaciones jurídicas transfronterizas, el derecho nacional sustantivo no aplica automáticamente. Un estudio acabado del derecho de un país supone estudiar la regulación sustantiva del supuesto de hecho en cuestión, pero también y muy importantemente su derecho internacional privado. Aun cuando actualmente la regla general en materia de contratación internacional sea que la elección de las partes del derecho aplicable a su acuerdo se refiera únicamente al derecho sustantivo de un país y no a sus normas de conflicto,²⁶ no es pacífico si la elección se refiere únicamente a las normas materiales de dicho derecho con exclusión de sus normas imperativas, o bien debe entenderse que la elección de un derecho nacional importa aplicar tanto las normas sustantivas como aquellas que establecen límites a la autonomía de las partes. De aplicarse las normas imperativas de un Estado como consecuencia de la elección hecha por las partes en su contrato internacional, es posible que por consideraciones de orden público la solución al problema sea uno muy distinto al previsto por las partes. Si bien en la *sociedad abierta*²⁷ la iniciativa privada es la que comúnmente dirige la ordenación de los procesos transnacionales, los Estados suplementan y corrigen la autorregulación privada con distintos objetivos.²⁸ Así, es perfectamente posible que las partes, al elegir un derecho, pretendan incorporar los objetivos protegidos por tal sistema jurídico.

²⁶ Son ilustrativos de esta regla general la Ley Modelo UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional, la que ha sido adoptada por más de 160 jurisdicciones como base de sus respectivas leyes internas de arbitraje comercial internacional; y los Principios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado sobre la Elección del Derecho aplicable en materia de Contratos Comerciales Internacionales, aprobados por los Miembros de la Conferencia de la Haya el 19 de marzo de 2015.

²⁷ Término acuñado por Henri BENSON en *Les deux sources de la morale et de la religion*, desarrollada por Karl POPPER en *The Open Society and Its Enemies* y reproducida por Jürgen BASEDOW para describir la sociedad contemporánea.

²⁸ Véase BASEDOW, Jürgen, “The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation in the Conflict”, en *Recueil des cours de l’Académie de droit international de la Haye*, Vol. 360, La Haya, 2013, p. 289: “It is true that in an open society it is in the first instance a matter for the private actors to implement their intentions and to find or conceive of the framework of legal rules facilitating that implementation. It is also true that private international law would not have evolved in the absence of such private initiative to engage in cross-border relations prior to any assessment by courts and legislators. But this does not make the role of States superfluous. They supplement and correct private initiative in numerous contexts”.

Por otro lado, si bien excepcional, puede ocurrir que el derecho elegido por las partes no reconozca la facultad de elegir el derecho aplicable al contrato o solo limitadamente.²⁹ Frustrada que sea la elección y debiendo aplicarse el sistema conflictual del derecho elegido, el tribunal puede verse ante la necesidad de utilizar mecanismos de gran complejidad técnica como la calificación, el reenvío o la cuestión previa, disminuyendo la predictibilidad de las soluciones.³⁰ Por todo lo anterior, la examinación acabada de un sistema jurídico puede resultar larga y costosa.³¹

Cabe destacar que el estudio del derecho comercial transnacional ha sido incluido en los materiales académicos y cursos de gran parte de las escuelas de derecho y universidades de todo el mundo. La preparación técnica de abogados y abogadas provenientes de distintos países para enfrentar la realidad global es una preocupación generalizada de las instituciones educacionales, por lo que cada vez hay más profesionales familiarizados con los usos comerciales internacionales e instrumentos jurídicos como los INCOTERMS o los Principios UNIDROIT.³² La enseñanza del derecho comercial transnacional colabora en la reducción de los costes de transacción, ya que aumenta las posibilidades de que las partes tengan un entendimiento común en relación al derecho aplicable a su relación jurídica.

Sea o no consecuencia de las ventajas indicadas, la *lex mercatoria* tiene un lugar relevante en el tráfico comercial internacional en la actualidad y desempeña distintas funciones que a continuación se indican y analizan.

²⁹ Por ejemplo, el Derecho de Brasil, Uruguay, Irán, Arabia Saudita, entre otros, excluye o establece rigurosas limitaciones a la autonomía en la elección del derecho aplicable a la relación jurídica. Ibid, pp. 166-170.

³⁰ JUENGER, Friedrich, “The Lex Mercatoria and Private International Law”, en *Uniform Law Review*, Vol. 5, No. 1 (2000), p. 174.

³¹ BASEDOW, Jürgen, “Lex Mercatoria and the Private International Law of Contracts in Economic Perspective”, en *Uniform Law Review*, Vol. 12, No. 4 (2007), pp. 697-698.

³² BONELL, Michael-Joachim, “The UNIDROIT Principles: First Practical Experiences”, en *European Journal of Law Reform*, Vol. 193, No. 1 (1999), p. 195.

1. *Lex mercatoria* como *lex contractus*

La *lex mercatoria* puede ser elegida por las partes como el derecho aplicable a su relación jurídica. Si bien por el momento las legislaciones no reconocen dicha posibilidad en lo que concierne a los litigios ante tribunales estatales,³³ la libertad de elegir el derecho aplicable a la relación jurídica es la regla general en el ámbito del arbitraje comercial internacional. Hoy está ampliamente reconocido por las leyes de arbitraje comercial internacional y los reglamentos de instituciones arbitrales que las partes pueden elegir las “normas de derecho” que gobernarán su relación jurídica.³⁴ De particular importancia reviste el reconocimiento de la autonomía en materia de derecho aplicable por la Ley Modelo UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional, en tanto ha influido o servido como base de las leyes internas de arbitraje comercial internacional de más de 80 países a la fecha.³⁵ De modo concordante, los Principios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado sobre la Elección del Derecho

³³ BASEDOW, Jürgen (n 28), p. 171. La única excepción es la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales adoptada en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (“CIDIP-V”), celebrada en la Ciudad de México D.F., en marzo del año 1994. El artículo 10 de la Convención consagra la obligación de los tribunales estatales de justicia de aplicar, 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”. El artículo 9 de la misma Convención establece el deber de tomar en cuenta “los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales” para determinar el derecho aplicable a un contrato internacional en caso de que las partes no lo hubieran elegido. No obstante, al tratarse de un tratado internacional ratificado únicamente por dos países (México y Venezuela), la excepción tiene carácter adventicio y no es indicadora de una tendencia.

³⁴ El artículo 28 N° 1 de la Ley Modelo UNCITRAL dispone: “El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio”. La doctrina y jurisprudencia ha interpretado que dentro de la expresión *normas de derecho* se entiende comprendida la *lex mercatoria*. Por otro lado, el artículo 21 N° 1 del Reglamento de la ICC dispone: “Las partes podrán acordar libremente las *normas jurídicas* que el tribunal arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia”. Otros ejemplos se observan en el artículo 1492 del Código de Procedimiento Civil francés, el artículo 187 de la Ley suiza de Derecho Internacional Privado, el artículo 22 N° 3 del Reglamento de la LCIA, el artículo 31 N° 1 del Reglamento de SIAC, el artículo 35 N° 1 de la SAC, el artículo 36 N° 1 del Reglamento de la HKIAC, el artículo 27 N° 1 del Reglamento del SCC, el artículo 29 N° 1 del Reglamento de Arbitraje Internacional de la CAM, entre otros.

³⁵ Véase

UNCITRAL, *Status: UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006*, disponible en:

https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status.

La Ley Modelo UNCITRAL sirvió de base en Chile para la discusión de la Ley N° 19.971, de 10 de septiembre de 2004, sobre arbitraje comercial internacional.

aplicable en materia de Contratos Comerciales Internacionales, aprobados por los Miembros de la Conferencia de la Haya el 19 de marzo de 2015, da cabida explícita a la libertad en la elección del derecho aplicable a los contratos internacionales como regla general en el derecho de los negocios transnacionales.

Las partes también pueden incluir una cláusula de elección de derecho³⁶ en su contrato internacional que hace aplicable simultáneamente la *lex mercatoria* y el derecho de algún Estado determinado. La referencia puede ser cumulativa, situación en la que el tribunal deberá decidir de acuerdo a la *lex mercatoria* y al derecho estatal; alternativa, donde resulta admisible que el tribunal arbitral aplique uno u otro estatuto jurídico; o excluyente, que implica reservar la aplicación de cada estatuto para seleccionados problemas de la relación jurídica: por ejemplo, la aplicación de la *lex mercatoria* para los aspectos relacionados con el incumplimiento contractual y del derecho nacional para la determinación del monto de indemnización de tal incumplimiento.³⁷

La *lex mercatoria* puede igualmente reglar el asunto cuando el tribunal considere adecuada y necesaria su aplicación. Paradigmáticamente, si la *lex arbitri* y/o el reglamento arbitral escogido por las partes lo autorizan, el tribunal arbitral puede aplicar la *lex mercatoria* en caso de que las partes no hayan elegido el derecho aplicable a su relación jurídica. Dicha situación puede ser consecuencia de la simple omisión de las partes de designar el derecho aplicable; de la *elección negativa de derecho*; o de la designación simultánea de varios derechos nacionales que, en la práctica, implican la ausencia de elección de derecho en un determinado asunto.

En caso de que las partes omitan la designación del derecho aplicable, la práctica arbitral más moderna otorga a los tribunales arbitrales importante discreción al determinar las normas de derecho aplicables al fondo del asunto. Por ejemplo, el artículo 21 N° 1 del Reglamento de

³⁶ Se prefiere la expresión “cláusula de elección de derecho” a “cláusula de elección de ley” por razones semánticas. La última locución puede conducir a una interpretación restrictiva que solo incluye a la ley como fuente de derecho apta para regular una determinada relación jurídica.

³⁷ SCHERER, Matthias (n 16), p. 86.

la ICC establece que “a falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas”. Algunos autores han afirmado que, en toda ocasión que las partes no hayan hecho una elección expresa, la propia naturaleza del arbitraje internacional invita a la aplicación de normas neutrales, adecuadas al carácter transfronterizo del problema. En otras palabras, aplicándose derecho anacional, sería posible satisfacer las legítimas expectativas de las partes.³⁸ No obstante, es dudoso que una conclusión como esta pueda generalizarse sin que admita excepciones. Si la tarea principal del tribunal arbitral es resolver la controversia en atención de los intereses de las partes al mismo tiempo que ofrece una decisión ejecutable, muchas veces la solución se encontrará en un derecho nacional. Lo último no obsta a que el tribunal pueda decidir con arreglo a la *lex mercatoria* en los puntos más esenciales de la controversia si ello resulta apropiado al caso en concreto, pero su aplicación no puede implicar que el tribunal decida de un modo injusto.

El recurso a la *lex mercatoria* adquiere fuerza si las partes han excluido expresamente la aplicación de algunos o todos los sistemas jurídicos nacionales. En tal caso, la doctrina ha calificado la exclusión de las partes como una elección negativa de derecho, esto es, la resistencia de las partes de someter su contrato a derecho nacional, debiendo interpretarse que el derecho que en cambio regula el asunto es derecho de carácter anacional. Un acuerdo de las partes que ordene la aplicación de un derecho neutral reconfirmaría que la relación jurídica está gobernada por normas surgidas al margen de los sistemas nacionales.³⁹

Finalmente, se ha propuesto que, si las partes han hecho aplicable una pluralidad de derechos nacionales, una manera de resolver las potenciales antinomias que se generan entre las normas que dan solución al asunto es acudiendo a un derecho distinto y apropiado al asunto examinado. Por cierto, la existencia de derechos que colisionan es una situación que genera potencialmente una *elección negativa de derecho*, en tanto las partes no estarán dispuestas a que el tribunal arbitral aplique uno de los derechos elegidos por las partes descartando otro o el resto

³⁸ Ibid, pp. 90-91.

³⁹ Ibid, p. 92.

de los derechos elegidos, ya que ello podría conducir a que se beneficie arbitrariamente a una de las partes en desmedro de la otra.⁴⁰ Todos estos factores refuerzan la conveniencia de que el tribunal arbitral aplique la *lex mercatoria* frente a la omisión de las partes de elección expresa del derecho aplicable a la controversia.

Un asunto especialmente complejo es analizar si se justifica que el tribunal arbitral pueda aplicar la *lex mercatoria* reemplazando el conjunto de normas que las partes han seleccionado como derecho aplicable al fondo.⁴¹ Huelga reiterar que la posibilidad de que las partes puedan elegir las normas de derecho que regulan su relación jurídica es el principio recogido en la generalidad de las leyes y reglamentos de arbitraje. Si las partes han elegido un derecho, el tribunal arbitral no debería aplicar normas que pudieran afectar la elección. Las normas de la *lex mercatoria* cumplirían un rol exclusivamente interpretativo, pero no podrían servir como *lex contractus*.

No obstante, existen autores que consideran que la *lex mercatoria* puede servir como un sustituto de las normas del derecho elegido por las partes si la aplicación de una o algunas de las reglas de la *lex mercatoria* fuera adecuada tomando en cuenta el contexto distintivamente transfronterizo de la relación jurídica. El tribunal podría estar inclinado a “ignorar las disposiciones inapropiadas o parroquiales si la solución a la que se llega en virtud de esa ley no satisfaría las expectativas de ninguna de las partes, o conduciría a un resultado que las partes no contemplaron y que claramente frustraría su acuerdo”.⁴² En dicho sentido, en el Caso ICC No. 7528, el tribunal omitió la aplicación de normas imperativas del derecho elegido por las partes al contrato en atención de su carácter internacional.⁴³ En estos casos extremadamente excepcionales, la inaplicación del derecho elegido y la observancia de la *lex mercatoria* en

⁴⁰ Ibid, p. 94.

⁴¹ Ibid, pp. 85, 94-95.

⁴² Ibid, p. 95: “The tribunal may then be inclined to disregard unsuitable or parochial provisions if the solution reached under that law would not meet the expectations of either party, or would lead to a result which the parties did not contemplate and that would clearly frustrate their agreement”.

⁴³ Laudo Arbitral, Caso ICC No. 7528 (1997), XXII Yearbook of Commercial Arbitration No. 125, p. 131. De todos modos, las partes consintieron en que no se aplicaran las normas imperativas del derecho elegido, esto es, el derecho francés.

reemplazo puede tener lugar. No obstante, los tribunales arbitrales deben evitar la implementación de atajos inadecuados. El sistema del arbitraje se desvirtúa si el tribunal no presta consideración a la voluntad de las partes, que es precisamente la fuente de su poder jurisdiccional.

2. *Lex mercatoria* como herramienta de interpretación e integración de la *lex contractus*

En caso de que las normas de la *lex mercatoria* no hayan sido elegidas como el derecho aplicable al fondo de la controversia, el régimen jurídico cumple igualmente un rol interpretativo. Es común que las leyes sobre arbitraje comercial internacional y los reglamentos de arbitraje consagren el deber del tribunal arbitral de tener en cuenta los usos comerciales para resolver la disputa. No se trataría simplemente de una facultad, sino de una obligación del tribunal arbitral de limitar, extender, morigerar o confirmar las soluciones contenidas en el derecho elegido por las partes tomando en consideración lo que la *lex mercatoria* manda.

Especialmente relevante en este contexto es la Ley Modelo UNCITRAL debido a su generalizada adopción. El artículo 28 N° 4 establece lo siguiente: “En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso”.⁴⁴ Sea que el derecho aplicable sea un instrumento de *soft law* como los Principios UNIDROIT, un tratado internacional como la CISG o una legislación nacional, la *lex mercatoria* debe ser considerada por el tribunal para que la decisión sea internacionalmente razonable.

La literatura ha resaltado la existencia de una superposición de la función de integración (normalmente asociada a la de interpretación) con la posibilidad de que la *lex mercatoria*

⁴⁴ Esta disposición también se recoge en el artículo 21 N° 2 del Reglamento de la ICC, el inciso 2° del artículo 1496 del Código de Procedimiento Civil francés, el artículo 31 N° 3 del Reglamento de la SIAC, el artículo 35 N° 3 de la SAC y el artículo 36 N° 3 del Reglamento de la HKIAC, el artículo 29 N° 5 del Reglamento de Arbitraje Internacional de la CAM, entre otros.

funcione como el derecho de fondo.⁴⁵ Si la *lex mercatoria* puede ser utilizada para colmar los vacíos normativos del derecho elegido por las partes, no puede decirse que el derecho que en definitiva regula la controversia es solo el elegido. La *lex mercatoria* funciona como *lex contractus* como resultado del proceso de integración. Si ha de identificarse una diferencia entre ambas funciones, ella radicaría en el momento en que la *lex mercatoria* se incorpora al contrato: la función de integración es una de las herramientas que el tribunal utiliza para resolver adecuadamente la controversia y, por tanto, es una función inherentemente unida al ejercicio de la jurisdicción. Que las partes decidan que la *lex mercatoria* se desempeñe como *lex contractus*, en cambio, tiene por objetivo establecer un marco normativo a su relación jurídica que tienda a evitar la generación de problemas que potencialmente deban ser resueltos a través de un método de solución de controversias. Si las partes eligen la *lex mercatoria* para gobernar su contrato, se debe a que estiman que sus normas son las más adecuadas para la consecución de sus fines. Sería bastante inusitado que el motivo principal de las partes al elegir la *lex mercatoria* como el derecho que regula su contrato sea las potenciales ventajas estratégicas que la elección implicaría en una eventual litigación entre las partes.

La importancia de la función de integración radica en que, de presentarse lagunas jurídicas en el derecho elegido respecto de algún aspecto relevante para la resolución de la controversia, el tribunal puede suplementar o complementar el contrato a través de la aplicación de normas particularmente idóneas. Esta es quizá la función más relevante de la *lex mercatoria* en el ejercicio de la jurisdicción, ya que permite la aprehensión de la dimensión jurídica del dinamismo y evolución de los mercados, confiriendo al tribunal arbitral la flexibilidad necesaria para que su decisión no replique soluciones localistas y obsoletas, al mismo tiempo que garantizando un verdadero espacio de actualización normativa constante.

La función interpretativa no se agota en la integración. El tribunal puede interpretar el contrato según la *lex mercatoria* para confirmar que la solución normativa del derecho elegido

⁴⁵ SCHERER, Matthias (n 16), p. 98.

es razonable desde una perspectiva transfronteriza o, incluso, para corregir el alcance inadecuado que podrían presentar a la luz del contexto al que deben ser aplicadas.

La invocación de reglas de carácter anacional que el tribunal pueda realizar para orientar su ejercicio hermenéutico muchas veces es resultado de la propia orden normativa contenida en leyes de arbitraje comercial internacional, reglamentos de arbitraje, tratados internacionales o instrumentos de *soft law*, consistente en que el tribunal tome en cuenta los principios generales que informan al instrumento normativo en cuestión. Por ejemplo, en dicho sentido, resaltan el artículo 2 A de la Ley Modelo UNCITRAL con las enmiendas aprobadas en 2006, el artículo 7 N° 2 de la CISG y el artículo 1.6 de los Principios UNIDROIT.⁴⁶ Si el tribunal debe interpretar tomando en cuenta el carácter internacional de la controversia, y entendida que sea la *lex mercatoria* como un fenómeno jurídico que supera las fronteras nacionales, bien puede decirse que para que el tribunal cumpla satisfactoriamente su encargo jurisdiccional debe recurrir a la *lex mercatoria* de ser necesario.⁴⁷

⁴⁶ Laudo Arbitral, Caso ICC No. 11051 (2005), ICC International Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement, pp. 86-87; Laudo Arbitral, Caso ICC No. 8223 (1999), Vol. 10, No. 2, ICC International Court of Arbitration Bulletin, pp. 58-60; Laudo Arbitral, Caso ICC No. 9333 (1999), Vol. 10, No. 2, ICC International Court of Arbitration Bulletin, pp. 102-104.

⁴⁷ La CISG reconoce en tres distintas disposiciones la importancia que tienen los usos comerciales en la interpretación de un contrato de compraventa internacional de mercaderías: en primer lugar, el artículo 8 N° 3 establece que “para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes”; en segundo lugar, el artículo 9 N° 1 dispone que “las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas; y, en tercer lugar, el artículo 9 N° 2 preceptúa que “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”. No es pacífico en la literatura si la noción de usos contenida en la CISG los reconoce como derecho consuetudinario anacional y autónomo. Sin perjuicio de lo anterior, la convención reconoce expresamente que los usos cumplen un rol para la interpretación de un contrato de compraventa internacional, esto es, una relación jurídica privada y transfronteriza. Para una explicación de las posiciones doctrinales en relación al sentido de cada una de las disposiciones citadas véase TOTH, Orsolya (n 9), pp. 81-83. En contra de que la noción de usos contenida en la CISG sea coincidente con el concepto de derecho anacional consuetudinario, véase COETZEE, Juana, “CISG and Incoterms®: reviving the traditions of the *lex mercatoria*”, en HUTCHISON, A.; MYBURGH, F. (eds), *Research Handbook on International Commercial Contracts*, Cheltenham; Nortampton, Edward Elgar Publishing Limited, 2020, p. 171.

No existen mayores impedimentos para que el tribunal interprete a la luz de la *lex mercatoria* para confirmar su decisión. Existe abundante jurisprudencia en la que se ha mencionado disposiciones particulares de instrumentos como los Principios UNIDROIT o PECL para efectos de validar la decisión pronunciada por el tribunal de acuerdo con las normas de la ley elegida.⁴⁸

Tratándose de disposiciones poco claras, oscuras o ambiguas del derecho elegido, la *lex mercatoria* permite precisar su sentido en busca de resultados que mejor se ajusten a las expectativas legítimas de las partes. Si existe una disposición en el derecho elegido que aparentemente resuelve la controversia, pero dicha norma está formulada con un lenguaje defectuoso, es decir, que impide que se conozca claramente su sentido y alcance y, por tanto, de qué modo se implementaría, la *lex mercatoria* puede utilizarse para resolver la oscuridad o ambigüedad. De modo análogo a la función de integración, si la consecuencia jurídica de la norma no es clara, el tribunal puede complementarla a través de la aplicación de una norma de carácter anacional.

Mayor resistencia encuentra la proposición según la cual la *lex mercatoria* debe substituir el derecho elegido si su aplicación implica que la decisión resulte obsoleta desde una perspectiva transfronteriza e inadecuada según la racionalidad económica. Ya sea que la *lex mercatoria* sirva como *lex contractus* o como recurso interpretativo, existe jurisprudencia, aunque escasa, que ha rechazado la posibilidad de que el tribunal arbitral tome en consideración la *lex mercatoria* y otras manifestaciones normativas transfronterizas frente a una elección de ley expresa y válida de las partes.⁴⁹

⁴⁸ Más adelante se expondrá que, si bien ni los tratados internacionales ni los instrumentos de *soft law* sobre derecho comercial transnacional son *lex mercatoria per se*, su contenido muchas veces coincide con las normas prescritas por ella. En dichos casos, la alusión que los tribunales arbitrales realicen a las normas de dichos instrumentos es también una referencia indirecta a la fuerza normativa de la *lex mercatoria*.

⁴⁹ Laudo Arbitral, Caso ICC No. 5835 (1999), Vol. 10, No. 2, International Court of Arbitration Bulletin, p. 34; SCHERER, Matthias (n 16), p. 97.

3. *Lex mercatoria* como recurso de negociación y litigación

Desde la perspectiva del *iter* contractual y el surgimiento de la eventual disputa, la *lex mercatoria* puede servir como herramienta durante las negociaciones y/o puede ser parte de los argumentos y defensas que las partes invocan durante el litigio.

En la fase pre-contractual, la elección de la *lex mercatoria* como derecho que regula la relación jurídica puede ser determinante para el éxito del negocio o para la obtención de condiciones más favorables. Si la renuncia a la aplicación del derecho de la nacionalidad de una o todas las partes es una circunstancia que permite disminuir los costes de transacción, asegurar neutralidad y evitar un desequilibrio en el eventual ejercicio del derecho a defensa, la aplicación de la *lex mercatoria* es un factor que puede permitir que las negociaciones resulten exitosas.

La función de la *lex mercatoria* durante las negociaciones puede ilustrarse mediante dos ejemplos:⁵⁰ en primer lugar, si una de las partes pretende negociar un menor precio, y la otra quiere evitar la aplicación del derecho nacional de su contraparte, la aplicación de la *lex mercatoria* permite que la primera reduzca el precio final y que la segunda asegure el despliegue de las ventajas anteriormente mencionadas que trae aparejada la *lex mercatoria*. En segundo lugar, si ambas partes han discutido y convenido respecto de todos los asuntos relevantes de su negocio jurídico estando pendientes solo unos pocos detalles técnicos antes de la conclusión del acuerdo, incluyendo el derecho aplicable a la relación jurídica, es plausible que las partes decidan aplicar la *lex mercatoria* para esquivar objeciones que potencialmente pudieran surgir si cada parte insistiera en la aplicación de su propio derecho.

En la eventual fase de litigación, la *lex mercatoria* no es más que “una más del arsenal de armas que las partes pueden emplear entre sí”.⁵¹ Si las partes no eligieron el derecho aplicable

⁵⁰ TOTH, Orsolya (n 9), pp. 197-198.

⁵¹ Ibid, p. 199: “At the dispute stage, it is but one of the arsenal of weapons the parties may employ against each other”.

a la controversia, es posible que cualquiera de ellas alegue la aplicación de la *lex mercatoria* durante el procedimiento. Cualquiera de los litigantes podría incluso pretender demostrar la aplicabilidad de la *lex mercatoria* aun cuando han estipulado con anterioridad una cláusula de elección de una determinada legislación nacional, sea porque se intente demostrar que esa era la voluntad implícita de las partes, sea porque existe un mandato de que el tribunal arbitral considere los usos comerciales para la resolución de la disputa.

4. Objeciones a la importancia de la *lex mercatoria*

Algunos autores objetan que la *lex mercatoria* no tiene, en realidad, gran aplicación práctica: los casos en los que la *lex mercatoria* es elegida como derecho aplicable a la relación jurídica son más bien marginales,⁵² en atención a que las partes introducen generalmente en sus contratos internacionales cláusulas de elección de derecho que hacen aplicables legislaciones nacionales.⁵³

No obstante, del hecho que la elección de la *lex mercatoria* no sea el derecho que por regla general se elija en la práctica de los negocios transnacionales no se colige que la interrogante por su naturaleza jurídica sea irrelevante. Bastaría que existiera un puñado de casos en el que se aplique la *lex mercatoria* para que sea meritorio su análisis. De lo contrario, ese conjunto de casos se estaría conociendo y fallando de modo incierto e impredecible. Lord MUSTILL sugiere que un abogado concienzudo necesariamente debe advertir a su cliente involucrado en un arbitraje internacional sobre la posibilidad de que la *lex mercatoria* se aplicada,

⁵² DASSER, Felix, “Mouse or Monster? Some Facts and Figures on the Lex Mercatoria”, en ZIMMERMANN, R.; BLAUROCK, U.; KIRCHNER, C.; SPELLENBERG, U. (eds), *Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts, Teilband 2: Nichtstaatliches Privatrecht: Geltung und Genese*, Tübingen, Mohr Siebeck Verlag, 2008, p. 155: “A choice by the parties of a non-national legal standard in the sense of a *lex mercatoria* in lieu of a national law is very rare (about 0.5% of cases filed with the ICC Court of International Arbitration in 2000-2006, i.e., 2-3 p.a.). (...) In the absence of a choice of law by the parties, arbitrators very rarely resort to the *lex mercatoria* as applicable law (probably less than once per year globally)”.

⁵³ DERAIS, Yves; SCHWARTZ, Eric, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, 2ª edición, La Haya, Kluwer Law International, 2005 [1998], pp. 236-237. Los autores citan una encuesta que informa que 79.1% de los contratos sometidos a arbitrajes ante la ICC in 2004 se remitían a un derecho nacional.

por tanto, debiendo anticiparse y prepararse a contestar las preguntas que probablemente serán formuladas por empresarios que se enfrentan por primera vez a este concepto.⁵⁴

Comoquiera que sea, lo que la información empírica demuestra es que la aplicación de la *lex mercatoria* es, en realidad, significativa.⁵⁵ No es acertado concluir que la aplicación práctica de la *lex mercatoria* se reduzca a su potencial invocación por las partes mediante la cláusula de elección de derecho. Una característica usualmente compartida por las leyes de arbitraje comercial internacional y los reglamentos de arbitraje en todo el mundo es el otorgamiento de discreción al tribunal arbitral para decidir el derecho aplicable a la controversia en caso de omisión de elección.⁵⁶ Por cierto, los tribunales suelen invocar la *lex mercatoria* en mayor proporción que las propias partes.

Aún más: comúnmente existe una obligación o, al menos, una recomendación al tribunal arbitral de que tenga en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso. Esta orden entraña la función interpretativa de la *lex mercatoria*, su rol más relevante en términos cuantitativos.

Un estudio enseña que de 398 decisiones en las que se mencionan los Principios del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado sobre Contratos Comerciales Internacionales, en 30 casos las partes expresamente eligieron los Principios como derecho aplicable al fondo de la controversia; en 25 las partes se refirieron de modo genérico a la *lex mercatoria* o a usos comerciales generales para reglar su relación jurídica; en 60 casos el tribunal hizo aplicable la *lex mercatoria* verificada la omisión de elección de derecho aplicable por las partes; y en 221 casos la *lex mercatoria* desempeñó un rol interpretativo de la legislación nacional

⁵⁴ MUSTILL, Michael, “The New Lex Mercatoria: The First Twenty-Five Years”, en *Arbitration International*, Vol. 4, No. 2 (1988), p. 86.

⁵⁵ FINAZZI AGRÒ, Eleonora, “The Impact of the UNIDROIT Principles in International Dispute Resolution in Figures”, en *Uniform Law Review*, Vol. 16, No. 3 (2011), pp. 719-733.

⁵⁶ El artículo 21 N° 1 del Reglamento de la ICC establece lo siguiente: “Las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el tribunal arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia. A falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas”.

aplicable a la controversia.⁵⁷ Interesantemente, la *lex mercatoria* también fue utilizada para interpretar normas de derecho internacional público en 62 decisiones.⁵⁸

En definitiva, la significativa aplicación práctica de la *lex mercatoria* se ve reflejada en la gran cantidad de casos en los que, a pesar de no haber sido elegida por las partes como derecho aplicable, ha cumplido una función determinante para la resolución del asunto. La *lex mercatoria* puede ser definitiva en las negociaciones contractuales o en el resultado de un juicio: “Dicho de manera simple, la *lex mercatoria* es un negocio”.⁵⁹ De allí que su comprensión no sea una meta privativa de teóricos, sino también de todos los participantes de los negocios transnacionales.

C. Análisis crítico de los argumentos a favor de la existencia de la *lex mercatoria*

Varias proposiciones se han planteado para demostrar la existencia de la *lex mercatoria* y su carácter universal, autónomo y anacional. Luego de un intento de sistematización de la literatura disponible, es posible identificar seis principales explicaciones: el argumento de la codificación, de la incorporación contractual, de la aplicación práctica, del reconocimiento interno, el argumento histórico y el analítico. A continuación se analiza cada uno de ellos.

1. Argumento de la codificación

Una gran cantidad de mercantilistas piensan que la existencia de la *lex mercatoria* se prueba a través de compilaciones escritas que dan cuenta de las prácticas que la constituyen. Según los proponentes, actores privados que operan fuera de la autoridad estatal han redactado textos que transforman los conceptos amorfos del derecho comercial transnacional

⁵⁷ Para recolectar información estadística, el autor utiliza la plataforma digital de información UNILEX. Si bien la información de la plataforma no está completa, es la más comprensiva y mejor estructurada colección de decisiones referidas a los Principios UNIDROIT.

⁵⁸ MICHAELS, Ralf, “The UNIDROIT Principles as Global Background Law”, en *Uniform Law Review*, Vol. 19, No. 4 (2014), pp. 648-649.

⁵⁹ TOTH, Orsolya (n 9), p. 199: “[S]imply put, the *lex mercatoria* is business”.

en principios concretos para el uso de los distintos participantes del comercio transfronterizo.⁶⁰ El contenido de la *lex mercatoria* estaría conformado por textos de distinta naturaleza, teniendo por característica común ofrecer soluciones que responden adecuadamente a las necesidades del mercado global.

Siguiendo la propuesta doctrinal que suele atribuirse a Clive SCHMITTHOFF, los proponentes de la codificación de la *lex mercatoria* consideran que estos instrumentos no son leyes, sino textos que positivizan prácticas no-escritas que reflejan el contenido de la *lex mercatoria*: “El derecho comercial internacional contemporáneo no tiene un origen fortuito y casual, sino que consiste en normas, prácticas o usos expresados en una serie de textos autoritativos. Estos textos han sido compilados por organizaciones y agencias internacionales”.⁶¹ Por otro lado, la *codificación* de la *lex mercatoria* no es resultado de una deliberación legislativa, sino que tiene origen en iniciativas generalmente académicas o propiamente comerciales. Cuando SCHMITTHOFF plantea que la *lex mercatoria* está compuesta por usos comerciales y “legislación internacional”, no sugiere que las codificaciones sean ley en el sentido que los ordenamientos jurídicos nacionales confieren al término. La *legislación internacional* abarcaría cualquier tipo de texto creado por una entidad no-nacional y que contiene un conjunto de reglas de conducta.

Independiente de la forma que presenten, sean convenciones, principios, términos contractuales estandarizados, contratos modelo o compilaciones digitales, el contenido de todos estos textos serían evidencia expresa de las prácticas seguidas en el comercio transfronterizo. Desde este punto de vista, “el origen específico de las reglas es mucho menos importante para su autonomía que su objeto”.⁶²

⁶⁰ BROWER, Charles; SHARPE, Jeremy, “The Creeping Codification of Transnational Commercial Law: An Arbitrator's Perspective”, en *Virginia Journal of International Law*, Vol. 45, No. 1 (2004), 202-220.

⁶¹ SCHMITTHOFF, Clive, “The Unification of the Law of International Trade”, en *Journal of Business Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1968, p. 109: “[T]he modern law of international trade is not of haphazard and casual provenance but consists of norms, practices or usages expressed in a number of authoritative texts. These texts have been compiled by international organizations and agencies”.

⁶² WASSERSTEIN-FASSBERG, Celia, “Lex mercatoria – Hoist with its Own Petard?”, en *Chicago Journal of International Law*, Vol. 5, No. 1 (2004), p. 72.

Este argumento contestaría a la crítica de los escépticos sobre la indeterminación de la *lex mercatoria* como obstáculo para reconocer su existencia. Si las prácticas y costumbres tienen contornos borrosos, su codificación permite despejar dudas respecto de los supuestos de hecho a los que aplica. En otras palabras, la codificación de algún modo publica conductas seguidas por la comunidad comercial transfronteriza. El argumento de la codificación reconoce que el derecho está en un constante proceso de cambio, por lo que los instrumentos no fijan de modo definitivo el contenido de la *lex mercatoria* sino simplemente muestran su estado de desarrollo.⁶³

1.1. Instrumentos de unificación y armonización del derecho privado

La producción de estos dispositivos normativos de unificación y armonización no siempre está orientada por la misma pretensión o finalidad. En seguida se analizan los distintos instrumentos, sus propósitos y las razones por las que, desde una perspectiva analítica, el argumento de la codificación no permite concebir a la *lex mercatoria* como un fenómeno jurídico anacional y universal.

1.1.1. Convenciones internacionales (*hard law*)

Existe una extensa lista de tratados internacionales que regulan asuntos de derecho privado que tienen por principal pretensión la uniformación de las soluciones sustantivas relativas a relaciones privadas transfronterizas.⁶⁴ En términos de derecho internacional privado, los tratados internacionales son un típico medio de aplicación del método material, esto es, la técnica de reglamentación que determina directamente la solución aplicable al fondo

⁶³ BERGER, Klaus-Peter (n 23).

⁶⁴ Para un listado completo de instrumentos de derecho comercial transnacional véase VOGENAUER, Stefan, “Table of Transnational Instruments”, en VOGENAUER, S. (ed), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

a través de un derecho sustantivo específico y adecuado para regular relaciones jurídicas en las que están involucrados elementos conectados con más de un ordenamiento jurídico.⁶⁵

Para los mercantilistas, estos tratados internacionales constituyen evidencia del contenido de la *lex mercatoria* al superar las insuficiencias de las soluciones contenidas en los ordenamientos jurídicos nacionales mediante la articulación de normas que contienen las prácticas seguidas por las comerciantes especialmente adaptadas al carácter transfronterizo del supuesto de hecho.

Entre los tratados internacionales que han implicado un relevante desarrollo del derecho comercial transnacional puede mencionarse el Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional (“Convención de Varsovia”), adoptado en Varsovia el 12 de octubre de 1929; el Convenio que establece una ley uniforme sobre cheques, adoptado en Ginebra el 19 de marzo de 1931; el Convenio que establece una ley uniforme sobre letras de cambio y pagarés, adoptado en Ginebra el 7 de junio de 1930; el Convenio Internacional relativo a los Transportes Internacionales por Ferrocarril (“CIM”), adoptado en Berna el 17 de febrero de 1984; y el Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de embarque, adoptado en Bruselas el 25 de agosto de 1924.

Existe también una serie de convenciones promovidas por UNIDROIT, entre las que destacan la Convención sobre Representación en la Compraventa Internacional de Mercaderías, adoptada en Ginebra el 17 de febrero de 1983; la Convención sobre *Factoring* Internacional, adoptada en Ottawa el 28 de mayo de 1988; la Convención sobre Arrendamiento Financiero Internacional (*leasing*), adoptada en Ottawa el 28 de mayo de 1988; y el Convenio relativo a Garantías Internacionales sobre elementos del Equipo Móvil, adoptada en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001.

⁶⁵ Véase JUENGER, Friedrich, “General Course on Private International Law”, en *Recueil des cours de l’Académie de droit international de la Haye*, La Haya, Vol. 193, 1985.

Finalmente, la regulación del derecho comercial transnacional ha sido tratada importantemente en convenciones impulsadas por la UN, pudiendo mencionarse la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, adoptada en Nueva York el 10 de junio de 1958; la Convención sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, adoptada en Nueva York, el 12 de diciembre de 2001; el Convenio sobre el Transporte Marítimo de Mercancías (“Reglas de Hamburgo”), adoptado en Hamburgo el 31 de marzo de 1978; la Convención relativa al Contrato de Transporte Internacional de Mercaderías por Carretera (“CMR”), adoptada en Ginebra el 19 de mayo de 1956; la Convención sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, adoptada en Nueva York el 11 de diciembre de 1995; la Convención sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales, adoptada en Nueva York el 9 de diciembre de 1988; y la Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías, adoptada en Nueva York el 14 de junio de 1974.

Especial interés merece en este contexto la Convención de la UN sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (“CISG”), adoptada en Viena el 11 de abril de 1980.⁶⁶ La sugerencia primeramente propuesta por Ernst RABEL de unificar globalmente el derecho de la compraventa internacional se materializó posteriormente en la adopción –aunque muy limitada en términos cuantitativos al solo haber sido suscrita por nueve Estados–⁶⁷ de las Convenciones de la Haya sobre derecho de la compraventa, a saber, la Convención relativa a una Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Mercaderías (“ULIS”) y la Convención relativa a una Ley Uniforme sobre la Formación de Contratos para la Venta Internacional de Mercaderías (“ULF”), ambas firmadas en La Haya el 1 de julio de 1964. Estas dos convenciones son consideradas como los precedentes inmediatos de la génesis de la CISG, el instrumento normativo más importante sobre derecho de la compraventa internacional. Uno de los propósitos perseguidos por los redactores de la CISG consistía en crear un entramado

⁶⁶ SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg, “Introduction”, en SCHWENZER, I. (ed), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ª edición, Oxford, Oxford University Press, 2010 [1998], pp. 1-3.

⁶⁷ La ULIS y ULF fueron suscritas por Alemania, Bélgica, Gambia, Israel, Italia, Luxemburgo, los Países Bajos, San Marino y Reino Unido. *Ibid*, p. 1.

normativo que facilitara el comercio transfronterizo mediante la inclusión de las prácticas formadas y seguidas en dicho contexto. Por ello, algunos autores dicen que la CISG importó una verdadera sistematización de las normas anacionales de la *lex mercatoria*.⁶⁸ Por cierto, la doctrina más autoritativa en la examinación de la CISG sugiere que “cada vez se acepta más que el derecho uniforme de la compraventa es parte –quizás incluso la única parte realmente factible– de la *lex mercatoria* internacional”.⁶⁹ En la jurisprudencia arbitral, es posible observar que tribunales arbitrales usualmente aplican la CISG en razón del carácter internacional del contrato objeto de la disputa, aun cuando las partes no hayan hecho en su contrato alusión alguna de la Convención.⁷⁰ Adicionalmente, si las partes han hecho referencia a la aplicación de la *lex mercatoria* o a normas anacionales en la cláusula de elección de derecho de su contrato internacional, en múltiples ocasiones los tribunales arbitrales han hecho aplicable la CISG como resultado de tal elección.⁷¹

A pesar de que la CISG y el resto de los tratados internacionales que regulan materias de relaciones jurídicas privadas y transfronterizas no fueron elaborados por ningún Estado específico, el proceso de redacción no se caracterizó por conferir a la comunidad comercial transfronteriza un espacio institucionalizado para que discutiera e instaurara un derecho ajustado a sus necesidades. En el proceso de redacción de la CISG varias empresas y organizaciones participaron como observadores, pero los verdaderos órganos y personas responsables de la redacción de los tratados internacionales consistieron en su mayoría en académicos expertos y representantes diplomáticos de los distintos Estados miembros.⁷²

⁶⁸ SCHIFF-BERMAN, Paul, “The Inevitable Legal Pluralism within Universal Harmonization Regimes: The Case of the CISG”, en *Uniform Law Review*, Vol. 21, No. 1 (2016), pp. 9-10.

⁶⁹ SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (n 66), p. 11: “[I]t is increasingly accepted that uniform sales law is part –perhaps even the only really workable part– of the international law mercatoria”.

⁷⁰ Laudo Arbitral, Caso ICC No. 5713 (1989), disponible en: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/1989-icc-arbitral-award-no-5713-1989>

⁷¹ COETZEE, Juana (n 48), p. 174.

⁷² GILLETTE, Clayton; SCOTT, Robert, “The Political Economy of International Sales Law”, en *International Law Review of Law and Economics*, Vol. 25, No. 3 (2005), p. 463.

Por otro lado, no debe confundirse la pretensión de uniformación con la de trasposición de prácticas comerciales a un texto. La metodología observada en los tratados internacionales exige ineludiblemente que los distintos participantes en el proceso de redacción encuentren consensos con el objeto de que el texto definitivo sea aceptable para la mayoría. La CISG no consiste en una mera codificación de las costumbres y prácticas comerciales en materia de compraventa internacional de mercaderías, sino que es esencialmente una solución de compromiso entre las tradiciones jurídicas del derecho continental y del *common law*.⁷³ Los compromisos no siempre desembocan en las mejores soluciones o las más eficientes, sino simplemente en aquellas que reciben la menor resistencia. La CISG fue creada sobre la base de la ULIS y la ULF y, por consiguiente, pretendía valorar y efectivamente incorporar las costumbres comerciales más útiles y recientes. No obstante, el compromiso entre el derecho continental y el *common law* importó modificar la costumbre comercial observada en los hechos por la comunidad comercial transfronteriza en aras de crear un verdadero derecho neutral y uniforme de derecho de compraventa internacional sensible a las distintas tradiciones jurídicas, económicas y políticas.⁷⁴ En consecuencia, es histórica y jurídicamente inconsistente sostener que todas y cada una de las normas de la CISG o de los tratados internacionales de uniformación del derecho privado sean expresiones de la *lex mercatoria*.⁷⁵

Adicionalmente, no es analíticamente consistente afirmar que las normas contenidas en los tratados internacionales tengan carácter anacional. El fundamento de la obligatoriedad de los tratados internacionales descansa en una premisa distinta. Toda convención deriva su fuerza normativa de la soberanía de los Estados, los que voluntariamente consienten en someterse a determinadas reglas de conducta.⁷⁶ Desde el momento en que se cumplan todas las condiciones y reglas formales igualmente convenidas entre los Estados, principalmente, los trámites de suscripción, ratificación y entrada en vigor, las normas contenidas en el tratado internacional pasan a formar parte del derecho del Estado miembro.

⁷³ Véase EISELEN, Sieg, “The CISG as Bridge between Common and Civil Law”, en DIMATTEO, L. (ed), *International Sales Law: A Global Challenge*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

⁷⁴ COETZEE, Juana (n 48), pp. 170-175.

⁷⁵ Ibid, pp. 170-171.

⁷⁶ SHAW, Malcolm, *International Law*, 8ª edición, Cambridge, Cambridge University Press, 2017 [1977], p. 69.

No es este el lugar para indagar detenidamente en la relación entre el derecho internacional público y el derecho nacional, problema usualmente presentado como un conflicto teórico de gran complejidad.⁷⁷ Resumidamente, la reflexión analítica ha desarrollado fundamentalmente dos soluciones: el dualismo y el monismo. El dualismo enfatiza el carácter independiente del derecho internacional público que se ocupa de la regulación de la relación entre los Estados, distinguiéndose del derecho interno o de los ordenamientos jurídicos nacionales preocupados de la regulación de la relación entre los privados entre sí y de estos con el Estado. El monismo, en cambio, considera que el derecho internacional y el derecho nacional forman parte de un mismo y único ordenamiento jurídico o, al menos, configuran distintos sistemas jurídicos que se encuentran estrechamente vinculados, pudiendo presumirse su coherencia y consistencia. De seguirse la teoría dualista, la fuerza normativa de la regla contenida en un tratado internacional depende de la existencia de una norma del ordenamiento jurídico nacional que la reconozca.

Dicho lo anterior, cualquiera sea la teoría seguida, si una regla de la CISG u otro tratado internacional de derecho comercial transnacional fuera manifestación hipotética del contenido de la *lex mercatoria*, la norma sería obligatoria para las partes porque emana de la orden dispuesta por el derecho nacional (teoría dualista) o por el derecho internacional público (teoría monista).⁷⁸ En ambos casos, la *lex mercatoria* no sería un derecho de carácter autónomo y anacional.

⁷⁷ Véase CHARLESWORTH, Hilary; CHIAM, Madelaine; HOVELL, Devika; WILLIAMS, George (eds), *The Fluid State: International Law and National Legal Systems*, Sydney, Federation Press, 2005; CRAWFORD, James, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8ª edición, Oxford, Oxford University Press, 2012 [1966]; DENZA, Eileen, "The Relationship between International and National Law", en EVANS, M. (ed), *International Law*, 4ª edición, Oxford, Oxford University Press, 2006 [2003]; FERRARI-BRAVO, Luigi, "International and Municipal Law: The Complementarity of Legal Systems", en MACDONALD, R. S. J.; JOHNSTON, D. (eds), *The Structure and Process of International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1983; HIGGINS, Rosalyn, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford, Clarendon Press, 1994; MALANCZUK, Peter, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Londres, Routledge, 1997; NIJMANN, J.; NOLLKAEMPER, A. (eds), *New Perspectives on the Divide between National and International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007; O'CONNELL, Daniel-Patrick, *International Law*, Vol. 1, 2ª edición, Londres, Stevens & Sons, 1970 [1965]; SHAW, Malcolm (n 76).

⁷⁸ CRAWFORD, James (n 77), pp. 45-47.

El carácter universal de la *lex mercatoria* también sería difícilmente conseguido si su obligatoriedad dependiera de los tratados internacionales. Las convenciones de uniformación del derecho privado muchas veces arriesgan convertirse en letra muerta, sea porque no han sido ratificadas por un número suficiente de Estados, sea porque las partes que provienen de Estados suscriptores son aconsejadas por abogados que sugieren que excluyan la aplicación de los tratados en su contrato o relación jurídica. Adicionalmente, este tipo de convenciones tienen un carácter más bien fragmentario y sectorial, regulando únicamente los derechos y obligaciones de las partes que surgen de ciertos tipos de relaciones jurídicas y supuestos de hecho. Incluso un instrumento tan comprensivo, conocido y aplaudido como la CISG fracasa en asegurar soluciones uniformes al presentar una serie de disposiciones ambiguas y lagunas jurídicas que corren el riesgo de ser interpretadas e integradas de maneras muy distintas en diferentes países.⁷⁹

1.1.2. Instrumentos de *soft law*

Los instrumentos de armonización tienen por aspiración generar un marco normativo común con miras de aumentar la confianza de los participantes del mercado respecto del régimen jurídico que regla sus actividades.⁸⁰ La uniformación de distintos sistemas jurídicos sería consecuencia del esfuerzo de la comunidad internacional de elevar normas jurídicas – particularmente de derecho contractual– desde el escenario nacional al transnacional,⁸¹ pudiendo identificarse un intento de unificación mundial del derecho privado (Principios UNIDROIT) y otros de armonización regional (PECL, PLDC, etcétera).⁸² Un propósito similar persigue el *Restatement (Second) of Contracts* estadounidense al recopilar e informar a los participantes de la comunidad jurídica sobre los principios generales del derecho contractual

⁷⁹ BONELL, Michael-Joachim (n 20), pp. 19-20.

⁸⁰ BASEDOW, Jürgen (n 28), p. 124.

⁸¹ Véase BONELL, Michael-Joachim, “The UNIDROIT Principles and Transnational Law”, en *Uniform Law Review*, Vol. 5, No. 2 (2000).

⁸² Puede también mencionarse los Principios Asiáticos de Derecho de Contratos y los Principios de la Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en el Caribe sobre los Contratos Comerciales Internacionales.

de las jurisdicciones del *common law* promoviendo de esta manera “la clarificación y simplificación del derecho y su mejor adaptación a las necesidades sociales”.⁸³

Gran cantidad de autores aseveran que los instrumentos de armonización elaborados por organizaciones internacionales serían manifestaciones de la *lex mercatoria*.⁸⁴ Las soluciones normativas contenidas en estos textos coincidirían con la orientación normativa que la comunidad comercial transfronteriza ha seguido para la resolución de disputas transfronterizas. No existe consenso respecto de si los principios generales del derecho constituyen uno de los elementos o fuentes que componen la *lex mercatoria*, pero si fuera el caso, los instrumentos de armonización son las expresiones que mejor traslucen dichos principios. Adicionalmente, estos textos permitirían definir el contenido de la *lex mercatoria*. Se ha dicho que los Principios UNIDROIT fueron ideados para hacer la *lex mercatoria* menos vaga y más precisa.⁸⁵ El Reporte de la Secretaría de UNIDROIT ilustra los objetivos del texto:⁸⁶

⁸³ WRIGHT, Cecil, “The American Law Institutes Restatement of Contracts and Agency”, en *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 1, No. 1 (1935), p. 17: “[T]wo volumes of the Restatement of the Law of Contracts and two of the Restatement of the Law of Agency have been issued by the American Law Institute. As these volumes are the first fruits of the most ambitious and thorough attempt yet made in common-law jurisdictions to promote the clarification and simplification of the law and its better adaptation to social needs”.

⁸⁴ En relación a los Principios UNIDROIT véase MASCAREÑO, Aldo; MEREMINSKAYA, Elina, “The Making of World Society through Private Commercial Law: the Case of the UNIDROIT Principles”, en *Uniform Law Review*, Vol. 18, No. 3-4 (2013); MARRELLA, Fabrizio, “Lex Mercatoria and the UNIDROIT Principles: a Shock or a New Chapter of Contemporary Private International Law?”, en YILDIRIM, C. (ed), *International Commercial Arbitration and the New Lex Mercatoria*, Estambul, Oniki Levha Yayinciik A. S., 2014; VISCHER, Frank, “The Relevance of the UNIDROIT Principles for Judges and Arbitrators in Disputes Arising out of International Contracts”, en *European Journal of Law Reform*, Vol. 1, No. 3 (1999); BORTOLOTTI, Fabio, “The UNIDROIT Principles as a Basis for Alternative Choice-of-Law Clauses, with Particular Reference to the ICC Model Contracts”, en *Uniform Law Review*, Vol. 19, No. 4 (2014). En relación a los PECL véase MANSOOR, Zeeshan, “Principles of European Contract Law: an Autonomous Lex Mercatoria or Part of a Universal Lex Mercatoria?”, en *International Journal of Private Law*, Vol. 6, No. 1 (2013).

⁸⁵ VOLCKART, Oliver; MANGELS, Antje, VOLCKART, Oliver; MANGELS, Antje, “Are the Roots of the Modern Lex Mercatoria really Medieval?”, en *Southern Economic Journal*, Vol. 65, No. 3 (1999), p. 430.

⁸⁶ Secretaría de UNIDROIT, “Progressive Codification of the Law of International Trade: Note by the Secretariat of the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT)”, en *UNCITRAL Yearbook I (1968-1970)*, pp. 285-288: “[I]nternational trade needs its own ordinary law with its own particular role and full range of functions [...] The very fact that the legal relationships of international trade are international in character puts them outside the jurisdiction of municipal law and makes them governable by a law removed from any national contingencies, that is, an ordinary law of international trade, which alone can provide the legal framework which international trade needs in order to develop [...] Consequently, international trade now, as much as ever, needs a real *ius commune mercatorum*, a material law that can govern international relations [...] So the first task will be to prepare a draft for the general section containing the basic principles which will form the foundations and the framework of the unification”.

“El comercio internacional necesita su propio derecho con su propio rol particular y su gama completa de funciones [...] El hecho de que las relaciones jurídicas del comercio internacional sean internacionales en naturaleza las pone fuera de la incumbencia de la ley nacional, siendo en cambio gobernables por un derecho ajeno a cualquier contingencia nacional, es decir, un derecho internacional comercial común que proporciona el marco legal que necesitan los intercambios internacionales para desarrollarse [...] En consecuencia, el comercio internacional ahora y siempre necesita un verdadero *ius commune mercatorum*, un derecho material que puede gobernar las relaciones internacionales. [...] La primera tarea será preparar un borrador para la sección general que contenga los principios básicos que formarán los fundamentos y el marco para la unificación”.

De este modo, la alusión de la *lex mercatoria* en un contrato internacional podría suponer una remisión a alguno de estos instrumentos de armonización.⁸⁷ Si por cualquier razón los Principios UNIDROIT aplican para la resolución de una controversia, ello se traduce en que la *lex mercatoria* es el estatuto que regla la relación jurídica.⁸⁸ A su turno, si las partes eligen los PECL como derecho aplicable a su contrato, o cuando las leyes y reglamentos ordenan al tribunal que tome en cuenta los usos comerciales, el tribunal debería utilizar estos cuerpos normativos para ajustar su decisión.

No obstante, la asimilación de la *lex mercatoria* con estas compilaciones normativas de uniformación o armonización no ha estado exenta de críticas.

⁸⁷ BONELL, Michael-Joachim, “The Law Governing International Commercial Contracts and the Actual Role of the UNIDROIT Principles”, en *Uniform Law Review*, Vol. 23, No. 1 (2018), p. 34.

⁸⁸ Los primeros cuatro incisos del preámbulo de los principios UNIDROIT dicen lo siguiente: “Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales. Estos principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos. Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes. Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato”.

Para los detractores, lo que verdaderamente persiguen los instrumentos de armonización es ser una manifestación del *núcleo común* o *ius commune* de diversos sistemas nacionales como resultado de la investigación comparativa de solo algunas determinadas legislaciones,⁸⁹ lo que no necesariamente coincide con las costumbres seguidas por los comerciantes.⁹⁰ Es implausible que los instrumentos de armonización tengan por único objetivo reflejar las prácticas espontáneamente surgidas dentro de la comunidad comercial transfronteriza.⁹¹ Los instrumentos de armonización han sido siempre producidos por académicos especializados en el derecho comparado de contratos. En el caso de los Principios UNIDROIT, estos fueron originalmente redactados como una reformulación (*restatement*) del derecho de contratos.⁹² Su modesta función original fue servir como un trabajo preparatorio para un eventual código uniforme en la materia.⁹³ El seguimiento de estos principios habría de colaborar a la armonización del derecho de contratos, reduciendo de este modo las divergencias entre las legislaciones nacionales y los costes de transacción para los participantes del comercio transfronterizo. No obstante, esta finalidad no se relaciona ni resuelve la pregunta sobre la existencia de la *lex mercatoria*. A pesar de que los redactores de los principios han afirmado que durante su elaboración dieron especial atención a instrumentos no-legislativos tales como términos contractuales estandarizados o contratos tipos elaborados por organizaciones internacionales, la influencia de estos instrumentos es difícilmente reconocible.⁹⁴

⁸⁹ Incluso esta pretensión está abierta a debate. La metodología empleada por el grupo de trabajo de los Principios UNIDROIT se basó casi exclusivamente en la examinación de sistemas jurídicos occidentales, no haciendo justicia a la pretensión de elaborar un derecho global de contratos. Aun más: algunos artículos de los Principios UNIDROIT difícilmente pueden considerarse como representativos del *ius commune* del derecho occidental. Por ejemplo, la decisión de no incorporar la causa o la *consideration* como requisito de validez de los contratos, como ocurre en el sistema germánico y desde el año 2016 en el sistema francés, es una desviación sustancial del derecho británico y español. VOGENAUER, Stefan (n 19), p. 10.

⁹⁰ MICHAELS, Ralf (n 58), pp. 657–659.

⁹¹ SYMEONIDES, Symeon, “Party Autonomy and Private-Law Making in Private International Law: the Lex Mercatoria that Isn’t”, en National and Kapodistrian University of Athens, Faculty of Law, Research Institute of Procedural Studies (ed), *Festschrift für Konstantinos D. Kerameus*, Atenas, Ant. N. Sakkoulas & Bruylant Publishers, 2009, p. 1406.

⁹² MICHAELS, Ralf, “Preamble I: Purposes, Legal Nature, and Scope of the PICC; Applicability by Courts; Use of the PICC for the Purpose of Interpretation and Supplementation and as a Model”, en VOGENAUER, S. (ed), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 25.

⁹³ MICHAELS, Ralf (n 58), p. 645.

⁹⁴ VOGENAUER, Stefan (n 19), p. 10.

Desde la publicación de los Principios UNIDROIT, la literatura ha expandido sus funciones mucho más allá de lo que sus redactores pudieron haber alguna vez imaginado.⁹⁵ Que los defensores de la *lex mercatoria* indiquen los instrumentos de armonización como prueba colisiona con la intención original y principal de estos textos. Efectivamente existen convergencias:⁹⁶ tanto la *lex mercatoria* como los Principios UNIDROIT recuperan, por ejemplo, la libertad de contratación o el repudio al comportamiento contradictorio (*estoppel* o *venire contra factum proprium non valet*) como conceptos normativos de carácter vinculante por la comunidad comercial transfronteriza y por la generalidad de los Estados. No obstante, no es ni histórica ni dogmáticamente acertado caracterizar a estos instrumentos como representaciones auténticas de la *lex mercatoria*.⁹⁷

1.2. Términos contractuales estandarizados

A diferencia de los instrumentos de armonización, la formulación de los términos contractuales estandarizados por organizaciones internacionales ha tenido efectivamente por propósito articular en términos positivos ciertos usos comerciales transfronterizos. La Cámara de Comercio Internacional (“ICC”) es la organización que más ha colaborado en compendiar la costumbre surgida en el mercado global y en distintas industrias. Se ha dicho que la ICC es el centro de gravedad de la nueva *lex mercatoria*.⁹⁸ Entre los distintos textos elaborados por la ICC puede mencionarse los *International Commercial Terms* (“INCOTERMS”), los *Uniform Customs and Practice for Documentary Credits* (“UCP 600”), los *Uniform Rules for Collections* (“URC

⁹⁵ El análisis de los propósitos, implicancias y del funcionamiento de los Principios UNIDROIT escapan a los objetivos propuestos en esta memoria.

⁹⁶ BERGER, Klaus-Peter, “The Relationship between the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the New Lex Mercatoria”, en *Uniform Law Review*, Vol. 5, No. 1 (2000), pp. 168-169.

⁹⁷ VOGENAUER, Stefan (n 19), p. 10.

⁹⁸ SWEET, Alec-Stone, “The New Lex Mercatoria and Transnational Governance”, en *Journal of European Public Policy*, Vol. 13, No. 5 (2006), p. 635.

522”), los *Uniform Rules for Forfeiting* (“URF 800”), las *Uniform Rules for Demand Guarantees* (“URDG”), las *International Standby Practices* (“ISP 98”),⁹⁹ entre otros.

De modo similar, la Comisión de la ICC en Derecho Comercial y Práctica (“CLP”) ha desarrollado contratos y cláusulas modelo que procuran dar a las partes un marco contractual neutro para regular su relación jurídica. Estos dispositivos han sido institucionalizados porque han sido probados y han demostrado ser eficaces en la práctica.¹⁰⁰ Los proponentes afirman que los contratos y cláusulas modelo podrían calificarse como representativos de la costumbre comercial.

Especial mención merecen los INCOTERMS, definidos como “un conjunto de once términos comerciales comúnmente utilizados por medio de tres letras como, por ejemplo, CIF, DAP, etc., que reflejan la práctica entre empresas en los contratos de compraventa de mercancías”.¹⁰¹ Estos términos regulan las obligaciones del comprador y el vendedor en relación al transporte, al seguro de la mercadería y a la obtención de los documentos de embarque y licencias de exportación o importación; precisan dónde y cuándo debe el vendedor entregar la mercancía al comprador y, por consiguiente, dónde se transmite el riesgo; y determina qué costos le corresponde a cada parte.¹⁰² La ICC anticipa que las reglas INCOTERMS no disponen ni son autosuficientes para funcionar como derecho aplicable al

⁹⁹ Si bien las ISP 98 fueron emitidas por el Instituto de Derecho y Prácticas Bancarias Internacionales en 1999, ellas fueron igualmente adoptadas por la ICC a través de la publicación N° 590 del mismo año.

¹⁰⁰ Véase, por ejemplo, los siguientes modelos: Contrato de Compraventa Internacional (Publicación ICC No. 556); Contrato de Franquicia Internacional (Publicación ICC No. 557); Contrato de Intermediación Ocasional (Publicación ICC No. 619); Contrato de Agencia Comercial (Publicación ICC No. 644); Contrato de Distribución (Publicación ICC No. 646); Contrato de Suministro Llave en Mano (Publicación CCI No. 653); Contrato de Fusiones y Adquisiciones – Contrato de Compraventa de Acciones (Publicación ICC No. 656); Contrato de Distribución Selectiva (Publicación ICC No. 657); Acuerdo de Confidencialidad (Publicación ICC No. 664); Contrato de Llave en mano para grandes proyectos (Publicación ICC No. 659); Contrato de licencia de marca internacional (Publicación ICC No. 673); Contrato de Transferencia de Tecnología (Publicación ICC No. 674); Subcontrato (Publicación ICC No. 706); Modelo de Consorcio (Publicación ICC No. 779); Contrato de *Joint Venture* (Publicación ICC No. 780); Contrato de Servicios de Consultoría Internacional (Publicación ICC No. 787); Cláusula de Fuerza Mayor; Cláusula de *Hardship*; Cláusula Anti-corrupción; Cláusula de arbitraje.

¹⁰¹ Cámara de Comercio Internacional, *Incoterms® 2020: Reglas de ICC para el uso de términos comerciales nacionales e internacionales*, París, ICC Publishing, 2019, p. 2.

¹⁰² Idem.

contrato, siendo necesaria la aplicación simultánea de otras normas de derecho que regulen todos los aspectos de la compraventa no cubiertos por los términos comerciales,¹⁰³ entre otros, la formación del contrato de compraventa, las especificaciones de la mercancía vendida, las modalidades del pago, la transferencia de la propiedad y de la posesión de la mercancía, las acciones contractuales disponibles en caso de incumplimiento, la imposición de aranceles, la prohibición de exportar o importar, la fuerza mayor y la excesiva onerosidad sobreviniente, los derechos de propiedad intelectual, el método de resolución de controversias, etcétera.¹⁰⁴

A diferencia de la CISG o los Principios UNIDROIT, el proceso de confección de los INCOTERMS no ha sido protagonizado por académicos o representantes estatales. Para la redacción del texto se sigue un proceso de consulta en el que participan comités de la ICC que representan grupos de interés variados, entre los que figuran terceros y empresas conectadas con el comercio transfronterizo que no responden a ningún país en específico. La metodología implementada consiste en establecer las prácticas y costumbres más comunes y dominantes que existen en el transporte y entrega de bienes en todas las industrias y atravesando todas las localidades geográficas.¹⁰⁵

De la propia caracterización que la ICC ofrece en su guía práctica se infiere que los INCOTERMS funcionan esencialmente como términos contractuales estandarizados, lo que insinúa que su fuerza normativa depende del acuerdo expreso o tácito de las partes de hacerlos aplicables a su contrato internacional. De esta suerte, la fuente de la vinculatoriedad de los INCOTERMS sería la voluntad de las partes. No obstante, la jurisprudencia enseña que alguno de los términos INCOTERMS podrían aplicar al contrato de las partes aun en caso de que no los hayan incorporado si es reconocido como un uso comercial o costumbre mercantil.¹⁰⁶

¹⁰³ BONELL, Michael-Joachim (n 58), p. 21; BASEDOW, Jürgen (n 31), p. 705.

¹⁰⁴ Cámara de Comercio Internacional (n 101), pp. 2-3.

¹⁰⁵ COETZEE, Juana (n 48), p. 176.

¹⁰⁶ Ibid, pp. 176-179.

Los proponentes del argumento de la codificación dirían que la positivización de estas prácticas por la ICC es un hecho suficiente para probar la existencia de la *lex mercatoria*. Sea que apliquen como resultado del acuerdo de las partes o como uso comercial, en ambos casos los INCOTERMS reflejan las prácticas efectivamente seguidas por los comerciantes que actúan en el mercado transfronterizo. Dicho ello, los proponentes invitan a dirigir la atención al contenido mismo de la regla INCOTERM, no siendo verdaderamente relevante preguntar de qué modo es que ella llega a aplicar en una controversia.¹⁰⁷

Aun cuando se considere que el contenido de los INCOTERMS coincida importantemente con los usos comerciales que efectivamente se observan en el comercio transfronterizo, su codificación no captura de modo definitivo los contornos precisos de las conductas prescritas. Los textos solo reflejarían un *statu quo* normativo que puede en cualquier momento mutar o desaparecer, existiendo un riesgo latente de que la compilación escrita quede desactualizada una vez que las prácticas evolucionen. Como las reglas jurídicas no-escritas nunca pueden ser completamente capturadas con su positivización, los INCOTERMS solo constituyen un importante indicio del contenido de la *lex mercatoria*.¹⁰⁸ Esto se debe a que la fuerza normativa de cualquiera de estas reglas no deriva del hecho de que hayan sido redactadas e institucionalizadas.¹⁰⁹ Que los instrumentos sean prueba de la *lex mercatoria* nada dice sobre por qué la *lex mercatoria* debe ser seguida y respetada. De lo contrario, se estaría confundiendo *derecho* con *evidencia de derecho*.¹¹⁰ La mera formulación de una regla, cualquiera sea su soporte, no basta para explicar su fuerza obligatoria.

En cualquier caso, no es tampoco cierto que la codificación de las prácticas por la ICC tenga por objeto capturar el estado evolutivo de la costumbre comercial. Si bien en el proceso de redacción no se intenta anticipar nuevas prácticas que pudieran potencialmente surgir como

¹⁰⁷ ROWE, Michael, “The Contribution of the ICC to the Development of International Trade Law”, en HORN, N.; SCHMITTHOFF, C. (eds), *The Transnational Law of International Commercial Transactions, Vol. 2*, Antwerp; Boston, Kluwer, 1982, p. 52

¹⁰⁸ FRISCHKORN, Michael, “Definitions of the Lex Mercatoria and the Effects of Codifications on the Lex Mercatoria’s Flexibility”, en *European Journal of Law Reform*, No. 7 (2005), p. 350.

¹⁰⁹ WASSERTEIN, Celia (n 62), p. 69.

¹¹⁰ TOTH, Orsolya (n 9), p. 15.

consecuencia de la convergencia de ciertos factores, una de las pretensiones de la ICC mediante la publicación de las reglas INCOTERMS es facilitar el comercio transfronterizo y, por consiguiente, estandarizar, clarificar y mejorar las costumbres existentes.¹¹¹ De este modo, los INCOTERMS no replican necesariamente con total fidelidad las prácticas comerciales, sino que plasman las reglas que, a juicio de los participantes en su proceso de redacción, resultan más eficientes, claras y comprensibles para el funcionamiento del mercado de los intercambios transfronterizos. El texto sería en realidad un producto artificialmente manufacturado por abogados –y no por los propios comerciantes– que no se dedican a describir prácticas o usos comerciales, sino a seleccionar reglas que creen que deben guiar el comportamiento en el mercado global.¹¹² Resulta todavía más evidente que las reglas no son una copia exacta de las costumbres constitutivas de la *lex mercatoria*, en tanto la ICC ha registrado una marca comercial sobre ellas (INCOTERMS®). Es notorio que la organización no las trata como una codificación de las costumbres y prácticas mercantiles existentes, sino como una creación propia.¹¹³

1.3. Principios TransLex

La recopilación de los principios TransLex tiene un propósito inmediatamente relacionado con la demostración de la existencia de la *lex mercatoria*. Su principal promotor, Klaus-Peter BERGER, define los principios TransLex como “una lista abierta, no exhaustiva, de principios y reglas de la nueva *lex mercatoria* que es constantemente actualizada pero nunca se completa”.¹¹⁴

La disponibilidad de los principios TransLex a través de Internet permite que sean regularmente actualizados por el equipo de investigación central de los principios TransLex.

¹¹¹ COETZEE, Juana (n 48), p. 176.

¹¹² WASSERTEIN, Celia (n 62), p. 81.

¹¹³ COETZEE, Juana (n 48), p. 178.

¹¹⁴ BERGER, Klaus-Peter, *The Lex Mercatoria (Old and New) and the TransLex-Principles*, disponible en: https://www.trans-lex.org/the-lex-mercatoria-and-the-translex-principles_ID8: [A] non-exhaustive, open list of principles and rules of the New Lex Mercatoria that is constantly updated but never completed”.

Reflejando el carácter privado y autónomo de la *lex mercatoria*, para modificar o agregar contenido a los principios no se requiere el cumplimiento de un procedimiento institucionalizado, sino que depende esencialmente de que se respeten dos criterios de rigurosidad técnica y científica: en primer lugar, su análisis a través de una aproximación de derecho comparado; y, en segundo lugar, su análisis según la convicción general de los participantes de la comunidad comercial transfronteriza.¹¹⁵

Contenidos en 14 capítulos accesibles a través de listas despegables, la revisión de los principios TransLex permite comprender las reglas fundamentales y específicas para la resolución de una vasta mayoría de disputas comerciales transfronterizas. El usuario obtiene acceso instantáneo a los textos normativos de derecho transnacional y a cientos de referencias en doctrina, laudos arbitrales, decisiones judiciales, legislación nacional, *restatements*, leyes modelo, términos comerciales estandarizados, contratos modelos, etcétera. Una de las tareas principales del equipo de investigación central de los principios TransLex es reunir periódicamente nuevos materiales para ser subidos a la plataforma. Al mismo tiempo, los principios TransLex contienen una función denominada “génesis”, que pretende conferir transparencia al proceso de codificación de la *lex mercatoria* al explicar la historia de una regla o principio transnacional.¹¹⁶

Algunos mercantilistas podrían intentar sostener que los principios TransLex logran capturar virtualmente el carácter espontáneo de la *lex mercatoria*. A diferencia de otros instrumentos de derecho transnacional como la CISG o los Principios UNIDROIT, el medio en el que se recopilan los principios TransLex se acerca más a la caracterización privada y anacional de la *lex mercatoria*. Aun así, el inexorable reconocimiento de la necesidad de aplicar criterios mínimos de validación formal para la inclusión o modificación del contenido de la plataforma digital implica afirmar su carácter recopilatorio y no creativo de la *lex mercatoria*.

¹¹⁵ BERGER, Klaus-Peter, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, 2ª edición, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010 [1996], pp. 283-287.

¹¹⁶ *Ibid*, pp. 275-276.

Al igual que los otros ejemplos del argumento de la codificación, sostener que los principios TransLex constituyen *lex mercatoria* es analíticamente inconsistente. El compendio de distintos laudos arbitrales, trabajos científicos, textos normativos y usos comerciales referidos a la *lex mercatoria* y al derecho transnacional en general no explica el proceso de formación de estas reglas. Explicar la historia de la génesis de una regla de la *lex mercatoria* no es más que entregar contexto respecto de un proceso exógeno a los principios TransLex. En suma, el esfuerzo por justificar la existencia de la *lex mercatoria* como un fenómeno jurídico universal, autónomo y anacional se corrompe por el instrumento mismo que procura impulsar su independencia: la codificación.¹¹⁷

2. Argumento de la incorporación contractual

Otra vía que ha intentado responder la pregunta sobre la existencia de la *lex mercatoria* consiste en que ella se constata a través de la inclusión que las partes hacen de la *lex mercatoria* en el contrato que celebran.¹¹⁸

La literatura suele afirmar que la mayoría de los instrumentos que presuntivamente contienen la *lex mercatoria* consisten en dispositivos de *soft law*, esto es, “instrumentos de naturaleza normativa que no tienen fuerza jurídica vinculante y que solo son aplicables a través de aceptación voluntaria”.¹¹⁹⁻¹²⁰ En consecuencia, bastaría que las partes expresen su voluntad

¹¹⁷ WASSERTEIN, Celia (n 62), p. 81.

¹¹⁸ NYGH, Peter, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, Clarendon Press, 1999, pp. 172-190.

¹¹⁹ BONELL, Michael-Joachim, “Soft Law and Party Autonomy: The Case of the UNIDROIT Principles”, en *Loyola Law Review*, Vol. 51, No. 2 (2005), pp. 229 y 251.

¹²⁰ La definición de instrumentos de *soft law* no es pacífica. Si bien se suele afirmar que, a falta de invocación por las partes, se trataría de textos que no son jurídicamente vinculantes, muchas veces los participantes del comercio transfronterizo los aplican de modo automático y sin mediar discusión previa. En el contexto del arbitraje comercial internacional, un buen ejemplo es la práctica universalizada de aplicar las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba. Pareciera que la noción de *soft law* introduce mayores dificultades conceptuales, ya que reduce el debate a la constatación sobre si las partes han expresado o no su voluntad, excluyendo la posibilidad de que las normas contenidas en dichos instrumentos sean evidencia de *lex mercatoria*. El *soft law* no sería sino “una palabra de moda que esencialmente transporta la idea vaga de la existencia de una comunidad global de ciertas reglas con un relativo carácter normativo hacia la idea de una práctica basada en la aceptación generalizada por parte de usuarios del comercio internacional”. DASSER, Felix, “Soft Law in International Commercial Arbitration”, en *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, Vol. 402, La Haya, 2019,

de aplicar estos cuerpos normativos para que la *lex mercatoria* regule el contrato. La jurisprudencia arbitral y comparada demuestra que ha habido casos en que las partes han hecho aplicables de modo explícito los Principios UNIDROIT, los PECL, los INCOTERMS, los UCP 600, la CISG cuando las partes provienen de Estados no contratantes, etcétera. En breve, la *lex mercatoria* sería obligatoria por la autonomía de la voluntad manifestada por las partes, y porque el contrato es una ley para los contratantes. Cabe destacar que el argumento de la codificación suele estar mezclado con el de la incorporación contractual, en tanto los proponentes admiten que los textos que contienen la *lex mercatoria* no son vinculantes por sí mismos.¹²¹

Este argumento comete una confusión conceptual. La incorporación contractual de la *lex mercatoria* impediría que obtenga carácter independiente respecto de otra fuente del derecho. La *lex mercatoria* sería vinculante porque las manifestaciones de la voluntad son obligatorias, sea porque la legislación nacional reconoce a los privados un ámbito de exclusividad o “un título jurídico para actuar a su propio arbitrio”,¹²² sea porque la autonomía de la voluntad es un principio general –o transnacional– del derecho.

Si la *lex mercatoria* es una fuente normativa independiente, su fuerza no puede depender de la ley o de la autonomía de la voluntad. La subsunción de una fuente del derecho en otra fuente implica, sencillamente, su desaparición como conjunto normativo autónomo. Desde luego que la inclusión que las partes hagan de la *lex mercatoria* en su contrato puede servir para precisar las reglas de conducta que deberán observar en su relación jurídica. No obstante, la *lex mercatoria* solo puede existir autónomamente si prescribe conductas que las partes deben

pp. 409-110: “To date, there is no agreed definition, nor is there even much of a debate about such a definition. Soft law is basically a buzzword that essentially transports a vague idea of a global commonality of certain rules with some relative normativity into practice based on widespread acceptance by users”.

¹²¹ SCHMITTHOFF, Clive, “The Law of International Trade, its Growth, Formulation and Operation”, en SCHMITTHOFF, C. (ed), *The Sources of the Law of International Trade: with special reference to East-West Trade*, Londres, Stevens & Sons, 1964, p. 16.

¹²² BARROS BOURIE, Enrique, “Lo público y lo privado en el derecho”, en *Estudios Públicos*, No. 81 (2001), p. 23.

cumplir tanto si las han incluido en el contrato como, también, en caso de no haberlas explícitamente incluido.

3. Argumento de la aplicación práctica

Se ha propuesto que la existencia de la *lex mercatoria* queda demostrada por la aplicación que tribunales hacen de ella.¹²³⁻¹²⁴

Esta proposición es una falacia de petición de principio. Esto es, explica la *lex mercatoria* como fenómeno jurídico a la luz del carácter vinculante de sentencias o laudos que la aplican. Al igual que el argumento de la codificación, el argumento de la aplicación práctica no permite conocer la fuente u origen de la fuerza normativa de la *lex mercatoria*. Nuevamente, *derecho* no es lo mismo que *evidencia de derecho*.

A pesar de las deficiencias de esta aproximación, sus proponentes han aportado en evidenciar la amplia recepción jurisprudencial y relevancia que ha tenido la *lex mercatoria* en la resolución de disputas comerciales con elementos transfronterizos. No obstante, los tribunales varían considerablemente al momento de definir la naturaleza jurídica de la *lex mercatoria* en sus decisiones. En dicho sentido, la *lex mercatoria* se ha calificado como una especie de *legislación internacional*, se ha fallado que su contenido comprende los principios generales del derecho,¹²⁵ otros que consiste en usos comerciales,¹²⁶ otros consideran que comprende todos los anteriores.

¹²³ BERGER, Klaus-Peter (n 115), pp. 106-108.

¹²⁴ WASSERTEIN, Celia (n 62), p. 70.

¹²⁵ Laudo Arbitral, Caso ICC No. 3540 (1980), “French Enterprise v Yugoslav Subcontractor”, en SANDERS P. (ed), *Yearbook Commercial Arbitration 1982 – Volume VII*, Países Bajos, Kluwer Law International, 1982, p. 133: “Claimant has above all invoked the *exceptio non adimpleti contractus* [...] In the opinion of the arbitral tribunal this notion should be considered as belonging to the general principles of law which form the *lex mercatoria* which is applicable here”.

¹²⁶ Laudo Arbitral, Tribunal Arbitral de Netherlands Oils, Fats and Oil seeds Trade Association (1980), “Argentinian Seller v German Buyer”, en SANDERS, P. (ed), *Yearbook Commercial Arbitration – Volume VI*, Países Bajos, Kluwer Law International, p. 143.

Por ejemplo, en el caso *DST v Rakoil* sobre oposición a la ejecución de un laudo arbitral,¹²⁷ el reclamante indicó que el tribunal arbitral basó su decisión en los “principios de derecho aceptados internacionalmente que gobiernan las relaciones contractuales”.¹²⁸ Luego, la Corte de Apelaciones británica rechazó el argumento del reclamante de que reconocer y ejecutar el laudo sería contrario al orden público británico porque los principios aplicados por el tribunal arbitral serían “inespecíficos y posiblemente mal definidos”.¹²⁹ En cambio, la Corte consideró que las partes no limitaron la elección del derecho aplicable a la controversia a los sistemas jurídicos nacionales y que el tribunal arbitral actuó dentro de su mandato y de conformidad con el Reglamento de la ICC al aplicar dichos principios.

Este laudo ilustra el argumento de la aplicación práctica. En dicho sentido, el rechazo a la oposición de un laudo fundado en la *lex mercatoria* constituye prueba de su existencia. Pueden sin embargo reproducirse respecto de este laudo los dos reparos ya previamente identificados. A saber, que la decisión no se refiere ni explica el carácter obligatorio y autónomo de la *lex mercatoria* y que el laudo más bien hace aplicable los principios generales, en tanto fuente del derecho distinta a la *lex mercatoria*. En realidad, pareciera que la decisión es más un ejemplo ilustrativo de la aproximación *pro-arbitri* del sistema jurisdiccional británico que una confirmación de la existencia de la *lex mercatoria*.

4. Argumento del reconocimiento interno

Esta proposición presenta ciertas analogías con el argumento de la incorporación contractual de la *lex mercatoria* y de la aplicación práctica. Según el argumento del reconocimiento interno, la existencia y obligatoriedad de la *lex mercatoria* quedaría en evidencia

¹²⁷ Laudo Arbitral, Caso ICC No. 3572 (1982), “Deutsche Schachtbau und Tiefbohrgesellschaft mbH (DST) et al. (FR Germ.) v The Government of the State of Ras Al Khaimah (UAE) and the Ras Al Khaimah Oil Company (Rakoil)”, en VAN DEN BERG, A.J. (ed), *Yearbook Commercial Arbitration 1982 – Volume XIV*, Países Bajos, Kluwer Law International, 1982, pp. 111-122.

¹²⁸ Idem.

¹²⁹ Idem.

por el hecho de que legislaciones nacionales y tribunales ordinarios reconocen su fuerza normativa.

En relación al reconocimiento legislativo, especialmente destacable como ejemplo es el artículo 1496 del Código de Procedimiento Civil francés que reconoce indirectamente la existencia de la *lex mercatoria*: “El árbitro determina la disputa de acuerdo con las *normas de derecho* que las partes han elegido; en defecto de tal elección, de acuerdo con las normas que estime convenientes”. Como la expresión *normas de derecho* incluye la posibilidad de recurrir a reglas anacionales, la ley procedimental francesa reconocería la autonomía de la *lex mercatoria* como fuente de derecho.¹³⁰

Por otro lado, en relación al reconocimiento judicial, cuando la Corte de Apelaciones británica en *DST v Rakoi*¹³¹ rechaza la oposición a la ejecución de la decisión fundada en la *lex mercatoria*, estaría simultáneamente reconociendo su mérito ejecutivo y existencia.

Mismas críticas pueden formularse al argumento del reconocimiento interno que las analizadas en los argumentos de la incorporación contractual y de la aplicación práctica. Es ilógico e incompatible sostener, por un lado, que la *lex mercatoria* tiene carácter anacional y, por el otro, que ella existe porque los sistemas jurídicos nacionales la reconocen.

Los proponentes de la existencia de la *lex mercatoria* intentan demostrar que derecho y ley no son términos equivalentes al existir derecho más allá de las legislaciones nacionales. La inconsistencia del argumento del reconocimiento interno es que mantiene un enfoque centrado en los sistemas jurídicos nacionales aun para el estudio del derecho anacional. Esta aproximación sugiere dos alternativas respecto de la obligatoriedad de la *lex mercatoria*: ella es vinculante porque la ley se remite a ella, negando su carácter autónomo, universal y anacional,

¹³⁰ GOLDMAN, Berthold, “The Applicable Law: General Principles of Law – the Lex Mercatoria”, en LEW, J.D.M. (ed), *Contemporary Problems in International Arbitration*, Londres, Centre for Commercial Law Studies Queen May College, 1986, p. 118.

¹³¹ Laudo Arbitral, Caso ICC No. 3572 (n 127).

o ella es vinculante antes de la intervención de los sistemas jurídicos nacionales, y su reconocimiento ratifica este hecho desde la perspectiva del derecho nacional. Aun cuando la segunda alternativa es a nuestro juicio correcta, lo que se examinará en el tercer capítulo de este trabajo, el argumento del reconocimiento interno así planteado no aporta a entender el proceso de formación de la *lex mercatoria* como derecho anacional.

5. Argumento histórico

Una de las explicaciones más usuales y aparentemente más contundentes que se invocan en defensa de la existencia de la *lex mercatoria* es la del argumento histórico.¹³² No existe acuerdo unánime en la literatura respecto del momento en que se sitúa el origen de la *lex mercatoria*. La evidencia histórica es limitada y existe mucha especulación. Algunos autores señalan que el *ius gentium* romano sería una especie de antecesor de la *lex mercatoria*.¹³³ No obstante, lo más común

¹³² En la literatura en español, véase BROSETA, Manuel; MARTÍNEZ, Fernando, *Manual de Derecho Mercantil*, 28ª edición, Madrid, Tecnos, 2021 [1971]; GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, 7ª edición, Bogotá, Editorial Temis, 1987 [1957]; JEQUIER, Eduardo, *Curso de Derecho Comercial. Tomo I*, 2ª edición, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2017 [2013]; MANTILLA, Roberto, *Derecho Mercantil. Introducción y conceptos fundamentales, sociedades*, 29ª edición, Ciudad de México, Porrúa, 1996 [1946]. En la literatura en inglés, véase SCHMITTHOFF, Clive (n 121); GOLDMAN, Berthold, “Lex Mercatoria”, en *Forum Internationale on Commercial Law and Arbitration*, Vol. 3, Deventer (1983); DE LY, Filip (n 10); HATZIMIHAIL, Nikitas, “The Many Lives –and Faces– of Lex Mercatoria: History as Genealogy in International Business Law”, en *Law and Contemporary Problems*, Vol. 71, No. 3 (2008); BERMAN, Harold; KAUFMAN, Colin, “The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria)”, en *Harvard International Law Journal*, Vol. 19, No. 1 (1978); BERMAN, Harold, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Harvard University Press, 1983; TRAKMAN, Leon, *The Law Merchant: The Evolution of Commercial Law*, Littleton, Fred B. Rothman & Co, 1983; GOLDMAN, David, *Globalisation and the Western Legal Tradition: Recurring Patterns of Law and Authority*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007; MICHAELS, Ralf, “The True Lex Mercatoria: Law beyond the State”, en *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 14, No. 2 (2007); CUTLER, Claire, *Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003; GALGANO, Francesco, “The New Lex Mercatoria”, en *Annual Survey of International and Comparative Law*, Vol. 2, No. 1 (1995).

¹³³ GOLDMAN, Berthold (n 130), p. 3. El autor propone que el *ius gentium* romano es el “ilustre precursor de la *lex mercatoria*”. GOLDMAN explicita su fascinación con la idea de la recepción romana de la costumbre comercial internacional a través de la figura del *praetor peregrinus*, investido de autoridad para fallar los casos en que intervenían personas que no eran ciudadanos romanos. Estas disputas serían resueltas de acuerdo al “derecho de gentes” (*ius gentium*), un cuerpo separado de normas al *ius civile* e importantemente compuesto de usos y costumbres. De este modo, el *ius gentium* habría sido considerado por los romanos como una fuente de derecho autónoma. No obstante, ella habría perdido relevancia, y por tanto igualmente la primigenia *lex mercatoria*, cuando se confirió la ciudadanía romana a todos los habitantes de Europa: “[It] by and large lost its distinctiveness when the Antonian Constitution of 212 A.D. accorded Roman citizenship to all inhabitants of the Empire [and thereby extended *ius civile* to all private relations in the Empire]. This was its first death. It was,

en manuales, libros y artículos científicos de autores provenientes de distintos sectores del derecho (derecho internacional privado, derecho comercial, derecho civil, teoría general del derecho, historiadores del derecho, etcétera) es que los autores sitúen históricamente el origen del derecho comercial durante la Edad Media. GARRIGUES comenta lo siguiente:

*“El derecho mercantil, como derecho desgajado de la rama común del derecho civil, nace en la Edad Media por consecuencia de especiales necesidades que exigieron un derecho especial destinado originariamente al comercio. Las razones que impulsaron el nacimiento de este derecho especial se agrupan en torno a la insuficiencia del derecho civil y a su inadaptación a exigencias técnicas que inicialmente fueron del comercio. El derecho romano había perdido aquella elasticidad que le caracterizaba después de la desaparición de su órgano específico de creación: el Pretor. Por otra parte, el derecho se había despedazado en una pluralidad de legislaciones particulares, y en ellas predominaba, por influjo del derecho germánico, un procedimiento tosco y primitivo, incompatible con las necesidades del comercio. Los comerciantes se separaron poco a poco del derecho común con sus propias costumbres que iban siendo compiladas, y convirtiéndose así en germen de un derecho especial”.*¹³⁴

El seguimiento de reglas consuetudinarias por los comerciantes medievales habría sido un fenómeno de carácter espontáneo basado en su interacción voluntaria, sin que hubiese sido necesaria la intervención estatal para asegurar su observancia. El desarrollo de la actividad comercial y la profesionalización del comercio tuvo por resultado el surgimiento de un grueso continente normativo formado por prácticas, usos y costumbres comerciales, denominado *ley mercante* o *lex mercatoria*.¹³⁵ Todas estas nuevas reglas de conducta habrían constituido un derecho eminentemente práctico adaptado a los requerimientos y a la mecánica de los intercambios en el mercado.

however, not a real death, because *ius gentium* had by then penetrated the domain exclusively reserved for *ius civile*. It thereby enriched—and occasionally entirely supplanted—the traditional institutions of *ius civile*”.

¹³⁴ GARRIGUES, Joaquín (n 132), p. 29.

¹³⁵ En la literatura en inglés se suele distinguir entre *ley mercante* (*lex merchant*) y *lex mercatoria*, correspondiendo el primero al derecho comercial desarrollado en la Edad Media y el último al fenómeno jurídico de nuestros tiempos.

Durante la Edad Media también habrían aparecido gremios y corporaciones. Con estas organizaciones nace una nueva estructura de clases sociales determinada por el ejercicio del comercio.¹³⁶ Así, quien era miembro de estas organizaciones, participaba de un *ethos* que variaba de industria a industria modelado por la costumbre y los estatutos que la corporación prescribía. Estos gremios habían incorporado la costumbre mercantil o *lex mercatoria* a sus estatutos con el objeto de regular y proteger los intereses y riesgos que se consideraban comunes a todos sus miembros, inherentes a la condición de comerciante.

Quienes defienden el argumento histórico agregan que los comerciantes crearon también sus propios tribunales en materias de comercio,¹³⁷ engendrando de este modo un método de solución de controversias especializado en disputas que surgieran entre ellos.¹³⁸ Estos tribunales habrían conocido particularmente el sentido y alcance de la *lex mercatoria* medieval y se habrían caracterizado por su velocidad e informalidad.¹³⁹ Como los comerciantes debían moverse rápidamente de un mercado a otro, de una feria a otra, los tribunales especializados aparecen en respuesta a la necesidad de los mercaderes de que las disputas fueran resueltas prontamente para minimizar la disrupción de sus negocios.¹⁴⁰

Los proponentes del argumento histórico consideran que la *lex mercatoria* medieval era propiamente un derecho cosmopolita y universal que surge producto de la aparición de una única comunidad comercial transfronteriza, esto es, un grupo constituido por todos los comerciantes que actúan en el escenario transfronterizo. La consecución de la uniformidad no era un plan preconcebido de los comerciantes, es decir, un intento deliberado de crear un derecho especializado, sino que fue consecuencia del seguimiento convergente de las prácticas que resultaron más eficientes para hacer posible los intercambios. La racionalidad económica

¹³⁶ BENSON, Bruce, "The Spontaneous Evolution of Commercial Law", en *Southern Economic Journal*, Vol. 55, No. 3 (1989), p. 646.

¹³⁷ En Inglaterra, por ejemplo, se habrían instalado las *Courts of piepowder*.

¹³⁸ JEQUIER, Eduardo (n 132), pp. 15-19.

¹³⁹ BERMAN, Harold (n 132), p. 347.

¹⁴⁰ MITCHELL, William, *An Essay on the Early History of the Law Merchant*, Nueva York, Burt Franklin, 1904, p. 13.

implicaría necesaria y espontáneamente la formación de nuevas costumbres comerciales. La insuficiencia de las soluciones normativas del derecho civil supuso el reconocimiento institucional del estatuto que los propios comerciantes desarrollaron y se autoimpusieron. Este estatuto diferenciado estaba constituido por un conjunto de reglas más sensibles a las particularidades de la relación jurídica que existían entre los comerciantes. Entre las nociones jurídicas que se originan durante esta época se encontrarían las hipótesis de equiparación de la apariencia y la realidad, el principio de legitimación en los títulos-valores, la ampliación de la representación voluntaria, como asimismo el surgimiento de instituciones desconocidas para el derecho civil como las letras de cambio, el nombre comercial, emblemas, marcas, nuevas formas societarias, de asociación o colaboración, la aparición de contratos informales y la adaptación normativa de los contratos comunes, entre ellos, la compraventa.¹⁴¹

La *lex mercatoria* habría obtenido su carácter universal debido al incremento de los intercambios entre comerciantes provenientes de distintas realidades culturales y jurídicas en Europa, generándose un derecho comercial estandarizado a través del continente.¹⁴² Los comerciantes habrían establecido contactos y creado reputaciones que superaban las fronteras geográficas, políticas y culturales, lo que implicó la homogenización de las prácticas comerciales.¹⁴³ El comercio transfronterizo requería que los conflictos entre las costumbres locales fueran eliminados.¹⁴⁴ Con el incremento de las relaciones transfronterizas, las prácticas comerciales se habrían transportado del mercado de un país a otro. Varias de las costumbres locales demostraron ser comunes a distintas localidades, pasando a formar parte de la *lex mercatoria*. Tratándose de los conflictos entre usos mercantiles, aquellas prácticas que resultaban ser más eficientes para facilitar la interacción comercial habrían reemplazado a las menos eficientes.¹⁴⁵ El efecto unificador de la ley de las ferias, la universalidad de las costumbres del

¹⁴¹ GARRIGUES, Joaquín (n 132), p. 29.

¹⁴² BERMAN, Harold (n 132), pp. 333-356.

¹⁴³ BENSON, Bruce, "Customary Law as a Social Contract: International Commercial Law", en *Constitutional Political Economy*, Vol. 3, No. 1 (1992), p. 15.

¹⁴⁴ BENSON, Bruce (n 136), p. 647.

¹⁴⁵ TRAKMAN, Leon (n 132), pp. 11-13.

derecho marítimo¹⁴⁶ y la función jurisdiccional de los tribunales especiales sobre materias comerciales serían algunos de los factores que permitieron dotar de universalidad a la *ley mercante*.¹⁴⁷

La *lex mercatoria* habría tenido también, entonces, carácter anacional: esto es, la costumbre de los comerciantes configuraba un derecho autónomo e independiente de los sistemas jurídicos existentes en dicha época. Durante toda la Edad Media, el feudalismo imperó como sistema político, social, económico y jurídico, e historiográficamente la idea del Estado-Nación recién aparecería en la modernidad y de modo determinante con la Paz de Westfalia en 1648.¹⁴⁸ Los proponentes subrayan el hecho de que la *lex mercatoria* medieval surgió incluso antes que las propias naciones, configurando un verdadero cuerpo normativo desprendido de los Estados. De este modo quedaría demostrado que las instituciones gubernamentales no son necesarias para que surja un derecho coherente y completo.¹⁴⁹ Adondequiera que viajaran los comerciantes en Europa¹⁵⁰ podían confiar en la aplicación de los usos comerciales de la comunidad comercial trasfronteriza que dirigían sus actos jurídicos y suplementaban los eventuales vacíos de los contratos que negociaran entre sí. En caso de surgir disputas, los comerciantes tenían la posibilidad de acudir a cortes especializadas de pueblos, ferias, mercados y puertos que aplicaban este derecho anacional.

¹⁴⁶ SCHMITTHOFF, Clive (n 61), p. 106. El autor comenta lo siguiente: “The customs of the sea which originated with the Phoenicians and Greeks, were collected as the laws of Rhodes between A.D. 600 to 800; they were then developed into the Consulado del Mar, which became the maritime code of the Mediterranean, spread to the Atlantic as the judgments of Oléron (1160) which became the foundation of English maritime law, and further north to the Baltic where they were known as the Sea Laws of Visby. Professor Wormser rightly observes that “the explanation of this universality is [...] that the sea law was developed by merchants themselves and was not the law of territorial princes”.

¹⁴⁷ Idem.

¹⁴⁸ SWEET, Alec-Stone (n 98), p. 630.

¹⁴⁹ BENSON, Bruce (n 136), p. 647.

¹⁵⁰ THAYER, Philip, “Comparative Law and the Law Merchant”, en *Brooklyn Law Review*, No. 6 (1936), pp. 139-141: “The men with dusty feet who plied their trades from Champagne to St. Ives, from Wye to Nuremberg, had little concern with legal differences. Their disputes were settled with the same method and dispatch in the pie powder courts of England as in the fair courts of the continent. The voices of the consuls of the sea in Genoa and Barcelona found a ready echo in the maritime tribunals of Bristol and of Ipswich, where the court sat on the beach and dispensed justice to passing mariners between tide and tide”.

Los mercantilistas más radicales sostendrían que la *lex mercatoria* medieval no solo consistía en derecho anacional y universal, sino que formaba un verdadero sistema jurídico complejo, coherente y completo que permitía a los comerciantes lograr eficiencias que con la intervención legislativa no habría sido en cambio posible. Este sistema estaría compuesto, en primer lugar, por las prácticas, usos y costumbres comerciales formadas por la comunidad comercial transfronteriza; en segundo lugar, por las instituciones jurisdiccionales anacionales que aplicaban estas reglas; y, en tercer lugar, por las amenazas de boicot y ostracismo en caso de no cumplir con los acuerdos o las sentencias de los tribunales mercantiles.¹⁵¹ Empleando una descripción más alegórica que científica, la *lex mercatoria* habría sido un sistema armónico de derecho comercial que los comerciantes medievales empleaban en sus intercambios transfronterizos; un sistema que era un producto de la necesidad y de la autonomía privada, formada por comerciantes que compartían valores y costumbres e independientemente de cualquier autoridad política.¹⁵²

Con el nacimiento de los Estados-Nación y particularmente con el enaltecimiento de la legislación como la más fundamental fuente del derecho, la existencia de la *lex mercatoria* se habría oscurecido, perdiendo sus cualidades y atributos. SCHMITTHOFF estima que la *lex mercatoria* medieval, entendida como un derecho comercial global (*Welthandelsrechts*), pierde su naturaleza anacional como consecuencia de los procesos de codificación legislativa. De acuerdo al autor, luego del primer período de florecimiento y observancia universal de la *lex mercatoria*, “en un segundo período que culminó en los siglos XVIII y XIX, el derecho mercantil mundial se integró en los diversos sistemas jurídicos nacionales y pasó a formar parte del derecho comercial nacional, pero como resultado perdió su cohesión internacional”.¹⁵³

¹⁵¹ BENSON, Bruce (n 136), pp. 649-651.

¹⁵² FOSTER, Nicholas, “Foundation Myth as Legal Formant: the Medieval Lex Merchant and the New Lex Mercatoria”, en *Forum Historiae Iuris*, 2005, p. 1, disponible en: <https://forhistiur.net/2005-03-foster/>

¹⁵³ SCHERNER, Karl-Otto, “Lex mercatoria – Realität, Geschitsbild oder Vision?”, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung*, Vol. 118, No. 1 (2001), pp. 150-151: “In einem zweiten Zeitabschnitt mit dem Höhepunkt im 18. und 19. Jahrhundert, so Schmitthoff, sei das Recht des Welthandels in die verschiedenen nationalen Rechtsordnungen integriert worden und so ein Teil des nationalen Handelsrechts geworden, habe damit aber seine internationale Kohäsion verloren”.

La nacionalización de la *lex mercatoria* medieval supuso la confirmación del monopolio del Estado sobre la fuerza y sobre el derecho. El proceso de codificación en Francia sirve particularmente como ejemplo para ilustrar la integración de la *lex mercatoria* en el derecho privado. En el discurso preliminar del proyecto de Código Civil francés, PORTALIS defiende el proceso codificador con el propósito de promover la identidad nacional y el imperio del Estado de derecho:

*“Unas buenas leyes civiles son el mayor bien que los hombres pueden dar y recibir; son la fuente de las costumbres, el palladium de la propiedad y la garantía de toda paz pública y particular: si bien no fundan el gobierno, lo mantienen; moderan el poder, y contribuyen a hacerlo respetar, como si fuera la justicia misma. Alcanzan a cada individuo, se mezclan con las principales acciones de su vida, le siguen a todas partes; a menudo, son la única moral del pueblo, y siempre forman parte de su libertad: por último, consuela a cada ciudadano de los sacrificios que la ley política le ordena en aras de la ciudad, protegiéndole, cuando hace falta, en su persona y en sus bienes, como si fuera, él solo, la ciudad toda entera”.*¹⁵⁴

Para efectos de enarbolar y asegurar la igualdad de y entre todos los ciudadanos, la legislación ocuparía un lugar privilegiado en la definición de la normatividad. De este modo, los Códigos Civil y de Comercio aparecerían para acabar con los privilegios de las corporaciones, los gremios y los comerciantes. Aun en Inglaterra, país históricamente sujeto a la tradición del *common law*, la nacionalización de los usos y costumbres mercantiles y la

¹⁵⁴ Énfasis añadido. PORTALIS, Jean-Étienne, “Discours préliminaire prononcé par Portalis, le 24 thermidor an-8, lors de la présentation du projet arrêté par la commission du gouvernement”, Recueil I, en FENET, P.A. (ed), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, Paris, Videcoq, Libraire, Place du Panthéon 6, Près L'École de droit, 1826, pp. 465-466: “De bonnes lois civiles sont le plus grand bien que les hommes puissent donner et recevoir ; elles sont la source des mœurs, la palladium de la propriété, et la garantie de toute paix publique et particulière ; elles le maintiennent ; elles modèrent la puissance, et contribuent à la faire respecter, comme si elle était la justice même. Elles atteignent chaque individu, elles se mêlent aux principales actions de sa vie, elles le suivent partout ; elles sont souvent l'unique morale du peuple, et toujours elles font partie de sa liberté : enfin, elles consolent chaque citoyen des sacrifices que la loi politique lui commande pour la cité, en le protégeant, quand il le faut, dans sa personne et dans ses biens, comme s'il était, lui seul, la cité tout entière”.

supresión de la clase social de los comerciantes se produjo a través de la promulgación de estatutos legislativos.¹⁵⁵

Luego del proceso de la codificación, la *lex mercatoria* habría dejado de influir relevantemente en la orientación normativa de las operaciones económicas transfronterizas. La adopción por los sistemas jurídicos nacionales de las soluciones alcanzadas por los comerciantes a través de la *lex mercatoria* importó sin dudas un robusto e inédito desarrollo del derecho comercial desde la perspectiva nacional. No obstante, el aumento de la certeza jurídica en el tráfico mercantil como consecuencia de la codificación de la costumbre fue a costa de ralentizar, suspender, o incluso acabar con el desarrollo del derecho comercial desde una perspectiva transnacional. La costumbre fue positivizada en los Códigos Civiles y de Comercio, de modo que la *lex mercatoria*, antes universal y anacional, fue segmentada y transformada en “pedazos de legislación”. Después de este proceso, los usos comerciales que no fueron incorporados en las distintas legislaciones eran más bien marginales.

Sin embargo, los proponentes del argumento histórico consideran que el proceso de codificación no puso fin definitivo a la *lex mercatoria*. Para algunos, la incorporación positiva de la costumbre solo la habría erradicado temporalmente o solo la habría puesto “en hibernación”.¹⁵⁶ Otros consideran que, en realidad, la aparición de usos comerciales en el seno de la comunidad comercial transfronteriza estuvo tan activa durante la segunda fase como en la primera.¹⁵⁷ A lo sumo, la *lex mercatoria* habría perdido su carácter universal y las costumbres habrían adquirido un carácter local bajo la influencia estatal.¹⁵⁸ Es que el proceso de formación de la costumbre nunca se detiene, ya que la aparición de nuevos problemas prácticos implica la necesidad inmediata de formular alguna solución. La legislación es una fuente del derecho cuya creación depende del cumplimiento de reglas formales y, por tanto, no siempre llegará a

¹⁵⁵ El proceso de incorporación de la *lex mercatoria* fue un fenómeno que se extendió por toda Europa. Para una explicación de la experiencia inglesa, véase TRAKMAN, Leon (n 132); BENSON, Bruce (n 136); BENSON, Bruce (n 143).

¹⁵⁶ GOLDMAN, Berthold (n 130), pp. 3-4.

¹⁵⁷ SCHMITTHOFF, Clive (n 61), p. 107.

¹⁵⁸ BENSON, Bruce (n 136), p. 653.

tiempo para ofrecer las soluciones que el mercado requiere. Los Códigos decimonónicos no desconocieron la costumbre como fuente normativa, precisamente por la imposibilidad del legislador de prever todos los potenciales problemas y casos particulares. Nuevamente conviene citar a PORTALIS: “Hágase lo que se haga, las leyes positivas no sabrían nunca sustituir completamente el uso de la razón natural en los negocios de la vida. Las necesidades de la sociedad son tan variadas, la comunicación de los hombres es tan activa, sus intereses tan múltiples y sus relaciones tan extensas que le resulta imposible al legislador proveer a todo”.¹⁵⁹ La codificación habría implicado como máximo un cambio en la calificación de la *lex mercatoria*, pero sin afectar su existencia. La nacionalización de los usos surgidos en la comunidad comercial transfronteriza medieval despojó a la *lex mercatoria* de su carácter anacional desde la perspectiva de los sistemas jurídicos nacionales. No obstante, de ello no se desprende que la *lex mercatoria* dejara de ser una fuente normativa que opera en el escenario transnacional. En la medida que existan operaciones económicas que presenten algún elemento transfronterizo, la *lex mercatoria* sigue y seguirá formándose. La *lex mercatoria* continuó superviviendo aun oscurecida por el proceso de codificación.¹⁶⁰ Aun más: la continuación de la *lex mercatoria* bajo la sombra de la legislación nacional fortalecería el argumento de que la *lex mercatoria* tiene carácter autónomo y anacional.

Bajo esta premisa es que los proponentes consideran que la *lex mercatoria* experimenta un resurgimiento desde la segunda mitad del siglo XX. SCHMITTHOFF comenta: “En la tercera fase, la actual, el carácter internacional del derecho mercantil mundial vuelve a estar en primer plano y cada vez hay más indicios de que estamos presenciando el surgimiento de una nueva *lex mercatoria* universal”.¹⁶¹ Esta tercera fase estaría caracterizada por el intento de unificar el derecho comercial a nivel internacional, lo que ha dado lugar para que una nueva *lex mercatoria*

¹⁵⁹ PORTALIS, Jean-Étienne (n 154), p. 469: “Quoi que l'on fasse, les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie. Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés, et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout”.

¹⁶⁰ TOTH, Orsolya (n 9), p. 29.

¹⁶¹ SCHERNER, Karl-Otto (n 153), pp. 150-151: “In der dritten, gegenwärtigen Phase trete der internationale Charakter des Welthandelsrechts wieder in den Vordergrund, und die Anzeichen mehrten sich, daß wir das Entstehen einer neuen, universalen Lex mercatoria miterlebten”.

se despliegue. El resurgimiento de la *lex mercatoria* sería reflejo del espíritu internacionalista que ha influido importantemente en la esfera política y económica global desde el siglo pasado y que se prolonga al nuestro.¹⁶²

Desde un punto de vista económico y geopolítico, la reaparición de la *lex mercatoria* se explicaría, entre otros factores: por la descomunal aceleración de los cambios tecnológicos; la reducción de los costes en el transporte de pasajeros, mercancías y datos;¹⁶³ la universalización del acceso al internet; el aumento del volumen de intercambios internacionales y de inversiones extranjeras directas; el fin de la guerra fría y el conflicto norte-sur; la integración europea y la creación del mercado único europeo; el aumento de sociedades transnacionales a través de fusiones internacionales y de los flujos financieros y de capitales a nivel global; el cambio de la cultura corporativa global, etcétera.¹⁶⁴⁻¹⁶⁵ El intenso proceso de globalización económica que toma impulso desde los tiempos de la posguerra ha supuesto la eliminación de las barreras de entrada y salida de bienes y personas, modelándose una verdadera *sociedad abierta* cuya operatividad descansa en la tolerancia intercultural y la generación de nuevas costumbres en la comunidad transfronteriza.

Particularmente, en relación al transporte de mercancías, la introducción del sistema de contenedores y la nueva organización del transporte marítimo y multimodal permitió abandonar el modelo de manipulación de la carga que dependía en gran medida del trabajo humano y que implicaba que una parte muy importante del tiempo total del transporte de las mercaderías se invirtiera en las tareas realizadas en los puertos. Actualmente, enormes barcos que transportan miles de contenedores a través de rutas de transporte intercontinental solo hacen escala en los principales puertos del mundo, donde se necesitan unas pocas horas para el transbordo de cientos de contenedores que luego se distribuyen a destinos en esa región a través de barcos de enlace más pequeños o por transporte terrestre. Adicionalmente, la

¹⁶² SCHMITTHOFF, Clive (n 61), p. 112.

¹⁶³ VOLCKART, Oliver; MANGELS, Antje (n 85), pp. 428-435.

¹⁶⁴ BASEDOW, Jürgen (n 28), pp. 59-81.

¹⁶⁵ BERGER, Klaus-Peter (n 23).

reducción de los costos de flete permite que los comerciantes puedan llegar a mercados más lejanos sin tener que incurrir en costos de transporte adicionales. En definitiva, los cambios en el comercio transfronterizo han importado una extensión del alcance geográfico de los mercados relevantes.¹⁶⁶ Como los bienes pueden ser vendidos en mercados cada vez más distantes, el comercio se ha estimulado junto con la competencia entre los bienes provenientes de muy diferentes partes del mundo.

En cuanto al volumen del comercio transfronterizo, la permeabilidad de las fronteras nacionales ha permitido el aumento insospechado del comercio transfronterizo de bienes y servicios. Las estadísticas de la Organización Mundial del Comercio demuestran que las exportaciones totales de mercancías de todos los países han subido de USD \$59.000.000.000 en 1948 a USD \$3.675.000.000.000 en 1993 y USD \$15.917.000.000.000 en 2008.¹⁶⁷ Por otro lado, el volumen total de las exportaciones mundiales de los servicios comerciales en 2008 fue de USD \$3.730.000.000.000, correspondiendo a USD \$875.000.000.000 para servicios de transporte, USD \$945.000.000.000 para servicios de transporte y USD \$1.910.000.000.000 para otros servicios comerciales, incluyendo servicios de comunicación, servicios de construcción, seguros y otros servicios financieros, servicios informáticos, como también regalías (*royalties*) y derechos de licencia.

Finalmente, es posible observar un crecimiento sostenido en el tiempo de la inversión extranjera directa desde el período de reconstrucción de la posguerra, llegando a su primer apogeo entre las décadas de 1990 y los 2000.¹⁶⁸ En 1982, la inversión extranjera ascendió a USD \$58.000.000.000 en todo el mundo; a USD \$207.000.000.000 en 1990; y US \$1.833.000.000.000 en 2007.¹⁶⁹ El aumento del comercio transfronterizo está estrechamente vinculado con esta nueva forma de división del trabajo y de gestión corporativa transfronteriza.

¹⁶⁶ BASEDOW, Jürgen (n 28), p. 67.

¹⁶⁷ Organización Mundial del Comercio, *International Trade Statistics 2009*, Ginebra, 2009, p. 10, citado por BASEDOW, Jürgen (n 28), p. 68.

¹⁶⁸ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph, *Principles of International Investment Law*, 2ª edición, Oxford, Oxford University Press, 2012 [2008], p. 1.

¹⁶⁹ BASEDOW, Jürgen (n 28), pp. 71-72.

Desde el punto de vista jurídico, la reaparición de la *lex mercatoria* sucedería conjunta y paralelamente con el proceso de transnacionalización del derecho privado y comercial. Este proceso comprende, entre otros factores: el protagonismo del principio de la autonomía de la voluntad en la ordenación de los procesos transfronterizos;¹⁷⁰ la privatización de los procesos de formación de derecho a través de leyes modelo, principios y guías legislativas;¹⁷¹ el aumento de la importancia de las organizaciones no-gubernamentales como la ICC, UNIDROIT o la IBA;¹⁷² el éxito de la NYC,¹⁷³ de la CISG¹⁷⁴ y otros instrumentos internacionales; el intenso incremento en el uso del arbitraje comercial internacional y otros métodos alternativos de resolución de controversias;¹⁷⁵ el énfasis en el concepto de *razonabilidad* en el derecho contractual transnacional;¹⁷⁶ el surgimiento del derecho comparado como una disciplina científica autónoma;¹⁷⁷ la gradual convergencia entre el *common law* y el derecho continental;¹⁷⁸ el potenciamiento del *ius commune* europeo¹⁷⁹ y la transnacionalización de sectores reservados antiguamente a los ordenamientos internos tales como el derecho concursal y de la libre competencia,¹⁸⁰ etcétera.

En este nuevo escenario económico y jurídico, el incuestionable aumento de las relaciones jurídicas transfronterizas comparece como la base empírica en la que se basan los mercantilistas para explicar la formación de nuevas normas y costumbres dentro de la comunidad comercial transfronteriza. La disminución del poder de los Estados para influir y

¹⁷⁰ Ibid, p. 164.

¹⁷¹ Entre los instrumentos más destacados pueden mencionarse la Ley Modelo UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional, los Principios UNIDROIT, y la Guía Legislativa de UNCITRAL sobre las Operaciones Garantizadas, Nueva York, 2010.

¹⁷² BENSON, Bruce (n 136), p. 23.

¹⁷³ BORN, Gary (n 17), pp. 98-104.

¹⁷⁴ SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (n 66), pp. 1-12.

¹⁷⁵ BORN, Gary (n 17), pp. 93-97.

¹⁷⁶ VOGENAUER, Stefan (n 19), p. 14.

¹⁷⁷ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein, *An Introduction to Comparative Law*, 3ª edición, Oxford, Oxford University Press, 1998 [1977], pp. 1-12.

¹⁷⁸ BERGER, Klaus-Peter (n 23).

¹⁷⁹ JANSEN, Nils; ZIMMERMANN, Reinhard, *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford, Oxford University Press, 2018.

¹⁸⁰ BERGER, Klaus-Peter (n 23).

governar los procesos transfronterizos y la irrelevancia de las fronteras y de la territorialidad en la definición y operación de los mercados ha desplazado relevantemente el proceso de formación de derecho hacia las relaciones jurídicas privadas con elementos de internacionalidad.

No obstante, el argumento histórico ha sido extensamente criticado.¹⁸¹

Los detractores sostienen que hay débil, exigua e inconcluyente evidencia a favor de la existencia de la *lex mercatoria* medieval. Hay quienes consideran que no hay evidencia empírica alguna.¹⁸² Los hechos históricos que suelen ser citados por los mercantilistas han sido interpretados en falta de fidelidad a las fuentes.¹⁸³ Hay proponentes que han introducido hechos sin citar fuente alguna que respalde que ellos hayan efectivamente ocurrido.¹⁸⁴ No existe ninguna compilación general de costumbres comerciales que sobreviva de la Edad Media que demuestre inequívocamente que determinadas las prácticas hayan sido seguidas en dicha época.¹⁸⁵ Por último, de la poca evidencia que existe, parte de ella demuestra que los comerciantes medievales celebraban actos y operaciones jurídicas con éxito, sin requerir la aplicación de un supuesto derecho comercial anacional.¹⁸⁶

¹⁸¹ Destaca principalmente las contundentes investigaciones de Emily KADENS. Véase KADENS, Emily, “Order within Law, Variety within Custom: the Character of the Medieval Merchant Law”, en *Chicago Journal of International Law*, Vol. 5, No. 1 (2004); KADENS, Emily, “The Myth of the Customary Law Merchant”, en *Texas Law Review*, Vol. 90, No. 5 (2012); BART, Jean, “La lex mercatoria au moyen-âge: mythe ou réalité?”, en *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle: Mélanges en l’honneur de Philippe Kahn*, Vol. 18 (2000); LERCH, Kent, “Vom Kerbholz zur Konzernbilanz?: Wege und Holzwege zu Einem Autonomem Recht der Global Economy”, en *Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*, Vol. 5 (2004); WASSERTEIN, Celia (n 62); DONAHUE, Charles, “Medieval and Early Modern Lex Mercatoria: An Attempt at the Probatio Diabolica”, en *Chicago Journal of International Law*, Vol. 5, No. 1 (2004); STOECKER, Christoph, “The Lex Mercatoria: to What Extent Does It Exist?”, en *Journal of International Arbitration*, Vol. 7, No. 1 (1990).

¹⁸² HATZIMIHAIL, Nikitas (n 132), p. 173.

¹⁸³ VOLCKART, Oliver; MANGELS, Antje (n 85), p. 446.

¹⁸⁴ TRAKMAN, Leon, “The Evolution of the Law Merchant: Our Commercial Heritage”, en *Journal of Maritime Law and Commerce*, Vol. 12, No. 2 (1980), p. 5. TRAKMAN explica que los jueces que formaban parte de las cortes especiales eran generalmente elegidos por su experiencia en materias comerciales, su objetividad y su antigüedad dentro de la comunidad de comerciantes. Sin embargo, para respaldar este hecho, el autor no cita fuente alguna. KADENS, Emily (2012) (n 181), p. 1169.

¹⁸⁵ DONAHUE, Charles (n 181), p. 28.

¹⁸⁶ KADENS, Emily (2012) (n 181), pp. 1160-1161.

Independientemente de los méritos de la evidencia a favor o en contra de la existencia del sistema, la realidad es que no se sabe con certeza qué ocurrió. Los historiadores del derecho solo pueden interpretar la evidencia histórica, sin ser posible entregar absoluta objetividad de cómo ocurrieron los hechos. Esta limitante científica se ve agravada por el carácter fragmentario de los registros medievales.

Los actores que enseñan la interpretación historiográfica más cercana a las fuentes dirían que lo más probable es que, durante la Edad Media, la mayoría de las áreas del comercio evolucionaron a través de costumbres y usos comerciales, pero también mediante reglas contractuales, estatutarias y legislativas. Para algunos historiadores, la costumbre habría tenido una función de suplementación de dichas reglas.

La evidencia apunta que durante la Baja Edad Media se desarrollaron instituciones, tribunales especiales y sanciones que aseguraban el cumplimiento de las reglas que componían el derecho comercial medieval.¹⁸⁷ Respecto del ejercicio de la jurisdicción, habrían existido tribunales especializados en materias comerciales, entre los que se encontrarían las cortes de las ferias, cortes comerciales, tribunales arbitrales de comercio y tribunales gremiales.¹⁸⁸ No obstante, su competencia en ningún caso impedía la de los tribunales locales, feudales o eclesiásticos. Comoquiera que sea, indistintamente del tribunal al que acudían los comerciantes medievales, los actores tenían menos éxito en exigir la observancia de estas prácticas respecto de comerciantes miembros de otros gremios y respecto de personas no-comerciantes en comparación con las controversias entre comerciantes afiliados a una misma asociación.¹⁸⁹

Tratándose de disputas entre comerciantes integrantes del mismo gremio, los tribunales gremiales tenían competencia para resolver disputas entre sus miembros y especialmente si se trataba de la infracción de reglas estatutarias. No obstante, la función de estos órganos era principalmente administrativa y caritativa, sin actuar como el foro preferido por los

¹⁸⁷ VOLCKART, Oliver; MANGELS, Antje (n 85), pp. 437-441.

¹⁸⁸ KADENS, Emily (2004) (n 181), p. 64.

¹⁸⁹ VOLCKART, Oliver; MANGELS, Antje (n 85), pp. 441-442.

comerciantes. Por cierto, los registros sugieren que antes de la primera mitad del siglo XIII, los comerciantes litigaban ante cortes locales, feudales o eclesiásticas y no ante los tribunales gremiales ni los especializados en materias comerciales.¹⁹⁰ Adicionalmente, los tribunales de carácter no-comercial no debían necesariamente aplicar la *lex mercatoria* para decidir las controversias que se suscitaban. En dicho sentido, existen fallos en que las cortes medievales no acudieron al recurso de la *lex mercatoria*.¹⁹¹

Tratándose de disputas entre comerciantes de distintos gremios, es altamente improbable que los usos comerciales tuvieran carácter uniforme si se atiende que cada organización seguía normas estatutarias diferentes. En estos casos, la resolución de controversias por un tribunal especializado en materias comerciales habría sido en realidad un sistema poco eficiente, en tanto los comerciantes no compartían una misma base normativa. El seguimiento de los usos comerciales dependía de la comunicabilidad de la costumbre a otras localidades geográficas. Si las comunidades comerciales no interactuaban entre sí, es implausible que los comerciantes de dichas comunidades tuvieran una misma comprensión de los usos aplicables.

Tratándose de disputas entre comerciantes y no-comerciantes, la evidencia sugiere que a lo largo de la Edad Media los involucrados atendían a las cortes locales, feudales o eclesiásticas para resolver la controversia y no a los tribunales especializados. El derecho aplicado al fondo de la controversia tampoco consistía en reglas prescritas por la *lex mercatoria*.¹⁹²

Por otro lado, existe evidencia de que el desarrollo de la costumbre siempre convivió con el derecho legislado. Si las reglas que gobernaban los gremios se basaban en los usos comerciales formados en el ámbito de la organización, más tarde se produjo en la Baja Edad Media un proceso de integración de dichas reglas al *derecho de la ciudad*. Al ser las ciudades medievales verdaderos protoestados, este fenómeno de integración sería una manifestación

¹⁹⁰ KADENS, Emily (2012) (n 181), p. 52.

¹⁹¹ KADENS, Emily (2004) (n 181), p. 61.

¹⁹² VOLCKART, Oliver; MANGELS, Antje (n 85), p. 441.

más temprana de la positivización y conversión de la costumbre en legislación nacional. Por cierto, a veces eran los propios comerciantes quienes requerían a los jueces y legisladores para que establecieran reglas que zanjaran el conflicto de costumbres en competencia.¹⁹³ Adicionalmente, la evidencia sugiere que muchas veces los señores feudales y las distintas autoridades de las ciudades medievales se involucraban en lo que aparentemente era de exclusiva incumbencia de los comerciantes.¹⁹⁴ Pareciera entonces que, en realidad, la *lex mercatoria* medieval guarda importantes semejanzas con el derecho comercial contemporáneo: un conjunto normativo compuesto tanto por normas legislativas y como por usos comerciales.¹⁹⁵

A la luz de esta evidencia, resultaría problemático calificar la *lex mercatoria* como un derecho universal, autónomo y anacional. Los centros de formación de la costumbre eran esencialmente las corporaciones y gremios, sin que hubiera una sensibilidad normativa compartida entre comerciantes miembros de distintas organizaciones, regiones y países. Según KADENS, la *lex mercatoria* medieval habría consistido en algo muy distinto a lo que los mercantilistas sostienen:

“La histórica lex mercatoria no era un sistema jurídico único, uniforme y esencialmente privado, sino más bien consistía en iura mercatorum, la ley de los comerciantes: un conjunto de privilegios públicos y prácticas privadas, estatutos públicos y costumbres privadas protegidos por su asociación bajo la noción general de ley mercante con un tipo particular de comercio de carácter supralocal y las personas que lo llevaron a cabo. Algunas normas consuetudinarias eran similares en grandes áreas geográficas; muchos eran locales o regionales o incluso específicas de industrias particulares. Además, este derecho no era un régimen puramente consuetudinario independiente de la ley y los

¹⁹³ KADENS, Emily (2012) (n 181), pp. 1196-1198; KADENS, Emily (2004) (n 181), p. 54. Existe evidencia de que los estatutos de las ciudades medievales que regulaban materias comerciales eran en realidad iniciativa directa de los comerciantes, toda vez que estos últimos controlaban el concejo municipal totalmente o en parte de los principales centros comerciales de la época. No habría habido en los hechos diferencia entre comerciantes y legisladores.

¹⁹⁴ KADENS, Emily (2004) (n 181), p. 55; WASSERTEIN, Celia (n 62), p. 68.

¹⁹⁵ KADENS, Emily (2004) (n 181), p. 63.

tribunales locales, sino una creación híbrida dependiente de un andamiaje de legislación e íntimamente ligado a la ley local municipal y gremial'.¹⁹⁶

El carácter autónomo y universal de la *lex mercatoria* medieval sería verdaderamente una ficción histórica que ha sido creada para agregar valor simbólico a la defensa de su existencia. Los escépticos comentan que ha habido una considerable exageración en el debate sobre la existencia de la *lex mercatoria*, ya que los usos comerciales surgidos en la sociedad medieval son muy disímiles y disgregados, de modo que su hipotética agregación no permite configurar un sistema jurídico mercantil independiente. Probablemente, la *lex mercatoria* no era más que una agregación diversa y constantemente cambiante de usos comerciales que nunca constituyó un sistema organizado de reglas.¹⁹⁷ Los usos comerciales que surgen en esta época no tendrían carácter universal o transfronterizo, sino simplemente local.¹⁹⁸ La idea sobre la inconsistencia e incompletitud del sistema normativo medieval sería igualmente extrapolable al *ius gentium* romano.¹⁹⁹

Los detractores sugieren la falta de conexión lógica entre la demostración de la existencia de la *lex mercatoria* contemporánea con supuestas etapas históricas anteriores. Los proponentes no han explicado por qué la nueva *lex mercatoria* requeriría legitimidad histórica para operar.²⁰⁰ Aparentemente, el argumento histórico sería formulado para agregar fuerza al postulado doctrinario, sin demostrar la relevancia de la demostración histórica en la pregunta

¹⁹⁶ KADENS, Emily (2004) (n 181), p. 42: "The historical *lex mercatoria* was not a single, uniform, essentially private legal system, but rather *iura mercatorum*, the laws of merchants: bundles of public privileges and private practices, public statutes and private customs sheltered under the umbrella concept of merchant law by their association with a particular sort of supra-local trade and the people who carried it out. Some customary norms were similar over large areas; many were local or regional or even specific to particular trade groups. In addition, this was not a purely customary regime independent of local law and local courts but a hybrid creation dependent upon a scaffolding of legislation and intimately tied to local municipal and guild law".

¹⁹⁷ GOODE, Roy, "Usage and its Reception in Transnational Commercial Law", en *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 46, No. 1 (1997), p. 5.

¹⁹⁸ KADENS, Emily (2012) (n 181), p. 1158; DONAHUE, Charles (n 181), p. 36.

¹⁹⁹ DE LY, Filip (n 10), p. 2.

²⁰⁰ MICHAELS, Ralf, "Legal Medievalism in Lex Mercatoria Scholarship", en *Texas Law Review See Also*, Vol. 90, No. 1 (2012), p. 261.

sobre su obligatoriedad. Aun si la hubiese, ello no explica por qué los comerciantes en una y otra etapa histórica tienen la obligación de seguir las reglas de la *lex mercatoria*.

Finalmente, los defensores de la *lex mercatoria* ignorarían o derechamente evitarían pronunciarse respecto de las críticas al argumento, porque la historia tiene el poder simbólico para dar base de la legitimidad a sus planteamientos políticos y económicos sobre cómo se hace y se debe hacer el derecho.²⁰¹ Que esta ficción persista sugiere que, a pesar de las críticas, lo que a la mayoría de los autores le interesa no es realmente explicar qué pasó durante la Edad Media.²⁰² El verdadero interés radica en proyectar hacia el pasado las circunstancias actuales buscando analogías que permitan justificar una determinada teoría.²⁰³ Lejos de ser una exhibición extrínseca de erudición, la imagería histórica sobre la antigua *lex mercatoria* sería empleada para legitimar las nociones modernas sobre cómo deberían regularse las relaciones jurídicas comerciales transfronterizas,²⁰⁴ por muy diversos y disímiles que sean los conceptos que derivan de la interpretación de los mercantilistas.

Todas estas críticas son muy atendibles. El mayor aporte de los escépticos es demostrar que la evidencia histórica no explica por sí sola la obligatoriedad de la *lex mercatoria*, ya que aun si se intentara señalar registros textuales como evidencia de la existencia de un derecho formado al margen de la ley local y de aplicación transfronteriza, la fuerza de la historia no basta para explicar qué es lo jurídicamente relevante en la interacción entre los comerciantes para que las prácticas constituyan derecho. Nuevamente, al igual que el resto de los argumentos anteriormente analizados, la *evidencia de derecho* no puede equipararse propiamente a *derecho*.

No obstante, lo que fallan los detractores en identificar es que la comprobación empírica de los hechos históricos depende igualmente de la aplicación de una determinada metodología y de una explicación que depende del uso de conceptos predeterminados. Es la

²⁰¹ HATZIMIHAIL, Nikitas (n 132), pp. 169-173.

²⁰² BASEDOW, Jürgen, “The State’s Private Law and the Economy – Commercial Law as an Amalgam of Public and Private Rule-Making”, en *American Journal of Comparative Law*, Vol. 56, No. 3 (2008), p. 705.

²⁰³ KADENS, Emily (2012) (n 181), p. 1157.

²⁰⁴ HATZIMIHAIL, Nikitas (n 132), pp. 173-174.

teoría la que confiere los presupuestos mínimos que permiten la interpretación de la historia y no viceversa. La investigación crítica más acabada y convincente acusa que los mercantilistas tienden a emplear flojamente la noción de costumbre para referirse a lo que sea que hicieran los comerciantes durante la Edad Media. Como consecuencia de dicha inexactitud, los proponentes “inadvertidamente eluden distintas categorías de reglas, lo que impide una discusión cuidadosa sobre la historia del derecho comercial”.²⁰⁵ A juicio de KADENS, en la medida en que no se pueda distinguir claramente entre reglas consuetudinarias y reglas contractuales, estatutarias y técnicas empresariales no vinculantes, no es posible probar con precisión el alcance y los límites de un hipotético derecho o, inclusive, un ordenamiento jurídico espontáneo.²⁰⁶ No obstante, lo que la autora inadvertidamente elude es que su crítica solo puede tener éxito si existiera consenso doctrinal respecto de la naturaleza y contenido de la *lex mercatoria*. No es pacífico que la *lex mercatoria* esté compuesta únicamente de costumbre, como tampoco existe una definición única de costumbre. KADENS toma prestada la definición de Bartolo de SASSOFERATO²⁰⁷ para señalar los errores de los proponentes del argumento histórico, entendiendo por costumbre una “conducta repetida a la que la mayoría relevante de la comunidad ha consentido tácitamente en obligarse a realizar”.²⁰⁸ No obstante, esta no es la única definición de costumbre disponible en la literatura, ella no es necesariamente la noción seguida por los proponentes de la existencia de la *lex mercatoria*, y es una definición deficiente al introducir la noción de *consentimiento tácito* que evoca la idea de autonomía privada y libertad contractual. Asimismo, que se opte por aplicar la definición de SASSOFERATO porque “era ampliamente aceptada durante la Edad Media” y porque “podría haber sido familiar a los

²⁰⁵ KADENS, Emily (2012) (n 181), p. 1163: “As a result of such inexactness, scholars inadvertently elide distinct categories of rules, which hinders careful discussion about the history of commercial law”.

²⁰⁶ Contradictoriamente, KADENS reconoce que “no poseemos evidencia alguna para refutar la teoría de que la mayor parte de las costumbres sustantivas surgieron por sí solas”. KADENS, Emily (2004), p. 48.

²⁰⁷ KADENS, Emily (2012) (n 181), p. 1163.

²⁰⁸ SASSOFERATO, Bartolo de, *In primam digesti veteris partem commentaria*, 193, Turín, Nicholaus Beuilaquam, 1574 (repetitio ad Dig. 1.3.32 §§ 6-7), citado en KADENS, Emily (2012) (n 181), p. 1163.

comerciantes y los jueces de cortes locales y de las ferias”²⁰⁹ es profundamente cuestionable.²¹⁰ En definitiva, la razonabilidad de una teoría sobre la formación del derecho no puede juzgarse a la luz de premisas ajenas al silogismo original.

Desde un punto de vista metodológico, es completamente admisible que se examine la evidencia disponible, aun fragmentaria, para sostener que la *lex mercatoria* medieval algo enseña sobre el proceso de formación del derecho. MICHAELS agrega que “no hay nada anacrónico en usar términos analíticos para la descripción de eventos históricos. Esto es especialmente cierto para los autores que buscan lecciones de la Edad Media para nuestros tiempos, porque necesitan usar conceptos que trascienden diferentes tiempos y culturas”.²¹¹ Que no se tenga evidencia suficiente sobre si los usos comerciales medievales cumplen con las condiciones necesarias para considerarlos costumbre bajo determinadas premisas no impide que se formule una teoría sobre el lugar que ocupa el derecho consuetudinario en la teoría general del derecho. No obstante, para no entorpecer la discusión, lo más científicamente riguroso es advertir al lector que la *lex mercatoria* medieval no es un mito, pero sí una interpretación de la historia.²¹²

Como se examinará más adelante, es analíticamente consistente sostener que la formación del derecho no se reduce a la deliberación legislativa —de carácter intrínsecamente nacional—, sino que también es el resultado de la interacción espontánea entre las personas. Es probable que los proponentes del argumento histórico, entre los que figuran juristas especializados en derecho comercial, comparativistas e institucionalistas, antropólogos del derecho y economistas libertarios,²¹³ compartan una misma concepción teórica en relación a la formación del derecho. A ello se debe que pongan acento en el fenómeno de la auto-

²⁰⁹ KADENS, Emily (2012) (n 181), p. 1166: “[T]he jurists’ definition was widely accepted during the Middle Ages as explaining how customs functioned as law. As the learned definition found its way into vernacular discussions of customary law, it may even have been familiar to the merchants and to judges in urban and fair courts”.

²¹⁰ KADENS introduce dos fuentes para demostrar que la definición de SASSOFERATO era ampliamente conocida y familiar. En ninguna de ellas se reproduce el elemento definitorio del consentimiento tácito de la comunidad. Más bien, las citas aluden a la idea de prácticas repetidas y públicamente seguidas sin la oposición de la mayoría.

²¹¹ MICHAELS, Ralf (n 200), pp. 259-260, pie de página No. 4.

²¹² Ibid, p. 265.

²¹³ Ibid, p. 262.

regulación espontánea y la iniciativa privada, recurriendo al análisis histórico para apoyar sus proposiciones. Independiente de la calificación de la *lex mercatoria* como un derecho principalmente conformado por costumbre, contratos y/o estatutos, es posible que todas estas nociones provengan de un fenómeno jurídico más profundo. Por consiguiente, es posible reinterpretar la evidencia histórica para justificar analíticamente una teoría sobre la formación del derecho. A tal efecto, el siguiente capítulo de este trabajo explica y emplea la noción hayekiana de *orden espontáneo*.

6. Argumento analítico

Habiéndose revisado las principales proposiciones y críticas de cada uno de los argumentos tendientes a demostrar la existencia (o inexistencia) de la *lex mercatoria*, puede constatar que ninguno de los cinco caminos mencionados entrega resultados totalmente felices. Los argumentos de la codificación, de la incorporación contractual, de la aplicación práctica y del reconocimiento interno son teóricamente inconsistentes al confundir el origen de la normatividad de la *lex mercatoria* con otras fuentes del derecho.

El argumento histórico es el postulado más frecuentemente comentado en la literatura. Independientemente de la existencia de evidencia histórica o la falta de ella, las explicaciones de este argumento suelen estar acompañadas con una caracterización de las condiciones o propiedades que fueron necesarias para que la *lex mercatoria* se formara. Desde este punto de vista, de todos los argumentos indicados, quizá sea este el que más logre acercarse a una perspectiva analítica de estudio. No obstante, ya se ha explicado que la demostración de la existencia de evidencia histórica de un derecho apropiado a las necesidades de los comerciantes no permite por sí misma explicar su proceso de formación, aunque sugiere su análisis.

La motivación de este trabajo es precisamente examinar el proceso de formación del derecho desde la literatura de la teoría general del derecho. Entender qué es el derecho permitirá despejar qué es la *lex mercatoria*. Para esta finalidad, se ha revisado las proposiciones

teóricas, principalmente, de HAYEK, HART y RAZ. En los capítulos siguientes, el marco conceptual de estos tres autores permitirá demostrar la hipótesis desarrollada en esta tesis.

D. La necesidad de delimitación terminológica: *lex mercatoria* y derecho comercial transnacional

Toda explicación teórica requiere de la delimitación suficientemente acabada de los conceptos que emplea. Por cierto, pueden existir convergencias y elementos que se yuxtaponen en una y otra noción. Lo que no es terminológicamente consistente es el uso intercambiable de nociones que no son idénticas o una exposición que distorsione o difumine sus fronteras, generando confusiones o contradicciones.

La expresión *derecho transnacional* fue primera y prominentemente formulada por Philip JESSUP en *Transnational Law*.²¹⁴ En su obra, el autor sugiere que el término se refiere a todo derecho que regula las acciones o eventos que trascienden las fronteras nacionales, incluyendo el derecho internacional privado, el derecho internacional público y toda otra regla que no pudiera subsumirse en alguna de estas dos categorías. Salta a la vista que la definición de JESSUP es extremadamente amplia y comprensiva: basta que una relación jurídica presente un elemento de internacionalidad para que pueda ser calificada como *transnacional*, sea que se trate de relaciones entre privados o entre Estados.

En el contexto del derecho comercial la definición requiere acotamiento. GOODE define *derecho comercial transnacional* como la convergencia de “la totalidad de principios y reglas [de derecho comercial], sean de origen consuetudinario, convencional, contractual o derivado de cualquier otra fuente que son comunes a una serie de sistemas jurídicos”.²¹⁵

²¹⁴ JESSUP, Philip, *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press, 1956, p. 2.

²¹⁵ GOODE, Roy (n 197), p. 3: “[T]he phrase ‘transnational commercial law’ is used to describe the totality of principles and rules, whether customary, conventional, contractual or derived from any other source, which are common to a number of legal systems”.

Ahora, en el contexto de la discusión sobre la existencia de la *lex mercatoria*, nuevamente se requiere depuración terminológica. GOODE enseña que los mercantilistas han utilizado intercambiamente los conceptos *derecho comercial transnacional* y *lex mercatoria*, como si se trataran de sinónimos. El autor sugiere la necesidad de introducir una distinción entre ambas expresiones para salvar oscuridades. Esta distinción, como podrá constatarse, servirá igualmente para identificar las dos proposiciones principales en la discusión sobre la existencia de la *lex mercatoria* encabezadas por Clive SCHMITTHOFF y Berthold GOLDMAN, considerados los “padres fundadores de la nueva *lex mercatoria*”.²¹⁶

La definición ofrecida de *derecho comercial transnacional* ayuda a comprender la “**teoría amplia de la *lex mercatoria***”, cuya formulación original suele atribuirse a Clive SCHMITTHOFF. Según esta visión, la *lex mercatoria* se manifiesta en los procesos emprendidos desde la segunda mitad del siglo XX de armonización o uniformación del derecho privado y comercial y de la articulación de la costumbre mercantil en textos positivos.²¹⁷ Todo principio o regla de carácter comercial que se refiere a asuntos transfronterizos formaría parte del contenido de la *lex mercatoria*, sea positiva o no escrita, de naturaleza convencional o espontánea, de derecho internacional público o privado, creada o reconocida por organizaciones internacionales, agentes públicos o tribunales estatales o arbitrales. Incluso, es posible que SCHMITTHOFF haya implícitamente sugerido que las normas internas de los ordenamientos jurídicos nacionales que regulan asuntos de derecho comercial transnacional forman parte de la *lex mercatoria*, en tanto son propiamente los Estados quienes reconocen y confieren valor jurídico a la costumbre comercial transfronteriza y la legislación internacional.²¹⁸ En breve, es la coexistencia entre las prácticas mercantiles y la acción estatal la que permite el surgimiento de la *lex mercatoria*.²¹⁹

²¹⁶ Véase HATZIMIHAİL, Nikitas (n 132); GOODE, Roy, “Rule, Practice, and Pragmatism in Transnational Commercial Law”, en *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, No. 3 (2005).

²¹⁷ TOTH, Orsolya (n 9), p. 47.

²¹⁸ HATZIMIHAİL, Nikitas (n 132), p. 180. Recordemos que la expresión “legislación internacional” es entendida por SCHMITTHOFF como todo texto creado por una entidad no gubernamental consistente en un compendio normativo.

²¹⁹ *Ibid*, pp. 180 y 189.

Dicho lo anterior, sin detallar las variaciones doctrinales de cada uno de los autores,²²⁰ los proponentes de la perspectiva amplia de la *lex mercatoria* consideran que la existencia del derecho comercial transnacional es la inequívoca demostración de la existencia de la *lex mercatoria*. Además, el contenido del derecho comercial transnacional sería equivalente al de la *lex mercatoria*. En palabras de BERGER, la *progresiva codificación (creeping codification)* de la *lex mercatoria* habría generado un continente normativo suficientemente completo para considerar a la *lex mercatoria* como un derecho y/o sistema jurídico autónomo y universal:

“[La progresiva codificación de la *lex mercatoria*] reproduce todas aquellas reglas y principios de la *lex mercatoria* como derecho escrito que han sido aceptados en la práctica del arbitraje y la contratación internacionales junto con referencias comparativas comprensivas. La lista unifica las diversas fuentes que han fomentado la evolución de un sistema jurídico comercial transnacional en un único y abierto conjunto de reglas y principios: la recepción de los principios generales del derecho, la codificación del derecho comercial internacional por parte de las ‘agencias formuladoras’, la jurisprudencia de los tribunales arbitrales internacionales, la fuerza formativa de los modelos de contratos internacionales y las condiciones generales del comercio y, finalmente, el análisis de la ciencia jurídica comparada”.²²¹

²²⁰ La descripción que aquí se esgrime intenta capturar la lógica empleada en la teoría amplia de la *lex mercatoria*. Por lo mismo, la caracterización es general y no intenta hacerse cargo de los distintos reparos indicados por los seguidores de esta teoría. No todos los autores coinciden con la extensión del contenido del derecho comercial transnacional y, en consecuencia, de la *lex mercatoria*. Bajo esta perspectiva, LANDO y Lord MUSTILL incluyen los usos y costumbres comerciales dentro del contenido de la *lex mercatoria*, pero el propio SCHMITTHOFF excluye las costumbres no positivizadas en textos autoritativos, calificándolas como meros “paralelismos de acción”. Ole LANDO coincide con que el contenido de la *lex mercatoria* es equivalente al de derecho comercial transnacional, pero se distingue de otros proponentes al sugerir que la fuente de la *lex mercatoria* es el núcleo común de derechos nacionales. Véase LANDO, Ole, “The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration”, en *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 34, No. 4 (1985), p. 747; MUSTILL, Michael, (n 54), p. 109; SCHMITTHOFF, Clive (n 121), p. 16.

²²¹ BERGER, Klaus-Peter (n 115), pp. 210-211: “[The creeping codification of *lex mercatoria*] reproduces all those rules and principles of the *lex mercatoria* as black-letter-law which have been accepted in international arbitral and contract practice together with comprehensive comparative references. The list unifies the various sources that have fostered the evolution of a transnational commercial legal system into one single, open-end set of rules and principles: The reception of general principles of law, the codification of international trade law by ‘formulating agencies’, the case law of international arbitral tribunals, the law-making forces of international model contract forms and general conditions of trade, and finally the analysis of comparative legal science”.

Los argumentos de la codificación, de la incorporación contractual, del reconocimiento práctico e interno y el argumento histórico constituirían distintas vías para enseñar el contenido de la *lex mercatoria* y justificar esta proposición teórica.

Ya se ha explicado por qué la teoría amplia de la *lex mercatoria* es analíticamente inconsistente. Basta reiterar que el abierto reconocimiento que la teoría amplia efectúa de la dependencia de las reglas de la *lex mercatoria* respecto de la acción estatal impide la configuración de un derecho y/o sistema jurídico universal, autónomo y anacional. La teoría amplia de la *lex mercatoria* es débil y contradictoria, porque se preocupa únicamente de especificar su contenido, omitiendo o respondiendo insatisfactoriamente la pregunta de la fuente de la fuerza normativa de los distintos instrumentos de derecho comercial transnacional.

Una teoría analíticamente coherente sobre la *lex mercatoria* eliminaría toda referencia a expresiones normativas cuya fuente dependa de un ordenamiento jurídico nacional o del sistema de derecho internacional público. La “**teoría pura de la *lex mercatoria***” investiga el fenómeno jurídico que emerge exclusivamente de la interacción privada y espontánea de los participantes del comercio transfronterizo. Según esta proposición, la *lex mercatoria* es esencialmente no-codificada, no-estatutaria y no-convencional, razón por la que su contenido se expresa de manera inmediata en las prácticas, usos y costumbres comerciales.²²² Que el objeto de las reglas prescritas por la *lex mercatoria* sea principalmente transnacional no afecta el hecho de que su origen sea espontáneo. La eventual intervención de las autoridades estatales o de las relaciones entre los Estados en la elaboración o implementación de reglas de formación originalmente espontánea no impide reconocer el potencial de los privados para desarrollar costumbres.²²³ De este modo, la CISG, los Principios UNIDROIT, los PECL, los INCOTERMS, los UCP 600 o los TransLex pueden efectivamente constituir evidencia de la

²²² GOODE, Roy (n 197), p. 2.

²²³ GOLDMAN, Berthold (n 132), p. 114.

lex mercatoria, siempre teniéndose presente su carácter dinámico, mutable e imposible de formalizar en su esencia.

La literatura suele identificar en el trabajo de GOLDMAN la génesis de la teoría pura al haber subrayado el origen exclusivamente consuetudinario de la *lex mercatoria*. GOLDMAN define *lex mercatoria* como “un conjunto de principios generales y normas consuetudinarias espontáneamente referidas o elaboradas en el marco del comercio internacional, sin referencia a un sistema jurídico nacional en particular”.²²⁴ Sumado a ello, GOLDMAN incorpora y califica ciertos instrumentos escritos como los INCOTERMS o los UCP 600 como fuentes de la *lex mercatoria*, en la medida que los textos de hecho reflejen la costumbre transfronteriza.²²⁵ Sin embargo, las críticas al argumento de la codificación muestran la imposibilidad de que la positivización de costumbres en textos capture y reflejen el carácter espontáneo de la *lex mercatoria*. Estos instrumentos solo pueden constituir evidencia de derecho, pero no la costumbre misma.²²⁶ Una auténtica teoría pura debe prescindir de todo elemento que remita a los sistemas jurídicos estatales o al sistema de derecho internacional público para que la *lex mercatoria* adquiera carácter universal, autónomo y anacional.

GOODE se acerca más a una teoría pura de la *lex mercatoria* al explícitamente acusar las deficiencias del argumento de la codificación. GOODE define *lex mercatoria* como “derecho no codificado y que consiste en derecho comercial consuetudinario, reglas consuetudinarias de procedimiento y de toma de evidencia y los principios generales, incluyendo el orden público internacional” y excluye perentoriamente todo cuerpo escrito de derecho comercial transnacional como fuente.²²⁷ No obstante, se ha criticado la inclusión de los *principios generales* en la definición al tratarse de una fuente normativa que suele ser dogmáticamente entendida

²²⁴ Ibid, p. 116: “[A] set of general principles and customary rules spontaneously referred to or elaborated in the framework of international trade, without reference to a particular national system of law”.

²²⁵ GOLDMAN, Berthold (n 130), p. 8.

²²⁶ GOODE, Roy (n 197), p. 3.

²²⁷ Idem: “[T]he phrase ‘*lex mercatoria*’ is used to indicate that part of transnational commercial law which is uncodified and consists of customary commercial law, customary rules of evidence and procedure and general principles of commercial law, including international public policy”.

como una construcción que deriva de los sistemas jurídicos nacionales.²²⁸ Misma crítica se ha formulado a la teoría de GOLDMAN. Si la *lex mercatoria* incluye los principios generales en su definición, es necesario que provengan de un proceso espontáneo para que sean analíticamente considerados como independientes de los sistemas jurídicos nacionales.

Habiéndose señalado los elementos constitutivos de la teoría pura, se infiere que la *lex mercatoria* sería uno de los componentes del derecho comercial transnacional, pero uno y otro concepto no serían equivalentes. La *lex mercatoria* es una explicación sobre la formación del derecho comercial transnacional a partir de la interacción espontánea entre privados, mientras que el derecho comercial transnacional es el continente normativo resultante de la agregación de todas las reglas codificadas y no-codificadas que ordenan las relaciones jurídicas comerciales transfronterizas.

En suma, la línea divisoria entre los mercantilistas de la teoría amplia y pura es la relación que puede esbozarse entre la *lex mercatoria* con los sistemas jurídicos nacionales. Los *integracionistas* consideran que la *lex mercatoria* combina tanto elementos de derecho nacional como de derecho anacional, mientras que los *puristas* o *autonomistas* consideran que la *lex mercatoria* tiene carácter anacional y autónomo en tanto está conformado únicamente por derecho anacional.²²⁹

La distinción entre la teoría amplia y pura de la *lex mercatoria* es fundamental para los propósitos de este trabajo. Solo siguiéndose la teoría pura es posible investigar la posibilidad de la existencia de un derecho anacional.

En primer lugar, la distinción permite diferenciar la comprensión del derecho, por un lado, como una expresión de la realidad social y, por el otro, como una herramienta al servicio

²²⁸ SCHMITTHOFF, Clive (n 61), p. 109; GAILLARD, Emmanuel, “General Principles of Law in International Commercial Arbitration – Challenging the Myths”, en *World Arbitration & Mediation Review*, Vol. 5, No. 2 (2011), pp. 161-163; GAILLARD, Emmanuel, “La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international”, en BELLET, P. (ed), *Etudes offertes à Pierre Bellet*, París, Litec, 1991, pp. 205-206.

²²⁹ HATZIMIHAIL, Nikitas (n 132), p. 171.

del poder que permite orientar el comportamiento. La teoría pura provee una perspectiva exclusivamente descriptiva de las reglas de conducta surgidas espontáneamente y seguidas en el escenario global, mientras que la teoría amplia incorpora tanto las reglas *efectivamente seguidas* por los comerciantes como también las reglas que, a juicio de determinados actores, *deberían ser seguidas* por los comerciantes. Como ya se ha explicado, ninguno de los instrumentos de derecho comercial transnacional es una reproducción idéntica de los usos comerciales. En cambio, en todos estos dispositivos normativos los redactores seleccionaron aquellas formulaciones normativas que, consideraban que, tenían el potencial de dirigir y responder más adecuadamente a los problemas que se suscitan en el mercado global.

En segundo lugar, la distinción permite dibujar con suficiente claridad la diferencia entre las fuentes del derecho y su fenomenología. Si la teoría amplia se preocupa de estudiar tanto las fuentes como las manifestaciones de la *lex mercatoria*, la teoría pura examina exclusivamente sus fuentes.²³⁰

Habiéndose demostrado que el estudio de la *evidencia* de la *lex mercatoria* no aporta a entender de dónde emana su fuerza normativa, el próximo capítulo de este trabajo procura ofrecer una explicación sobre el proceso de formación de la *lex mercatoria*. Solo de este modo pueden identificarse los elementos conceptuales que permitirán su aplicación en la práctica.

²³⁰ TOTH, Orsolya (n 9), p. 52.

CAPÍTULO II – LA *LEX MERCATORIA* COMO DERECHO ANACIONAL

En el primer capítulo se ha procurado demostrar que la teoría amplia o transnacional de la *lex mercatoria* impide una concepción clara y coherente sobre las fuentes del derecho que gobiernan las relaciones jurídicas transfronterizas. A decir verdad, dicho de manera simple, son pocos los seguidores de la perspectiva transnacional que han hecho un esfuerzo por elucidar por qué la *lex mercatoria* es una fuente del derecho. En palabras de SCHULTZ, esta omisión dogmática puede tratarse de un “testimonio de un simple descuido académico, o más bien, es la marca de un entimema intencionado (es decir, un silogismo en el que parte del argumento se presenta como tan obvio que no vale la pena incluirlo, lo que hace que el argumento sea difícil de cuestionar porque cuestionar lo evidente es una confesión de ignorancia)”.²³¹ Agrega que la mera referencia de ciertos autores al “concepto tradicional de derecho”,²³² sin mayor explicación, conduce y sugiere al lector que obvie un aspecto central de la discusión sobre la *lex mercatoria*, esto es, el proceso de formación del derecho privado.

Dicho lo anterior, este capítulo procura ofrecer una explicación sobre el funcionamiento de la ordenación privada en interés de esbozar una teoría analíticamente consistente sobre la *lex mercatoria*.

A. El orden artificial y el orden espontáneo

Una de las más significativas pretensiones del racionalismo moderno es intentar, a través de la razón, atrapar y diseñar la realidad toda. En *Derecho, Legislación y Libertad*, Friedrich August VON HAYEK identifica en el *constructivismo cartesiano* la visión según la cual “[las] instituciones humanas sirven propósitos humanos solo si han sido deliberadamente diseñadas

²³¹ SCHULTZ, Thomas (n 12), p. 63.

²³² GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (eds), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, La Haya, Kluwer, 1999, §1450. Para justificar que la *lex mercatoria* constituye derecho, los autores se limitan a indicar que ello es consecuencia de la aplicación de “los criterios que *tradicionalmente* [definen] la existencia de un orden jurídico”, sin ofrecer mayor explicación.

para esos propósitos, a menudo también que el hecho de que una institución exista es evidencia de que ha sido creada para un propósito, y entonces que deberíamos siempre rediseñar la sociedad y sus instituciones de modo que todas nuestras acciones sean completamente guiadas por propósitos conocidos”.²³³ No obstante, el académico austríaco agrega que la proposición racionalista sería falsa o, al menos, no enteramente verdadera, en tanto interpreta antropomórficamente toda regularidad en los fenómenos como resultado de una proyección intelectual o mental. Del hecho que las personas sean capaces de describir el conocimiento que adquieren a través del lenguaje, no se colige la explicación de toda acción humana.

HAYEK propone una segunda visión al analizar la actividad humana. El orden que una sociedad presenta y que incrementa la efectividad de la acción individual no se configura únicamente a través de las instituciones creadas por el ingenio y diseñadas para dicho propósito, sino que es el resultado de primeramente un proceso de *crecimiento* y luego de un proceso de *evolución*. En función de estos procesos, las prácticas surgidas en y adoptadas por un grupo, cualquiera sea el origen, son respuesta y resultado del ambiente inmediato. Ocasionalmente, estas prácticas son preservadas de forma inconsciente porque, de algún modo, permiten al grupo prevalecer por sobre otros.²³⁴ Muchas de las instituciones que son una condición indispensable para la consecución de fines determinados son el resultado de costumbres, hábitos o prácticas que no han sido creadas ni observadas por ningún propósito en particular. En consecuencia, “vivimos en una sociedad en la que podemos exitosamente auto-orientarnos y en la que nuestras acciones tienen una buena chance de conseguir los fines que persiguen, no solo porque nuestros semejantes son gobernados por objetivos conocidos o por conexiones conocidas entre medios y fines, sino porque están confinados por reglas

²³³ VON HAYEK, Friedrich August, *Law, Legislation and Liberty, A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*, Londres, Routledge, 1982, p. 8: “[H]uman institutions will serve human purposes only if they have been deliberately designed for those purposes, often also that the fact that an institution exists is evidence of its having been created for a purpose, and always that we should so redesign society and its institutions that all our actions will be wholly guided by known purposes”.

²³⁴ *Ibid*, p. 9.

cuyo propósito u origen a menudo no conocemos y cuya existencia misma a menudo ignoramos”.²³⁵

El error del racionalismo estribaría en omitir que la mente humana es también el resultado de una adaptación de las circunstancias naturales y sociales en las que vive el sujeto, y cuyo desarrollo ha dependido de la interacción constante con las instituciones que determinan la estructura de la sociedad.²³⁶ En términos filosóficos, el dualismo cartesiano yerra al proponer que el pensamiento configura al mundo, desatendiendo que el sujeto es simultáneamente parte del mundo que piensa. Cuando HEIDEGGER afirma que somos seres-en-el-mundo, quiere decir que aparecer en un mundo de significados es la condición radical para que las cosas sean aprehendidas.²³⁷ En la misma dirección, ORTEGA Y GASSET comenta que los seres humanos están implacablemente entreverados con su tiempo y sus circunstancias.²³⁸ La herencia cultural de toda persona consiste en una miríada de prácticas y reglas de conducta que han prevalecido al aumentar las posibilidades de persistencia del grupo social en el que participa, pero que no han sido adoptadas necesariamente porque el grupo tenía conocimiento cierto de que dichas prácticas permitirían su continuidad.²³⁹ Nuestra conducta respecto de los demás y nuestras interpretaciones de la conducta que otros tienen para con nosotros son constantemente moldeadas por estándares que no entran a nuestros procesos de pensamiento de manera consciente, pero que de todos modos determinan decisivamente la manera en que el grupo se comporta. Semejantemente a lo suele ocurrir con las reglas de la gramática, solo tomamos consciencia de las reglas una vez que nos enfrentamos

²³⁵ Ibid, p. 11: “We live in a society in which we can successfully orientate ourselves, and in which our actions have a good chance of achieving their aims, not only because our fellows are governed by known aims or known connections between means and ends, but because they are also confined by rules whose purpose or origin we often do not know and of whose very existence we are often not aware”.

²³⁶ Ibid, p. 17.

²³⁷ HEIDEGGER, Martin, *Sein und Zeit*, Tübingen, Max Niemeyer Verlag, 1967 [1927], p. 181: “Das Dasein existiert faktisch. Gefragt wird nach der ontologischen Einheit von Existenzialität und Faktizität, bzw. der wesenhaften Zugehörigkeit dieser zu jener. Das Dasein hat auf Grund seiner ihm wesenhaft zugehörenden Befindlichkeit eine Seinsart, in der es vor es selbst gebracht und ihm in seiner Geworfenheit erschlossen wird. Die Geworfenheit aber ist die Seinsart eines Seienden, das je seine Möglichkeiten selbst ist, so zwar, daß es sich in und aus ihnen versteht (auf sie sich entwirft)”.

²³⁸ ORTEGA Y GASSET, José, *Meditaciones del Quijote*, Obras Completas, Madrid, Taurus-Revista de Occidente, Tomo I, 2004, p. 757: “Yo soy yo y mi circunstancia, y si no la salvo a ella no me salvo yo”.

²³⁹ VON HAYEK, Friedrich August (n 233), p. 17.

a errores gramaticales, y a veces su propia infracción nos llevan a articular por primera vez reglas conforme a las cuales hemos actuado anteriormente sin saberlo.²⁴⁰

El seguimiento de esta segunda visión permite transparentar la limitación fundamental del racionalismo: nuestra necesaria e irremediable ignorancia de la mayoría de los hechos particulares que determinan las acciones de todos los miembros de la sociedad humana. Aun cuando seamos propensos a ser “fascinados por los planes hermosos que resultan [del constructivismo racionalista] al ser tan ordenados, tan visibles, tan fáciles de entender”,²⁴¹ desconocer nuestra incapacidad de reunir toda la información sondeable que accede al orden social solo nos hace víctimas del *delirio sinóptico*, esto es, la ficción según la cual todos los hechos relevantes son en realidad conocidos, siendo en consecuencia posible construir con la suma del conocimiento de los particulares un orden social deseable. Por el contrario, y aun paradójicamente, a pesar de que el uso de la abstracción extiende el alcance de los fenómenos que podemos dominar intelectualmente, lo hace simultáneamente limitando el grado de previsibilidad de los efectos de nuestras acciones, y por tanto limitando solo a ciertas características generales el dominio que tenemos para modelar al mundo. Una posición intelectualmente más honesta supone aceptar las limitaciones de los poderes de la consciencia y de la inevitable asistencia que obtenemos de procesos que desconocemos.

Estas proposiciones constituyen el marco conceptual en que HAYEK se apoya para describir la existencia de dos tipos de órdenes que coexisten en la realidad y cuya caracterización permite conocer el proceso de formación del derecho.

El orden artificial (*taxi*) es el estado de cosas resultante de la construcción deliberada de reglas de conducta basadas en el conocimiento empírico respecto de los efectos que esas

²⁴⁰ FULLER, Lon, *The Principles of Social Order*, Durham, Duke University Press, 1981, p. 240: “Our conduct toward others, and our interpretations of their behaviour toward us, are, in other words, constantly shaped by standards that do not enter consciously into our thought processes. The analogy of language is once again useful; often we only become aware of rules of grammar when they are broken, and it is sometimes their breach that leads us to articulate for the first time rules we had previously acted on without knowing it”.

²⁴¹ VON HAYEK, Friedrich August (n 233), p. 15.

reglas tienen en la consecución de propósitos humanos deseables. El orden artificial se identifica con el constructivismo racionalista y su propensión a elaborar soluciones universalistas, siendo la legislación su manifestación normativa por excelencia. De la concepción estrictamente positivista que considera a la legislación como la única fuente del derecho se desprenden dos ideas fundamentales: en primer lugar, que el poder del legislador es ilimitado; y, en segundo lugar, que solo la ley pronunciada en conformidad con la voluntad del legislador constituye derecho. De este modo, la ley es un instrumento para el uso del poder que sirve los propósitos particulares del legislador.²⁴²

El orden espontáneo (*kosmos*), en cambio, es el estado de cosas consistente en relaciones abstractas entre elementos definidos por propiedades abstractas, cuya formación se produce porque sus elementos constitutivos siguen ciertas reglas en respuesta a su ambiente inmediato. Como ya se ha dicho, nuestro proceso de adaptación al ambiente no puede comprenderse únicamente a través del examen reflexivo de las relaciones de causa y efecto, sino que en gran medida nuestras acciones son gobernadas por reglas acondicionadas al tipo de mundo en el que vivimos, circunstancias que ignoramos pero que de todos modos determinan nuestro patrón de conducta.²⁴³ En el orden espontáneo, el proceso de formación del derecho está determinado por una relación de recíproca influencia entre la normatividad y su medioambiente social: el derecho prescribe comportamientos que, a su vez, son modelados por las formas establecidas de interacción en su medio social.²⁴⁴

La existencia del orden espontáneo no es intuitivamente perceptible y no es reconocible sino mediante una teoría que da cuenta de su existencia y naturaleza. El carácter abstracto del orden espontáneo implica que aun existiendo cambios o modificaciones en los elementos individuales que lo constituyen, el orden seguirá existiendo en la medida de que la estructura relacional entre los elementos se mantenga. De modo análogo, se ha sugerido que el orden

²⁴² Ibid, pp. 91-92.

²⁴³ Ibid, p. 12.

²⁴⁴ FULLER, Lon (n 240), p. 257.

espontáneo hayekiano podría ser otra denominación para describir un sistema autopoietico,²⁴⁵ definido por MATURANA como “una danza interminable de correlaciones internas en una red cerrada de elementos que interactúan, cuya estructura está siendo continuamente modulada por numerosos y entrelazados dominios y meta-dominios de acoplamiento estructural”.²⁴⁶

A diferencia del orden artificial, el orden espontáneo no tiene ni sigue necesariamente un propósito determinado.²⁴⁷ Si su existencia permite canalizar resultados eficientes para los individuos que se mueven dentro de dicho orden, ello no es consecuencia de un ejercicio intencional.²⁴⁸

²⁴⁵ TEUBNER, Gunther, *Law as an Autopoietic System*, Cambridge, Blackwell Publishers, 1993.

²⁴⁶ MATURANA, Humberto, *Erkennen: Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit*, Braunschweig, Vieweg, 1982, p. 28: “[E]s gibt lediglich einen endlosen Tanz interner Korrelationen in einem geschlossenen Netzwerk interagierender Elemente, dessen Struktur durch zahlreiche ineinander verwobene Bereiche und Metabereiche struktureller Koppelung des Organismus an sein Medium fortwährend moduliert wird”.

²⁴⁷ Lon FULLER presenta una teoría distinta sobre la formación del derecho consuetudinario cercana a las proposiciones economicistas: la aceptación de una regla de conducta por un grupo humano depende, entre otras condiciones, del acuerdo voluntario entre las partes inmediatamente afectadas. El uso de la noción de “acuerdo” demuestra que el autor considera que el seguimiento de las reglas de conducta es una acción deliberada que persigue fines determinados. Para el autor, las normas de derecho consuetudinario son seguidas no porque hayan sido ordenadas por individuos o instituciones con poder, sino porque cada individuo reconoce los beneficios de comportarse de acuerdo con las expectativas del resto de los integrantes del grupo con el que frecuentemente interactúa, ya que permite el cumplimiento de sus propias expectativas. Para FULLER, el derecho consuetudinario puede describirse como un “lenguaje de interacción”. Esta perspectiva es también compartida por Bruce BENSON quien, utilizando la conocida metáfora de Adam SMITH, propone que las prácticas comerciales y las normas consuetudinarias son guiadas por “dos manos invisibles, cuyos dedos entrelazados producen el orden comercial”. Este orden se formaría, por un lado, por la mayor eficiencia conseguida a través de las prácticas adoptadas por individuos que actúan en su propio interés y, por el otro, por las reglas que ordenan el seguimiento de dichas prácticas. No obstante, a diferencia de FULLER y BENSON, la noción hayekiana de orden espontáneo prescinde de propósitos. HAYEK incluso sostiene que el orden espontáneo es anterior al lenguaje. Véase FULLER, Lon, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964; BENSON, Bruce (n 136); BENSON, Bruce (n 143).

²⁴⁸ VON HAYEK, Friedrich August (n 233), pp. 39-40. HAYEK introduce un ejemplo de orden espontáneo encontrado en la naturaleza: “There are in the physical world many instances of complex orders which we could bring about only by availing ourselves of the known forces which tend to lead to their formation, and never by deliberately placing each element in the appropriate position. We can never produce a crystal or a complex organic compound by placing the individual atoms in such a position that they will form the lattice of a crystal or the system based on benzol rings which make up an organic compound. But we can create the conditions in which they will arrange themselves in such a manner”.

La idea fundamental del orden espontáneo es la noción de *evolución*,²⁴⁹ considerando HAYEK que los desarrollos de la antropología cultural permiten dilucidar mejor las aplicaciones de este concepto que el darwinismo y sus derivados teóricos (neodarwinismo y darwinismo social). Para entender las reglas de conducta de un orden espontáneo, es necesario aproximarse y detenerse en el análisis de formaciones sociales como el lenguaje, la moral, el derecho y el dinero, antes que extrapolar categorías aplicadas a la biología en que la pretensión racionalista se acentúa al disfrazar con pretensión de objetividad la falibilidad de la ciencia y en general del conocimiento humano. Al mismo tiempo, al dilucidar la *teoría de la evolución*, HAYEK anticipa la necesidad de evitar la noción de *leyes de la evolución* propia del historicismo de COMTE, HEGEL y MARX según el cual la evolución debe necesariamente avanzar en un curso predeterminado.²⁵⁰

En el orden espontáneo, no existe en principio diferencia alguna entre la práctica que un individuo *debe observar* para conseguir un determinado fin con la práctica que el individuo *debería observar*. Para HAYEK, esta constatación es histórica y antropológicamente consistente con la evolución del derecho. La existencia del derecho es consustancial con la existencia de la sociedad, en tanto solo la observancia de reglas de conducta comunes hace posible la convivencia pacífica entre las personas. Incluso antes del desarrollo del lenguaje y la capacidad directiva de administrar órdenes generales verbales, una persona solo sería parte de un grupo en la medida que se conformara con las reglas sociales que permiten la supervivencia del mismo.

Los historiadores del derecho enseñan que, en la premodernidad, el derecho era un orden independiente de la voluntad humana y que debía ser descubierto. Los individuos habrían aprendido a observar y ejecutar reglas de conducta mucho antes de que dichas reglas pudieran ser expresadas en palabras, entendiéndose por *reglas* en este contexto simplemente

²⁴⁹ La idea de *evolución* es igualmente utilizada en las teorías sobre la formación del derecho de BUCHANAN, EPSTEIN y FULLER, sin embargo su distinta caracterización. Véase BUCHANAN, James, *The Limits of Liberty*, Chicago, University of Chicago Press, 1975; EPSTEIN, Richard, "The Static Concept of the Common Law", en *The Journal of Legal Studies*, Vol. 9, No. 2 (1980); FULLER, Lon (n 247).

²⁵⁰ VON HAYEK, Friedrich August (n 233), pp. 22-23.

“una propensión o disposición a actuar o a no actuar en cierta manera, que se manifiesta en lo que denominamos **práctica o costumbre**”.²⁵¹ En la premodernidad, el ejercicio de la autoridad tendría dos objetivos: en primer lugar, dictar órdenes que, según el titular de la autoridad, son necesarias para la consecución de propósitos particulares; y, en segundo lugar, enseñar y ejecutar las reglas de conducta preexistentes. Por cierto, la legitimidad de la autoridad dependía de que su titular o titulares fueren capaces de articular las prácticas o costumbres, esto es, el derecho innatamente seguido por el grupo.

En la modernidad, el derecho empieza a entenderse como una creación humana cuyo origen radica siempre en la voluntad legislativa y cuya explicación de su fuerza obligatoria depende del cumplimiento de un procedimiento formal de creación de ley. Para el constructivismo racionalista, en su formulación filosófica más temprana por HOBBS en el contexto del absolutismo monárquico, el ejercicio de la autoridad por el soberano no admitiría divisiones y su legitimidad no habría podido ser cuestionada. Si en la premodernidad se distinguía entre la facultad de dictar órdenes de la capacidad de reconocer reglas preexistentes, en la modernidad el poder de dictación de órdenes, de organizar y dirigir el Estado se mezclaría con el poder de creación y ejecución de reglas de conducta artificiales: ambas facultades convergen en el poder legislativo.²⁵²

No es este el lugar para responder a cada uno de los postulados del positivismo jurídico y la evolución dogmática durante la modernidad respecto del proceso de formación del derecho. Lo que sugiere HAYEK, y que desde luego permite aproximarse analíticamente al fenómeno de la *lex mercatoria*, es que la articulación de prácticas o costumbres en normas legisladas constituye el último estadio evolutivo de reglas jurídicas cuya formación ha ocurrido mucho antes de que pudieran ser pronunciadas verbalmente y, luego, tipificadas en reglas escritas. El proceso de articulación gradual de una práctica establecida en un grupo es un proceso lento y complejo, ya que en la formulación de la regla es inevitable que se excluyan

²⁵¹ Énfasis añadido. Ibid, p. 75.

²⁵² Ibid, p. 84.

muchas –sino la mayoría– de las consideraciones conscientes e inconscientes que han determinado la manera de actuar de los individuos y que convergen en la misma práctica. El contenido de la regla podría coincidir más o menos con el contenido de la práctica que efectivamente se sigue, dependiendo de los términos gramaticales utilizados.²⁵³ Aun más: frente a la falta de coincidencia del contenido entre la regla no-inteligida y la inteligida, la articulación de la práctica puede dar lugar a una regla nueva, pero ello no implica concluir que el derecho empieza a existir a propósito de la positivización de la práctica. En otras palabras, el proceso de articulación de una regla tiene por objeto el descubrimiento de una regla preexistente, a pesar de que el resultado de dicho esfuerzo pueda efectivamente derivar en la creación de una regla distinta debido a las imprecisiones o insuficiencias del lenguaje para describir su contenido.

El derecho y todas sus fuentes están contenidas, por consiguiente, en dos órdenes distintas que responden a propiedades distintas. El surgimiento de la legislación como fuente de derecho es sin dudas una conquista del racionalismo moderno que ha permitido no solo describir, sino también orientar la conducta humana para la consecución de los principios y propósitos más esenciales del derecho. No obstante, el uso de la razón no debe camuflar las inevitables limitaciones de nuestro conocimiento del mundo, debiendo necesariamente reconocerse la posibilidad de que muchas de las reglas de conducta que seguimos no son el resultado de un ejercicio deliberado. En palabras de HAYEK:

*“La evolución de las reglas de conducta [que no necesariamente prescriben propósitos determinados y] que pueden producir un orden espontáneo, por lo tanto, a menudo habrán entrado en conflicto con los objetivos de los gobernantes que tendían a tratar de convertir su dominio en una organización propiamente dicha. Es en el **ius gentium**, la **lex mercatoria** y las **prácticas de los puertos y ferias** donde debemos buscar principalmente los pasos en la evolución del derecho que finalmente hicieron posible una sociedad abierta. Tal vez se podría incluso decir que el desarrollo de reglas universales de conducta no comenzó dentro*

²⁵³ Ibid, p. 77-78.

*de la comunidad organizada de la tribu, sino más bien con la primera instancia de trueque silencioso cuando un salvaje colocó algunas ofrendas en el límite del territorio de su tribu con la expectativa de recibir de manera similar un regalo de vuelta, comenzando así una nueva costumbre. En cualquier caso, no fue a través de la dirección de los gobernantes, sino a través del desarrollo de costumbres en las que se podían basar las expectativas de los individuos, que las reglas generales de conducta llegaron a ser aceptadas”.*²⁵⁴

B. Definiendo los contornos de las fuentes del derecho en el orden espontáneo: costumbre, el fenómeno contractual y los principios generales

La distinción hayekiana entre el orden artificial y espontáneo permite separar radicalmente la legislación de la costumbre en la fenomenología del derecho: si la primera fuente del derecho es fruto de un proceso voluntario y artificial que proclama soluciones universalistas, la segunda fuente y noción es resultado de sinergias tanto involuntarias como voluntarias que se explican por la interdependencia de las prácticas con su entorno o contexto. Al ser la *lex mercatoria* por definición una idea normativa que emana del orden espontáneo puede descartarse de modo categórico cualquier explicación que intente derivar su fuerza de la ley que es, por definición, una manifestación de la soberanía nacional.

No obstante, no queda todavía claro en qué medida la *lex mercatoria* —o, más genéricamente, la fuente normativa de la costumbre— se distingue de otras fuentes normativas que pudiera estimarse que también emanan del orden espontáneo. Antes de entrar derechamente a la examinación de sus elementos constitutivos, es necesario identificar las

²⁵⁴ Énfasis añadido. Ibid, pp. 81-82: “The growth of the purpose-independent rules of conduct which can produce a spontaneous order will thus often have taken place in conflict with the aims of the rulers who tended to try to turn their domain into an organization proper. It is in the *ius gentium*, the law merchant, and the practices of the ports and fairs that we must chiefly seek the steps in the evolution of law which ultimately made an open society possible. Perhaps one might even say that the development of universal rules of conduct did not begin within the organized community of the tribe but rather with the first instance of silent barter when a savage placed some offerings at the boundary of the territory of his tribe in the expectation that a return gift would be made in a similar manner, thus beginning a new custom. At any rate, it was not through direction by rulers, but through the development of customs on which expectations of the individuals could be based, that general rules of conduct came to be accepted”.

congruencias y resaltar los límites de la *lex mercatoria* con el contrato, por un lado, y de la *lex mercatoria* con los principios generales, por el otro. Estas aclaraciones permitirán resaltar la trascendencia de cada una de las fuentes del derecho, esto es, mostrar que cada noción captura una dimensión particular en la explicación de la formación del derecho y, por tanto, son todas conceptualmente distintas e indispensables para el examen del funcionamiento de la ordenación privada. Dilucidar la relación y distinción entre las fuentes permitirá igualmente esquivar oscuridad e incoherencia en los términos empleados y aumentar la precisión en el lenguaje utilizado en la discusión sobre la *lex mercatoria*.

1. La *lex mercatoria* y la ley del contrato

No es sencillo trazar una línea clara que distinga los términos contractuales de las reglas prescritas por la costumbre. Esto es particularmente cierto en la regulación del comercio, en tanto la repetición de acuerdos tiende a crear expectativas estandarizadas en el mercado. Si surge un problema cuya solución no ha sido explicitada por las partes en su contrato, la manera en que el intérprete resolverá es preguntando por la *práctica estandarizada* que normalmente aplica en ese tipo de situaciones. En dicho caso, es difícil responder de modo categórico si dicha práctica estandarizada vincula a las partes porque una norma jurídica de carácter consuetudinario lo prescribe o porque las partes la habrían incorporado tácitamente a los términos de su contrato.²⁵⁵

Por cierto, gran parte del contenido de la *lex mercatoria* son normas que prescriben el seguimiento de determinadas prácticas en el marco de la contratación internacional. Si las partes celebran un contrato incluyendo una regla de la *lex mercatoria*, ¿es esa cláusula una manifestación de la autonomía privada, de la costumbre o de ambas?

Desde un punto de vista económico, el derecho de contratos es el conjunto de reglas que hacen posible las transferencias de la propiedad y, por tanto, que permiten el desarrollo

²⁵⁵ FULLER, Lon (n 240), p. 194.

del comercio al alentar la cronología óptima de la actividad económica y el incremento de la satisfacción humana a través de los intercambios.²⁵⁶⁻²⁵⁷ El principio fundamental que canaliza la vida económica es la autonomía de la voluntad. La autonomía privada conlleva la libertad de las partes de contratar o permanecer desvinculadas y la libertad de definir el contenido del negocio jurídico.²⁵⁸ El contrato es el vehículo que permite a las partes arbitrar convencionalmente y *ex ante* la incertidumbre que presenta el futuro, estableciendo las reglas de conducta que deben seguirse para la consecución de las finalidades perseguidas con el contrato y, en caso de no concretarse o concretarse defectuosamente, disponiendo quién debe hacerse cargo de los distintos riesgos y contingencias imprevistas que presenta el negocio.²⁵⁹⁻
²⁶⁰ En definitiva, el contrato es un mecanismo de creación de derecho de carácter privado cuyas reglas hacen posible la actividad económica y que esencialmente se encauzan a través de la noción de obligación jurídica.²⁶¹

Dicho lo anterior, pudiera entenderse que la noción más elemental del funcionamiento del mercado y del derecho comercial es el paradigma contractual. A través del contrato las partes explicitan las prácticas necesarias para la consecución de sus fines, y es la repetición de estas prácticas contractuales las que dan origen a la costumbre. La característica fundamental de una norma consuetudinaria sería reflejar la consolidación de una práctica originalmente contractual. Si el antecedente de la costumbre es el contrato, podría entenderse que la fuerza normativa de las prácticas consuetudinarias dependería siempre y en último término de la voluntad de las partes.²⁶² En otras palabras, en toda costumbre habría un componente volitivo.

²⁵⁶ POSNER, Richard, *El análisis económico del derecho*, SUÁREZ, E. (trad), 2ª edición, México, Fondo de Cultura Económica, 2007 [1973], p. 162.

²⁵⁷ FULLER, Lon (n 240), p. 202.

²⁵⁸ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos: parte general*, ELLORIAGA DE BONIS, F. (ed), 6ª edición, Santiago, Thomson Reuters, 2017 [1986], pp. 247-274.

²⁵⁹ FRIED, Charles, *Contract as Promise, a Theory of Contractual Obligation*, Cambridge, Harvard University Press, 1981, p. 59.

²⁶⁰ POSNER, Richard (n 256), p. 160.

²⁶¹ BENSON, Bruce (n 136), p. 658.

²⁶² En dicho sentido, contestando al argumento histórico de la existencia de la *lex mercatoria*, KADENS propone que la *lex mercatoria* medieval era principalmente contractual y marginalmente consuetudinaria. La autora ejemplifica con las letras de cambio (*bills of exchange*), comentando que esta figura inédita no pudo sino surgir de cláusulas contractuales explícitas, y no de la costumbre. El uso continuo y reiterativo de las letras de cambio

La conclusión anterior tiene repercusión directa en la manera en que se resuelven los problemas de lagunas o vacíos contractuales. Uno de los clásicos dispositivos doctrinales de derecho contractual que ha sido utilizado para salvar las insuficiencias en los términos y el lenguaje utilizado en el contrato es acudir a la voluntad tácita o implícita de las partes. Esta doctrina llevaría a presumir que los contratantes han integrado al acuerdo elementos no explicitados porque su conducta indica de modo inequívoco su voluntad de incluirlos. Tratándose de una costumbre conocida generalmente por el grupo del que los contratantes forman parte, a pesar de que las partes no la hayan mencionado expresamente durante las negociaciones, dicha costumbre se entendería incorporada al acuerdo porque ello habría sido tácitamente acordado.

No obstante, el recurso dogmático de la voluntad tácita ha sido criticado por su incapacidad de poder definir la frontera entre la interpretación de lo que efectivamente ha sido acordado por las partes y aquellos términos que las partes muy probablemente habrían acordado pero que de todos modos no forman parte del contrato. En la medida que el intérprete se aleja de la intención realmente manifestada de las partes, el dispositivo de la voluntad tácita tiende a fundirse con otros estándares objetivos usados para resolver los problemas causados por una laguna en el acuerdo.²⁶³ Si la fuerza normativa de la costumbre depende siempre del contrato, sería necesario concluir que el intérprete aplica la costumbre (estándar objetivo) porque su incorporación era la voluntad inequívoca de las partes. Esta conclusión es débil y problemática, porque justifica la imposición de estándares externos al contrato a través de la mera posibilidad de que las partes los hayan representado en su fuero interno. Bastaría que una de las partes no tenga conocimiento de la existencia de un determinado uso comercial para inferir que no existe voluntad tácita de incluirlo al contrato.²⁶⁴

después de su nacimiento no afectaría el hecho de que la institución es convencional en su origen. KADENS, Emily (2012) (n 181), p. 1175.

²⁶³ FRIED, Charles (n 259), pp. 60-61.

²⁶⁴ La doctrina de la voluntad tácita, arraigada en el derecho británico, se ha defendido afirmándose que, si bien tiene por efecto la adscripción a las partes de conocimiento que no poseen, es consistente con una aproximación o teoría objetiva del contrato. Los términos no son interpretados de acuerdo a la intención de las partes, sino del modo en que una persona razonable los interpretaría. A pesar de la aclaración que han intentado los

El fenómeno contractual no es capaz de atrapar ni explicar la totalidad de los procesos de ordenación privada sencillamente porque no toda interacción entre privados consiste en acuerdos contractuales. La distinción y relación entre las reglas contractuales y las consuetudinarias permite aproximarse a una visión más acabada del funcionamiento del derecho privado, en tanto la noción de costumbre captura los patrones de interacción de carácter espontáneo y no articulado que se despliegan en una relación entre privados.

De algún modo, la expresión “costumbre” resulta algo desafortunada, ya que su sentido corriente es la existencia de una determinada práctica uniforme y reiterada en un tiempo más o menos prolongado. Que la definición aluda a la reiteración como condición necesaria de la formación de la costumbre propende a su consideración como un proceso voluntario. La expresión “costumbre” sugiere prácticas muy antiguas que forman parte de una especie de consciencia normativa inmemorial.²⁶⁵ Esta concepción de costumbre no es la seguida en esta tesis. El aporte de la noción de costumbre en la teoría del derecho privado radica en enseñar que la formación del derecho depende tanto de procesos conscientes como de procesos inconscientes. La legislación y el contrato, por el contrario, dependen de la expresión de la voluntad del soberano y de las partes, respectivamente. En términos hayekianos, la ley y el contrato son una manifestación del orden artificial, mientras que la costumbre es expresión del orden espontáneo.

proponentes de la doctrina de la voluntad tácita, su aplicación ha generado significativas dificultades cuando han debido emplearla tribunales no familiarizados con ella, es decir, tribunales que siguen la tradición continental. Desde un punto de vista semántico, el sentido natural de la expresión “voluntad tácita” alude con mayor cercanía a un criterio subjetivo y no a uno objetivo. Las dificultades en la aplicación de este dispositivo teórico se han manifestado en la jurisprudencia y comentarios de la CISG. El artículo 9 N° 2 dispone que “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”. Para algunos autores, la noción de uso que el artículo 9 N° 2 CISG recoge es la correspondiente a una norma jurídica consuetudinaria; para otros, la referencia a los usos comerciales no concierne elementos contractuales que sean independientes de la intención de las partes, de modo que no pueden tener fuerza normativa autónoma. Véase TOOTH, Orsolya (n 9), pp. 75 y 83.

²⁶⁵ HART, Herbert L. A., *El concepto de derecho*, 3ª edición, CARRIÓ, G. (trad), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011 [1961], p. 113.

A la luz de la noción más elemental de *interacción*, FULLER considera que tanto el contrato como la costumbre generan *expectativas interaccionales*, con la diferencia que las reglas contractuales crean expectativas mediante el uso del lenguaje (descripción del ambiente), mientras que las reglas consuetudinarias crean expectativas mediante acciones (respuesta inmediata al ambiente). El contrato permite la conversión de una determinada práctica en una obligación jurídica entre las partes. La costumbre, en cambio, podría ser descrita como el hermano mayor e inarticulado del contrato,²⁶⁶ ya que las reglas consuetudinarias envuelven expectativas recíprocas que emergen de la interacción humana de modo incluso anterior al empleo del lenguaje.

Desde luego, la distinción entre reglas contractuales y derivadas de la costumbre presenta contornos borrosos. La descripción verbal de una costumbre no sería sino una práctica simultáneamente contractual y consuetudinaria, lo que empuja a cuestionar si la distinción tiene realmente importancia práctica.

FULLER sugiere que “la transición del derecho consuetudinario al derecho contractual se vuelve muy fácil”²⁶⁷ si se abandona la comprensión del derecho de contratos como un grupo de normas legisladas que regulan la institución del contrato, en cambio, y se adopta una concepción focalizada en su fenómeno creativo e inventivo, esto es, en el derecho creado por las partes mismas mediante su acuerdo. Lo que el autor intenta mostrar es que una regla contractual no es sino la articulación de una regla consuetudinaria. Cabe preguntarse, entonces, en qué radica la importancia de la distinción.

La confluencia de las reglas contractuales con la costumbre se observa igualmente en la propia operación del contrato. Si bien en principio el significado de un contrato depende de las cláusulas efectivamente expresadas por las partes, su sentido también queda determinado

²⁶⁶ FULLER, Lon (n 240), p. 194.

²⁶⁷ Ibid, p. 245: “If we permit ourselves to think of contract law as the ‘law’ that the parties themselves bring into existence by their agreement, the transition from customary law to contract law becomes a very easy one indeed”.

por el área de práctica dentro de la cual se enmarca el acuerdo y, particularmente, por las interacciones de las partes después de celebrar el contrato. Así, en caso de que las partes ejecuten el contrato en un modo distinto al prescrito por las reglas contractuales, el intérprete conferirá valor a la conducta efectivamente desplegada al entender que ella es manifestación de su intención auténtica. Si la discrepancia entre las acciones de las partes y las palabras de su contrato es muy significativa, en casos límite, el intérprete puede incluso considerar que el contrato fue modificado o terminado.²⁶⁸ En otras palabras, la fuerza del contrato queda supeditada no solo a los términos empleados, sino también a la interacción espontánea que las partes efectúan, al ser en definitiva sus acciones las que más se aproximan a sus expectativas. El contrato constituye entonces una suerte de marco para una relación en curso más que una definición precisa de dicha relación. Para encontrar esa definición, es necesario examinar las acciones realizadas por las partes.²⁶⁹

Aun existiendo una importante sinergia entre la dimensión contractual y consuetudinaria, la distinción aparece más claramente en un contrato de larga duración: el éxito de la ejecución de sus reglas contractuales tiene paradójicamente el efecto de que dichas reglas sean suplantadas por algo parecido a una relación consuetudinaria bilateral. Aquellos que renuevan un contrato año tras año, aumentando las expectativas de perduración y consolidando una relación de confianza, tendrán mayores problemas de mantener una atmósfera de negociación abierta. Las partes se “convierten en prisioneros de las expectativas creadas por sus prácticas pasadas”,²⁷⁰ de modo que la conducta efectivamente desplegada prima por sobre los términos originalmente empleados. La costumbre prevalece sobre las palabras para la interpretación de la relación jurídica de las partes.

La noción jurídica de la costumbre es analíticamente relevante, ya que permite aprehender la generación de expectativas recíprocas a través del proceso ininterrumpido de interacciones humanas, acciones que pueden ser voluntarias e involuntarias, y su traducción

²⁶⁸ Ibid, p. 246.

²⁶⁹ Ibid, p. 246.

²⁷⁰ Ibid, pp. 60-61: “[The parties] become prisoners of the expectations created by past practice”.

jurídica en normas de carácter obligatorio. Del fenómeno contractual y consuetudinario se abstrae la idea de *expectativas interaccionales* que permite explicar la mecánica de la ordenación privada. Las acciones generan expectativas, por lo que no solo sirven para interpretar la voluntad expresada por las partes, sino que también pueden dar lugar al nacimiento de una norma jurídica.

Dicho lo anterior, si un patrón de conducta originalmente fruto de la interacción espontánea de dos individuos se extiende a una comunidad relevante que lo adopta espontáneamente, se forma una norma consuetudinaria. Ahora, nuevamente: ¿en qué se distingue una regla contractual de una regla consuetudinaria? Una segunda particularidad esencial de la costumbre es que vincula de modo general a todos los miembros de la comunidad en la que se forma.²⁷¹ En otras palabras, mientras que una regla contractual por definición solo vincula a las partes que concurren al acuerdo, la regla consuetudinaria obliga a todos los individuos potencialmente subsumibles a su supuesto jurídico, previendo una situación-tipo y cuya aplicación no se limita a un único caso en concreto. La divulgación social de la práctica es el resultado de diversas y múltiples interacciones que reproducen las mismas expectativas permitiendo que se genere un cierto sentido compartido de que la conducta es obligatoria. Basta que la mayoría del grupo conozca la práctica para que quien no la cumpla esté obligado a corregir su comportamiento. De este modo, los miembros son simultáneamente los creadores y los destinatarios de las reglas. KELSEN explica que la norma jurídica creada a través de la costumbre “obliga no exclusivamente a los individuos que por su conducta han constituido la costumbre en tanto fuente de derecho. Por consiguiente, no es correcto caracterizar la costumbre en tanto fuente del derecho como un contrato o tratado [internacional]”.²⁷²

Es importante recalcar que la costumbre es el producto de un proceso de expansión de una cierta sensibilidad normativa que se logra mediante una sucesión concatenada de

²⁷¹ La primera consistente en ser una fuente normativa de carácter espontáneo, sin propósito premeditado.

²⁷² KELSEN, Hans, *General Theory of Law and State*, WEDBERG, A. (trad), New Jersey, The Lawbook Exchange, 1999, p. 126.

interacciones; no es, en cambio, una especie de expresión inarticulada y simultánea de un grupo de adoptar un determinado patrón de comportamiento de modo tácito y colectivo. La interacción es el fundamento y motor de una norma consuetudinaria, no la voluntad.

Dicho lo anterior, pudiera sostenerse que, a la luz de la noción hayekiana de orden espontáneo, todo fenómeno desconocido comprende y es enfrentado mediante la asistencia de elementos o recursos que han estado presentes incluso mucho antes de que las partes tuviesen consciencia de ellos. En estas situaciones atípicas, es probable que los individuos hayan actuado espontáneamente antes de inteligir claramente las razones abstractas de su comportamiento. Dicho ello, es posible interpretar que aun las reglas contractuales más innovadoras tienen su fuente en prácticas todavía no identificadas y que discurren de un orden espontáneo. En breve, puede decirse que toda decisión está inexorablemente influenciada y determinada por factores desconocidos que escapan del control volitivo del individuo. Todo proceso voluntario supone una etapa previa de intelección y articulación. Los procesos involuntarios, a su turno, anteceden a los procesos voluntarios. En consecuencia, en toda elección una cuota de involuntariedad.

No obstante, tampoco resulta teóricamente consistente concluir que la costumbre sea capaz de atrapar y explicar la totalidad de los procesos de ordenación privada. Si se concluyera que la autonomía de la voluntad consiste meramente en el acuerdo de las partes de reproducir en su relación jurídica usos o costumbres preexistentes, se acabaría por abolir el potencial de formación de derecho de carácter privado mediante el contrato, aun cuando se trate de normas cuyos efectos solo alcanzan a los contratantes. La libertad es la quintaesencia del derecho privado. Cualquier intento de abrogarla a través de un estricto determinismo no sería sino, nuevamente, una aplicación del delirio panóptico.

Se ha dicho que el comercio opera en un entorno dinámico que cambia continuamente, por lo que las prácticas asentadas pueden muy rápidamente ser inadecuadas u obsoletas a nuevas circunstancias. La formación del derecho a través del contrato puede reconocerse allí

donde las partes por primera vez, asistidos por la experiencia, intentan articular mediante el lenguaje soluciones a fenómenos inéditos. Luego, si un contrato ordena el cumplimiento de una nueva práctica comercial que resulta eficaz frente a una nueva situación, es probable que se transforme en uso o costumbre a través de su reproducción y reiteración por privados enfrentados al mismo problema.²⁷³ Frente a problemas nuevos, el contrato figura como el medio más apto para crear expectativas estables.

Las explicaciones anteriores y la distinción entre el contrato y la costumbre (que típicamente convergen) se plasman en la práctica de los negocios transnacionales y la discusión de la *lex mercatoria*. Lo que frecuentemente ocurre es que la mayoría de las obligaciones jurídicas, cláusulas y elementos contractuales estipulados por las partes son repeticiones o reformulaciones de la experiencia acumulada. Las partes procuran disminuir al máximo la incerteza y, en consecuencia, la racionalidad económica los llevará a adoptar aquellas fórmulas que mejor aseguren la obtención de sus finalidades. A ello se debe que generalmente los contratantes opten por utilizar contratos modelo o cláusulas anteriormente probadas.²⁷⁴

Un contrato modelo o estándar, al ser el producto del intento de la articulación positiva de usos y costumbres generalmente observadas en una industria específica, es *evidencia* de la *lex mercatoria*. El modelo contractual es una suerte de compilación de prácticas que se han formado y evolucionado en el comercio transfronterizo que las partes hacen aplicable mediante el ejercicio de su voluntad. En estas situaciones, la fuerza normativa inmediata de las prácticas es el contrato, de modo que la obligatoriedad de la práctica consuetudinaria se confunde con la obligatoriedad de la práctica contractual determinada por la voluntad expresada. Es la propia autonomía la que se remite a un uso comercial, y es precisamente esta remisión la que reafirma y contribuye que la regla de conducta se consolide como una norma jurídica consuetudinaria.

²⁷³ BENSON, Bruce (n 136), p. 658.

²⁷⁴ Véase nota al pie de página (n 100) para una lista enunciativa de los contratos y cláusulas modelo de la ICC.

Así también, en caso de que las partes hayan omitido la inclusión en su contrato de un uso comercial ampliamente seguido en el ámbito transfronterizo, la norma consuetudinaria formada como consecuencia de la repetición de la práctica en una determinada comunidad comercial transfronteriza integrará, suplementará o constituirá un criterio interpretativo de la relación contractual en cuestión.

2. La *lex mercatoria* y los principios generales

Al describir la teoría pura se indicó que varios autores, entre ellos GOODE y GOLDMAN, han incorporado los principios generales como parte del contenido de la *lex mercatoria*. Se señaló también que la noción que se tenga sobre los principios generales tiene repercusiones directas en la determinación de la naturaleza nacional o anacional de la *lex mercatoria*.

Este problema fue identificado por la propuesta inauguradora de GOLDMAN. No obstante, el autor es ambiguo en relación a la descripción de los principios generales como parte de la definición de la *lex mercatoria*. Si bien explícitamente se distancia de la noción seguida por SCHMITTHOFF, esto es, la consideración de los principios generales como el *núcleo común* de una serie de sistemas jurídicos nacionales,²⁷⁵ GOLDMAN no explica de qué modo los principios de la *lex mercatoria* son anacionales. Lo que inequívocamente logra reconocer es la dificultad de trazar una distinción clara entre principios generales y reglas consuetudinarias transfronterizas, acotando que “queda por ver si la distinción tiene algún interés práctico”.²⁷⁶ LOQUIN derechamente afirma que “dado su modo de formación, es fútil, a nivel terminológico, querer distinguir [los usos del comercio internacional] de los principios comunes del derecho o principios generales del derecho internacional. Los usos o principios

²⁷⁵ SCHMITTHOFF, Clive (n 61), p. 109.

²⁷⁶ GOLDMAN, Berthold (n 132), p. 115: “It might be more difficult to draw a clear distinction, in the framework of the *lex mercatoria*, between general principles and transnational customary rules (...) It remains to be seen whether the distinction, if so drawn, is of some practical interest”.

reflejan el mismo fenómeno fundamental: el renacimiento de una ley pretoriana en gran medida independiente de las leyes nacionales”.²⁷⁷

A pesar de estas insinuaciones, la distinción tiene capital importancia: la mayor acogida de la *lex mercatoria* en el escenario global solo es posible en la medida que los participantes compartan una misma comprensión del fenómeno jurídico. El escepticismo respecto de la teoría de la *lex mercatoria* no disminuirá si en la definición de la *lex mercatoria* se incluyen inescrupulosamente los principios generales sin antes hacer un esfuerzo por justificarlo teóricamente. De lo contrario, como se ha denunciado por algunos escépticos, la *lex mercatoria* se transforma en una especie de cajón de sastre argumentativo que los litigantes invocan a su mera conveniencia. Huelga reiterar que la falta de nociones y terminología clara genera significativos obstáculos para la aplicación práctica de la *lex mercatoria*.

Existen dos definiciones principales sobre qué son los principios generales en la discusión de la *lex mercatoria*. Una primera aproximación considera que los principios generales están basados en un sentido normativo concurrente que constituye el núcleo común de la generalidad de los sistemas jurídicos y que puede aprehenderse a través de un análisis de derecho comparado.²⁷⁸ En otras palabras, se trataría de ciertas ideas mínimas de naturaleza axiológica o técnica, de contornos vagos e imprecisos, que informan la estructura y contenido de una gran cantidad de sistemas jurídicos, localizándose su fuente en los derechos nacionales. Como se ha anticipado, esta es la definición seguida por SCHMITTHOFF y, por tanto, la que mejor se corresponde con la teoría amplia de la *lex mercatoria*. Desde un punto de vista analítico, en la medida que los principios generales estén arraigados a los ordenamientos nacionales, su carácter será nacional y no anacional.

²⁷⁷ LOQUIN, Eric, “La réalité des usages du commerce international”, en *Revue générale de droit économique*, No. 2 (1989), p. 195: “[E]u égard à leur mode de formation, il est vain, sur le plan terminologique, de vouloir distinguer [les usages du commerce transnational] des principes communs du droit ou des principes généraux du droit international. Usages ou principes rendent compte d’un même phénomène fondamental: la renaissance d’un droit prétorien largement indépendant des droits nationaux”.

²⁷⁸ GAILLARD, Emmanuel (1991) (n 228), pp. 205-206; GAILLARD, Emmanuel (2011) (n 228), pp. 161-163.

Una segunda aproximación coincide en que los principios generales son ideas de contornos borrosos, pero considera que, del mismo modo que las prácticas, usos y costumbres comerciales, el origen de los principios generales es consuetudinario.²⁷⁹ Los principios generales serían el resultado de la inducción de los distintos usos que rigen en el comercio transfronterizo y, por tanto, reproducen su carácter autónomo. Esta segunda definición sigue los presupuestos de la teoría pura, por lo que, de tenerse por válida, los principios generales de la *lex mercatoria* tendrían carácter anacional.

Es posible formular una objeción a esta perspectiva. En la medida que la *lex mercatoria* está compuesta por prácticas que en gran medida son seguidas por privados de manera inconsciente, cabe preguntarse si el propio razonamiento inductivo no es sino un proceso intelectual que transforma lo que es por naturaleza espontáneo en artificioso. Para desprender ideas generales o comunes de las costumbres es necesario que se articulen claramente los contornos de las conductas que prescriben. Este ejercicio presenta importantes semejanzas al proceso de codificación, aun cuando la articulación de las costumbres no se plasme en un texto autoritativo. Si la *lex mercatoria* se caracteriza por ser espontánea y en cierto modo impredecible, pareciera que la identificación de los principios que la informan y uniforman es un esfuerzo teórico por contener reglas preexistentes y anticipar categorías de reglas que potencialmente surjan en el futuro. En definitiva, la identificación de principios es un esfuerzo intelectual por definición no-espontáneo.

Esta crítica puede contestarse al reflexionarse sobre el propio proceso de articulación de una norma de la *lex mercatoria*. Cuando un tribunal utiliza un uso comercial para efectos de interpretar, integrar o resolver una controversia, algunos podrían considerar que la descripción del uso consignado en la sentencia o laudo implica fijar su contenido, lo que puede suponer

²⁷⁹ GAILLARD acusa el carácter equívoco de la noción “principios generales” al no existir claridad sobre el alcance de la expresión “generales”: ¿Los principios son generales porque implican preceptos abstractos como la buena fe o el principio *pacta sunt servanda*, o son generales porque son aceptados en una gran cantidad de sistemas jurídicos alrededor del mundo? GAILLARD, Emmanuel (2011) (n 228), p. 161: “The very meaning of the word ‘general’ is ambiguous: are the principles ‘general’ because they operate at a level of generality such that they are limited to broad precepts such as good faith or *pacta sunt servanda*, or are they ‘general’ because they are accepted in a large number of legal systems around the world?”.

trabas para el desarrollo y evolución espontánea del derecho y las costumbres. Esta conclusión es inadmisibles. La articulación del uso es precisamente lo que permite que adquiera su carácter vinculante, es decir, que sea calificado como derecho. Más adelante en este trabajo se explicará, a la luz de las explicaciones de HART, qué es lo que distingue un hábito de una norma y qué diferencia una regla de carácter no-jurídico de una norma jurídica. Por ahora puede decirse que el reconocimiento y orden de un tribunal de que una regla sea cumplida es lo que permite que adquiera carácter jurídico, del mismo modo que el reconocimiento de ideas generales presentes en la *lex mercatoria* permite la articulación de principios de carácter vinculante, manteniendo su naturaleza espontánea, autónoma y anacional. Que el tribunal describa un uso o principio comercial para fallar no significa grabar para siempre su contenido, sino solo transitoriamente y para efectos de la resolución del caso en concreto. En todo otro momento, las costumbres seguirán su proceso de mutación, creación o desaparición y, con ellas, la mutación, creación o desaparición de los principios que de ellas derivan.

Existe una última pregunta de difícil resolución y que puede tener repercusiones en la determinación de la naturaleza de los principios generales. Aun si se admitiera que existen principios anacionales, es decir, principios generales del comercio transfronterizo, aparece la interrogante sobre si los principios anacionales son de algún modo diferentes a los principios que derivan del núcleo común de la generalidad de los sistemas jurídicos nacionales. Un principio como el de autonomía privada o *pacta sunt servanda* puede fácilmente inferirse de un conjunto de costumbres comerciales o de una serie de normas positivas de derecho comercial. Por cierto, una pregunta como esta sugiere que el esfuerzo por distinguir entre principios nacionales y anacionales es más bien artificial e inútil.

Una manera de responder esta interrogante es reconocer que no todos los principios del derecho anacional son congruentes con los principios de derecho nacional. Es posible identificar principios análogos en uno y otro estatuto, como también observar yuxtaposiciones o elementos comunes en su contenido y axiología. Mientras más general sea el principio, menos diferenciación habrá. Ideas elementales como la autonomía de la voluntad, la buena fe

o la prohibición del enriquecimiento injustificado, en su formulación más abstracta, no tendrán diferencia alguna en uno y otro orden. No obstante, como se explicó en el primer capítulo, la virtud de la *lex mercatoria* es salvar las insuficiencias de las soluciones normativas de los sistemas jurídicos nacionales y responder a las necesidades y peculiaridades del comercio transfronterizo. Es por ello que existen principios de la *lex mercatoria* de reciente surgimiento que no encuentran correlato en los derechos nacionales o, de existir, han sido positivizados después y como consecuencia del desarrollo del mercado global. El principio del lenguaje del contrato, esto es, el principio según el cual las partes deben utilizar el mismo lenguaje en las cláusulas contractuales como para las comunicaciones relativas al contrato, relativas al ejercicio de los derechos o al cumplimiento de las obligaciones, es un principio que no existía en las codificaciones decimonónicas nacionales y que ha sido producto de la evolución del comercio transfronterizo. Debatiblemente, este sería un principio anacional, sin perjuicio de su eventual captura por las legislaciones contemporáneas de derecho de contratos y consiguientemente adquiriendo carácter nacional.²⁸⁰

De considerarse posible la inclusión de los principios generales en la definición de la *lex mercatoria*, se infiere que la teoría amplia de la *lex mercatoria* estaría compuesta por costumbres comerciales transfronterizas y principios consuetudinarios. Cabe entonces preguntarse cómo se perfilan los límites conceptuales entre los usos y los principios. GOODE explica la diferencia entre un uso comercial transfronterizo y los principios consuetudinarios de derecho comercial del modo siguiente:²⁸¹

²⁸⁰ Los Principios TransLex incorporan en su listado el principio de lenguaje en los términos recién descritos. Debe insistirse que los Principios TransLex no son fuente de la *lex mercatoria*, pero permiten aproximarse a su contenido o evidencia. Disponible en: https://www.trans-lex.org/923500/_/language/

²⁸¹ GOODE, Roy (n 197), p. 16: “[I]t is particular to a given form of international trade, or to finance or other co activity linked to international trade. It may be a usage related, for example, to the international sale or carriage of goods, international construction contracts, or the provision of security for payment or performance through letters of credit and demand guarantees. But once a usage acquired such general acceptance as to become independent of a particular form of international trading activity it ceases to be a usage and becomes elevated into a general principle of law. Examples are the principles *pacta sunt servanda* and *rebus sic stantibus*”.

“[El uso comercial] es particular de una determinada forma de comercio internacional, o de la financiación u otra coactividad vinculada al comercio internacional. Puede tratarse de un uso relacionado, por ejemplo, con la venta o el transporte internacional de mercancías, con contratos internacionales de construcción o con la prestación de garantías de pago o cumplimiento mediante cartas de crédito y garantías a la vista. Pero una vez que un uso adquiere una aceptación tan general como para volverse independiente de una forma particular de actividad comercial internacional, deja de ser un uso y se eleva a un principio general de derecho. Son ejemplos los principios *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*”.

Dicho de otro modo, los usos o costumbres comerciales son seguidos en el ámbito específico de una industria o grupo específico dentro de la comunidad comercial transfronteriza o, si se prefiere, una subcomunidad.²⁸² En cambio, los principios son pautas normativas que se repiten en más de una subcomunidad comercial o, incluso, en todas ellas.²⁸³

²⁸² SCHERER, Matthias (n 16), p. 89.

²⁸³ GAILLARD señala que parte de la literatura ha subsumido la noción de principios generales en la de usos comerciales, entendiendo por “uso comercial en sentido restrictivo” a las “prácticas contractuales habitualmente seguidas en una determinada rama del comercio”, y por “uso comercial en sentido amplio” a las “reglas de derecho extraídas de la observación del derecho comparado o de otras fuentes internacionales”. La concepción de principios generales seguida por GAILLARD es contraria a la teoría pura de la *lex mercatoria*; recordemos, entender los principios como el núcleo común de los sistemas jurídicos nacionales. No obstante, el autor enseña que, en variadas ocasiones, la jurisprudencia arbitral se ha pronunciado a favor de la concepción amplia de los usos del comercio transfronterizo. Ya que las leyes y reglamentos de arbitraje suelen ordenar la consideración de los usos comerciales para la resolución del conflicto, pero no incluyen una remisión a los principios generales, la subsunción de los principios en la cláusula de los usos comerciales puede ser de gran utilidad para ampliar la aplicación de la *lex mercatoria* en la práctica del arbitraje comercial internacional. Particularmente, de aplicarse la Ley Modelo UNCITRAL, la subsunción permitiría a los árbitros flexibilizar la elección del derecho estatal hecha por las partes, como también, en ausencia de elección, de permitirles aplicar los principios generales al amparo de los usos, incluso si la Ley Modelo exija la resolución de la controversia a través de una “ley” como consecuencia de la aplicación de las normas de conflicto que considere aplicable. No obstante, para mantener su carácter anacional, sería necesario que los tribunales reconozcan que los principios o usos comerciales en sentido amplio son inducciones de las propias costumbres y que no son el resultado de un examen de derecho comparado. GAILLARD, Emmanuel (1991) (n 228), pp. 206-207 y 211: “Dans une première conception, que certains jugeront restrictive, les usages du commerce international ne peuvent s’entendre que des pratiques contractuelles habituellement suivies dans une branche donnée du commerce (...) Dans une seconde conception, la notion d’usage reçoit une définition beaucoup plus large. Comprenant toujours les pratiques contractuelles habituellement suivies, elle inclurait aussi les véritables règles de droit dégagées de l’observation du droit comparé ou d’autres sources internationales”.

La jurisprudencia arbitral puede resultar ilustrativa para especificar aun más la diferencia. En la práctica de la venta y transporte marítimo de mercancías suele observarse una primera regla consistente en que la entrega de mercancías por parte del vendedor se cumple mediante la carga de las mercancías a bordo del buque en el puerto de carga dentro del plazo prescrito por el contrato. Asimismo, rige una segunda regla consistente en que el vendedor debe hacer todo lo posible para brindar asistencia y proporcionar toda la información requerida por el comprador para la contratación de un seguro. Estas reglas encuentran correlato positivo en los INCOTERMS.²⁸⁴ En *CISG/1997/16*,²⁸⁵ las partes celebraron un contrato de compraventa internacional de resmas de papel sin haber elegido el derecho aplicable ni haber hecho referencia a los INCOTERMS vigentes a la época (INCOTERMS 1990). Ante esta situación, el tribunal arbitral hizo aplicables las dos reglas mencionadas, considerando que se trataría de usos comerciales que vinculan a la subcomunidad comercial transfronteriza de comercio marítimo de resmas de papel. Para ello, calificó a los INCOTERMS 1990 como “prácticas y costumbres de comercio internacional”.²⁸⁶

La primera regla es específica al comercio marítimo de mercaderías. No sería posible, por ejemplo, aplicar la regla al comercio aéreo o terrestre, porque la práctica se ha desarrollado en un escenario fáctico, una industria y utilizando un método de transporte distinto.

La segunda regla reúne elementos que no son exclusivos del comercio marítimo. La obligación del vendedor de colaborar con el comprador para la contratación de un seguro es una regla que podría similarmente tener aplicación en el transporte de mercaderías por vía terrestre o aérea. No obstante, no es posible considerar esta segunda regla como un principio general del comercio transfronterizo, en tanto se acota a la comunidad comercial relativa a la

²⁸⁴ Debe recordarse que los INCOTERMS no son fuente de la *lex mercatoria* sino términos estandarizados que, si bien no logran capturar total y definitivamente las prácticas efectivamente seguidas por la comunidad comercial respectiva, constituyen evidencia muy representativa de las costumbres mercantiles.

²⁸⁵ Laudo Arbitral, Caso CISG/1997/16 (1997), China International Economic and Trade Arbitration Commission (“CIETAC”), disponible en: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/china-june-25-1997-translation-available>

²⁸⁶ Idem.

venta y transporte internacional de mercaderías y porque la contratación de un seguro es una garantía de la que el comprador puede voluntariamente prescindir.

En uno y otro uso comercial es posible reconocer ideas subyacentes que informan al comercio transfronterizo en general. De la primera regla es posible extraer el principio de autonomía de la voluntad al disponer que el cumplimiento de la obligación de entrega depende de si se ha efectuado “dentro del plazo prescrito por el contrato”. De la segunda regla se desprende el principio de buena fe al imponer sobre los contratantes el deber general de información y de asistencia.

Dicho lo anterior, según algunos mercantilistas, la inclusión de los principios generales en la definición de la *lex mercatoria* tiene la ventaja de permitir a los tribunales completar o integrar las prácticas o usos comerciales bajo la propia lógica del orden espontáneo. Como las prácticas comerciales se emplean en un mercado sometido a constantes cambios de circunstancias, las reglas específicas que inicialmente proveen certeza tempranamente se transforman en obsoletas.²⁸⁷ Los principios generales pueden ser una suerte de *red de seguridad* de la *lex mercatoria*, en tanto confieren coherencia y claridad al conjunto normativo dotando de mayor especificidad a la regla que nace en la aplicación al caso concreto.²⁸⁸ En definitiva, los principios generales podrán dotar a la *lex mercatoria* de su pretendido carácter uniforme y universal.

Habiendo analizado la relación y diferencias entre las nociones de costumbre, contrato y principios generales, y considerada que sea la *lex mercatoria* como un fenómeno jurídico compuesto únicamente de usos comerciales, en la próxima sección se enseñará por qué la noción de *comunidad comercial transfronteriza* impide o al menos dificulta importantemente la hipotética consideración de los principios generales como parte del contenido de la *lex mercatoria*.

²⁸⁷ CREMADES, Bernardo; PLEHN, Steven, “The New Lex Mercatoria and the Harmonization of the Laws of International Commercial Transaction”, en *Boston University International Law Journal*, Vol. 2, No. 3 (1984), p. 337.

²⁸⁸ VOLCKART, Oliver; MANGELS, Antje (n 85), p. 431.

C. Elementos constitutivos de la regla de la *lex mercatoria*²⁸⁹

El carácter anacional de la *lex mercatoria* se ha procurado ilustrar a través de la dicotomía entre el orden artificial y espontáneo. Los procesos espontáneos de formación de derecho necesariamente se oponen a los procesos de formación deliberados: el programa racionalista del positivismo jurídico, justificado en el poder estatal, parte de la premisa que la sociedad es un artificio o creación humana cuya estructura depende de una compleja red de instituciones. Desde esta perspectiva, la idea de derecho nacional descansa en la afirmación de que la normatividad es un plan preconcebido, una pauta para orientar nuestras acciones a través de propósitos identificados e identificables. El carácter nacional del derecho se traduce, en definitiva, en la formación del derecho a través de procesos estrictamente voluntarios. El derecho anacional, en cambio, reconoce la posibilidad de que la normatividad no siempre se forma como resultado de la intelección humana, sino que de la interacción adventicia y muchas veces involuntaria entre las personas. La calificación de la *lex mercatoria* como un derecho anacional apunta al reconocimiento de ese espacio de espontaneidad. Más allá de su sentido semántico obvio, esto es, que se trata de derecho no estatal, que la *lex mercatoria* sea anacional quiere decir que ella se opone, contrasta o no depende de los procesos de formación del derecho a partir de un programa intencional.

Una vez comprendido que la naturaleza de la *lex mercatoria* es diametralmente opuesta a la naturaleza de la legislación, habiéndose reconocido la necesidad de adoptar la teoría pura de la *lex mercatoria* para desarrollar el argumento analítico, y despejada que sea la costumbre de otras fuentes normativas, la etapa siguiente del análisis consiste en identificar los criterios que permiten dotar de consecuencias jurídicas a la norma de la *lex mercatoria*. La propuesta seguida en este trabajo explica la operación de la *lex mercatoria* a través de tres distintos conceptos: la comunidad comercial transfronteriza; el seguimiento uniforme o congruente de una determinada práctica por la mayoría de los miembros de dicha comunidad (*usus*); y la crítica

²⁸⁹ Las conclusiones de esta sección siguen de cerca las reflexiones del capítulo 6 de TOTH. Véase TOTH, Orsolya (n 9), pp. 138-160.

que sus miembros realizan respecto de aquél que se desvía del seguimiento de la práctica, demandándose su corrección (*opinio iuris*). Estos tres componentes están íntimamente relacionados, de modo que la explicación satisfactoria de cualquiera de ellos supone necesariamente adelantar en parte la caracterización de los otros componentes. A pesar de su interpolación ineludible, en seguida se estudiará separadamente cada uno de los tres componentes cuya convergencia da nacimiento a la *lex mercatoria*.

1. La comunidad comercial transfronteriza

La noción de *comunidad comercial transfronteriza* es el primer concepto que permite modelar la norma jurídica consuetudinaria a partir de la idea más básica de interacción humana. La literatura que ha intentado desentrañar las condiciones para que la costumbre actúe como norma jurídica suele reconocer como presupuesto la exigencia de delimitar de algún modo el grupo de personas que reconoce la obligatoriedad de la regla consuetudinaria. Se indicó anteriormente que la extensión social de una práctica originalmente bilateral es producto de la sucesión múltiple de interacciones que, mediante la repetición o reproducción de expectativas idénticas, engendra en un grupo social un cierto sentido compartido de que la conducta es obligatoria. Para efectos de la operación de la *lex mercatoria*, dicho grupo social es la comunidad comercial transfronteriza o *societas mercatorum*. La *lex mercatoria* sería el derecho anacional que rige a la comunidad comercial transfronteriza, independientemente de su reconocimiento por los Estados.

Al igual que varios de los aspectos del debate sobre la naturaleza jurídica de la *lex mercatoria*, existen mercantilistas que solo han indicado algunas características de la comunidad comercial transfronteriza, sin haber contribuido en su delimitación conceptual y sin haber indicado los requisitos cuyo cumplimiento es necesario para demostrar su potencial para la creación de derecho. Algunos proponentes simplemente aducen que en las últimas décadas se

ha observado el surgimiento de una sociedad civil global como consecuencia de la globalización económica y frente a la erosión e irrelevancia de las fronteras nacionales.²⁹⁰

Por otro lado, los escépticos han afirmado que no existe tal cosa como una comunidad comercial transfronteriza. Aun si se intentara justificar su configuración, consideran que es implausible que ella tenga el nivel de homogeneidad necesario para que sus miembros formen derecho de manera espontánea.²⁹¹ No puede existir una única *lex mercatoria* universal, ya que el mercado global es demasiado complejo y diverso como para extraer reglas que apliquen por igual a todos los miembros de una hipotética comunidad comercial transfronteriza.

Para evaluar el potencial de la comunidad comercial transfronteriza en el proceso de formación de derecho es necesario despejar dos aspectos: en primer lugar, la identidad de sus miembros; y, en segundo lugar, la coherencia estructural de la comunidad comercial transfronteriza.

1.1. La identidad de los miembros de la comunidad comercial transfronteriza

La exigencia de la determinación de la identidad de los miembros de la comunidad comercial transfronteriza se entiende fácilmente al identificarse la naturaleza de la norma prescrita por la *lex mercatoria*. Anteriormente se afirmó que, si la *lex mercatoria* se define como costumbre anacional, la fuente de su fuerza normativa se encuentra primariamente en la interacción humana. Si la *lex mercatoria* deriva de la *conducta humana*, la comunidad comercial transfronteriza debe necesariamente consistir en un *grupo humano*. Sus miembros participan individualmente en el comercio y despliegan prácticas comerciales.²⁹² En breve, los miembros de la comunidad comercial transfronteriza son particulares que desarrollan el comercio, es decir, comerciantes.

²⁹⁰ BERGER, Klaus-Peter (n 23).

²⁹¹ TOTH, Orsolya (n 9), p. 62.

²⁹² GOODE, Roy (n 197), p. 12.

Existen mercantilistas que extienden la membresía a todo tipo de agente que participe directa o indirectamente en el comercio transfronterizo.²⁹³ Así, por ejemplo, serían miembros de la comunidad comercial transfronteriza los tribunales arbitrales y las organizaciones codificadoras del derecho privado y comercial como la ICC, UNIDROIT y la Comisión Lando.²⁹⁴ Esta perspectiva de la comunidad comercial transfronteriza no puede admitirse. La formación de la *lex mercatoria* depende esencialmente de la repetición de una misma práctica cuyo fundamento es producir determinados efectos en el mercado. Tanto el tribunal arbitral como una agencia codificadora reconocen la existencia de la práctica persiguiendo propósitos totalmente distintos: el tribunal arbitral reconoce la práctica prescrita por la *lex mercatoria* para resolver una controversia y las organizaciones de codificación la reconocen para promover la uniformación de las soluciones mediante la articulación de la *lex mercatoria* en reglas escritas, sin perjuicio de otras múltiples finalidades adicionales. En cualquier caso, su reconocimiento opera solo después de que la práctica está fácticamente asentada en el grupo social respectivo. En otras palabras, los miembros de la comunidad comercial transfronteriza son aquellos que participan activamente en la formación de la práctica. La ICC, UNIDROIT o la Comisión Lando no forman costumbre, sino que solo reconocen su existencia.

Considerar que organizaciones no gubernamentales o instituciones arbitrales o académicas son miembros de la comunidad comercial transfronteriza se acerca a la teoría amplia o transnacional de la *lex mercatoria*. La consideración dúctil de las fuentes de la *lex mercatoria*, equiparando la *evidencia de derecho* con el *derecho*, conlleva a que se amplíe la percepción de su membresía. Sin embargo, la elaboración de una teoría consistente de la *lex mercatoria* requiere circunscribir el grupo a aquellos individuos que efectivamente despliegan la conducta.

²⁹³ BERGER, Klaus-Peter (n 23).

²⁹⁴ La Comisión Lando fue la agencia encargada de redactar los PECL.

1.2. La coherencia estructural de la comunidad comercial transfronteriza

Un aspecto de mayor dificultad consiste en determinar si es necesario que los miembros de la comunidad comercial transfronteriza formen parte de un grupo estrictamente homogéneo. Si la base teórica de la formación de la *lex mercatoria* es un proceso de interacciones sucesivas en el que ciertas prácticas alcanzan uniformidad en un grupo social, cabe preguntarse si es factible que haya prácticas comerciales que alcancen uniformidad global, esto es, cuando el grupo social consiste en una sociedad comercial única y unificada conformada por todos los participantes del comercio mundial o, si se prefiere, la *comunidad comercial global*. La configuración de un derecho consuetudinario de alcance universal requeriría que las prácticas prescritas por la costumbre sean seguidas en toda localidad geográfica, independientemente del sector económico en el que participe el comerciante y de las circunstancias culturales y materiales que abrigue.

Algunos detractores postulan que no existe una comunidad comercial global capaz de crear normas jurídicas de aplicación universal. En verdad, si ha de afirmarse la existencia de alguna comunidad comercial, lo que habría hoy es una pluralidad de comunidades comerciales que coexisten en el comercio transfronterizo. Cada una de las comunidades sería el centro de formación de costumbres y prácticas cuya obligatoriedad alcanza y se circunscribe necesariamente al grupo social en el que se originan. En consecuencia, no podría existir “una única *lex mercatoria*, sino más bien varias *leges mercatoriae*” que coexisten.²⁹⁵ Aun en esta hipótesis, no es posible realizar suposiciones sobre las distintas comunidades comerciales, sino que deben emplearse criterios claros que permitan definir con precisión los grupos de comerciantes.

La proposición de que existen varias comunidades comerciales y no tan solo una comunidad global resulta más convincente si se observa el funcionamiento real del comercio transfronterizo. El comercio –y en general la actividad económica– suele clasificarse de

²⁹⁵ DE LY, Filip (n 10), p. 228: “There is not one single *lex mercatoria* but rather many *leges mercatoriae*”.

acuerdo a industrias. La noción de industria permite identificar un producto o grupo de productos funcionalmente relacionados y la cadena de interacciones necesarias para su fabricación y posterior comercialización. Una industria integra la participación de agentes que frecuentemente se relacionan para explotar una actividad económica. De allí que ciertos autores propongan la existencia de tantas comunidades comerciales internacionales como industrias haya.²⁹⁶ La comunidad de la industria financiera, energética, química, automotriz, alimentaria, de la construcción, del petróleo, del deporte, la industria cultural, etcétera, son solo algunos ejemplos de grupos sociales preocupados con un área específica del comercio.

La coexistencia de múltiples mercados y comunidades comerciales es una proposición que ha adquirido particular relevancia en la discusión de la *lex mercatoria* por la continua producción de literatura que fragmenta la *lex mercatoria* de acuerdo a la industria. Hay mercantilistas que postulan la existencia de costumbres especializadas en el comercio transfronterizo, distinguiéndose claramente las prácticas seguidas por comunidades comerciales dedicadas a áreas distintas. Así, por ejemplo, hay mercantilistas que aducen la existencia de una *lex constructionis* para la comunidad comercial transfronteriza de la construcción, de una *lex sportiva* para la comunidad comercial transfronteriza del deporte o de una *lex petroli* para la comunidad comercial transfronteriza del petróleo.²⁹⁷

No obstante, hay quienes han segmentado la *lex mercatoria* utilizando otros criterios. Ciertos autores destacan que se ha generado un conjunto de prácticas al margen del poder estatal en torno a los medios de transporte utilizados para el intercambio de bienes, por ejemplo, la *lex maritima*²⁹⁸ y la *lex aviatica*.²⁹⁹ Otro criterio dice relación con prácticas surgidas

²⁹⁶ BERGER, Klaus-Peter (n 23).

²⁹⁷ Ibid.

²⁹⁸ DRUZIN, Bryan, “Spontaneous Standardization and the New *Lex Maritima*”, en GOLDBY, M. y MISTELIS, L. (eds), *The Role of Arbitration in Shipping Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 63-79.

²⁹⁹ HAVEL, Brian; SÁNCHEZ, Gabriel, “The Emerging *Lex Aviatica*”, en *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 42, No. 3 (2011), pp. 639-672. Los autores, sin embargo, advierten que la condición fundamental para la operación de la *lex aviatica* es el reconocimiento por los Estados de las costumbres espontáneamente surgidas en la práctica aérea. La industria aérea comporta varios intereses de orden público y, por tanto, no puede actuar una norma de la *lex mercatoria* por sobre las regulaciones nacionales y los tratados internacionales en la materia.

espontáneamente producto de la importante evolución de los medios de intercambio de información en los negocios transnacionales, siendo posible distinguir una serie de usos comerciales en materia de tratamiento de contenido, tratamiento de la información personal y de dominio sobre la información cuyo conjunto se ha denominado *lex informatica*.³⁰⁰ En cualquiera de los dos criterios anteriores, las prácticas serían potencialmente seguidas por comerciantes que pueden o no participar en una misma industria o sector económico.

La generación de costumbres y usos comerciales que son peculiares de subcomunidades comerciales desafía importantemente la concepción de la *lex mercatoria* como un derecho uniforme de aplicación universal. Si una subcomunidad comercial engendra costumbres que no existen en otras subcomunidades, en principio no sería posible extender la obligatoriedad de una costumbre de la primera subcomunidad a un miembro que pertenece a otra subcomunidad. Otros autores destacan que la coexistencia de diversas subcomunidades comerciales puede generar dudas similares de las que se ocupa el derecho internacional privado: si distintas subcomunidades resuelven un mismo problema comercial de maneras distintas, se formaría un *conflicto de costumbres* que requeriría identificar razones para aplicar la costumbre de una subcomunidad comercial por sobre la aplicación de la costumbre de la segunda subcomunidad para la resolución del problema jurídico.³⁰¹

Al ser la costumbre una fuente normativa cuya lógica descansa en la idea de interacción humana, es implausible que una misma práctica sea seguida por todos los participantes del comercio global. La comunidad comercial global no puede ser homogénea porque es inverosímil, virtualmente imposible, que todos los actores comerciales interactúen entre sí. Más bien, la actividad económica se caracteriza por espontáneamente agrupar individuos con necesidades y objetivos comunes. La costumbre suele dar respuesta a necesidades específicas, siendo seguida solo por aquellos grupos sociales que experimentan dichas necesidades. A ello se debe que la *lex mercatoria* tenga un carácter más bien fragmentario y disgregado.

³⁰⁰ REIDENBERG, Joel, “Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology”, en *Texas Law Review*, Vol. 76, No. 3 (1998), pp. 553-593.

³⁰¹ MUSTILL, Michael (n 54), p. 93.

La dificultad de que una práctica sea universalmente seguida no implica en modo alguno concluir que las relaciones privadas transfronterizas sean excepcionales. La globalización económica ha favorecido que quienes participan en una industria puedan fácilmente asociarse a pesar de residir en localidades geográficas muy distantes entre sí. Este fenómeno ha reducido significativamente la importancia de la territorialidad en la modelación de los procesos de ordenación privada transfronteriza.³⁰² Es precisamente el aumento de las relaciones privadas transfronterizas lo que ha provocado la formación de costumbres entre privados de distintas nacionalidades y culturas. Por cierto, la costumbre comercial como fuente del derecho tiene hoy mayor aplicación y significación en el escenario transfronterizo que dentro de los confines territoriales de un Estado.³⁰³

En verdad, aun reconociendo el aumento de las relaciones transfronterizas, el intento por demostrar empíricamente la universalidad de la *lex mercatoria* es un ejercicio fútil. No son cuestiones definidas la determinación sobre la cantidad de miembros del grupo que tienen que tratar la práctica como criterio o pauta de crítica para con el resto, la frecuencia en la repetición de la práctica y “durante cuánto tiempo deben hacerlo así para que tenga apoyo la afirmación

³⁰² La diferencia entre una costumbre nacional y otra anacional radica en el potencial de una práctica de extenderse a territorios que superan las fronteras nacionales. Para mayor claridad, una costumbre puede calificarse como *nacional* si solo se sigue dentro de un determinado Estado, mientras que una costumbre puede calificarse como *anacional* en caso de sobrepasar fronteras o, todavía más, superando la noción de territorialidad. Por ejemplo, las prácticas nacidas en la contratación electrónica sugieren interesantes preguntas sobre la localización del uso comercial.

³⁰³ Si bien en esencia no debería haber diferencias entre el potencial de expansión de una costumbre que nace de la interacción de dos personas de la misma nacionalidad respecto de la costumbre que surge de la relación entre privados provenientes de distintos países, la calificación de una costumbre como *nacional* genera confusión al evocar el argumento del reconocimiento interno. En otras palabras, una costumbre que surge y se expande en una primera etapa dentro del territorio o localidad de un país determinado no impide que la práctica no sea igualmente recogida por personas ubicadas en el extranjero: en realidad, en su formulación más básica, el funcionamiento del derecho privado acentúa la relación entre los individuos, por lo que no es obstáculo ni impedimento que estos provengan o no de distintos sectores geográficos para interactuar, asentar prácticas y celebrar acuerdos. Es por ello que, cuando la legislación de un Estado reconoce la existencia de *costumbres nacionales*, desde una perspectiva analítica, el reconocimiento no puede ser la razón por la que la costumbre obligue. De lo contrario, se estaría oscureciendo la naturaleza esencialmente espontánea de la costumbre, atribuyéndose primacía a la ley en la definición de la normatividad por la remisión que estos hacen a la costumbre.

de que el grupo posee una regla”.³⁰⁴ Los contornos del grupo son difusos por su inherente mutabilidad. Como advierte RAZ, los términos *sociedad* o *comunidad* son “muy elásticos, pueden incluir a los miembros de un colegio, de una sociedad teatral, de una profesión, los residentes de un pueblo, ciudad o región o los habitantes de un país, etc. (...) A menudo no se hace referencia explícita al grupo, suponiéndose que el contexto deja suficientemente claro a qué grupo se hace referencia”.³⁰⁵

La coexistencia de distintas subcomunidades comerciales transfronterizas hace improbable que la costumbre formada en una subcomunidad se expanda a otras, sea porque ella no es necesaria en el ejercicio de otra industria, sea porque en otras subcomunidades se ha formado una costumbre diferente en relación al mismo asunto.

Aun así, la indefinición del grupo no obsta a la formación de la costumbre. Su contexto de formación es el escenario transfronterizo, y la demostración precisa e irrefutable de su propagación no debería ser axiomático para que el concepto jurídico opere. La costumbre puede obligar a una subcomunidad comercial en la medida que en la medida que ella sea *estructuralmente coherente*. La *lex mercatoria* no tiene carácter universal porque no puede exigirse homogeneidad en un grupo para que la costumbre obligue. No obstante, de describirse suficientemente el contexto, es posible identificar criterios unificadores que dotan de coherencia a prácticas generalmente seguidas por un grupo social.

Este trabajo defiende que la *lex mercatoria* es costumbre anacional. Al entenderse la costumbre como una fuente normativa que se funda en la interacción no planificada, es analíticamente inconsistente proponer que la *lex mercatoria* tiene alcance globalmente uniforme. Algunos mercantilistas proponen que la universalidad de la *lex mercatoria* es una simple consecuencia de la racionalidad económica: es decir, que se explica “por el deseo de los

³⁰⁴ HART, Herbert L. A. (n 265), p. 70.

³⁰⁵ RAZ, Joseph, *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press, Oxford, 1992, p. 52: “[The terms society or community] are very elastic, they may include the members of a college, or a dramatic society, of a profession, the residents of a village, town or region or the inhabitants of a country, etc. (...) Often no explicit reference to the group is made, it being assumed that the context makes it sufficiently clear which group is referred to”.

comerciantes de emular las prácticas comerciales exitosas de los vecinos [o, si se prefiere, de los competidores] más prósperos”.³⁰⁶ No obstante, la potencialidad o susceptibilidad de que una práctica sea copiada por competidores no equivale a que, en los hechos, la práctica sea seguida por todos los participantes de la comunidad comercial transfronteriza.

Existe una alternativa teórica que dotaría presuntamente de carácter universal a la *lex mercatoria*: de demostrarse la existencia de ciertas ideas normativas que son comunes a todas y cada una de las subcomunidades comerciales, podría rescatarse la configuración de una hipotética sociedad comercial global con prácticas de aplicación universal en el comercio transfronterizo. Como se explicó más arriba, los principios generales, particularmente los de derecho comercial, podrían considerarse como estas ideas normativas mínimas. De admitirse que la *lex mercatoria* incluye en su contenido los principios generales del derecho comercial como consecuencia de la inducción de los distintos usos y costumbres que rigen el comercio transfronterizo, dichos principios pueden caracterizarse como anacionales y universales. En suma, los principios consuetudinarios como la autonomía de la voluntad, la buena fe o la prohibición del enriquecimiento injustificado, son conceptos jurídicos que penetrarían en toda realidad económica y comercial y, por tanto, en toda industria y subcomunidad comercial. Estos principios dotarían de uniformidad a la *lex mercatoria*, siendo hipotéticamente consistente afirmar que obligan a todos los comerciantes que actúan en el comercio transfronterizo por el simple hecho de participar en él.

Me parece que la alternativa descrita supone desdibujar los contornos de la costumbre, difuminándolos deliberadamente con la noción de principios del derecho. Si la virtud de la noción de costumbre radica en intentar explicar los procesos de interacción espontáneos, es artificioso sostener que todas las interacciones están guiadas por determinadas ideas apriorísticas y uniformadoras.

³⁰⁶ MEDWIG, Michael, “The New Law Merchant: Legal Rhetoric and Commercial Reality”, en *Law and Policy in International Business*, Vol. 24, No. 2 (1993), p. 592: “[This unplanned uniformity] arose from the merchants’ desire to emulate the successful commercial practices of their more prosperous neighbors”.

La costumbre es una fuente de derecho por esencia escurridiza. Antes de una disputa, los miembros de una comunidad no necesariamente son conscientes de la existencia de una práctica comercial, mucho menos de una costumbre jurídicamente vinculante. Cuando los tribunales intentan expresar lo que hasta entonces habían sido solo acciones, y en tanto la costumbre debe probarse en el proceso, es altamente improbable o empíricamente implausible que el tribunal falle captando con precisión los contornos de una comunidad.

La costumbre, en realidad, sirve para resolver disputas específicas sobre hechos específicos, y no para crear reglas abstractas. En esta característica radica la dificultad de su transmisión uniforme. Al ser descripciones maleables del comportamiento humano, la invocación de la costumbre como norma sustantiva en el proceso tiende a tomar en cuenta la totalidad de la situación en cada caso, acomodándose a decisiones o conclusiones equitativas por sobre certeras. Es por ello que la costumbre está inevitablemente expuesta a engaño, ya que los testigos o el tribunal pueden ser persuadidos de la existencia de una práctica que, en realidad, no se adecúa a la que realmente se sigue. Sumado a ello, la evolución natural del comportamiento de una comunidad con el paso del tiempo puede alterar los contornos de la costumbre como regla jurídica. De este modo, aun si una costumbre puede ser trasplantada de una comunidad a otra y seguirse en principio y del mismo modo en ambos lugares, la costumbre no necesariamente permanecerá idéntica en ambos lugares.³⁰⁷

Si la norma consuetudinaria requiere que la práctica prescrita sea conocida por la *generalidad* o, aun más, la *totalidad* de los miembros del grupo social, rápidamente se constata las limitaciones epistémicas que supone la prueba de la existencia de una norma basada en la conducta. Si la comunidad comercial transfronteriza está conformada por todo individuo que actúa en el comercio transfronterizo, la identificación precisa de cada uno de ellos es inviable y, por tanto, resulta imposible en los hechos demostrar que una determinada costumbre es seguida a nivel global. En caso de requerirse su demostración, la norma consuetudinaria sería simplemente inútil. Si se quiere conferir alguna utilidad a la costumbre como fenómeno

³⁰⁷ KADENS, Emily (2012) (n 181), pp. 1195-1996.

normativo, no puede sino concluirse que la prueba de la costumbre debe referirse a la generalidad de los miembros de una determinada comunidad comercial transfronteriza, y no a cada uno de sus miembros.

En suma, sostengo que la *lex mercatoria* no puede tener carácter uniforme. La idea de la existencia de un derecho comercial universal y anacional, un *derecho global*, no es posible si la única fuente en la que descansa es la costumbre. Dicho de otro modo, la *lex mercatoria* aplica circunstanciadamente al estar en su centro la noción de interacción. Ahora bien, ello no implica que la *lex mercatoria* no pueda aplicar a personas provenientes de cualquier parte del mundo, con independencia de sus condiciones materiales, culturales o económicas. La condición primaria es, sencillamente, que dos o más personas interactúen en el espacio global.

La conclusión anterior desmiente el ideal cosmopolita descrito en la introducción de este trabajo, esto es, la existencia de una única *sociedad global* orientada por una misma normatividad en materias comerciales. De alcanzarse coherencia estructural en una comunidad comercial transfronteriza y de seguirse unas mismas prácticas, esas prácticas pueden potencialmente considerarse reglas pero exclusivamente dentro de los confines de dicha comunidad.

2. La distinción entre hábito y regla y el aspecto externo e interno de una regla social

Se han expuesto las razones para considerar que la regla de la *lex mercatoria* es una práctica o patrón de conducta no escrito seguido por comerciantes que actúan en el comercio transfronterizo que, en algún sentido, ha adquirido fuerza normativa u obligatoria a través de la repetición y expansión de una práctica comercial en un grupo relativamente uniforme. La tarea pendiente para demostrar la existencia y obligatoriedad de la *lex mercatoria* es enseñar de qué modo la práctica adquiere fuerza normativa. Para ello, es necesario distinguir entre una conducta jurídicamente relevante de aquella que no adquiere carácter obligatorio.

Conocida es la distinción elaborada por HART entre meros hábitos y reglas. Por cierto, ambas nociones describen conductas que son generalmente seguidas por un grupo social y, por tanto, que la mayor parte de sus miembros repiten cuando aparece la ocasión. Para un observador externo, sea que se trate de un hábito espontáneamente seguido por sus miembros o una regla cuya fuerza normativa no es inmediatamente perceptible, el comportamiento regular, congruente y uniforme que pueda registrar de un grupo social se manifestará del mismo modo. En dicho sentido, para las personas que no son miembros del grupo en que la regla aplica o, si se prefiere, que son externas a ese contexto normativo, no existen diferencias fenomenológicas entre un hábito y una regla. A esto HART llamaría el *aspecto externo* de una regla.

No obstante, como enseña HART, son las reglas y no los hábitos las que permiten acercarnos a una correcta comprensión de la formación y funcionamiento del derecho. La distinción entre ambas nociones es necesaria para desvelar el carácter obligatorio de una práctica o patrón de conducta, pudiendo distinguirse al menos las siguientes tres diferencias.

En primer lugar, tratándose de un hábito, basta que la conducta de un grupo converja de hecho, sin que la desviación del curso regular suscite alguna forma de crítica; tratándose de una regla, la convergencia general no basta, ya que “las desviaciones son generalmente consideradas como deslices o faltas susceptibles de crítica, y las amenazas de desviación chocan con una presión en favor de la conformidad”.³⁰⁸

En segundo lugar, tratándose de reglas, las desviaciones respecto de la práctica constituyen una buena razón para que la regla sea formulada; tratándose de hábitos, la desviación no genera la necesidad de ser sancionada. La crítica a la inobservancia de la práctica es tan legítima como la exigencia de cumplimiento frente a la amenaza de desviación. Independientemente del número de miembros del grupo social, la aseveración de que en un

³⁰⁸ HART, Herbert L. A. (n 265), p. 70.

grupo hay una cierta regla implica la posibilidad de que exista una minoría que puede infringirla o, incluso, rehusar de considerarla como una pauta que oriente su propio comportamiento.

En tercer lugar, las reglas tienen un *aspecto interno*, mientras que los hábitos carecen de él. Para que exista un hábito, no es necesario que los miembros de un grupo social piensen en la conducta general seguida. No es necesario siquiera que sepan que la conducta es generalmente seguida por otros. Basta con que exista convergencia fáctica del grupo con relación a la práctica. En contraste, tratándose de las reglas, los miembros del grupo deben considerar que la conducta es “una pauta o criterio general de comportamiento a ser seguido por el grupo como un todo”.³⁰⁹

En esta última diferencia radica la diferencia fundamental entre un mero hábito y una regla y, por cierto, el elemento que permite que un hábito se convierta en regla. En la discusión de la *lex mercatoria*, el aspecto interno de una regla es el elemento decisivo que permite que un uso comercial sea potencialmente considerado como una norma jurídica. La conjunción del aspecto externo e interno permite la formación de lo que HART denomina una *regla social*.³¹⁰ Nuevamente, si bien tanto en los hábitos como en las reglas puede observarse la existencia de una práctica o *conducta congruente mayoritaria* en un grupo social (aspecto externo), la característica fundamental de una regla social se encuentra en que la mayoría del grupo reacciona a las desviaciones de la conducta congruente mayoritaria relevante. Si la desviación de la conducta por uno de los miembros es criticada por el resto, quienes presionarán para que el primero corrija su comportamiento, estamos frente a una regla social. Por el contrario, si la desviación no es generalizadamente criticada dentro del grupo, la conducta es un mero hábito. HART enfatiza consiguientemente tres hechos o elementos cuya presencia debe verificarse para que una regla social sea constituida: la desviación, la crítica del grupo social y la presión para que el transgresor corrija su comportamiento. Esta tríada fáctica se consolida en lo que HART denomina “actitud crítica reflexiva”.

³⁰⁹ Ibid, p. 71.

³¹⁰ Idem.

Detengámonos en el análisis de la presión social como componente de la actitud crítica reflexiva. Teniendo presente que la presión ejercida por el grupo es una de las condiciones para que una regla social sea formada, no debe confundírsele con la amenaza de sanción o propiamente la sanción que una norma jurídica prescribe en caso de ser infringida. La presión ejercida por el grupo es un fenómeno extrajurídico o, si se prefiere, de carácter sociológico. La crítica por la mayoría del grupo consiste en una presión horizontal o informal por la infracción de reglas no-jurídicas o pre-jurídicas.

Este fenómeno es representativo de la realidad y práctica de los negocios transnacionales. En caso de que un determinado comerciante se desvíe de la práctica mayoritariamente seguida en la comunidad comercial transfronteriza en la que participa activamente, el resto de los miembros reaccionarán a su comportamiento, presionando para que se ajuste al uso comercial generalmente seguido. Si el comerciante no rectifica su conducta, es probable que los demás empresarios pierdan interés en relacionarse con el infractor, castigando la desviación de distintos modos. Por ejemplo, quien no respeta las costumbres transfronterizas propias de su industria puede correr el riesgo de pérdida de clientes, reducción de negocios o, en el peor escenario, la pérdida completa de presencia en el mercado.³¹¹ Es por ello que, desde el punto de vista del comerciante, debe igualmente existir vigilancia o cuidado de la propia conducta para evitar ser el destinatario de la crítica de otros participantes en la comunidad respectiva. La inclinación por criticar a otros permite que las desviaciones propias sean potencial e igualmente criticadas. La aprensión o miedo a la crítica es la actitud distintiva que, por un lado, permite la convergencia en el seguimiento de la conducta y, por el otro, respalda la crítica a la desviación.

De modo análogo, GOLDSTAJN introduce el concepto de *disciplina profesional* para ilustrar la predisposición de los profesionales de ajustarse a las prácticas observadas en el ejercicio de una determinada profesión, identificando igualmente la existencia de centros

³¹¹ TOTH, Orsolya (n 9), p. 155.

internacionales que, sin que sea necesaria la intervención de órganos jurisdiccionales, ejercen presión para el adecuado ejercicio de la *praxis* profesional.³¹²

“[Los negocios transnacionales se] *caracterizan por la disciplina profesional y la autoridad del entorno. La disciplina profesional no es sólo expresión de la convicción de la utilidad de una determinada conducta (...) sino también el resultado de la presión ejercida por los centros de poder concentrados en los centros de comercio internacional. (...) En consecuencia, la autodisciplina se logra sin intervención judicial, incluido el arbitraje (...)*”.³¹³

Es fundamental comprender que el aspecto interno de una regla no equivale a una simple cuestión de sentimientos o de experiencias psicológicas de restricción o compulsión. Si bien es indudable que una persona cumple con una regla porque *se siente obligada* a comportarse en cierta manera, la obligatoriedad de la regla no se explica ni descansa simplemente en su consciencia o noción de que el comportamiento es en algún sentido obligatorio. En términos de HART, el aspecto interno de una regla consiste en la *actitud crítica reflexiva* que los miembros del grupo “tienen frente a ciertos *modelos de comportamiento*”³¹⁴ en tanto que pautas o criterios de conducta comunes, y que ella se despliegue en la forma de crítica (que incluye la auto-crítica), exigencias de conformidad, y en reconocimientos de que tales críticas y exigencias están justificadas”.³¹⁵ Como se ha explicado *supra*, dichos comportamientos no han sido

³¹² En este contexto, describir la relación entre la costumbre y la *lex artis* es de gran interés dogmático y práctico. Por razones de extensión, este trabajo no comprende dicha investigación.

³¹³ GOLDSTAJN, Aleksandar, “Usages of Trade and Other Autonomous Rules of International Trade According to the UN (1980) Sales Convention”, en SARCEVIC, P. y VOLKEN, P. (eds), *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures*, Nueva York, Oceana, 1986, p. 102: “[International business is] characterized by professional discipline and the authority of the milieu. Professional discipline is not only an expression of the conviction of the usefulness of a specific conduct (...) but also the result of pressure exercised by power centres concentrated in international trade centres. (...) As a result, self-discipline is achieved without judicial intervention, including arbitration (...)”.

³¹⁴ El término que utiliza HART puede prestarse a equívocos en el análisis de la norma de la *lex mercatoria*: la actitud crítica reflexiva de un grupo social implica dirigir la crítica a la desviación de una *práctica*, y no de un *modelo de comportamiento*. La expresión *modelo de comportamiento* puede llevar a confundir la conducta con una regla que se crea mediante la conducta. En consecuencia, es preferible reservar la expresión “modelo” para implementarse cuando propiamente existe una norma cuya infracción puede sancionarse coactivamente.

³¹⁵ HART, Herbert L. A. (n 265), p. 72.

deliberadamente creados, sino que son los propios miembros del grupo los que espontáneamente convergen en su seguimiento.

3. La paradoja circular: la *opinio iuris* como consciencia de cumplir con un deber jurídico

La noción recién descrita del aspecto interno de una regla dista importantemente de lo que tradicionalmente se ha entendido por *opinio iuris*. Al describirse la costumbre como una fuente del derecho, la literatura de tradición romano-canónica suele definirla como “un uso implantado en una colectividad y considerado por ésta como jurídicamente obligatorio”.³¹⁶ La costumbre surgiría por la conjunción del elemento objetivo del seguimiento del uso y del elemento subjetivo de la convicción de cumplir un imperativo o necesidad jurídica (*opinio iuris sive necessitatis*). Esto último quiere decir que una persona, al ejecutar una práctica, lo hace “por una necesidad ineludible de derecho y no por mera voluntad espontánea”.³¹⁷ De modo análogo, la literatura de derecho internacional público suele definir *opinio iuris* como la creencia sostenida por los Estados de que están siguiendo una conducta que responde a una obligación jurídicamente vinculante.³¹⁸ La importancia de la *opinio iuris* en el derecho internacional público es evidente:³¹⁹ una de sus principales fuentes normativas es la costumbre internacional.³²⁰

Caracterizar la *opinio iuris* como un elemento de carácter subjetivo es la razón principal por la que, muchas veces, se ha mirado con reticencia la consideración y aplicación de la costumbre como una fuente del derecho.³²¹ La pregunta más compleja en la discusión de la

³¹⁶ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel; VODANOVIC HAKLICKA, Antonio (n 5), p. 157.

³¹⁷ Idem.

³¹⁸ KOSKENNIEMI, Martti, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 417.

³¹⁹ Para un análisis de las analogías que existen entre la costumbre internacional y la *lex mercatoria*, véase TOTH, Orsolya (n 9), pp. 105-137.

³²⁰ Véase el artículo 38 N° 1 letra b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

³²¹ Existen autores de derecho internacional público que, al referirse a la costumbre internacional, argumentan que el concepto es engañoso o una ficción inaceptable. Véase DE LUPIS, Ingrid, *The Concept of International Law*, Estocolmo, Norstedts Förlag, 1987, pp. 115-134.

lex mercatoria es, quizá, cómo puede delinearse la conducta que es seguida por mera cortesía o conveniencia de aquella que debe ser cumplida en tanto comporta derechos y obligaciones. La literatura de derecho privado y de derecho internacional público suele afirmar que la transición de un mero hábito a una regla se logra interpelando la convicción o consciencia del actor. En otras palabras, es precisamente la creencia de que una conducta responde a una obligación jurídicamente vinculante, a pesar de no tratarse de una conducta obligatoria, lo que la convierte en obligatoria. Esta última conclusión es una tautología o paradoja circular.³²²

La noción tradicional de *opinio iuris* se supedita a la *respuesta a una obligación jurídicamente vinculante*. Esta manera de entender el concepto de *opinio iuris* “presupone una creencia en un deber jurídico existente que, de ser correcto, haría que la creencia en sí misma fuera superflua y, si fuera errónea, convertiría una conducta no obligatoria en jurídicamente vinculante por error”.³²³ Dicho de otro modo, el concepto tradicional de la *opinio iuris* simplemente permite la identificación de una regla jurídica ya existente, ya que no es lógicamente posible que una regla prescriba lo inexistente.

La inferencia de algo existente a partir de lo inexistente no puede ser la base de una teoría analíticamente consistente de la *lex mercatoria*. Si la *opinio iuris* se basa en la creencia de que existe una norma jurídica antes de que dicha norma sea efectivamente formada, el proceso de creación de la costumbre sería, como algunos autores han acusado, un fenómeno jurídico *místico*, una *ilusión o delirio jurídico*.³²⁴

Por otro lado, entender la *opinio iuris* como una especie de consciencia o convicción se opone a la naturaleza espontánea de la costumbre. Si una persona sigue una determinada práctica porque sabe que ella es en cierto modo obligatoria, su comportamiento sería deliberado y, por tanto, tendería a obedecer a la lógica del orden artificial, del paradigma

³²² GOODE, Roy (n 197), p. 9.

³²³ Idem: “[*Opinio iuris*] presupposes a belief in an existing legal duty which if correct would make the belief itself superfluous and if erroneous would convert non-law into law through error”.

³²⁴ TOTH, Orsolya (n 9), p. 7.

contractual o de la legislación. En caso de silencio, el reconocimiento de la práctica podría ser interpretado como la aceptación tácita de su obligatoriedad. En otras palabras, de acuerdo a la teoría pura de la *lex mercatoria*, la *opinio iuris* no puede originarse de una decisión premeditada.

Para resolver la paradoja circular, como se ha anticipado, la noción acuñada por HART permite elaborar una respuesta coherente y consistente de la formación de la *lex mercatoria*. La actitud crítica reflexiva de los miembros de una comunidad comercial transfronteriza es el criterio que permite distinguir un mero hábito de una norma; diferenciar una regla no-jurídica de una regla jurídica. Mediante la demostración empírica de que el miembro de una comunidad ha desviado su comportamiento en relación a la práctica generalmente seguida, la crítica de la desviación y la presión social por la corrección conductual, se infiere la existencia de una regla social de la *lex mercatoria*. En el contexto de un juicio, el comerciante que invoca la existencia de la regla de la *lex mercatoria* deberá presentar todos los medios probatorios que aporten evidencia de que la desviación que otro participante de la misma industria o subcomunidad comercial ha generado crítica de los demás comerciantes, crítica respaldada por un mandato de seguimiento de la disciplina profesional, de la búsqueda de resultados comerciales eficientes, en fin, la razón que el grupo esgrima como explicativa del seguimiento congruente mayoritario de la conducta.

El mal llamado *elemento subjetivo* de la costumbre es, en verdad, objetivo: la comprensión de HART sobre el proceso de formación del derecho enseña que la actitud crítica reflexiva no debe ser entendida como una inclinación psicológica a favor de la obligatoriedad de una conducta –sin perjuicio de que, desde luego, exista cierta predisposición síquica en los hechos–, sino que consiste fundamentalmente en la convergencia de la mayoría de los miembros de un grupo social en la crítica de la desviación de otro de sus miembros respecto de una determinada conducta, exigiendo *socialmente* su rectificación. Como la desviación, la crítica y la presión por la corrección son todos elementos de naturaleza fáctica, la adopción del modelo hartiano permite eludir la vaguedad de la formulación tautológica tradicional. Consiguientemente, el concepto de actitud crítica reflexiva es la clave para una correcta

comprensión de la teoría pura de la *lex mercatoria*: si en una subcomunidad comercial transfronteriza determinada uno de sus miembros se desvía del comportamiento seguido por la mayoría, y la inobservancia de la práctica suscita crítica porque entorpece la explotación de la actividad económica en la que participan, será posible comprobar la existencia de una regla de la *lex mercatoria*.

Merece detenerse en la comprobación de por qué la actitud crítica reflexiva no se origina de una decisión o cognición en contraste a la noción tradicional de la *opinio iuris*. Si bien la crítica y la presión social por la corrección son acciones que comportan una actitud positiva en contra del transgresor y, en consecuencia, que son producto del reconocimiento por el grupo de la desviación y su decisión de sancionarla socialmente, la formación de la práctica no es el resultado de tal crítica y presión social. Ambos componentes aparecen *ex post* a la inobservancia de la práctica. La práctica es el fruto de la repetición de interacciones espontáneas, sin que haya mediado necesariamente el reconocimiento de las razones o propósitos finales que logra la reproducción de la conducta. La repetición de la práctica acarrea la generación de legítimas expectativas de que ella será seguida en el grupo que interactúa, pero no existen razones por el grupo para creer o suponer que uno de sus miembros se desviará del comportamiento. Solo una vez que se comprueba la inobservancia surge la reflexión crítica del grupo sobre el carácter de la práctica: esto es, si se trata de una conducta cuya desviación del curso regular no suscita cuestionamiento al no comprometer ningún tipo de expectativa, o sí, por el contrario, la conducta permite la consecución de intereses sociales valiosos y, en consecuencia, debe ser seguido por el grupo como un todo.

Dicho lo anterior, para escapar de la circularidad de la noción tradicional, debe preferirse la reinterpretación de la *opinio iuris* como una consciencia social sobre la inadecuación del comportamiento de uno de los miembros de un determinado grupo, pero que solo surge una vez que se produce la desviación de la conducta generalmente seguida. Reformulada de este modo, durante la *fase constitutiva* de la regla de la *lex mercatoria*, la *opinio iuris* debe ser

entendida como la actitud crítica reflexiva frente al hecho de la inobservancia de una conducta recién inteligida.

4. Fase constitutiva y declarativa y reglas primarias y secundarias

A lo largo de este trabajo se ha criticado la equiparación que algunos mercantilistas proponen entre la existencia de la *lex mercatoria* con su evidencia. En el primer capítulo se enseñó que la mayoría de los argumentos desarrollados por diversos autores para demostrar la existencia de la *lex mercatoria* se resumían en el señalamiento de distintas fuentes de derecho comercial transnacional, lo que no era consistente desde una perspectiva analítica. Afirmar que la *lex mercatoria* existe porque está contenida en instrumentos escritos, porque es reconocida por tribunales o legislaciones o porque existe evidencia –por lo demás discutida– de haber sido aplicada en ciertos episodios históricos entraña la enojosa conclusión de que *existe porque sí*. Desde luego, la evidencia de la *lex mercatoria* permite conocer su contenido y el modo en que la costumbre transfronteriza ha sido seguida y aplicada en la práctica. El hecho que los tribunales arbitrales reconozcan la *lex mercatoria* como una fuente normativa es lo que precisamente estimula y hace imperiosa una adecuada respuesta sobre la naturaleza jurídica de la *lex mercatoria* y su proceso de formación. La *declaración* que los tribunales arbitrales realizan de la *lex mercatoria* cumple un rol central en la pregunta sobre la fuerza obligatoria de la *lex mercatoria*, pero no es autosuficiente.

En este capítulo se han enseñado los postulados teóricos que permiten la descripción del proceso de formación del derecho. Se descartó que la *lex mercatoria* se tratara de una manifestación normativa de origen voluntario o artificial y se expuso en cambio que consiste en un fenómeno intrínsecamente espontáneo. Luego de procurar distinguir la costumbre en tanto fuente del derecho del paradigma contractual y los principios generales del derecho comercial, se describieron los elementos de la regla de la *lex mercatoria*, a saber, la comunidad comercial transfronteriza, el seguimiento mayoritario y congruente de una práctica comercial y la *opinio iuris*. Se propuso que la comprensión tradicional de la *opinio iuris* es tautológica y, en

consecuencia, inconveniente como criterio que elucida el proceso de formación de la costumbre, mientras que la noción hartiana de la actitud crítica reflexiva se estimó como la clave para distinguir un mero hábito de una regla social. En definitiva, la conjunción de la conducta mayoritaria congruente con la actitud crítica reflexiva, ambos elementos que son fácticamente comprobables, permite la *constitución* de la regla social de la *lex mercatoria* o, en términos hartianos, de la *regla primaria de la lex mercatoria*.

Luego, cabe preguntarse cómo una regla social adquiere carácter jurídico. La regla primaria se sitúa en la fase pre-jurídica, ya que su infracción es característicamente perseguida a través de sanciones sociales del grupo como la pérdida de prestigio, desvinculación comercial u ostracismo. Dicho ello, ¿qué es lo que permite el tránsito de la regla de la *lex mercatoria* desde un escenario pre-jurídico a uno propiamente jurídico? ¿qué hace que el cumplimiento de una regla primaria pueda ser perseguido coactivamente?³²⁵

Para ello, es necesario introducir una distinción adicional: por un lado, la *fase constitutiva* de la práctica y la *opinio iuris* y, por el otro, la *fase declarativa* de los mismos dos elementos. La primera se refiere a la conducta y al escenario pre-jurídico (pre-regla), y la segunda a la regla existente, esto es, al escenario jurídico (post-regla). Dicho de otro modo, la primera se ocupa de la existencia del derecho, mientras que la segunda se ocupa de la evidencia del derecho.

La práctica constitutiva no sería sino la práctica que en los hechos es seguida. Es el aspecto externo de una regla social y, por tanto, es el comportamiento regular, congruente y uniforme que un grupo presenta respecto de una conducta determinada.

Por otro lado, la *opinio iuris* constitutiva puede caracterizarse como una cierta consecuencia social sobre la inadecuación de la conducta de uno de los miembros de un grupo, aun cuando la conducta no sea jurídicamente obligatoria. Dicha percepción es la actitud crítica

³²⁵ No debe confundirse la transición de un hábito a una regla social con la transición de una regla social a una regla jurídica. La actitud crítica reflexiva sumada a la existencia de una práctica congruente mayoritaria permite la formación de una regla primaria, pero no la formación de una regla jurídica.

reflexiva, es decir, la actitud motivada por razones objetivas a la acción, sin que exista una regla jurídica que obligue al grupo a actuar.

La práctica declarativa tiene el mismo contenido que la práctica constitutiva. Empíricamente, una y otra son congruentes. La diferencia radica en que la práctica declarativa es el reconocimiento normativo de la práctica. Es un juicio sobre una regla existente en que la práctica que prescribe es su fuente y medida.³²⁶

Finalmente, la *opinio iuris* declarativa es lo que la literatura tradicional suele entender por *opinio iuris*, sin distinciones adicionales. Consiste en la consciencia de cumplir con un deber jurídico o con una regla pre-existente; la creencia de que una práctica constituye derecho. Se ha dicho que el aspecto interno de una regla primaria (es decir, la *opinio iuris* constitutiva) es objetivo y no subjetivo, sin perjuicio de que exista en los hechos una inclinación psicológica de los miembros de un grupo social a favor de la obligatoriedad de una conducta que ha sido inobservada. Tratándose de la *opinio iuris* declarativa, los sentimientos de compulsión que tengan o no los miembros del grupo social no tiene importancia alguna, toda vez que la regla ya existe y su cumplimiento es jurídicamente exigible o, si se prefiere, su incumplimiento es sancionable.

La coincidencia de la práctica declarativa con la constitutiva pudiera interpretarse como otra especie de paradoja circular: la regla se deriva de una conducta que luego prescribe. En términos empíricos, es imposible distinguir entre una y otra, ya que el contenido es el mismo. Como resultado de esta superposición, la impresión generada es que una misma conducta es simultáneamente la causa y efecto de la regla, dando lugar a una paradoja lógica.³²⁷

³²⁶ En realidad, toda regla contiene una práctica que es declarada para que surta efectos, sean reglas originadas en la costumbre o sean reglas legislativas. Sin embargo, las normas consuetudinarias difieren de las reglas escritas ya que, al mismo tiempo que prescriben conductas, su origen se deriva del seguimiento de esas mismas conductas. El origen de las reglas legislativas, en cambio, se deriva del cumplimiento de un procedimiento formal de creación de ley.

³²⁷ TOTH, Orsolya (n 9), p. 144.

La paradoja empírica, reconocemos, es irresoluble. Es que la realización efectiva de la conducta es consustancial a las reglas consuetudinarias. La costumbre jamás puede caer en obsolescencia, toda vez que para existir válidamente debe necesariamente producir efectos. La conducta no solo es necesaria para la formación de la regla, sino que también su realización fortalece y consolida la regla existente. En otras palabras, la conducta no solo contribuye a la *valides* de la regla, sino también a su *eficacia*. Las normas legislativas, en cambio, pueden existir y no ser aplicadas. La ley no suscita paradoja en su formación, porque su origen es artificial.³²⁸ La espontaneidad, en cambio, es por esencia paradójica, ya que es el reconocimiento intelectual de lo ininteligible. La resolución de la paradoja empírica implicaría que la costumbre no se basara en la conducta efectivamente desplegada. Así las cosas, la costumbre dejaría de ser una fuente de derecho peculiar, meritoria de análisis.

No obstante, la existencia de una paradoja empírica no necesariamente impide la resolución teórica de la paradoja lógica. La distinción entre la dimensión constitutiva y declarativa de una regla, de su fase pre-jurídica y jurídica, permite modelar una explicación lógica de la formación de la costumbre. La elaboración de categorías no depende de su asidero empírico, sino que, por el contrario, sirven para analizar los fenómenos.

³²⁸ Pregunta interesante se suscita, en cambio, en relación a la eficacia temporal de las leyes. En rigor, el desuso o inaplicación de la ley no es capaz de derogarla. Si la conciencia colectiva estima inadecuadas o superadas determinadas normas legislativas a la luz del transcurso del tiempo y de los cambios culturales y sociales experimentados, la realidad enseña que dichas leyes son efectivamente inaplicadas. No obstante, el positivismo jurídico no admite que la inaplicación tenga por resultado la desaparición de la ley, creando otra paradoja. En palabras de CRUET: “El desuso mata las leyes, pero es mejor no decirlo”. CRUET, Jean, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris, Flammarion, 1908, p. 258: “La désuétude tue les lois, mais il est préférable de ne pas le dire”. En dicho sentido, RAZ arroja luces sobre la resolución de la paradoja: “Es característico de las normas que el tipo de razones para la acción que constituyen son, en general, razones de peso e importantes para la acción. De ahí la tendencia a pensar que si una disposición jurídica ha perdido mucho de su importancia como una razón para la acción, en virtud de que es en general ignorada, ya no es una disposición jurídica. Sin embargo, en cuanto a los sistemas normativos se refiere, parece razonable permitir que esta consideración del peso de normas individuales como razones para la acción sea superada por consideraciones de la naturaleza sistemáticas de las normas. En virtud de que pertenecen a un sistema caracterizado por la aplicación organizada de las disposiciones jurídicas por órganos especialmente designados, aun las disposiciones jurídicas ampliamente ignoradas y pasadas por alto, son disposiciones jurídicas en la medida en que son reconocidas por estos órganos”. RAZ, Joseph, *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*, Tamayo y Salmorán, R. (trad), México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1986 [1980], p. 241.

La distinción entre la fase constitutiva y declarativa es la clave para entender la relación de una determinada regla primaria con lo que HART denomina reglas secundarias, particularmente, la regla secundaria de reconocimiento. Este último concepto permite dilucidar la atribución de efectos normativos a una regla primaria, cualquiera sea su origen.³²⁹ Se ha dicho que la práctica y *opinio iuris* declarativas funcionan bajo el supuesto de la existencia de una regla. Por tanto, entre la fase constitutiva y declarativa se ubica el mecanismo atributivo de normatividad de la *lex mercatoria*. Anticipemos: la articulación que un tribunal realiza del contenido de la práctica constitutiva, comprobada que sea ella y la *opinio iuris* constitutiva, es la razón de que la *lex mercatoria* produzca efectos obligatorios.

La conducta y la *opinio iuris* constitutivas deben ser entendidas en términos fácticos, mientras que la conducta y la *opinio iuris* declarativas en clave jurídica. Una perspectiva unitaria de la conducta y de la *opinio iuris* conduce a la paradoja circular arriba descrita o a un modo insatisfactorio de entender la costumbre como fuente del derecho. Diferenciar entre la dimensión constitutiva y declarativa permite inclusive proveer un modelo cronológicamente lineal que esquivo problemas lógicos. La concepción tautológica de la *opinio iuris* como la necesidad de la creencia sobre la existencia de una regla *antes de su creación* es corregida con la siguiente distinción: para la creación de una regla primaria se requiere la actitud crítica reflexiva de un determinado grupo social (*opinio iuris constitutiva*). Una vez que la regla primaria es *reconocida* por un tribunal como una regla de carácter jurídico, el grupo social que ha actuado reflexiva y críticamente respecto de la desviación de la práctica por uno de sus miembros podrá con propiedad afirmar que siguen la conducta por una consciencia de cumplir con un deber jurídico (*opinio iuris declarativa*).

El análisis de la noción de regla primaria hartiana permite explicar suficientemente el proceso de formación *fáctica* de la costumbre. No obstante, solo en la distinción entre la fase constitutiva y declarativa de la *lex mercatoria* sumada a la interacción de las reglas primarias con

³²⁹ Dentro del derecho, como afirma HART, “algunas reglas son creadas por vía legislativa; otras no son creadas mediante ningún acto deliberado”. HART, Herbert L. A. (n 265), p. 11.

las reglas secundarias es posible demostrar su fuerza obligatoria. Las normas forman parte de un *sistema jurídico*. El siguiente capítulo de este trabajo procura explicar en qué consiste un sistema jurídico, qué elementos mínimos deben existir para que un conjunto de reglas forme un sistema y, en consecuencia, si la *lex mercatoria* puede ser considerada como un sistema jurídico anacional. Prominentemente para los efectos perseguidos por esta tesis, el último capítulo procura enseñar cómo es que la *lex mercatoria* adquiere carácter jurídico, es decir, fuerza vinculante u obligatoria y cuya inobservancia puede ser perseguida coactivamente.

CAPÍTULO III – SOBRE LA EXISTENCIA DE UN SISTEMA JURÍDICO ANACIONAL Y LA FUERZA NORMATIVA DE LA *LEX MERCATORIA*

¿Qué es un sistema jurídico? ¿Es o constituye la *lex mercatoria* un sistema jurídico anacional? Habiéndose identificado previamente que el arbitraje comercial internacional es, por excelencia, la institución a través de la cual la *lex mercatoria* se ha hecho aplicable, ¿qué papel desempeña este mecanismo de solución de controversias en la teoría de la *lex mercatoria*?

Hemos dicho que ciertos mercantilistas sugieren que la *lex mercatoria* no solo constituye derecho anacional, sino que las reglas que conforman la *lex mercatoria* configuran un sistema jurídico paralelo, global, con características propias, autónomo e independiente de los ordenamientos jurídicos nacionales. Esta postura de gran contenido simbólico exalta el potencial de los privados en la ordenación de los procesos transfronterizos e invita a concebir el funcionamiento del derecho con total prescindencia del ejercicio de la soberanía para los propósitos del comercio transfronterizo.

Para dichos fines, el arbitraje comercial internacional es identificado como el medio que *institucionaliza* la costumbre transfronteriza.³³⁰ La mayoría de las operaciones comerciales llevadas a cabo en el escenario transfronterizo no requieren de la intermediación de un tercero imparcial e independiente para cumplirse. No obstante, en el eventual caso de existir una controversia, ella es conocida, resuelta y decidida por uno o más privados, designados por un acuerdo privado. De concebirse al arbitraje comercial internacional como una institución *deslocalizada* de los ordenamientos jurídicos nacionales o, si se prefiere, mínimamente dependiente de los Estados, el reconocimiento que los tribunales arbitrales efectúan de la costumbre transfronteriza permitía el surgimiento de un orden jurídico anacional. En términos de HART, la hipotética conjunción de las reglas primarias y secundarias de la *lex mercatoria* puede ser indicativo de un sistema jurídico independiente a las legislaciones nacionales.

³³⁰ TOTH, Orsolya (n 9), pp. 192-193.

En dicho sentido, algunos estudios demuestran que quien es condenado en un arbitraje solo excepcionalmente se opone a su cumplimiento: según DASSER,³³¹ BLAUROCK,³³² STUMPF y STEINBERG,³³³ aproximadamente un 90% de los laudos arbitrales son cumplidos voluntariamente por las partes.³³⁴ En el contexto de los negocios transnacionales, la reputación cumple una función elemental en la operatividad del mecanismo extrajudicial y voluntario de ejecución de laudos arbitrales.³³⁵ Esto se debe posiblemente a que en grupos o sectores especializados de negocios, como se analizó en el capítulo anterior, los actores comerciales celebran y ejecutan operaciones similares en el tiempo y, por tanto, tienen a reencontrarse regularmente. La falta de cumplimiento de los laudos arbitrales implica romper con una relación comercial muchas veces indispensable para que la industria funcione. Por otro lado, la existencia de sanciones informales como el ostracismo pueden generar efectos económicos más desfavorables que los que implica cumplir con los laudos arbitrales. En consecuencia, la revisión del laudo por la interposición del recurso de nulidad o la oposición de una de las partes en la fase de ejecución son alternativas que, en la práctica, son consideradas de *ultima ratio* por los participantes del comercio transfronterizo.

Así las cosas, podría sostenerse que la ejecución mayoritariamente voluntaria de los laudos arbitrales admite la existencia de la *lex mercatoria* como un sistema jurídico anacional. Si la presión social por ajustar el comportamiento a las prescripciones de la *lex mercatoria* se centraliza en los tribunales arbitrales y no en los tribunales estatales, el funcionamiento del comercio transfronterizo es –al menos en términos estadísticos– autosuficiente, autónomo, anacional, independiente, etcétera. Dicho de otro modo, la formación del sistema jurídico

³³¹ DASSER, Felix, *Internationale Schiedsgerichte und lex mercatoria: Rechtsvergleichender Beitrag zur Diskussion über ein nicht-staatliches Handelsrecht*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989, p. 352.

³³² BLAUROCK, Uwe, “Übernationales Rechts des internationalen Handels”, en *Zeitschrift für Europäisches Wirtschaftsrecht*, No. 1 (1993), p. 257.

³³³ STUMPF, Herbert; STEINBERGER, Christian, “Bedeutung von internationalen Schiedsgerichten und ihre Vereinbarung in verschiedenen Ländergruppen”, en *Recht der Internationalen Wirtschaft*, No. 36 (1990), p. 175.

³³⁴ Es implausible que estos estudios sean concluyentes: los datos recopilados se basan en comunicaciones verbales de la Corte de Arbitraje de la ICC en la década de los 90’, y la confidencialidad de los arbitrajes impiden precisión en la información estadística. VOLCKART, Oliver; MANGELS, Antje (n 85), p. 432.

³³⁵ *Ibid*, pp. 433-434.

anacional se explicaría por el poder de los tribunales arbitrales de *reconocer* la vulneración de las reglas de la *lex mercatoria* y *exigir* la corrección del comportamiento del infractor.

Es aquí que nos enfrentamos nuevamente a una disyuntiva en la relación entre la evidencia y un posible marco conceptual. Del hecho que la mayoría de los acuerdos comerciales que diariamente se ejecutan en el comercio global no requieren de la intervención del poder estatal no se colige inmediatamente la existencia de un sistema jurídico anacional. Un *sistema jurídico* no es sino una construcción conceptual que utilizamos para describir más precisamente el fenómeno deóntico; específicamente, para explicar el modo en que interactúan las reglas jurídicas. Cualquier intento de demostrar la existencia de un sistema jurídico no puede basarse exclusivamente en el principio de eficacia; esto es, en palabras de RAZ, “sobre el supuesto de que la existencia de los sistemas jurídicos depende únicamente de su eficacia, de la obediencia a sus disposiciones jurídicas”.³³⁶ En otras palabras, no basta para demostrar la existencia de un sistema “si un cierto porcentaje de casos de obediencia a sus disposiciones jurídicas en relación al número total de oportunidades de obedecerlas se produce”.³³⁷

Aun antes de intentar demostrar la existencia de la *lex mercatoria* como un sistema jurídico anacional, la inmensa mayoría de los mercantilistas obvian la pregunta por la descripción o definición de un sistema jurídico. La tarea sin dudas es extremadamente compleja y su tratamiento detenido excede los límites de este trabajo. Se propone en cambio introducir las nociones de sistema jurídico elaboradas por HART y RAZ, examinando críticamente la postura de los mercantilistas a la luz de ambas definiciones. Particularmente, se responderá si el funcionamiento del arbitraje comercial internacional es la clave para dotar a la *lex mercatoria* de la tríada de características más generales e importantes del derecho: a saber, su normatividad, su institucionalidad y coactividad.

³³⁶ RAZ, Joseph (n 328), p. 243.

³³⁷ Idem.

A. La *lex mercatoria* a la luz de la noción de sistema jurídico de HART

Hemos contestado positivamente a la pregunta por la existencia de reglas primarias de la *lex mercatoria*. Esto es, normas de conducta de carácter anacional, espontáneo, esencialmente privado. Hemos igualmente anticipado que, en los términos empleados por HART, la hipotética conjunción de las reglas primarias y secundarias de la *lex mercatoria* puede ser indicativo de un sistema jurídico anacional. Por cierto, HART considera que las reglas de una comunidad gobernada únicamente por reglas primarias no forman un sistema, sino que constituye simplemente “un conjunto de pautas o criterios de conducta separados, sin ninguna marca común identificatoria”.³³⁸ Cabe preguntarse entonces si, de acuerdo a la teoría hartiana de sistema jurídico, la *lex mercatoria* contiene reglas secundarias.

Debe advertirse que HART no se compromete con una definición estricta de sistema jurídico. El autor reconoce en su principal obra que “no pretenderemos, ciertamente, que siempre que se usa ‘con propiedad’ la palabra ‘derecho’ ha de hallarse esta combinación de reglas primarias y secundarias: porque resulta claro que los muy variados casos respecto de los cuales se usa la palabra ‘derecho’ no están unidos entre sí por tal uniformidad simple, sino por relaciones menos directas, a menudo por relaciones de analogía, de forma o de contenido, con un caso central. Lo que trataremos de mostrar (...) es que la mayor parte de las características del derecho (...) pueden ser clarificadas mejor si entendemos estos dos tipos de regla y la acción recíproca entre ellos”.³³⁹ La introducción de la noción de reglas secundarias es un camino posible para dar una respuesta a la pregunta sobre la existencia de un sistema jurídico, sin que el autor desconozca la posibilidad de plantear una alternativa teórica distinta.

Si las reglas primarias “imponen deberes” y “se refieren a acciones que implican movimiento o cambios físicos”, las reglas secundarias “confieren potestades, públicas o privadas” y “prevén actos que conducen no simplemente a movimiento o cambio físico, sino

³³⁸ HART, Herbert L. A. (n 265), pp. 114-115.

³³⁹ Ibid, pp. 101-102.

a la creación o modificación de deberes u obligaciones”.³⁴⁰ Dicho de otro modo, las reglas primarias son normas de comportamiento humano que prescriben el deber de realizar una conducta o de abstenerse de ella; las reglas secundarias, en cambio, son reglas que regulan la operación de las reglas primarias. Más concretamente, son reglas sobre reglas primarias.

La necesidad de reglas secundarias se explica por el carácter difuso, incierto y estático de un conjunto normativo constituido únicamente por reglas primarias. El conjunto tiene carácter difuso, toda vez que la presión social para hacer cumplir las normas de comportamiento no está centralizada en uno o más órganos o instituciones, sino que es ejercida por la comunidad toda. Esta circunstancia dificulta importantemente la eficacia de las reglas primarias, ya que conlleva la permanente discusión sobre si una norma de comportamiento admitida por el grupo social ha sido o no violada.³⁴¹ El conjunto tiene carácter incierto porque en caso de que exista dudas en relación al sentido y alcance de las normas de comportamiento, no existe ningún tipo de procedimiento que permita resolver la duda.³⁴² Finalmente, el conjunto tiene carácter estático, ya que, en caso de cambiar las circunstancias que rodean y afectan a una comunidad o sociedad en particular, no existe manera de adaptar deliberadamente las normas de comportamiento a dichas circunstancias, eliminando las antiguas o introduciendo nuevas.

A juicio de HART, el remedio para los tres defectos recién identificados consiste en complementar las reglas primarias con reglas secundarias. Para resolver el carácter difuso, la *regla de adjudicación* faculta a determinados individuos a “determinar, en forma revestida de autoridad, si en una ocasión particular se ha transgredido una regla primaria. (...) Además de identificar a los individuos que pueden juzgar, tales reglas definen también el procedimiento a seguir”.³⁴³ Para resolver el carácter incierto, la *regla de reconocimiento* permite especificar “alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una

³⁴⁰ Ibid, p. 101.

³⁴¹ Ibid, p. 116.

³⁴² Ibid, p. 115.

³⁴³ Ibid, p. 120.

indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo, que ha de ser sustentada por la presión social que éste ejerce”.³⁴⁴ Por último, para resolver el carácter estático, la *regla de cambio* faculta “a un individuo o cuerpo de personas a introducir nuevas reglas primarias para la conducción de la vida del grupo, o de alguna clase de hombres que formar parte de él, y a dejar sin efecto las reglas anteriores”.³⁴⁵

Dicho lo anterior, la pregunta pendiente es resolver si existen y son identificables en el funcionamiento del comercio transfronterizo reglas secundarias anacionales de adjudicación, reconocimiento y de cambio. De encontrarse tales reglas, la interacción entre las reglas anacionales primarias y secundarias pueden dar cabida a la consideración de la *lex mercatoria* como un sistema jurídico que funciona al margen de los Estados.

1. Sobre la pertenencia de la regla de adjudicación a la *lex mercatoria*: el arbitraje comercial internacional como mecanismo transnacional de solución de controversias

El principio básico que inspira al arbitraje comercial internacional es la autonomía de la voluntad: es la voluntad de las partes la que confiere competencia a los tribunales arbitrales para conocer y resolver una disputa. De considerarse la autonomía de la voluntad como una regla o principio que forma parte de la *lex mercatoria*, podría interpretarse que el arbitraje prescinde jurídicamente de las legislaciones. La regla secundaria de adjudicación sería, de este modo, parte de la *lex mercatoria*.

Sumado a lo anterior, ciertos mercantilistas han avanzado el argumento de que, desde una perspectiva funcional, el arbitraje cumple la función de regla de adjudicación de un sistema jurídico, confiriéndole carácter anacional y autónomo. TOTH observa lo siguiente:

³⁴⁴ Ibid, p. 117.

³⁴⁵ Ibid, p. 119.

“[L]as leyes nacionales generalmente dejan un amplio margen para que las partes determinen las reglas del proceso arbitral. La autonomía de las partes es de primordial importancia en el arbitraje y la regulación bajo la *lex loci arbitri* consiste principalmente en disposiciones supletorias que las partes pueden reemplazar contractualmente. En la medida en que la *lex loci arbitri* prevé la regulación por defecto, las partes son libres de determinar la sustancia del procedimiento. Como resultado, en el contexto de la *lex mercatoria*, es más apropiado hablar de términos secundarios de adjudicación, en lugar de reglas de adjudicación. Estos términos secundarios de adjudicación pueden incluir el acuerdo individual de las partes sobre el procedimiento arbitral, así como las reglas de las diversas instituciones de arbitraje. Las reglas procesales de la ICC, la LCIA o la SCC son ejemplos de términos secundarios de adjudicación relacionados con las reglas primarias de la *lex mercatoria*”.³⁴⁶

Me parece que la identificación de la regla secundaria de adjudicación con el arbitraje comercial internacional es una postura incorrecta. Aun existiendo diversos intentos de demostrar que, desde una perspectiva legal y práctica, los Estados intervienen mínimamente con la sustanciación de los arbitrajes comerciales internacionales, la realidad es que el arbitraje no funciona deslocalizado de todo ordenamiento jurídico y/o jurisdicción: nociones fundamentales como la *lex arbitri* y la sede del arbitraje enseñan que el arbitraje necesariamente se subordina al poder estatal.³⁴⁷ Desde una perspectiva comparada, no se conoce a la fecha un

³⁴⁶ TOTH, Orsolya (n 9), pp. 175-176: “[D]omestic laws typically leave ample scope for the parties to determine the rules of the arbitral process. Party autonomy is of primary importance in arbitration and the regulation under the *lex loci arbitri* mostly consists of default provisions from which the parties may contractually derogate. To the extent that the *lex loci arbitri* provides for default regulation, the parties are free to determine the substance of the proceedings. (...) As a result, in the context of the *lex mercatoria*, it is more appropriate to talk about secondary terms of adjudication, instead of rules of adjudication. These secondary terms of adjudication may include the parties’ individual agreement about the arbitral procedure as well as the rules of the various arbitration institutions. The procedural rules of the International Chamber of Commerce (ICC), the London Court of International Arbitration (LCIA), or the Stockholm Chamber of Commerce (SCC) are examples of secondary terms of adjudication relating to the primary rules of the *lex mercatoria*”.

³⁴⁷ Uno de los textos más acabados que analiza la relación del arbitraje comercial internacional con los sistemas jurídicos nacionales fue desarrollado por Emmanuel GAILLARD. Según el autor, es posible distinguir tres representaciones o posiciones filosóficas relativas al arbitraje comercial internacional: en primer lugar, la teoría de la monolocalización, de corte territorialista, descansa en la premisa de que la función del tribunal arbitral es equivalente al rol que el tribunal doméstico cumple en la sede del arbitraje; en segundo lugar, la teoría westfaliana considera que la legitimidad del procedimiento arbitral depende de la decisión del Estado en el que se intenta la ejecución del laudo arbitral, el que reconocerá validez al juicio y su resultado de cumplirse las condiciones y

ordenamiento jurídico nacional cuya legislación no conserve su competencia para regular, aun limitadamente, el procedimiento de arbitraje. Los Estados controlan hasta qué punto sus tribunales pueden asistir, supervisar e interferir en el proceso arbitral, y no viceversa. Dicho ello, los tribunales arbitrales son competentes para decidir disputas como consecuencia del *reconocimiento* del arbitraje comercial internacional como un mecanismo válido de solución de controversias por las leyes domésticas.

Por otro lado, que exista un número creciente de aspectos procesales que puedan ser acordados por las partes no implica una autorización a los usuarios del arbitraje para desconocer las ideas o principios procesales imperativos que los ordenamientos jurídicos nacionales prescriben. Precisamente, estos principios funcionan como límite a la autonomía de la voluntad de las partes. El respeto a las garantías de un debido proceso puede tener asidero convencional o formar parte de la costumbre transfronteriza en su dimensión procedimental, pero la sanción de su inobservancia mediante el uso de la fuerza radica en último término en organismos o instituciones estatales.

Adicionalmente, aducir que los reglamentos de arbitraje son ejemplos de reglas o términos secundarios de adjudicación es de cierto modo contradictorio con la naturaleza espontánea de la *lex mercatoria*. La revisión de la explicación del argumento de la codificación enseña que dicha afirmación tiende a confundir *derecho* con *evidencia de derecho*. Sumado a lo anterior, si las partes hacen aplicable un reglamento de arbitraje, el fundamento de su fuerza

respetarse los límites prescritos por su sistema jurídico; por último, la teoría transnacional corresponde a la percepción de que los tribunales arbitrales no administran justicia en nombre de ningún Estado en particular, pero de todos modos cumplen un rol jurisdiccional para el beneficio de la comunidad internacional. Atendida la tendencia ampliamente observada de propender al reconocimiento del arbitraje comercial internacional como el medio usual para la resolución de disputas transfronterizas, su legitimidad está basada en el consenso uniforme de los Estados y no, en cambio, en la decisión del Estado de ejecución del laudo arbitral. La adopción de una u otra teoría afecta directamente la interpretación de los distintos aspectos presentes en el arbitraje, por ejemplo, el alcance del poder de los árbitros para conocer y resolver la disputa, el o los efectos que producen los laudos arbitrales, el alcance de la libertad de los árbitros de elegir el derecho aplicable al fondo de la disputa o la suerte que corre el laudo arbitral en la fase de ejecución. Por cierto, GAILLARD propone que la adopción del enfoque transnacional conduce a la demostración de la existencia de un sistema jurídico independiente de los ordenamientos nacionales. No obstante, el autor reconoce que cualquiera sea la representación que se siga, el arbitraje comercial internacional está ineludiblemente sujeto a los sistemas jurídicos nacionales. Véase GAILLARD, Emmanuel, *Legal Theory of International Arbitration*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

obligatoria descansa en el ejercicio de su autonomía privada antes que en el seguimiento de la costumbre.

Existen mejores ejemplos para sostener la existencia de costumbres transfronterizas en materias procesales. Aun cuando las partes nada digan, es frecuente que en materia de evidencia documental se aplique en los arbitrajes comerciales internacionales las reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional del año 1999 y revisadas en los años 2010 y 2020 o el *Redfern Schedule*.³⁴⁸⁻³⁴⁹ En materia de conflictos de intereses, existe igualmente una tendencia generalizada y una creciente actitud crítica reflexiva de los operadores del arbitraje de aplicar las directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional del año 2004 y revisadas el año 2014. Las directrices de la IBA sobre Representación de Parte en el Arbitraje Internacional del año 2013, a diferencia de las reglas anteriores, han tenido menor aceptación en la práctica arbitral, lo que no impide que su seguimiento pueda crecer en el futuro cercano. La costumbre siempre es contingente.

Pero aun si las costumbres anteriormente señaladas definen aspectos del procedimiento a seguir en el arbitraje comercial internacional, no existe actualmente una práctica consuetudinaria consolidada respecto de las etapas, facultades e instituciones que reglan un juicio arbitral. Huelga insistir: de aceptarse la costumbre como una fuente normativa de una o más reglas de adjudicación, ella solo prescribe el seguimiento de algunas figuras procesales. A ello se debe que las partes deban acudir a reglamentos o, en su silencio, a la *lex arbitri* de la sede del arbitraje. Si la costumbre fuese autosuficiente, los participantes del arbitraje sabrían innatamente cómo comportarse en el procedimiento, lo que dista de la práctica arbitral contemporánea y, en todo caso, resulta contraintuitivo tomando en consideración la alta complejidad del diseño institucional del arbitraje comercial internacional.

³⁴⁸ Véase BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin (n 18).

³⁴⁹ Desde luego, nada obsta que la aplicación de estas reglas por el tribunal arbitral puede luego ratificarse por las partes durante el arbitraje.

A diferencia de los tribunales nacionales, los tribunales arbitrales no ejercen la jurisdicción como si se tratara de un poder-deber de carácter público. Su competencia proviene del acuerdo válido de las partes de someter una o más controversias a la decisión del tribunal arbitral, acuerdo que, de ser infringido, la parte interesada en su cumplimiento puede requerir al poder estatal para que confirme la competencia del tribunal arbitral. Aun de considerarse a la autonomía de la voluntad como un principio que forma parte de la *lex mercatoria*, es igualmente cierto que la libertad de las partes para arbitrar y optar por no participar en la justicia ordinaria está consagrada en las leyes domésticas de la sede del arbitraje. En dicho sentido, es la *lex arbitri* la que autoriza a las partes a acordar el arbitraje y la que confiere a los árbitros el poder de decidir la disputa de las partes con efecto obligatorio.

Para corroborar la hipótesis de la *lex mercatoria* como un sistema jurídico autónomo, las reglas secundarias de adjudicación deben ser reglas de la *lex mercatoria* en lugar de reglas de otro sistema. No obstante, las reglas secundarias de adjudicación que facultan a los árbitros para determinar una violación de una regla primaria de la *lex mercatoria* se originan en la *lex arbitri* y no en la *lex mercatoria*. La ley que rige el fondo de la disputa puede ser la *lex mercatoria*, pero la *lex arbitri* sigue siendo parte del ordenamiento jurídico nacional. En consecuencia, las reglas primarias anacionales solo pueden combinarse con reglas de adjudicación secundarias nacionales –y de modo excepcional, lo que es de por sí debatible, con reglas de adjudicación anacionales como las reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba–. Esta conjunción no se adecúa a la teoría de HART, quien sostiene que las reglas primarias y secundarias deben emanar de un mismo sistema jurídico para que el control primeramente social de la observancia de las reglas primarias se convierta propiamente en un control jurídico.

En definitiva, la comprobación de que las reglas secundarias de adjudicación del arbitraje comercial internacional no son puramente anacionales basta para sostener que la *lex*

mercatoria no configura un sistema jurídico anacional a la luz de la teoría de HART. El análisis de la regla secundaria de cambio se descartará por dicho motivo.³⁵⁰⁻³⁵¹

Antes que una institución anacional o deslocalizada de los ordenamientos jurídicos nacionales, me parece que el arbitraje comercial internacional puede caracterizarse como un mecanismo transnacional de solución de controversias, es decir, una institución que típicamente aplica reglas primarias de derecho comercial transnacional y que su funcionamiento está gobernado por reglas secundarias de derecho comercial y procedimental transnacional.

En lo relativo a las reglas primarias, el tribunal arbitral debe aplicar normas de conducta que pueden ciertamente consistir en costumbre transfronteriza, esto es, puramente *lex mercatoria*; mas no debe desatenderse que actualmente la *lex mercatoria* cumple un rol predominantemente interpretativo o de integración en la resolución de disputas comerciales transfronterizas. Resulta forzado afirmar que la *lex mercatoria*, en tanto compuesta únicamente de costumbre, pueda servir como derecho aplicable al fondo de un contrato internacional o relación jurídica transfronteriza. De existir un caso en que las partes han hecho expresa y exclusivamente aplicable la costumbre transfronteriza, su carácter diseminado y fragmentario hace sumamente complicada la tarea del tribunal arbitral de resolver la controversia. Basta que exista una laguna jurídica, esto es, la ausencia de una práctica comercial asentada en uno de los asuntos jurídicos controvertidos y centrales para la resolución de la disputa para que el tribunal deba, en este supuesto, integrar los vacíos de la *lex mercatoria* con soluciones encontradas en otras fuentes normativas.

³⁵⁰ A modo de excurso, solo diremos que HART considera la regla secundaria de cambio como una regla de carácter necesariamente legislativo: “[Las] reglas de cambio pueden ser muy simples o muy complejas; las potestades conferidas pueden ser ilimitadas o limitadas de diversas maneras; y las reglas, además de especificar las personas que han de legislar, pueden definir en forma más o menos rígida el procedimiento a ser seguido en la legislación”. HART, Herbert L. A. (n 265), p. 118. Como las reglas legislativas se oponen dicotómicamente a las reglas de la *lex mercatoria*, la inexistencia de una regla anacional de cambio es una razón adicional para sostener que la *lex mercatoria* no configura un sistema jurídico independiente bajo la teoría hartiana.

³⁵¹ Existe un interesante intento analítico de reinterpretar las tres reglas secundarias de HART desde una perspectiva funcional, lo que hipotéticamente permitiría la consideración de la *lex mercatoria* como un sistema jurídico anacional. Véase TOTH, Orsolya (n 9), pp. 161-194.

En la mayoría de los casos los tribunales arbitrales aplican el derecho comercial estatal elegido por las partes, los que progresivamente han adoptado reglas relativas a la regulación del comercio global y el arbitraje comercial internacional.³⁵² La CISG y la NYC son tratados internacionales incorporados a los sistemas jurídicos nacionales que demuestran la positivización de prácticas comerciales que facilitan los intercambios en el marco global, siendo dos de las principales fuentes de derecho comercial transnacional. Por otro lado, las partes suelen complementar su acuerdo mediante la aplicación de términos contractuales estandarizados como los INCOTERMS o los UCP 600, o pueden hacer referencia a los Principios UNIDROIT, los PECL o los PLDC como instrumentos que sirvan para interpretar las soluciones normativas del derecho nacional elegido. A pesar de que todavía no sea la opción preferida para los participantes del comercio transfronterizo, es posible que a futuro la aplicación de dispositivos de *soft law* sean cada vez más usuales para que regulen su relación jurídica, eligiéndolos como *lex contractus*. No obstante, la regla general en la práctica arbitral contemporánea es la aplicación del derecho de un Estado determinado, el que está en la inmensa mayoría de los casos complementado por instrumentos de derecho comercial transnacional.

En lo relativo a las reglas secundarias, se puede notar que el marco normativo de la actividad competencial de los tribunales arbitrales desde el inicio del juicio arbitral hasta la dictación del laudo definitivo es una combinación de soluciones nacionales, transnacionales y, debatiblemente, consuetudinarias.

³⁵² Recordando la discusión del argumento histórico, particularmente la visión de SCHMITTHOFF, pareciera que resulta más preciso y preferible explicar la interacción entre los ordenamientos jurídicos nacionales y los procesos de formación espontánea de derecho como un constante proceso dialéctico antes que una sucesión histórica de distintas etapas. La evidencia demuestra que la legislación siempre ha tendido a nacionalizar la costumbre, pero sin que su codificación signifique detener el proceso de formación de nuevas soluciones normativas a problemas inéditos. En el contexto de la *reaparición* de la *lex mercatoria* en los siglos XX y XXI, se puede notar que los ordenamientos jurídicos nacionales ya cuentan con un piso mínimo normativo que regula la actividad comercial transfronteriza.

Un cuerpo normativo especialmente útil para caracterizar al arbitraje comercial internacional como un mecanismo de naturaleza transnacional es la NYC. Esta convención muchas veces es mencionada por los mercantilistas como parte esencial de la *lex mercatoria*, en tanto el arbitraje es por excelencia el mecanismo empleado para resolver controversias comerciales con elementos transfronterizos. Hemos despejado que la NYC, al ser un tratado internacional, no puede considerarse como parte de la *lex mercatoria*. No obstante, su carácter virtualmente universal es probablemente la razón principal del éxito del arbitraje comercial internacional y un importante factor en el funcionamiento del comercio transfronterizo. La operación de la NYC, en otras palabras, ha creado el foro propicio para la formación de nuevas prácticas, costumbres y reglas comerciales.

El análisis de la naturaleza de los reglamentos de arbitraje requiere mayor profundidad. La modalidad que con mayor frecuencia es utilizada en el arbitraje comercial internacional es el arbitraje institucional –en contraposición al arbitraje *ad hoc*–, lo que implica por defecto la aplicación del reglamento de arbitraje de la institución elegida. Hemos dicho que el fundamento de la fuerza normativa del reglamento aplicable a un procedimiento reside en la autonomía privada ejercida por las partes y no en la *lex mercatoria*. Aun cuando se considere que la autonomía privada forma parte de la *lex mercatoria*, el efecto de la selección de un reglamento de arbitraje es la aplicación de textos normativos que reconocen la asistencia, supervisión e intervención, aunque excepcional, de los tribunales nacionales ubicados en la sede del arbitraje.³⁵³ Por tanto, los reglamentos no pueden caracterizarse como un compendio

³⁵³ Por ejemplo, el Reglamento de la ICC utiliza la expresión “tribunal judicial” en los artículos 28 N° 2, 29 N° 7 y 36 N° 5; el Reglamento de la LCIA incorpora la expresión “tribunal estatal” y “juzgado estatal” en los artículos 9 N° 13, 22 N° 2, 23 N° 5, 24 N° 11, 25 N° 3 y 4, 26 N° 4 y 8, 28 N° 3, 29 N° 2 y 30 N° 1; el Reglamento del SIAC usa la expresión “autoridad judicial” (*judicial authority*) y “tribunal estatal” (*State court*) en los artículos 30 N° 3, 32 N° 11 y 40 N° 2; el Reglamento de la SAC consigna la expresión “autoridad judicial” (*judicial authority*) en los artículos 1 N° 4, 29 N° 5, 39 N° 3 y 44 N° 1; el Reglamento de la HKIAC emplea la expresión “autoridad competente” (*competent authority*) y/o “organismo estatal, organismo regulatorio, corte o tribunal” (*government body, regulatory body, court or tribunal*) en los artículos 23 N° 9, 28 N° 7 y 45 N° 3, letras a) y b); el Reglamento del SCC aplica la expresión “autoridad judicial” (*judicial authority*) en el artículo 37 N° 5; y el Reglamento de Arbitraje Internacional de la CAM se sirve de la expresión “autoridad judicial” en las definiciones del Reglamento y en los artículos 17 N° 3 y 33 N° 8. Todas las disposiciones citadas anteriormente son ejemplos meramente referenciales en los que se admite de modo explícito la asistencia o interferencia de autoridades estatales respecto del arbitraje comercial internacional. En consecuencia, es posible encontrar preceptos adicionales en los que se reconoce implícitamente la competencia de los tribunales o autoridades estatales.

de reglas de adjudicación anacionales, sino como textos que forman parte del derecho comercial transnacional al ser instrumentos creados por organizaciones internacionales con el propósito de facilitar la resolución de controversias con elementos transfronterizos. En dicho sentido, el arbitraje comercial internacional está gobernado por normas nacionales que típicamente establecen límites a las facultades de los participantes del arbitraje y respecto de las distintas etapas del procedimiento, pero que paralelamente otorgan a las partes y a los tribunales arbitrales amplia libertad para regular el arbitraje. Esta conclusión se encuentra reiteradamente consagrada en las leyes de arbitraje comercial internacional y reglamentos arbitrales.

Que los reglamentos sean instrumentos que puedan clasificarse más adecuadamente como pertenecientes al derecho comercial transnacional no obsta que ciertas reglas de un reglamento puedan ser la traducción normativa de la experiencia arbitral acumulada y que posteriormente se incorporan al texto institucional. A modo de aclaración, si bien no puede decirse que los reglamentos de arbitraje tienen carácter espontáneo porque la codificación de las reglas procesales es un hecho que se opondría a la esencia de la *lex mercatoria*, ello no implica que algunas de estas reglas puedan haber surgido espontáneamente, posteriormente difundidas de modo generalizado en la *comunidad arbitral*, para finalmente ser recogidas en los reglamentos por las instituciones arbitrales al haberse probado y comprobado sus resultados eficientes.³⁵⁴ La posible identificación de dichas reglas procedimentales es una tarea que merece ser estudiada con detalle pero que no puede ser tratada aquí.

Puede identificarse a su vez reglas de adjudicación que, discutiblemente, tienen carácter anacional. Este sería el caso, como se ha dicho anteriormente, de la aplicación del *Redfern Schedule* o de las reglas y directrices de la IBA en diferentes aspectos del procedimiento, paradigmáticamente, en materia de práctica de prueba.³⁵⁵ Como el diseño institucional del

³⁵⁴ BORN, Gary (n 17), pp. 2309-2318.

³⁵⁵ En armonía con la amplia libertad de dirección del tribunal arbitral respecto del procedimiento, los tribunales arbitrales han repetidamente declarado que no se encuentran vinculados a las normas estatales relativas a formalidades o reglas sobre la prueba. Véase, por ejemplo, Laudo Arbitral, 31 de marzo de 1926, “Parker v. United Mexican States”, U.S. & Mexico General Claims Commission, IV R.I.A.A. (1952), pp. 35-39:

arbitraje comercial internacional otorga una importantísima flexibilidad a los tribunales arbitrales en la conducción del procedimiento, me parece que dicho mecanismo no solo facilita el funcionamiento y expansión del comercio global, sino que permite simultáneamente la innovación normativa en materia procesal. Como se ha indicado anteriormente, gran parte de los textos normativos sobre arbitraje comercial internacional permiten al tribunal arbitral aplicar las reglas de procedimiento que considere más adecuadas sin referencia alguna a un derecho procesal nacional particular. Algunos autores han interpretado que a partir de este poder podrían configurarse normas procesales consuetudinarias y transfronterizas, esto es, *lex mercatoria arbitri*.³⁵⁶ En gran cantidad de los arbitrajes comerciales internacionales que actualmente se tramitan puede observarse una tendencia general a seguir un procedimiento que combina simultáneamente características e instituciones de la tradición del *common law* y del derecho continental. Este fenómeno puede ser indicativo de la posible evolución del juicio arbitral a un procedimiento gobernado por reglas inéditas.

En suma, las reglas de adjudicación que gobiernan al arbitraje comercial internacional forman un entreverado complejo de órdenes emanadas de la voluntad de las partes, de prácticas idiosincráticas de los tribunales arbitrales, de normas legislativas imperativas –y dispositivas que aplican para regular el juicio arbitral en caso de silencio de las partes–, de reglas institucionales recogidas por instituciones arbitrales, de disposiciones de derecho internacional público, entre otros preceptos. Considero que el carácter heterogéneo de las reglas de adjudicación en el arbitraje comercial internacional permite catalogarlas como pertenecientes al derecho comercial transnacional en su faz procesal, esto es, reglas que nacen como respuesta al proceso de uniformación del derecho privado y comercial infundido por la globalización económica y que se caracterizan por ser propicias y eficientes para la resolución de controversias con rasgos transfronterizos.

“[H]owever appropriate may be the technical rules of evidence obtaining in the jurisdiction of either the United States or Mexico as applied to the conduct of trials in their municipal courts, they have no place in regulating the admissibility of and in the weighing of evidence before this international tribunal”.

³⁵⁶ GOLDMAN, Berthold (n 132), p. 124.

2. Sobre la pertenencia de la regla de reconocimiento a la *lex mercatoria*: la fuente de la fuerza normativa de la costumbre anacional

A pesar de que la naturaleza híbrida de las reglas secundarias de adjudicación impide la configuración de un sistema jurídico anacional, la realidad de los negocios transnacionales enseña que los tribunales arbitrales efectivamente aplican reglas anacionales de la *lex mercatoria*, confiriéndoles fuerza obligatoria aun cuando su formación no haya sido el resultado del cumplimiento de distintas etapas de un procedimiento reglado.

Si el tribunal arbitral determina que la costumbre transfronteriza ha sido violada, dicho órgano impondrá una sanción al incumplimiento de la regla. Esto es significativo, porque la sanción impuesta demuestra que el tribunal arbitral es la institución que centraliza el control por la corrección del comportamiento de la parte vencida en el arbitraje. La desviación del cumplimiento de las reglas primarias de la *lex mercatoria* ya no solo acarrea la actitud crítica reflexiva de los miembros de la comunidad comercial transfronteriza respecto del infractor, sino que su inobservancia conlleva sanciones, por ejemplo, a título de indemnizar los perjuicios resultantes de su conducta o ser condenado al cumplimiento de una prestación determinada.

Sostengo que el arbitraje comercial internacional es el medio institucional a través del cual las reglas primarias de la *lex mercatoria* transitan del mundo pre-jurídico al propiamente jurídico. Esto se debe a que su dependencia a los ordenamientos jurídicos nacionales no obsta a su competencia para resolver disputas. La declaración o *reconocimiento* que el tribunal arbitral realiza de la existencia de una regla primaria en el laudo final es el origen de la fuerza obligatoria de la *lex mercatoria*, ya que desde que la decisión es emitida, la parte vencedora puede perseguir su cumplimiento por medios coactivos. Que el poder de imperio esté radicado en los tribunales estatales y no en el arbitraje comercial internacional no implica que el laudo del tribunal arbitral no sea vinculante. Adicionalmente, que las leyes y tratados sobre arbitraje comercial internacional reconozcan instancias procesales para oponerse a la ejecución del laudo tampoco impide sustraer de fuerza normativa a la regla primaria reconocida en la decisión, del mismo

modo que las legislaciones en materia procesal reconocen ciertos derechos a los demandados para oponerse a la ejecución de sentencias o decisiones emanadas de organismos estatales, por ejemplo, la oposición de excepciones en procedimientos de naturaleza ejecutiva.

En dicho sentido, definiendo que los tribunales arbitrales son los destinatarios de una regla de reconocimiento que los faculta para identificar las reglas primarias de la *lex mercatoria*. La aplicación de esta regla de reconocimiento dota de fuerza obligatoria a la costumbre transfronteriza, aun cuando su cumplimiento forzado esté reservado a la soberanía estatal.

Según HART, la regla de reconocimiento es la regla “para la identificación concluyente de reglas primarias de obligación”, es una regla jurídica y pertenece al sistema jurídico, pero que se diferencia de las otras reglas del sistema en tanto su existencia no se encuentra determinada por criterios establecidos en otras disposiciones jurídicas (enunciado interno), sino por el hecho de que es efectivamente aplicada (enunciado externo).³⁵⁷ HART afirma que la regla de reconocimiento es “una práctica compleja de los tribunales, funcionarios y particulares en la identificación de derechos con referencia a ciertos criterios, [por lo que] su existencia es una cuestión de hecho”.³⁵⁸

Si el arbitraje comercial internacional es el medio que confiere fuerza obligatoria a las reglas primarias de la *lex mercatoria*, la regla de reconocimiento es la noción que permite comprender la transición de la costumbre transfronteriza del mundo pre-jurídico al jurídico. HART asevera que “en la operación simple de identificar una regla dada como poseedora de la característica exigida de pertenecer a una lista de reglas a la que se atribuye autoridad, tenemos el germen de la idea de validez jurídica”.³⁵⁹

La regla de reconocimiento tiene por objetivo *reconocer* reglas preexistentes. En la discusión de la *lex mercatoria*, dicha regla debería permitir la identificación del conjunto de reglas

³⁵⁷ HART, Herbert L. A. (n 265), pp. 118 y 137.

³⁵⁸ Ibid, p. 137.

³⁵⁹ Ibid, p. 118.

primarias seguidas por una comunidad comercial transfronteriza. Hemos sostenido que el seguimiento de la teoría pura de la *lex mercatoria* permite la diferenciación adecuada del origen de la fuerza normativa de distintas manifestaciones del derecho comercial transnacional, siendo únicamente la costumbre transfronteriza la que tiene carácter anacional y estrictamente espontáneo. Se ha indicado también que las reglas consuetudinarias han instigado la paradoja circular, en tanto la *opinio iuris* ha sido entendida tradicionalmente como la consciencia de cumplir con un deber jurídico consistente en la observancia de un uso implantado en una colectividad. La función de la regla de reconocimiento, en este contexto, es hacer posible las dimensiones constitutiva y declarativa de la conducta y la *opinio iuris* que conforman a una costumbre. Con la aplicación de la regla de reconocimiento se resuelve la paradoja circular.

Si la costumbre se forma en la etapa pre-jurídica mediante la convergencia de la conducta y *opinio iuris* constitutiva, la declaración del tribunal arbitral de que existe una práctica comercial que opera como regla primaria en una comunidad comercial transfronteriza es la fuente que permite su consideración como una regla jurídica. El laudo arbitral contiene la conducta y la *opinio iuris* declarativa, de manera que los miembros de la comunidad pueden invocar la decisión como justificativa del deber de seguimiento de la práctica comercial.

La regla de reconocimiento puede parecer igualmente paradójica: ¿de dónde proviene su validez, si no existe otra regla que le otorgue carácter jurídico? Si no existe otra regla que la valide, existe inevitablemente una cuota de incertidumbre respecto de la operación de la regla de reconocimiento, ya que pueden originarse dudas respecto del preciso ámbito y alcance de los criterios que el tribunal utiliza para reconocer las reglas primarias.

Es que el problema de validez no puede plantearse respecto de la propia regla de reconocimiento, al ser ella la que proporciona los criterios de validez de las demás reglas: “[E]lla no puede ser válida ni inválida, simplemente se la acepta como adecuada para ser usada de esta manera”.³⁶⁰ La regla de reconocimiento es, recordemos, una práctica compleja de los

³⁶⁰ HART, Herbert L. A. (n 265), p. 135.

tribunales, funcionarios y particulares en la identificación de reglas primarias. Se trata de una práctica aceptada de modo generalizado porque es condición indispensable para el funcionamiento del derecho. Si la práctica institucional es aceptada en los hechos, entonces se comprueba la existencia de la regla de reconocimiento. En palabras de HART: “La posibilidad de que haya tribunales que en cualquier momento dado tengan autoridad para decidir estas cuestiones límites referentes a los últimos criterios de validez, depende meramente del hecho de que, en ese momento, la aplicación de dichos criterios a una vasta área del derecho, que incluye las reglas que confieren aquella autoridad, no origine dudas, aunque sí la originen su preciso ámbito y alcance”.³⁶¹

En suma, la comprobación fáctica de que los tribunales arbitrales reconocen la existencia de prácticas comerciales en una comunidad comercial transfronteriza, declarando que ellas vinculan jurídicamente a quienes participan en dicha comunidad, es una constatación suficiente para concluir que existe una regla de reconocimiento en relación a la *lex mercatoria*. La experiencia arbitral enseña que, ciertamente, la aplicación de la *lex mercatoria* tiene cada vez mayor cabida en la resolución de conflictos.

B. La *lex mercatoria* a la luz de la noción de sistema jurídico de RAZ

RAZ, al igual que HART, no formula una definición rígida de sistema jurídico. Su teoría descansa en la idea de que todo sistema jurídico tiene que ser compatible con una explicación de las tres características más generales e importantes del derecho; esto es, su normatividad, institucionalidad y coactividad. En sus palabras, “[e]l derecho es normativo en tanto sirve, y está hecho para que sirva, como guía de la conducta humana; es institucionalizado en tanto que su aplicación y modificación son, en gran medida, realizadas o reguladas por instituciones; es coactivo en tanto que la obediencia a él y su aplicación se encuentran internamente garantizadas, en última instancia, por el uso de la fuerza”.³⁶² De esta descripción se siguen

³⁶¹ Ibid, p. 189.

³⁶² RAZ, Joseph (n 328), pp. 19-20.

varias afirmaciones de su proposición dogmática. Por ejemplo, que un sistema jurídico puede ser concebido “como un sistema de razones para la acción”,³⁶³ y que los sistemas jurídicos “deben ser considerados como intrincadas urdimbres de disposiciones jurídicas interconectadas”.³⁶⁴

Por cierto, RAZ rescata la idea hartiana de la regla de reconocimiento para describir el carácter institucional del derecho y, por consiguiente, de un sistema jurídico: lo que él denomina *criterio de membresía* es la clave para entender de qué modo un sistema jurídico opera a través de instituciones. El criterio se basa en dos conceptos elementales: a saber, la noción de *órganos jurídicos aplicadores primarios* y de *reconocimiento de una disposición jurídica*.

RAZ entiende por órgano jurídico aplicador primario o, simplemente, órgano primario,³⁶⁵ como “un órgano que está autorizado para decidir si el uso de la fuerza en ciertas circunstancias está prohibido o permitido por el derecho”.³⁶⁶ Esta noción es verdaderamente esencial para su teoría de sistema jurídico, en tanto permite conectar las tres características definitorias del derecho. Los órganos primarios son las instituciones a las que una sociedad o comunidad encarga la decisión sobre si una o un conjunto de normas han sido violadas. Una vez que se afirma fácticamente la existencia de un órgano primario, se puede distinguir entre las normas reconocidas por el órgano de aquellas normas que no son reconocidas. Aquellas normas que son reconocidas y respecto de las cuales el órgano determina que han sido inobservadas, el órgano primario tiene el deber de emplear el uso de la fuerza para la corrección del comportamiento del infractor.³⁶⁷

³⁶³ Ibid, p. 254.

³⁶⁴ Ibid, p. 220.

³⁶⁵ RAZ utiliza la noción de órgano primario, y no de tribunales, para desperfilarse de una importante cantidad de autores que consideran que la aplicación del derecho radica fundamentalmente en el ejercicio de la jurisdicción. RAZ propone que es perfectamente posible que un sistema jurídico contenga más de una regla de reconocimiento (de acuerdo a la nomenclatura de HART), en la medida que cada una se dirija a diferentes tipos de funcionarios. Ibid, p. 239.

³⁶⁶ Ibid, p. 231.

³⁶⁷ Ibid, pp. 231-232.

Para RAZ, al igual que HART, la regla de reconocimiento es una regla que permite definir si una o más reglas primarias son reglas jurídicas y si pertenecen al sistema jurídico. Es, en otras palabras, una regla que permite resolver el problema de la validez de otras reglas dentro de un sistema. La existencia de la regla de reconocimiento es “una cuestión de hecho”,³⁶⁸ esto es, su existencia depende del hecho de que es efectivamente aplicada. RAZ interpreta que la regla de reconocimiento hartiana es siempre una regla consuetudinaria y no una regla legislada.³⁶⁹ La diferencia fundamental en la noción de reconocimiento entre HART y RAZ es que, en caso de surgir la cuestión de saber si alguna pretendida regla pertenece a un cierto sistema jurídico o que es jurídicamente válida, HART diría que el criterio de validez debe ser proporcionado por otra regla,³⁷⁰ mientras que RAZ afirmaría que debe hacerse referencia a un criterio teórico jurídico y no otra regla.³⁷¹ El criterio teórico jurídico atiende, en última instancia, a la necesidad de referirse a un enunciado general que no describe una disposición jurídica sino una verdad general sobre el derecho según la perspectiva de la persona ordinaria.³⁷²

En definitiva, el reconocimiento que un órgano primario realiza de una norma de conducta a través de un análisis teórico jurídico de su validez es, a juicio de RAZ, la base de un sistema jurídico, en la medida que dicho órgano primario esté autorizado para sancionar coactivamente el incumplimiento de la norma reconocida.

Si la existencia y funcionamiento de un sistema jurídico dependiera únicamente del carácter institucional del derecho y del órgano primario que aplica normas de conducta, la conjunción entre la *lex mercatoria* con el arbitraje comercial internacional podría ser considerada

³⁶⁸ HART, Herbert L. A. (n 265), p. 137.

³⁶⁹ RAZ, Joseph (n 328), pp. 231-232.

³⁷⁰ HART, Herbert L. A. (n 265), p. 133.

³⁷¹ RAZ, Joseph (n 328), p. 238.

³⁷² Qué significa que la regla de reconocimiento se remita a un criterio teórico jurídico, una verdad general del derecho, o que ocupe el punto de vista del hombre ordinario –y no del punto de vista del juez que enfrenta la cuestión sobre qué disposición jurídica debe ser reconocida–, es una afirmación que el autor no clarifica. Este hecho no es fortuito. RAZ reconoce que el criterio de validez de la o las reglas de reconocimiento dejan un límite muy abierto: “Es posible decir que no hay nada malo en esto y que la noción de ‘sistema jurídico’ es, justamente, vaga e imprecisa a lo largo de este límite”. Ibid, p. 254.

como un sistema jurídico. En dicho sentido, SALMOND defiende que “todo derecho, como quiera que sea creado, es reconocido y administrado por tribunales y ninguna regla es reconocida por los tribunales que no sea una regla del derecho. Por tanto, es a los tribunales, no a la legislatura, a quien hay que recurrir para determinar la verdadera naturaleza del derecho. El derecho consiste en las reglas reconocidas y aplicadas por los tribunales de justicia”.³⁷³

No obstante, como anticipa RAZ, la noción de sistema jurídico de SALMOND se despreocupa de la naturaleza coactiva del derecho y del sistema jurídico, justificando la definición exclusivamente en el hecho de que los sistemas jurídicos son institucionalizados.³⁷⁴ Un conjunto normativo –entendido como grupo de normas o reglas primarias– no siempre es un sistema jurídico si el órgano que aplica dicho conjunto normativo no tiene el poder exigir su cumplimiento.

Es interesante que RAZ apunte que la investigación sobre los órganos primarios puede ser de utilidad para entender los sistemas normativos que se encuentren en los límites entre un estado pre-jurídico y uno jurídico. Me parece que un posible acercamiento a dichos límites puede intentarse al describir de qué manera las decisiones emitidas por los órganos primarios adquieren fuerza coactiva. Sin que el autor se haya referido expresamente a la discusión sobre la consideración de la *lex mercatoria* como sistema jurídico en los términos descritos en esta memoria, un nuevo estudio sobre un hipotético sistema jurídico anacional debería centrarse en las propiedades que lo hacen particular más que en responder binariamente la pregunta por su existencia: “Entender los diferentes tipos de estos sistemas normativos transitorios es más importante que decidir si cada uno de ellos es un sistema jurídico o no; cuestión que en muchos casos es completamente inútil”.³⁷⁵

³⁷³ SALMOND, Guthrie William, *Salmond on Jurisprudence*, Glanville Williams (ed), Londres, Sweet and Maxwell, 1957, p. 41.

³⁷⁴ RAZ, Joseph (n 328), p. 229.

³⁷⁵ *Ibid*, p. 232.

En relación a la discusión sobre la existencia de un supuesto sistema jurídico anacional, la realidad geopolítica actual nos enseña que los tribunales arbitrales no tienen poder de imperio y, por tanto, no pueden hacer uso de la fuerza para el cumplimiento de sus resoluciones. Desde una perspectiva analítica, basta un solo caso en el que el cumplimiento de la costumbre transfronteriza dependa del ejercicio coactivo de la fuerza por los tribunales estatales para negar la naturaleza autónoma de la *lex mercatoria*; o bien, basta un solo caso en que los tribunales estatales rechacen la aplicación de la costumbre transfronteriza para la resolución de un asunto para desvelar que la *lex mercatoria* no es autosuficiente. Se ha dicho que el diseño institucional generalmente adoptado en distintas jurisdicciones del mundo reconoce al arbitraje comercial internacional como un mecanismo válido de solución de controversias, sin perjuicio de que la ejecución de las decisiones jurisdiccionales son una atribución privativa de los Estados y, por tanto, son exclusivamente los tribunales estatales quienes pueden exigir a la parte condenada que cumpla con un laudo arbitral decidido de acuerdo a las reglas de la *lex mercatoria*, como también impedir su ejecución por tratarse de materias de arbitralidad prohibida o contrarias al orden público (artículo V(2) NYC y 36(1)(b) de la Ley Modelo UNCITRAL).

Ahora bien, que los tribunales arbitrales no puedan por sí mismos exigir coactivamente el cumplimiento de las resoluciones que dicta no significa que por este hecho precluya su deber de tomar todas las medidas para que así sea. Me parece que los conceptos elementales propuestos por RAZ permiten explicar por qué la *lex mercatoria* constituye derecho anacional, pero no un sistema jurídico anacional: desde que se incumple una costumbre asentada en una comunidad comercial transfronteriza, el tribunal arbitral *debe fallar* en el sentido de emplear el uso de la fuerza para la corrección del comportamiento del infractor. El eventual uso de la fuerza empleado por un tribunal estatal para asegurar el cumplimiento de un laudo arbitral es una cuestión independiente al reconocimiento que ya ha operado a través del tribunal arbitral de la costumbre anacional.

La pregunta por la existencia de un sistema jurídico no es un problema netamente jurídico. Citando el *postscriptum* de RAZ, “los sistemas jurídicos no son organizaciones sociales ‘autárquicas’; son un aspecto o una dimensión de algún sistema político”.³⁷⁶ El derecho es una disciplina que se estudia con su propia lógica y lenguaje, pero el fenómeno deóntico es igualmente analizado en la sociología teórica, la economía y la moral. El derecho se encuentra inevitablemente intrincado, tanto en su existencia como en su identidad, “con la existencia o identidad del sistema político del cual es parte”.³⁷⁷

En la medida que el arbitraje comercial internacional mantenga algún grado de vinculación con la sede, por mínimo que sea, la existencia de un sistema jurídico anacional se torna imposible. A la luz de la estructura político-jurídica del mundo, y como consecuencia lógica de la aplicación territorial de las leyes, me parece que haber emprendido una perspectiva analítica de la *lex mercatoria* y del arbitraje comercial internacional nos permite concluir que la anacionalidad queda reservada para la costumbre transfronteriza.

³⁷⁶ Idem.

³⁷⁷ Idem.

CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo se ha sostenido que, para sortear las complicaciones que ha tenido la aplicación práctica de la *lex mercatoria*, es imprescindible que se intente desvelar su naturaleza jurídica. Se ha defendido igualmente que el examen sobre la existencia de derecho anacional solo es posible en la medida que se siga la teoría pura de la *lex mercatoria*.

La empresa analítica emprendida permite concluir que la *lex mercatoria* consiste en reglas de conducta espontáneamente desarrolladas por la comunidad comercial transfronteriza cuya obligatoriedad puede explicarse al margen del poder estatal. Solamente las normas prescritas por la costumbre pueden revestir carácter anacional y, por tanto, la *lex mercatoria* está formada exclusivamente por usos comerciales formados en el contexto del comercio global. Mediante el soporte institucional del arbitraje comercial internacional estas reglas devienen en coactivas, teniendo consiguientemente la *lex mercatoria* un papel fundamental en la ordenación de los procesos privados transfronterizos. No obstante, a pesar de atenuación de la intervención del Estado respecto de la iniciativa privada, ello no implica que el Estado no pueda derrotar aquellas reglas espontáneamente generadas cuyo reconocimiento judicial implicaría atribuir una carga excesiva e injusta a una de las partes.

Me parece que el aporte esencial del presente trabajo puede resumirse en los siguientes tres argumentos.

En primer lugar, la equiparación que una gran cantidad de mercantilistas ha hecho de la *evidencia de la lex mercatoria* con la *lex mercatoria* es un error conceptual que impide que ella adquiera carácter espontáneo y anacional. La diferencia entre *derecho comercial transnacional* y *lex mercatoria* presenta ventajas al esclarecer que esta última es y está compuesta exclusivamente por costumbres transfronterizas.

En segundo lugar, la razón de ser de la costumbre descansa en la paradoja consistente en que existen aspectos de la realidad social y normativa que no son de antemano descifrables. Si ha de aceptarse la costumbre como una fuente de derecho, debemos reconocer que las reglas de conducta que seguimos pueden ser el resultado de un proceso de formación deliberado o de uno modelado espontáneamente por el medio social.

En tercer lugar, en la medida que el diseño institucional de la ejecución de laudos arbitrales o sentencias de cualquiera clase descansa en último término en el ejercicio del poder coactivo estatal, no es teóricamente posible sostener que la *lex mercatoria* configura un sistema jurídico separado de los ordenamientos nacionales. El derecho es una disciplina que, cuando se lleva a los límites de sus posibilidades, se encuentra con la filosofía política. El ejercicio legítimo de la violencia es una posibilidad que, en la estructura político-jurídica del mundo actual, se reserva exclusivamente a los Estados. Sin entrar en detalles, a modo de advertencia final, cabe preguntarse si se justifica la propuesta consistente en concebir al arbitraje comercial internacional como un mecanismo de solución de controversias deslocalizado de todo Estado, capaz de ejecutar sus propias resoluciones con poder de imperio.

La discusión sobre la existencia, naturaleza jurídica y fuerza normativa de la *lex mercatoria* implica contestar preguntas profundas del razonamiento jurídico. La motivación de esta tesis será satisfecha en la medida que haya invitado a la reflexión sobre el funcionamiento del derecho en nuestros tiempos: una sociedad abierta, globalizada, diversa, compleja y dinámica.

BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel; VODANOVIC HAKLICKA, Antonio, *Tratado de Derecho Civil, Partes Preliminar y General*, 8ª edición, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2015 [1939–1942].

BARROS BOURIE, Enrique, “Lo público y lo privado en el derecho”, en *Estudios Públicos*, No. 81 (2001).

BART, Jean, “La lex mercatoria au moyen-age: mythe ou réalité?”, en *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle: Mélanges en l’honneur de Philippe Kahn*, Vol. 18 (2000).

BASEDOW, Jürgen, “Lex Mercatoria and the Private International Law of Contracts in Economic Perspective”, en *Uniform Law Review*, Vol. 12, No. 4 (2007).

BASEDOW, Jürgen, “The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation in the Conflict”, en *Recueil des cours de l’Académie de droit international de la Haye*, Vol. 360, La Haya, 2013.

BASEDOW, Jürgen, “The State’s Private Law and the Economy – Commercial Law as an Amalgam of Public and Private Rule-Making”, en *American Journal of Comparative Law*, Vol. 56, No. 3 (2008).

BENSON, Bruce, “Customary Law as a Social Contract: International Commercial Law”, en *Constitutional Political Economy*, Vol. 3, No. 1 (1992).

BENSON, Bruce, “The Spontaneous Evolution of Commercial Law”, en *Southern Economic Journal*, Vol. 55, No. 3 (1989).

BERGER, Klaus-Peter, “The New Law Merchant and the Global Market Place – A 21st Century View of Transnational Commercial Law”, en BERGER, K. (ed), *The Practice of Transnational Law*, La Haya, Kluwer Law International, 2001, disponible en: https://www.trans-lex.org/2/_/a-21st-century-view-of-transnational-commercial-law/#head_4

BERGER, Klaus-Peter, “The Relationship between the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the New Lex Mercatoria”, en *Uniform Law Review*, Vol. 5, No. 1 (2000).

BERGER, Klaus-Peter, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, 2ª edición, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010 [1996].

BERGER, Klaus-Peter, *The Lex Mercatoria (Old and New) and the TransLex-Principles*, disponible en: <https://www.trans-lex.org/the-lex-mercatoria-and-the-translex-principles> ID8.

BERMAN, Harold, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Harvard University Press, 1983.

BERMAN, Harold; KAUFMAN, Colin, “The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria)”, en *Harvard International Law Journal*, Vol. 19, No. 1 (1978).

BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin, *Redfern & Hunter on International Arbitration*, 6ª edición, Oxford, Oxford University Press, 2015 [1986].

BLAUROCK, Uwe, “Übernationales Rechts des internationalen Handels”, en *Zeitschrift für Europäisches Wirtschaftsrecht*, No. 1 (1993).

BONELL, Michael-Joachim, “Soft Law and Party Autonomy: The Case of the UNIDROIT Principles”, en *Loyola Law Review*, Vol. 51, No. 2 (2005).

BONELL, Michael-Joachim, “The Law Governing International Commercial Contracts: Hard Law versus Soft Law”, en *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, Vol. 388, La Haya, 2018.

BONELL, Michael-Joachim, “The Law Governing International Commercial Contracts and the Actual Role of the UNIDROIT Principles”, en *Uniform Law Review*, Vol. 23, No. 1 (2018).

BONELL, Michael-Joachim, “The UNIDROIT Principles and Transnational Law”, en *Uniform Law Review*, Vol. 5, No. 2 (2000).

BONELL, Michael-Joachim, “The UNIDROIT Principles: First Practical Experiences”, en *European Journal of Law Reform*, Vol. 193, No. 1 (1999).

BORN, Gary, *International Commercial Arbitration*, 3ª edición, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2021 [2009].

BORTOLOTTI, Fabio, “The UNIDROIT Principles as a Basis for Alternative Choice-of-Law Clauses, with Particular Reference to the ICC Model Contracts”, en *Uniform Law Review*, Vol. 19, No. 4 (2014).

BROSETA, Manuel; MARTÍNEZ, Fernando, *Manual de Derecho Mercantil*, 28ª edición, Madrid, Tecnos, 2021 [1971].

BROWER, Charles; SHARPE, Jeremy, “The Creeping Codification of Transnational Commercial Law: An Arbitrator's Perspective”, en *Virginia Journal of International Law*, Vol. 45, No. 1 (2004).

BUCHANAN, James, *The Limits of Liberty*, Chicago, University of Chicago Press, 1975.

CHARLESWORTH, Hilary; CHIAM, Madelaine; HOVELL, Devika; WILLIAMS, George (eds), *The Fluid State: International Law and National Legal Systems*, Sydney, Federation Press, 2005.

CRAWFORD, James, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8ª edición, Oxford, Oxford University Press, 2012 [1966].

CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado, Volumen I, De las Personas*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2019 [1942].

COETZEE, Juana, “CISG and Incoterms®: reviving the traditions of the lex mercatoria”, en HUTCHISON, A.; MYBURGH, F. (eds), *Research Handbook on International Commercial Contracts*, Cheltenham; Nortampton, Edward Elgar Publishing Limited, 2020.

CONNERTY, Anthony, “Lex Mercatoria: Reflections from an English Lawyer”, en *Arbitration International*, Vol. 30, No. 4 (2014).

CREMADES, Bernardo; PLEHN, Steven, “The New Lex Mercatoria and the Harmonization of the Laws of International Commercial Transaction”, en *Boston University International Law Journal*, Vol. 2, No. 3 (1984).

CRUET, Jean, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris, Flammarion, 1908.

CUTLER, Claire, *Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

DASSER, Felix, “Mouse or Monster? Some Facts and Figures on the Lex Mercatoria”, en ZIMMERMANN, R.; BLAUROCK, U.; KIRCHNER, C.; SPELLENBERG, U. (eds), *Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts, Teilband 2: Nichtstaatliches Privatrecht: Geltung und Genese*, Tübingen, Mohr Siebeck Verlag, 2008.

DASSER, Felix, “Soft Law in International Commercial Arbitration”, en *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, Vol. 402, La Haya, 2019.

DASSER, Felix, *Internationale Schiedsgerichte und lex mercatoria: Rechtsvergleichender Beitrag zur Diskussion über ein nicht-staatliches Handelsrecht*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989.

DE LUPIS, Ingrid, *The Concept of International Law*, Estocolmo, Norstedts Förlag, 1987.

DE LY, Filip, *International Business Law and Lex Mercatoria*, Amsterdam, North-Holland, 1992.

DENZA, Eileen, “The Relationship between International and National Law”, en EVANS, M. (ed), *International Law*, 4ª edición, Oxford, Oxford University Press, 2006 [2003].

DERAIMS, Yves; SCHWARTZ, Eric, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, 2ª edición, La Haya, Kluwer Law International, 2005 [1998].

DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph, *Principles of International Investment Law*, 2ª edición, Oxford, Oxford University Press, 2012 [2008].

DONAHUE, Charles, “Medieval and Early Modern Lex Mercatoria: An Attempt at the Probatio Diabolica”, en *Chicago Journal of International Law*, Vol. 5, No. 1 (2004).

DRUZIN, Bryan, “Spontaneous Standardization and the New *Lex Maritima*”, en GOLDBY, M. y MISTELIS, L. (eds), *The Role of Arbitration in Shipping Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

EISELEN, Sieg, “The CISG as Bridge between Common and Civil Law”, en DIMATTEO, L. (ed), *International Sales Law: A Global Challenge*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

EPSTEIN, Richard, “The Static Concept of the Common Law”, en *The Journal of Legal Studies*, Vol. 9, No. 2 (1980).

FERRARI-BRAVO, Luigi, “International and Municipal Law: The Complementarity of Legal Systems”, en MACDONALD, R. S. J.; JOHNSTON, D. (eds), *The Structure and Process of International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1983.

FINAZZI AGRÒ, Eleonora, “The Impact of the UNIDROIT Principles in International Dispute Resolution in Figures”, en *Uniform Law Review*, Vol. 16, No. 3 (2011).

FOSTER, Nicholas, “Foundation Myth as Legal Formant: the Medieval Lex Merchant and the New Lex Mercatoria”, en *Forum Historiae Iuris*, 2005, disponible en: <https://forhistiur.net/2005-03-foster/>

FRIED, Charles, *Contract as Promise, a Theory of Contractual Obligation*, Cambridge, Harvard University Press, 1981.

FRISCHKORN, Michael, “Definitions of the Lex Mercatoria and the Effects of Codifications on the Lex Mercatoria’s Flexibility”, en *European Journal of Law Reform*, No. 7 (2005).

FULLER, Lon, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964.

FULLER, Lon, *The Principles of Social Order*, Durham, Duke University Press, 1981.

GAILLARD, Emmanuel, “General Principles of Law in International Commercial Arbitration – Challenging the Myths”, en *World Arbitration & Mediation Review*, Vol. 5, No. 2 (2011).

GAILLARD, Emmanuel, “La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international”, en BELLET, P. (ed), *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991.

GAILLARD, Emmanuel, *Legal Theory of International Arbitration*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (eds), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, La Haya, Kluwer, 1999.

GALGANO, Francesco, “The New Lex Mercatoria”, en *Annual Survey of International and Comparative Law*, Vol. 2, No. 1 (1995).

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco, “El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales: una aproximación económica”, en *Revista española de derecho internacional*, Vol. 47, No. 2 (1995).

GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, 7ª edición, Bogotá, Editorial Temis, 1987 [1957].

GILLETTE, Clayton; SCOTT, Robert, “The Political Economy of International Sales Law”, en *International Law Review of Law and Economics*, Vol. 25, No. 3 (2005).

GOLDMAN, Berthold, “Lex Mercatoria”, en *Forum Internationale on Commercial Law and Arbitration*, Vol. 3, Deventer (1983).

GOLDMAN, Berthold, “The Applicable Law: General Principles of Law – the Lex Mercatoria”, en LEW, J.D.M. (ed), *Contemporary Problems in International Arbitration*, Londres, Centre for Commercial Law Studies Queen Mary College, 1986.

GOLDMAN, David, *Globalisation and the Western Legal Tradition: Recurring Patterns of Law and Authority*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

GOLDSTAJN, Aleksandar, “Usages of Trade and Other Autonomous Rules of International Trade According to the UN (1980) Sales Convention”, en SARCEVIC, P. y VOLKEN, P. (eds), *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures*, Nueva York, Oceana, 1986.

GOODE, Roy, “Rule, Practice, and Pragmatism in Transnational Commercial Law”, en *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, No. 3 (2005).

GOODE, Roy, “Usage and its Reception in Transnational Commercial Law”, en *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 46, No. 1 (1997).

HART, Herbert L. A., *El concepto de derecho*, 3ª edición, CARRIÓ, G. (trad), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011 [1961].

HATZIMIHAİL, Nikitas, “The Many Lives –and Faces– of Lex Mercatoria: History as Genealogy in International Business Law”, en *Law and Contemporary Problems*, Vol. 71, No. 3 (2008).

HAVEL, Brian; SÁNCHEZ, Gabriel, “The Emerging *Lex Aviatica*”, en *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 42, No. 3 (2011).

HEIDEGGER, Martin, *Sein und Zeit*, Tübingen, Max Niemeyer Verlag, 1967 [1927].

HIGGINS, Rosalyn, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford, Clarendon Press, 1994.

JANSEN, Nils; ZIMMERMANN, Reinhard, *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford, Oxford University Press, 2018.

JEQUIER, Eduardo, *Curso de Derecho Comercial. Tomo I*, 2ª edición, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2017 [2013].

JESSUP, Philip, *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press, 1956.

JUENGER, Friedrich, “General Course on Private International Law”, en *Recueil des cours de l’Académie de droit international de la Haye*, La Haya, Vol. 193, 1985.

JUENGER, Friedrich, “The Lex Mercatoria and Private International Law”, en *Uniform Law Review*, Vol. 5, No. 1 (2000).

KADENS, Emily, “Order within Law, Variety within Custom: the Character of the Medieval Merchant Law”, en *Chicago Journal of International Law*, Vol. 5, No. 1 (2004).

KADENS, Emily, “The Myth of the Customary Law Merchant”, en *Texas Law Review*, Vol. 90, No. 5 (2012).

KANT, Immanuel, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, Neue vermehrte Auflage, Königsberg, Friedrich Nicolovius, 1796.

KELSEN, Hans, *General Theory of Law and State*, WEDBERG, A. (trad), New Jersey, The Lawbook Exchange, 1999.

KOSKENNIEMI, Martti, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

LANDO, Ole, “The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration”, en *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 34, No. 4 (1985).

LERCH, Kent, “Vom Kerbholz zur Konzernbilanz?: Wege und Holzwege zu Einem Autonomen Recht der Global Economy”, en *Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*, Vol. 5 (2004).

LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos: parte general*, ELLORIAGA DE BONIS, F. (ed), 6ª edición, Santiago, Thomson Reuters, 2017 [1986].

LOQUIN, Eric, “La réalité des usages du commerce international”, en *Revue générale de droit économique*, No. 2 (1989).

MALANCZUK, Peter, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Londres, Routledge, 1997.

MANSOOR, Zeeshan, "Principles of European Contract Law: an Autonomous Lex Mercatoria or Part of a Universal Lex Mercatoria?", en *International Journal of Private Law*, Vol. 6, No. 1 (2013).

MANTILLA, Roberto, *Derecho Mercantil. Introducción y conceptos fundamentales, sociedades*, 29ª edición, Ciudad de México, Porrúa, 1996 [1946].

MARRELLA, Fabrizio, "Lex Mercatoria and the UNIDROIT Principles: a Shock or a New Chapter of Contemporary Private International Law?", en YILDIRIM, C. (ed), *International Commercial Arbitration and the New Lex Mercatoria*, Estambul, Oniki Levha Yayinciik A. S., 2014.

MASCAREÑO, Aldo; MEREMINSKAYA, Elina, "The Making of World Society through Private Commercial Law: the Case of the UNIDROIT Principles", en *Uniform Law Review*, Vol. 18, No. 3-4 (2013).

MATURANA, Humberto, *Erkennen: Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit*, Braunschweig, Vieweg, 1982.

MEDWIG, Michael, "The New Law Merchant: Legal Rhetoric and Commercial Reality", en *Law and Policy in International Business*, Vol. 24, No. 2 (1993).

MICHAELS, Ralf, "Legal Medievalism in Lex Mercatoria Scholarship", en *Texas Law Review See Also*, Vol. 90, No. 1 (2012).

MICHAELS, Ralf, "Preamble I: Purposes, Legal Nature, and Scope of the PICC; Applicability by Courts; Use of the PICC for the Purpose of Interpretation and Supplementation and as a Model", en VOGENAUER, S. (ed), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

MICHAELS, Ralf, “The True Lex Mercatoria: Law beyond the State”, en *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 14, No. 2 (2007).

MICHAELS, Ralf, “The UNIDROIT Principles as Global Background Law”, en *Uniform Law Review*, Vol. 19, No. 4 (2014).

MITCHELL, William, *An Essay on the Early History of the Law Merchant*, Nueva York, Burt Franklin, 1904.

MUSTILL, Michael, “The New Lex Mercatoria: The First Twenty-Five Years”, en *Arbitration International*, Vol. 4, No. 2 (1988).

NIJMANN, J.; NOLLKAEMPER, A. (eds), *New Perspectives on the Divide between National and International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

NYGH, Peter, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, Clarendon Press, 1999.

O’CONNELL, Daniel-Patrick, *International Law, Vol. 1*, 2ª edición, Londres, Stevens & Sons, 1970 [1965].

ORTEGA Y GASSET, José, *Meditaciones del Quijote*, Obras Completas, Madrid, Taurus-Revista de Occidente, Tomo I, 2004.

PORTALIS, Jean-Étienne, “Discours préliminaire prononcé par Portalis, le 24 thermidor an-8, lors de la présentation du projet arrêté par la commission du gouvernement”, Recueil I, en FENET, P.A. (ed), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, Paris, Videcoq, Libraire, Place du Panthéon 6, Près L’École de droit, 1826.

POSNER, Richard, *El análisis económico del derecho*, SUÁREZ, E. (trad), 2ª edición, México, Fondo de Cultura Económica, 2007 [1973].

RAZ, Joseph, *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*, Tamayo y Salmorán, R. (trad), México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1986 [1980].

RAZ, Joseph, *Practical Reason and Norms*, Oxford, Oxford University Press, 1992.

REIDENBERG, Joel, “Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology”, en *Texas Law Review*, Vol. 76, No. 3 (1998).

ROWE, Michael, “The Contribution of the ICC to the Development of International Trade Law”, en HORN, N.; SCHMITTHOFF, C. (eds), *The Transnational Law of International Commercial Transactions, Vol. 2*, Antwerp; Boston, Kluwer, 1982.

SALMOND, Guthrie William, *Salmond on Jurisprudence*, Glanville Williams (ed), Londres, Sweet and Maxwell, 1957.

SASSOFERATO, Bartolo de, *In primam digesti veteris partem commentaria*, 193, Turín, Nicholaus Beulaquam, 1574 (repetitio ad Dig. 1.3.32 §§ 6-7).

SCHERER, Matthias, “Preamble II: The Use of the PICC in Arbitration”, en VOGENAUER, S. (ed), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

SCHERNER, Karl-Otto, “Lex mercatoria – Realität, Geschichtsbild oder Vision?”, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung*, Vol. 118, No. 1 (2001).

SCHIFF-BERMAN, Paul, “The Inevitable Legal Pluralism within Universal Harmonization Regimes: The Case of the CISG”, en *Uniform Law Review*, Vol. 21, No. 1 (2016).

SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg, “Introduction”, en SCHWENZER, I. (ed), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ª edición, Oxford, Oxford University Press, 2010 [1998].

SCHMIDT-TRENZ, Hans-Jörg, *Außenhandel und Territorialität des Rechts – Grundlegung einer neuen Institutionenökonomik des Außenhandels*, Baden-Baden, Nomos-Verl.-Ges., 1990.

SCHMITTHOFF, Clive, “The Law of International Trade, its Growth, Formulation and Operation”, en SCHMITTHOFF, C. (ed), *The Sources of the Law of International Trade: with special reference to East-West Trade*, Londres, Stevens & Sons, 1964.

SCHMITTHOFF, Clive, “The Unification of the Law of International Trade”, en *Journal of Business Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1968.

SCHULTZ, Thomas, “The Concept of Law in Transnational Arbitral Legal Orders and some of its Consequences”, en *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 2, No. 1 (2011).

SHAW, Malcolm, *International Law*, 8ª edición, Cambridge, Cambridge University Press, 2017 [1977].

STOECKER, Christoph, “The Lex Mercatoria: to What Extent Does It Exist?”, en *Journal of International Arbitration*, Vol. 7, No. 1 (1990).

STUMPF, Herbert; STEINBERGER, Christian, “Bedeutung von internationalen Schiedsgerichten und ihre Vereinbarung in verschiedenen Ländergruppen”, en *Recht der Internationalen Wirtschaft*, No. 36 (1990).

SWEET, Alec-Stone, “The New Lex Mercatoria and Transnational Governance”, en *Journal of European Public Policy*, Vol. 13, No. 5 (2006).

SYMEONIDES, Symeon, “Party Autonomy and Private-Law Making in Private International Law: the Lex Mercatoria that Isn’t”, en National and Kapodistrian University of Athens, Faculty of Law, Research Institute of Procedural Studies (ed), *Festschrift für Konstantinos D. Kerameus*, Atenas, Ant. N. Sakkoulas & Bruylant Publishers, 2009.

TEUBNER, Gunther, *Law as an Autopoietic System*, Cambridge, Blackwell Publishers, 1993.

THAYER, Philip, “Comparative Law and the Law Merchant”, en *Brooklyn Law Review*, No. 6 (1936).

TOTH, Orsolya, *The Lex Mercatoria in Theory and in Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

TRAKMAN, Leon, “The Evolution of the Law Merchant: Our Commercial Heritage”, en *Journal of Maritime Law and Commerce*, Vol. 12, No. 2 (1980).

TRAKMAN, Leon, *The Law Merchant: The Evolution of Commercial Law*, Littleton, Fred B. Rothman & Co, 1983.

VISCHER, Frank, “The Relevance of the UNIDROIT Principles for Judges and Arbitrators in Disputes Arising out of International Contracts”, en *European Journal of Law Reform*, Vol. 1, No. 3 (1999).

VOGENAUER, Stefan, “Introduction”, en VOGENAUER, S. (ed), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

VOGENAUER, Stefan, “Table of Transnational Instruments”, en VOGENAUER, S. (ed), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

VOLCKART, Oliver; MANGELS, Antje, “Are the Roots of the Modern Lex Mercatoria really Medieval?”, en *Southern Economic Journal*, Vol. 65, No. 3 (1999).

VON HAYEK, Friedrich August, *Law, Legislation and Liberty, A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*, Londres, Routledge, 1982.

WASSERSTEIN-FASSBERG, Celia, “Lex mercatoria – Hoist with its Own Petard?”, en *Chicago Journal of International Law*, Vol. 5, No. 1 (2004).

WRIGHT, Cecil, “The American Law Institutes Restatement of Contracts and Agency”, en *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 1, No. 1 (1935).

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein, *An Introduction to Comparative Law*, 3ª edición, Oxford, Oxford University Press, 1998 [1977].

Jurisprudencia

Laudo Arbitral, Caso CISG/1997/16 (1997), China International Economic and Trade Arbitration Commission (“CIETAC”), disponible en: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/china-june-25-1997-translation-available>

Laudo Arbitral, Caso ICC No. 5713 (1989), disponible en: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/1989-icc-arbitral-award-no-5713-1989>

Laudo Arbitral, Caso ICC No. 8223 (1999), Vol. 10, No. 2, ICC International Court of Arbitration Bulletin.

Laudo Arbitral, Caso ICC No. 7528 (1997), XXII Yearbook of Commercial Arbitration No. 125.

Laudo Arbitral, Caso ICC No. 11051 (2005), ICC International Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement.

Laudo Arbitral, Caso ICC No. 5835 (1999), Vol. 10, No. 2, International Court of Arbitration Bulletin.

Laudo Arbitral, Caso ICC No. 9333 (1999), Vol. 10, No. 2, ICC International Court of Arbitration Bulletin.

Laudo Arbitral, Tribunal Arbitral de Netherlands Oils, Fats and Oil seeds Trade Association (1980), “Argentinian Seller v German Buyer”, en SANDERS, P. (ed), *Yearbook Commercial Arbitration – Volume VI*, Países Bajos, Kluwer Law International.

Laudo Arbitral, Caso ICC No. 3540 (1980), “French Enterprise v Yugoslav Subcontrator”, en SANDERS P. (ed), *Yearbook Commercial Arbitration 1982 – Volume VII*, Países Bajos, Kluwer Law International, 1982.

Laudo Arbitral, Caso ICC No. 3572 (1982), “Deutsche Schachtbau und Tiefbohrgesellschaft mbH (DST) et al. (FR Germ.) v The Government of the State of R’as Al Khaimah (UAE) and

the R'as Al Khaimah Oil Company (Rakoil)”, en VAN DEN BERG, A.J. (ed), *Yearbook Commercial Arbitration 1982 – Volume XIV*, Países Bajos, Kluwer Law International, 1982.

Laudo Arbitral, 31 de marzo de 1926, “Parker v. United Mexican States”, U.S. & Mexico General Claims Commission, IV R.I.A.A. (1952).

Textos institucionales

Cámara de Comercio Internacional, *Incoterms® 2020: Reglas de ICC para el uso de términos comerciales nacionales e internacionales*, París, ICC Publishing, 2019.

Organización Mundial del Comercio, *International Trade Statistics 2009*, Ginebra, 2009.

Organización Mundial del Comercio, *Report 2010*, WTO, Ginebra, 2010.

Secretaría de UNIDROIT, “Progressive Codification of the Law of International Trade: Note by the Secretariat of the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT)”, en *UNCITRAL Yearbook I (1968-1970)*.

UNCITRAL, *Status: UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006*, disponible en: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status.