

Notas sobre la nueva *lex mercatoria*¹

Dr. Francisco López Ruiz
Departamento Filosofía del Derecho
Universidad de Alicante
Francisco.Lopez@ua.es

SUMARIO: Introducción. 1. La perspectiva sociológica.- 2. Las concepciones de la nueva *lex mercatoria*.- 3. Teoría del Derecho y nueva *lex mercatoria*.- Conclusiones.

Introducción

La *lex mercatoria* es el nombre usado para identificar a un conjunto normativo disperso, con carácter supranacional, que goza de un alto grado de autonomía respecto a los ordena-

¹ Cadena Afanador, W.R.: *La nueva lex Mercatoria. La transnacionalización del Derecho*. Universidad Libre de Colombia, Bogotá, 2004. Berger, Klaus Peter: *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*. Klüber Law International, The Hague, 1999. Boscherino, N.: "La lex mercatoria nell'era della globalizzazione consideración di diritto internazionale publico e privato". *Sociologia del Diritto*, Milan, 2005. Carrascosa González, J.: *Globalización y Derecho internacional privado*. Murcia, 2002., pp 98 y ss. Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: « Los contratos internacionales y el mito de la 'nueva lex mercatoria' » en, *Estudios sobre Contratación Internacional*. Colex, Madrid, 2006, pp 55-80. David, R.: *Le Droit du Commerce international. Reflexions d'un comparatiste sur le droit international privé*. Economica, Paris, 1987, pp 134-136. Deumier, P.: *Le droit spontané*. Economica, Paris, 2002. Draetta, U.: *Il diritto dei contratti internazionali*, Padova, Cedam, Vol III, 1988. Feldstein de Cárdezas, S.: « Contratos internacionales. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995. Goldman, B.: « Frontières du droit et lex mercatoria », *Archives du Philosophie du Droit*, T 9, 1964, pp 171 y ss. « La lex mercatoria dans les contracts et l'arbitrage internationaux :réalité et perspectives », *Journal de Droit International*, Vol 106, 1979, pp 475-505. Fernández de la Gándara, L. y Calvo Caravaca, L.A.: *Derecho Mercantil Internacional*, Tecnos, Madrid, 1995. Fernández Rozas, J.C.: *Ius mercatorum. Autoregulación y unificación del derecho de los negocios transnacionales*. Colegios Notariales de España, Madrid, 2003. Ferrarese, M^oR.: « La lex mercatoria tra storia e attualità :da diritto dei mercanti a lex per tutti ? ». *Sociologia del Diritto*, Milan, 2005. Filali, O.: *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution á l'étude d'un ordre juridique anational*. LGDJ, Paris, 1992. Galgano, F.: *La globalización en el espejo del Derecho*, op cit. Gondra Romero, J.M^a: « La moderna Lex Mercatoria y la unificación del Derecho del comercio internacional ». RDM, n^o 127, 1973, pp 7-38. Kassis, A.: *Théorie Générale des usages du commerce*. LGDJ, Paris, 1984, pp 271 y ss. Lagarde, P.: « Approche critique de la lex mercatoria », *Le Droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, Litec, Paris, 1982, pp 125-150. Loquin, E.: « La creation d'un espace juridique mondial », *La mondialisation du droit*. Dijon, 2000, Litec-CREDIMI. Marella, F.: *La nuova lex mercatoria. Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'economia*. F.Galgano (dir). Vol XXX, Padua, 2003. Oppetit, B.: « Les principes généraux en droit international privé ». *Archives du philosophie du droit*, Paris, t 32, 1987, pp 179 y ss. Pamboukis, Ch.: *La lex mercatoria reconsideré. Le droit international privé: esprit et méthodes. Melanges Paul Lagarde*. París. Dalloz, 2005, pp 635-659. Sánchez Lorenzo, S. y Juenger, F.K.: "Conflictualismo y lex mercatoria en el Derecho internacional privado". REDI, 2000, vol LII, pp 15-47. Silva, J.A. (Coord) *Estudios sobre lex Mercatoria*. UNAM, Mexico, 2006. Virgos Soriano, M.: "Lex Mercatoria". *Enciclopedia Jurídica Básica* Civitas, Madrid, 1995, pp 3992-3994.

mientos jurídicos estatales, y que constituye un grupo de reglas adecuadas para la regulación de las relaciones económicas internacionales, especialmente de los contratos internacionales, a los que se puede aplicar directamente en lugar de las disposiciones de los ordenamientos nacionales.

1. La perspectiva sociológica

Si existe un dato sobre el que no existe controversia en el estudio de la *lex mercatoria* es sobre su historicidad. Ésta reaparece hoy con nuevos perfiles y en un nuevo contexto.

Después de la Segunda Guerra Mundial, pero fundamentalmente en las décadas de los sesenta y setenta, los usos comerciales van a adquirir una importancia mucho mayor debido fundamentalmente al enorme desarrollo del comercio internacional, al creciente aumento de las inversiones extranjeras y al aumento de los préstamos internacionales en divisas. Estos factores económicos conducen a la utilización de nuevas formas jurídicas que provocan de alguna manera los siguientes fenómenos: a) el renacimiento de los usos del comercio internacional contribuyendo a la configuración de *códigos privados* independientes de los derechos nacionales; b) la práctica comercial internacional consistente en regular las partes por sí mismas - *autonomía conflictual* y *autonomía material* - sus relaciones contractuales estableciendo para los mismos tipos de contratos cláusulas semejantes o muy similares, determinará la institucionalización de los *contratos-tipo* autonormativos. Los mercados financieros internacionales no son ajenos a este proceso; desde la década de los ochenta, la ingeniería financiera pone en el mercado, a velocidades vertiginosas, nuevos productos financieros de difícil encaje en el derecho mercantil tradicional. Se trata de productos diseñados *ad hoc* para operar en diferentes mercados financieros simultáneamente con distintas divisas y cuyos gestores son sociedades de inversión constituidas en un país y cuya sede se encuentra en otro².

En este orden de cosas, la *lex mercatoria* supone la existencia de un espacio transnacional en el que ubicar las operaciones antes citadas. Tal ámbito, como resulta evidente no se puede circunscribir a un territorio delimitado por las fronteras estatales. El espacio transnacional es el espacio globalizado exento de límites fronterizos configurado por ese *soberano privado supraestatal difuso* al que se refiere Capella³. Sin embargo, como es obvio, el espacio transnacional presupone la necesaria existencia del espacio nacional que es trascendido o desbordado por el primero. Análogamente a lo que sucede con el espacio transnacional ocurre con la “población transnacional”. En este último caso, el paisaje está poblado de personas jurídicas, esto es, de empresas transnacionales. Tal población designada con el nombre de *societas mercatorum* o *business community* está lejos de ser homogénea y menos aún de reivindicar una identidad nacional única, y aunque se aproxima a una sociedad multicultural (sus intereses van de los neumáticos a los diamantes, del petróleo a las telecomunicaciones, de las divisas a los fármacos o de los automóviles al crédito, etc.), se siente cómoda con un derecho basado en leyes modelo, códigos de conducta, normas prudenciales, usos comerciales, folletos sobre OPAs y principios generales. No obstante, no pudiendo prescindir de los Estados, reclama si no, la autodeterminación, sí la autonomía normativa y ésta se expresa a través de

² Conde Amo, I. Conde López, A.: *Mercados Financieros*, Vol II. Madrid, Colex, 2003, pp 159 y ss.

³ Capella, J.R.: *Fruta prohibida*. Madrid, Trotta, 1997, pp 260 y ss.

un *Derecho transnacional* cuyo exponente más relevante es la *lex mercatoria* con sus correspondientes órganos de adjudicación que son los tribunales arbitrales.

Si el Estado-nación no se puede entender sin sus elementos constitutivos: territorio, población y poder, tampoco se puede comprender la sociedad global al margen de estos elementos: a) el espacio transnacional sin fronteras está formado por: flujos de información, de mercancías, de divisas, etc; b) su población: las empresas transnacionales y c) sus centros de poder: formado por una alianza de poderes públicos, entre los que destacan la OMC, el BM, el FMI, el BIS o la IOSCO cuyos miembros paradójicamente son los propios Estados, y, privados de los que merece la pena destacar, entre otros: la CCI, el GAFTA, el ISMA o el ISDA, cuyos miembros son las propias empresas. Estas estructuras difusas de espacios, poblaciones y poderes constituyen el *perpetuum mobile* que es la globalización capaz de producir, fieles al aforismo *ubi societas ibi ius*, nuevos modelos jurídicos más flexibles e imprecisos pero más eficientes desde el punto de vista económico como lo es el derecho transnacional del que la *lex mercatoria* es una manifestación.

Quizá, el punto donde comience el disenso está en el polémico origen no estatal ni internacional de sus reglas, es decir, en que la *lex mercatoria* sea o no, un conjunto de reglas cuya fuente es privada, no vinculadas a la ninguna soberanía estatal. Este dato unido a la relevancia económica de las materias que está llamada a regular, comercio y las finanzas internacionales, hacen que la *lex mercatoria* sea uno de los exponentes más significativos de cómo la globalización económica tiene una inmediata traducción jurídica. A partir de aquí encontramos una abundante y prolija discusión sobre su contenido, funciones y estructura.

Como indica Fernández Rozas: “El desenvolvimiento de esta nueva *lex mercatoria* de proyección universal constituye uno de los aspectos estructurales más importantes en las mutaciones que experimenta el Derecho privado de la Economía, como vía de superar las insuficiencias del ‘método clínico’ de los conflictos de leyes y de los modestos resultados alcanzados por el ‘método preventivo’ de la elaboración de un Derecho mercantil uniforme, tiene base consuetudinaria y su aplicación se apoya en el frecuente recurso al arbitraje” [...]. Por eso, esta nueva *lex mercatoria* se configura como un Derecho espontáneo, un nuevo ordenamiento autónomo, creado por los propios comerciantes con el propósito fundamental de evitar en sus transacciones internacionales la aplicación siempre conflictiva, de las legislaciones locales de sus respectivos países. Esto es, liberarse de la rigidez y falta de sensibilidad para el tráfico mercantil internacional de las legislaciones internas a través de un culto hacia el principio de la autonomía de la voluntad y de la autorregulación en este sector”⁴.

Desde una perspectiva sociológica, la nueva *lex mercatoria* ha ido surgiendo de las prácticas reiteradas de las corporaciones transnacionales⁵, de los más variados sectores de la actividad económica, pertenecientes a distintos Estados que divergen en sus sistemas legales e incluso en cuanto a su sistema económico (p.ej. China)⁶. Se trata de la *societas mercatorum* o *business community* no sólo independiente, en buena medida de los Estados, sino también

⁴ Fernández Rozas, J.C.: *Ius Mercatorum ...*, op cit, p 79.

⁵ Con la cooperación imprescindible y necesaria de las grades *law firms*. Dezalay, Y.: *Marchands de droit. La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*. Fayard, París, 1992.

⁶ « La *lex mercatoria* actúa dentro de una realidad caracterizada por la división política de los mercados en una pluralidad de Estados. Su función es superar la discontinuidad jurídica por éstos provocada. Dentro de esta nueva *lex Mercatoria* se disuelven tanto los particularismos jurídicos de las codificaciones y como fenómeno todavía más significativo, también las diferencias entre el *civil law* y el *common law*”. Galgano, F.: “La Globalización...”, op cit, p 65.

capaz de condicionarlos. No puede soslayarse, por tanto, la capacidad ni la necesidad de los agentes económicos operantes en el tráfico mercantil internacional en la creación progresiva de un marco jurídico-institucional propio que de respuestas a sus necesidades ofreciendo soluciones jurídicas coherentes y adecuadas al comercio internacional. Esto hace que al jurista actual “no se le pide sólo que interprete la ley, se le pide como en la época preindustrial, que utilice la técnica jurídica para satisfacer las necesidades cambiantes del mercado produciendo nuevos bienes o nuevas operaciones económicas”⁷. Se crea de esta manera una red de vínculos entre las corporaciones transnacionales, las grandes *law firms*⁸ internacionales e instituciones privadas internacionales que constituyen los cimientos de la nueva *lex mercatoria*. Los usos comerciales, los contratos tipo, las condiciones generales de los contratos internacionales, los principios generales del comercio internacional elaborados por las asociaciones profesionales y organismos internacionales, constituyen las típicas fuentes de expresión de este Derecho de producción autónoma. Uno de los ejemplos más representativos y relevantes de estas instituciones creadoras de reglas jurídicas es la Cámara de Comercio Internacional (CCI), con más de 7000 miembros de 130 países, donde conviven empresas y juristas altamente cualificados las diversas ramas del comercio internacional. Como señala Fernández Rozas, “la CCI es un medio idóneo para canalizar propuestas del sector privado ante los gobiernos, e incidir en las decisiones que éstos adoptan en las rondas de negociaciones de la OMC [...] para incrementar la influencia de la comunidad empresarial en la toma de decisiones de las Naciones Unidas y en otros organismos internacionales”⁹.

2. Las concepciones de la nueva *lex mercatoria*

Existe un profundo debate que enfrenta todavía a los múltiples autores que se han ocupado y se ocupan de la *lex mercatoria*, principalmente internacional-privatistas, como ya he indicado anteriormente. En lo que sigue trataré de esbozar, en líneas gruesas, un mapa extremadamente simple de las concepciones en presencia.

B. Goldman, uno de sus más fervorosos defensores y cuya concepción de la *lex mercatoria* fue elaborada progresivamente, se refiere a ella como un conjunto de principios generales y reglas consuetudinarias espontáneamente elaboradas sin referencia a un concreto sistema jurídico nacional, reglas provenientes de diversas fuentes que nutren constantemente las estructuras legales y la actividad específica de la colectividad de quienes operan en el comercio internacional¹⁰. Goldman, colocará en el elenco de fuentes de la *lex mercatoria* en primer lugar, a los usos y reglas consuetudinarias, las cláusulas contractuales generales y los contratos tipo. En una posición secundaria aparecen la jurisprudencia arbitral y los principios generales entendidos como fuente subsidiaria cuya función es integrar las lagunas dejadas por las anteriores fuentes. Posteriormente, modificará este esquema de fuentes de manera que los *principios generales del derecho relativos a las relaciones comerciales internacionales* y los *principios comunes* a los sistemas jurídicos nacionales más la *juris-*

⁷ Galgano, F.: op cit, p 64.

⁸ “Las grandes *law firms* se organizan como empresas guiadas por el principio económico de competencia en el mercado jurídico”. Ferrarese, M^a,R.: “La *lex Mercatoria* tra storia e attualità: Da diritto dei mercanti a *lex per tutti*?”. *Sociología del Diritto*. 2/3. 2005, p 169.

⁹ Fernández Rozas, J.C.: *Ius mercatorum*..., op cit, p 99.

¹⁰ B.Goldman: “La *lex mercatoria* dans les contrats”, op cit, p 487. En contra de este planteamiento Lagarde. P.: “Approche critique...”. Op cit, , p 137.

prudencia arbitral serán las fuentes prioritarias de la *lex mercatoria*. Será el *arbitraje* comercial internacional el que concrete los *principios generales del derecho del comercio internacional* y los *principios comunes* a los sistemas nacionales en presencia. Los tribunales arbitrales cumplirían una doble función: a) dirimir los litigios derivados de las relaciones contractuales inherentes al comercio internacional atendiendo a las reglas y principios del derecho transnacional en el que se incluye la *lex mercatoria*; b) contribuir a la manifestación y desarrollo de tales reglas y principios a través de sus decisiones, que se convierten así en fuentes de la *lex mercatoria*.

La idea de una *lex mercatoria* como un orden jurídico se fundará en la existencia, *de facto*, de una *societas mercatorum* de carácter internacional capaz de producir su propio derecho regulador de las transacciones internacionales. Si cada institución produce derecho, inversamente sería derecho el conjunto de reglas que rigen una sociedad existente *de facto*. En consecuencia, la existencia de una *societas mercatorum* conduce a aceptar la juridicidad de las reglas de la *lex mercatoria* cuyo fundamento último no es otro que el *principio de efectividad*¹¹.

Sin embargo, Goldman se verá obligado a matizar su concepto de orden jurídico admitiendo que si bien la *lex mercatoria* no es un ordenamiento jurídico sí cumple la *función* de un orden jurídico¹². Existen órdenes jurídicos en proceso de formación que en ciertas fases de su desarrollo son incompletos pero que *funcionalmente* son ordenamientos jurídicos, de manera que la *lex mercatoria* puede regular, en tanto que es derecho aplicable, relaciones jurídicas contractuales surgidas en el ámbito del comercio internacional¹³.

Para C. Schmitthoff se trata de principios comunes de las leyes relacionados con los negocios comerciales internacionales, o reglas uniformes aceptadas por todos los países. Su concepción de la *lex mercatoria* le hace concebir ésta como una especie de derecho material especial y autónomo del comercio internacional dotado de un amplio grado de uniformidad internacional lo que le permitiría obviar las reglas de conflictos estatales que constituyen un obstáculo para el comercio internacional. La *lex mercatoria* será creada deliberadamente bien por convenciones internacionales, como las leyes modelo, bien por reglas creadas por organizaciones privadas internacionales como la CCI. Ahora bien, a diferencia de Goldman, Schmitthoff entiende que este derecho transnacional se funda en el reconocimiento directo o indirecto de los Estados pero destacando su especificidad dentro de los ordenamientos nacionales. Éstos no pueden oponerse a que en el ámbito de la libertad contractual las partes usen y apliquen un Derecho autónomo del comercio internacional mientras éste respete los límites del orden público estatal.

Filali, es otro de los autores que ha mantenido una posición más favorable a la comprensión de la *lex mercatoria* como un orden jurídico autónomo. En efecto, partiendo de la concepción del ordenamiento jurídico de Santi Romano, sostendrá que la existencia de una comunidad institucionalizada, como es la *societas mercatorum*, se expresará y exteriorizará a través de la *lex mercatoria*, entendida como Derecho originario, es decir, cuyo fundamento de validez no se encuentra ni en el Derecho estatal ni en el Derecho internacional,

¹¹ Goldman, B. : op cit, p 499. Véase también, Goldman B: « Nouvelles réflexions sur la lex mercatoria », en *Études de droit international en l'honneur de P.Lalive*, Bâle, 1993, p 247.

¹² Goldman, B.: « Une bataille judiciaire autour de la *lex mercatoria*. L'affaire *Norsolor* ». *Revue de l'arbitrage*, 1983, n°4. p 407. "La *lex mercatoria* dans les contrats..." , op cit 498-499.

¹³ Pamboukis, Ch. : « La *lex mercatoria* reconsidéré », op cit, p 639.

constituyendo un sistema independiente de ambos¹⁴. “La institución ‘mercatoria’ a pesar de la diversidad de sus componentes tales como las asociaciones profesionales, los centros de arbitraje, o los empresarios, forman un ser único, un cuerpo social dotado de coherencia, permanencia y estabilidad” del que la *lex mercatoria* constituye su exteriorización¹⁵.

Un planteamiento distinto es aquel que considera la “*lex mercatoria* una especie de Derecho supletorio, que se aplicaría solamente en aquellos vacíos o lagunas que dejan abiertos los ordenamientos jurídicos nacionales”¹⁶.

Pamboukis, concluye que la utilización de la expresión *lex mercatoria* debe estar sometida a una doble condición: ser precisos, designar un fenómeno plural por un concepto plural: *leges mercatoriae* o reglas transnacionales y no tener la pretensión de que cumpla el papel de un ordenamiento jurídico.

Entre nosotros, Gómez Jene siguiendo a E. Gaillard, afirma que la *lex mercatoria* es “también – quizá sobre todo – un método para alcanzar decisiones (*method of decision-making*). De tal modo que en su aplicación, los árbitros decidirán la controversia partiendo de un análisis legal comparado, concretando, a partir de dicho análisis la norma o normas más ampliamente aceptadas en el sector en cuestión. Las fuentes que para este menester podrán utilizar serán todas aquellas reglas y/o compilaciones de principios mercantiles, de convenios internacionales – ratificados o no – así como de laudos arbitrales y de trabajos de investigación existentes sobre la cuestión”¹⁷.

Calvo Caravaca y Carrascosa González¹⁸, distinguen entre una acepción tradicional o moderada de la nueva *lex mercatoria* y una acepción avanzada de la misma. En el primer supuesto, la *lex mercatoria* se concibe como un conjunto de usos, contratos-tipo, reglas de asociaciones privadas, etc., que regulan algunos aspectos de la contratación internacional. La nueva *lex mercatoria* no es un orden jurídico independiente de los ordenamientos nacionales pues debe su existencia precisamente a ellos. Los Derechos nacionales no se opondrían a que los contratantes incorporen a sus contratos reglas más flexibles creadas por los mismos comerciantes. En el segundo supuesto, la *lex mercatoria* es un conjunto de prácticas creadas por los comerciantes internacionales siendo un verdadero orden jurídico que compite con los Derechos nacionales, pudiendo regular un contrato internacional de modo autónomo sin el concurso del Derecho estatal.

Es C. Scmitthoff quién anunció el nacimiento de la nueva *lex mercatoria* en 1957, con vistas a las Conferencias que tendrían lugar entre 1958 y 1964 organizadas por la *International Association of Legal Science*¹⁹, de cuyas fuentes formales sólo puedo dar una breve y superficial referencia, son las siguientes:

¹⁴ Filali, O.: *Les Principes Généraux de la Lex Mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*. LGDJ, Paris 1992, pp 407 y ss. “Si la regla anacional es una manifestación posterior del orden jurídico anacional, su realidad es un indicio de la existencia anterior de la institución *societas mercatorum*”, p 410.

¹⁵ Op cit, p 410.

¹⁶ Fernández Rozas, J.C.: *Ius mercatorum*, op cit, p 82.

¹⁷ Gómez Jene, M.: “Lex Mercatoria y Arbitraje Comercial Inter nacional: El ejemplo de la nueva ley de arbitraje española”. *Estudios sobre lex mercatoria*. Silva, J.A. (coord.), UNAM, México, 2006, pp 139-140.

¹⁸ Calvo Caravaca, L.A. y Carrascosa González, J.: “Los contratos internacionales y el mito de la ‘nueva lex mercatoria’”. *Estudios sobre Contratación Internacional*. Colex, Madrid, 2006, pp 62-63.

¹⁹ Citado por Martínez Cañellas. A.: *La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías de 11 de abril de 1980*. Comares, Granada, 2004, p 27.

1) Formularios estandarizados y contratos tipo²⁰. Constituyen verdaderas condiciones generales de la contratación y pueden ser parte del contrato o constituir la práctica totalidad del mismo. Este es un instrumento básico para la unificación *de facto* de la *lex mercatoria*, “lo normal es que la armonización contractual se produzca a través de contratos elaborados por asociaciones de operadores internacionales en determinadas ramas o productos” (materias primas, productos agrícolas, etc.)²¹. Tales contratos no suelen ser neutrales, y suelen favorecer sin ningún pudor a los miembros de la asociación que los ha elaborado cuando se trata de explotar recursos naturales en países en vías de desarrollo. Para las empresas transnacionales, la uniformidad internacional de los contratos constituye una prioridad ya que reduce los costes de transacción. La jurisprudencia juega aquí un papel esencial en la medida en que va a ser difícil considere inválido conforme a su Derecho interno un modelo de contrato que ha sido reconocido como válido en un gran número de países²². Aquí, se le exige al juez que utilice la racionalidad jurídica junto con racionalidad económica, tan apreciada ésta por los autores que practican el Análisis Económico del Derecho²³.

2) La costumbre y los usos del comercio internacional. Supone un hábito reiterado más la *opinio iuris* de los miembros de la *societas mercatorum*, se convierten en exigibles cuando se generaliza su aceptación. Indicaba J. Garrigues: “Cuando la ley civil no se adapta a las exigencias del tráfico mercantil, los comerciantes no esperan pasivamente la ordenanza legal adecuada, sino que se separan de la ley mediante usos *extra legem* que son más adecuados a las exigencias del comercio”, para el mercantilista español “el derecho mercantil no nace legislativamente sino por la fuerza del uso”²⁴. No obstante su mayor inseguridad y sus dificultades de prueba se han reducido merced a la recopilación por parte de las agencias internacionales que tratan de superar su diversidad buscando el sustrato común²⁵.

3) Los contratos autonormativos que bajo el amparo de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual reconocida en todos los ordenamientos jurídicos, “pretenden que la transacción internacional regulada por el contrato quede fuera del influjo de todo ordenamiento nacional”²⁶.

4) Los contratos atípicos. Sus creadores no son los legisladores nacionales sino las *law firms* o los consultores de las más diversas asociaciones internacionales de las distintas actividades empresariales. “En la escena actual del derecho, nada es más uniforme internacionalmente que el contrato atípico”²⁷.

²⁰ “El contrato es un elemento constitutivo principal de la *lex mercatoria*”[...] “la centralidad del contrato se explica, no sólo porque tiene una instrumentalización plenamente coherente con las características del mercado, sino también con las exigencias jurídicas de la globalización dada su característica de apoliticidad. Ferrarese, M^a.R.: op cit, p 161. En parecido sentido se pronuncian E. Loquin y L.Ravillon. : « La creation d’un espace juridique mondial. La volonté des operateurs vecteur d’un droit mondialise », *La Mondialisation du Droit*. E. Loquin y C. Kessedjian (dirs) ,Dijon Litec.-CREDIMI, 2000, pp 91 y ss.

²¹ Martínez Cañellas, A.: op cit, p 28.

²² Martínez Cañellas, A.: Op cit, p 32.

²³ Paz Ares, C.: “Principio de eficiencia y derecho privado”. *Estudios en homenaje a M. Broseta Pont*. Tirant lo blanch, Valencia, 1995, Vol III, pp 2843-2900.

²⁴ Garrigues, J.: *Temas de derecho vivo*, Civitas, Madrid, 1978.

²⁵ Kassis, uno de los autores que han negado la sustantividad de la *lex mercatoria*, ha realizado un minucioso estudio sobre la costumbre y los usos del comercio internacional. Kassis, A.: *Théorie générale des usages de commerce*, LGDJ, Paris, 1984, pp 159-220.

²⁶ Martínez Cañellas, A.: Op cit, p 31.

²⁷ Galgano, F.: Op cit, p 106. “Con la recepción jurisprudencial de los contratos atípicos internacionalmente uniformes se logra paulatinamente la uniformidad internacional del Derecho privado”, p 109.

5) Los principios generales. Es, quizá, la fuente más mencionada y también donde reina más confusión entre los estudiosos de la *lex mercatoria*. En unos casos, son considerados como procedimiento de heterointegración con lo cual se está presuponiendo la unidad sistemática de la *lex mercatoria* en otros, se identifican los principios con una serie de reglas codificadas por organismos, semipúblicos como es el caso de los *Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*²⁸. En el preámbulo, párrafo tercero de éstos se dice: “Estos principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por los ‘principios generales del derecho’, la ‘*lex mercatoria*’ o expresiones semejantes”. Igualmente, la *Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales* incluye una referencia, sin denominarla así expresamente, a la *lex mercatoria* en sus artículos 3, 9 y 10. Los principios de UNIDROIT han servido en cierto modo para paliar las críticas al carácter fragmentario, heterogéneo e incompleto de la *lex mercatoria* puesto que se presenta como alternativa material a los Derechos nacionales y al Derecho internacional privado y, de esta forma se pueden aplicar a cualquier contrato internacional al margen de los Estados. Por tanto, los Principios de UNIDROIT pueden funcionar como auténtica *lex contractus* a través de un pacto de *lege utenda* e incluso ser aplicados en defecto de pacto²⁹.

6) La jurisprudencia arbitral³⁰. Es, sin duda, la principal vía de desarrollo de la *lex mercatoria*. Un gran número de empresas y corporaciones transnacionales que operan en el comercio internacional, exceptuando, quizá, a las grandes entidades financieras internacionales³¹, suelen acudir al arbitraje como medio de solventar las controversias derivadas de un contrato internacional, en el que suelen incluir una cláusula de elección del Derecho aplicable. En el análisis de la jurisprudencia arbitral se han producido innumerables discusiones a propósito de la aplicabilidad de la *lex mercatoria* a los contratos internacionales³². Así se distingue entre una aplicación *autónoma* de la *lex mercatoria* porque las partes así lo han establecido por diversas formas y, una aplicación *heterónoma* cuando el

²⁸ Unos comentarios a los mismos han sido publicados por la editorial Aranzadi. Cfr. VV.AA. *Comentarios a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*. Aranzadi, Pamplona, 2ª ed, 2003.

²⁹ Castellanos Ruiz, E.: “Autonomía conflictual y contratos internacionales: Algunas reflexiones”. *Cuestiones actuales de Derecho Mercantil Internacional*. Calvo Caravaca, A.L. y Areal Ludeña (Dirs). Madrid, 2005, Colex, pp 459 y ss.

³⁰ El arbitraje tiene un elemento contractual, pues no existe arbitraje sin acuerdo escrito de las partes, así como una serie de requisitos procesales establecidos en la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras y en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional. En nuestro ordenamiento interno cobra especial relevancia el artículo 34.2 de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre, de Arbitraje, que contempla el arbitraje internacional: “Cuando el arbitraje sea internacional, los árbitros decidirán la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado, se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes”. [...] “*Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables los árbitros aplicarán las que estimen apropiadas*”.

³¹ Mórán García, M.E.: Op cit, p 307.

³² La tesis más generalizada, ha sido presa fácil del *monismo jurídico*, es que todo contrato se halla conectado con una ley estatal y, en consecuencia, es de aplicación la ley estatal elegida por las partes. Sin embargo en la jurisprudencia francesa (caso *Valenciana de Cementos*), por sentencia de la *Corte de Apelación de París de 13 de julio de 1989*, ratificada en Casación en 1991, ha admitido que en los casos en que las partes no designan Derecho aplicable a su relación contractual y los árbitros apliquen la *lex mercatoria* el juez nacional no tiene competencia para revisar la aplicación que los árbitros hacen cuando deciden aplicar la *lex mercatoria*. Los casos *Fougerolle* y *Norsolor*, constituyen antecedentes de esta jurisprudencia. Igualmente en Italia, como señala Galgano la Corte de Casación se ha hecho eco de esta doctrina. Galgano, F.: op cit, p 69-70.

árbitro entiende que procede su aplicación al margen de la voluntad de las partes³³.

7) El Derecho uniforme es considerado también una fuente de la *lex mercatoria*

3. Teoría del Derecho y nueva *lex mercatoria*

De lo expuesto en las anteriores líneas fácilmente se puede concluir que en torno a *lex mercatoria* se abren a la reflexión, un amplio abanico de problemas: la juridicidad de la *lex mercatoria*, su autonomía respecto a los derechos estatal e internacional y, en consecuencia, cual es su sistema de fuentes, etc. Estas cuestiones y otras no se pueden responder desde la propia *lex mercatoria*, ni desde el derecho internacional privado ni desde el derecho mercantil pues desbordan ambas categorías jurídicas, de manera que cuando el mercantilista o el internacional-privatista se plantean tales problemas no están haciendo derecho internacional o derecho mercantil, sino que están reflexionando sobre el propio Derecho, o dicho con mayor precisión, están trabajando sobre la propia *idea* de Derecho. Por cuanto lo que en el fondo se debate a propósito de la *lex mercatoria* no es otra cosa que la propia *idea* de derecho o si se prefiere la de los límites de la juridicidad.

Esto supuesto, procederé a continuación a examinar, con la brevedad impuesta por los límites de este trabajo, la problemática de la *lex mercatoria* desde diferentes concepciones del Derecho.

I. El positivismo kelseniano. Resulta evidente, a poco que se conozcan los fundamentos de la *Teoría pura del Derecho*, que sus planteamientos respecto de la identidad entre el Estado y el Derecho llevan inexorablemente a la identificación de la norma jurídica con la norma jurídica estatal. “El Estado, como comunidad jurídica, no es algo separado de su orden jurídico, así como la persona colectiva no es algo diverso del orden que la constituye. Un cierto número de individuos forma una comunidad únicamente en cuanto un orden normativo regula su conducta recíproca. El término ‘comunidad’ sólo designa el hecho de que la conducta recíproca de ciertos individuos se halla regulada por un orden normativo” [...] “Como no hay ninguna razón para suponer la existencia de dos diferentes órdenes, el ‘Estado’ y su orden legal, tenemos que admitir que la comunidad a la que damos ese nombre, es ‘su’ orden legal. El derecho francés puede ser distinguido del suizo o del mexicano sin recurrir a la hipótesis de que hay un Estado francés, un Estado suizo y otro mexicano como realidades independientes entre sí”³⁴. A esto añádase la doctrina del monismo jurídico a propósito de las relaciones entre Derecho interno y Derecho internacional: “Si el orden jurídico nacional es considerado sin referencia al derecho internacional, entonces su última razón de validez es la norma hipotética que cualifica a los ‘padres de la constitución’ como autoridad creadora del derecho. Pero si tomamos en cuenta el derecho internacional, encontraremos que esta norma hipotética puede derivarse de una norma positiva de tal orden jurídico: el principio de efectividad” [...] “Es en este último sentido en el que el derecho internacional constituye la base del orden jurídico nacional. Al estipular que un individuo o un grupo de individuos capaces de obtener una obediencia permanente en relación con el orden coercitivo establecido por ellos, tienen que ser considerados como autoridad jurídica y legítima, el derecho internacional hace una ‘delegación’ en los ordenes

³³ Pamboukis, Ch.: op cit, p 619.

³⁴ Kelsen, H.: *Teoría General del Derecho y del Estado*. Trad. García Maynez, E., UNAM, México, 1979, p 217.

jurídicos nacionales, cuyos ámbitos de validez determina de este modo”³⁵.

De la unión de ambas premisas: identidad entre Derecho y Estado, más la derivada del monismo jurídico, la conclusión parece obvia: no hay lugar en el pensamiento kelseniano para otros sistemas jurídicos que no sean el estatal y el internacional, vinculados ambos a través de la *unión hipostática* con la *grundnorm*. La *lex mercatoria*, desde la perspectiva de la metafísica kelseniana, resulta contradictoria, pues no es posible desde su planteamiento un Derecho no estatal, o es Derecho internacional o es Derecho estatal, *tertium non datur*, al no poder ser enclavada en esa dicotomía la *lex mercatoria* sería una ficción, un mito³⁶, un fenómeno a-jurídico.

II. El positivismo analítico hartiano. En el capítulo V del *Concepto de Derecho*³⁷, Hart propone entender el Derecho como “unión de reglas primarias y secundarias”. Imagina una sociedad primitiva en la que sólo rigen *reglas primarias* que son las que prescriben a los individuos realizar ciertos actos, imponen deberes. En esta sociedad primitiva surgirán una serie de problemas de certeza al tratar de delimitar el alcance de tales reglas. La solución a esta cuestión viene dada a través de la *regla de reconocimiento* que sirve para identificar qué normas forman parte de un sistema jurídico y, por tanto, para eliminar esa falta de certeza. Igualmente, en esta sociedad primitiva las reglas tienen un carácter estático pues no se podrán adaptar estas de forma deliberada a los cambios sociales. La solución de hartiana a la estaticidad de estos sistemas viene dada a través de las *reglas de cambio* que atribuyen competencias para la creación, modificación o extinción de las reglas existentes. Por último, en estas sociedades simples o primitivas detecta Hart otro importante defecto, a saber, una ineficiencia e insuficiencia de la presión social difusa para hacer cumplir las reglas que siempre hará duda sobre si una regla ha sido violada o no en un caso particular. La respuesta a esta falta de seguridad está en opinión de Hart en la existencia de otro tipo de reglas, las *reglas de adjudicación* que facultan a una persona u órgano revestido de autoridad para determinar si en un caso particular se ha transgredido o no una regla primaria; tales reglas constituyen la base de un sistema judicial en la medida en que identifican a las personas que pueden juzgar.

La estructura resultante de la unión de las *reglas primarias* de obligación con las *reglas secundarias* (*reconocimiento, cambio y adjudicación* que atribuyen potestades), cuyo objeto son las normas primarias, constituyen el sistema jurídico. Es decir, la tesis genuinamente hartiana es que un ordenamiento jurídico está constituido por la unión de *reglas primarias* y *reglas secundarias*.

Proyectando las tesis hartianas sobre la *lex mercatoria* la cuestión reside en determinar si en esta última se da tal conjunción de *reglas primarias* y *secundarias*. En un primer análisis la respuesta es, sin duda, ser negativa. Sin embargo, en el seno de la *lex mercatoria* podemos encontrar ambos tipos de reglas tanto los propios contratos como en los organismos privados internacionales creadores de reglas (CCI, ISMA, IPMA, UNIDROIT, etc). En efecto, parece algo evidente que tales organismos deben contener además de *reglas prima-*

³⁵ Kelsen, H.: op cit, pp 437-438.

³⁶ Calvo Caravaca y Carrascosa González, parecen asumir implícitamente tal metafísica monista al hablar de “la nueva *lex mercatoria*”. Cfr. Calvo Caravaca, L.A. y Carrascosa González, J.: “Los contratos internacionales y el mito de la ‘nueva *lex mercatoria*’.”. Op cit 55 y ss. Véase mi trabajo: “Algunas consideraciones sobre las relaciones Estado-Derecho en Kelsen”. En prensa.

³⁷ Hart, H.: *El concepto de Derecho*. Trad de G.Carrió. Abeledo-Perrot., Buenos Aires, 1990. pp 99-123.

rias, reglas secundarias de cambio y adjudicación y estas aparecen presentes, por ejemplo en la CCI. Esta última dispone de un Reglamento de Arbitraje desde 1998 y otro grupo de reglamentos sobre diversos aspectos del arbitraje. En este sentido, y con todas las cautelas precisas, podría sostenerse que tales instituciones arbitrales y sus respectivos reglamentos conforman un conjunto de reglas de adjudicación, del mismo modo, las modificaciones y cambios en los *Incoterms* desde 1936 hasta la última revisión del año 2000, se han producido conforme a un procedimiento predeterminado lo que constituiría una muestra de la existencia de reglas de cambio. La cuestión central, en este punto, desde la perspectiva del positivismo analítico es el relativo a la regla de reconocimiento. Resulta extremadamente complicado hablar de la *rule of recognition* de la *lex mercatoria* y con ello de los criterios de identidad y pertenencia de las reglas al sistema. Con todo, este es un camino que se puede explorar habida cuenta del amplio desarrollo posterior de la obra de Hart.

III. El pluralismo institucional de Santi Romano. Con antecedentes en las doctrinas pluralistas de cómo las de O. Gierke, F. Geny, E. Ehrlich³⁸, G. Gurvitch o M. Hauriou. Es la concepción de Romano la que sirve, mayoritariamente en la doctrina, de base para la construcción teórica de la *lex mercatoria* por cuanto implica una construcción sociológica y pluralista del concepto de Derecho. En efecto, para Romano la idea de Derecho debe contener los siguientes elementos esenciales: a) “Antes que nada de ponerse en relación concepto de sociedad. Y esto en dos sentidos con significación complementaria entre sí: lo que no trasciende de la esfera estrictamente individual no es derecho, inversamente, no existe sociedad en el sentido propio del término, sin que en ella se manifieste el fenómeno jurídico³⁹; b) el concepto de Derecho “debe contener, en segundo lugar, la idea de orden social, excluyendo así cualquier elemento que pueda relacionarse con la arbitrariedad o con la fuerza material, esto es con la fuerza no ordenada”⁴⁰; c) “el orden social establecido por el Derecho no es el que viene determinado por la existencia de normas que disciplinan las relaciones sociales”[...] “Esto significa que el Derecho antes que ser norma, antes de implicar una simple relación o una serie de relaciones sociales, es sobre todo organización, estructura y posición de la sociedad misma en que se desarrolla”⁴¹. Por eso, “el concepto que nos parece necesario y suficiente para expresar en términos exactos el concepto de Derecho como ordenamiento jurídico considerado global y unitariamente, es el concepto de institución”⁴². La institución es todo ente o cuerpo social en el sentido de que es expresión de la naturaleza social del hombre, por eso la institución es también organización⁴³, especialmente si se tiene presente que el fin característico del Derecho es la organización social⁴⁴. Institución y Derecho son dos momentos de una misma realidad y se encuentran entre ellos en mutua interacción, constituyen las dos caras de la moneda, metafóricamente uno constituye

³⁸ Ehrlich, afirmaba: “Sin razón se cree por parte de muchos que todo el Derecho lo produce el Estado con sus leyes. La mayor parte del Derecho encuentra su origen inmediato en la sociedad, en cuanto que es el ordenamiento interno de las relaciones sociales, del matrimonio, de la familia y de las corporaciones, de la posesión, de los contratos y de las sucesiones, y nunca se ha reducido a normas jurídicas. Es por tanto falso que instituciones sociales como el matrimonio, la familia, la corporación, la posesión, de los contratos o la sucesión, hayan sido introducidas mediante normas jurídicas o incluso mediante leyes”. Citado por G. Robles: *Ley y Derecho vivo. Método jurídico y sociología del derecho en Eugen Ehrlich*. Ed CEPC, Madrid, 2002

³⁹ Romano, S.: *El ordenamiento jurídico*. Trad de S. Martín Retortillo. Ed IEP, Madrid, 1963, p 111.

⁴⁰ Romano, S.: op cit, p 112.

⁴¹ Romano, S.: op cit, p 113

⁴² Ibidem.

⁴³ Sobre la relación entre norma y ordenamiento pp 139-142.

⁴⁴ Romano, S.: op cit, 130-131.

el cuerpo y otro el alma. Para Romano el Derecho no es tanto producto de la sociedad sino que es la estructura de las fuerzas sociales susceptibles de tener una organización duradera. El Derecho es organización y la organización se presenta como la esencia de la institución y como criterio de juridicidad. Romano introduce el concepto de orden social en el concepto de ordenamiento jurídico a través de la idea de institución. La institución deriva de la necesidad de organizar⁴⁵ una serie de expectativas sociales de forma autónoma de manera que existirán tantos ordenamientos jurídicos cuantas exigencias o expectativas sociales cristalicen en instituciones y las instituciones son, como ya sabemos, iguales a ordenamientos jurídicos, es decir, a Derecho(s)⁴⁶.

Estos presupuestos teóricos conducen necesariamente a una visión pluralista del Derecho y, en consecuencia, a negar el monopolio del Estado en la creación del Derecho. El Derecho estatal es uno más entre una pluralidad de ordenamientos jurídicos. A partir del concepto de *relevancia jurídica*⁴⁷, Romano establece una teoría de las relaciones entre ordenamientos jurídicos que supone la culminación de su concepción pluralista del Derecho. Como ya hemos señalado, desde la concepción institucional del Derecho la explicación y la justificación de la *lex mercatoria* como ordenamiento jurídico autónomo encuentra un sólido acomodo.

IV. G. Teubner: Los sistemas autopoieticos y el Derecho global⁴⁸. Teubner entiende el Derecho como un proceso de autoorganización que de modo autónomo fija sus límites. “El Derecho se define como un sistema social autopoietico, esto es, como una red de operaciones elementales que recursivamente reproducen operaciones elementales. Los elementos básicos de este sistema son comunicaciones no normas”⁴⁹. El Derecho produce instrumentos de observación de la práctica jurídica. La *observación* es siempre una operación que consiste en manipular un determinado esquema de diferencias. Para poder observar debe poseerse, previamente, un esquema de diferencias.

“El Derecho procesa autónomamente información, crea mundos de sentido, fija objetivos y fines, produce construcciones de la realidad y define expectativas normativas – y todo esto independientemente de las construcciones que existen en las mentes de los juristas”⁵⁰.

En opinión de Teubner, comprender el fenómeno del pluralismo jurídico implica romper con la premisa tradicional de que el sistema jurídico en sentido estricto sólo puede darse a nivel de Estado-nación⁵¹.

El Derecho moderno ha pasado de la diferenciación territorial a la diferenciación sectorial

⁴⁵ La idea de organización es central en el pensamiento de S. Romano hasta el punto que sólo en el seno de los grupos sociales organizados existe Derecho.

⁴⁶ Romano, S.: op cit, p 158.

⁴⁷ Romano, S.: op cit, pags 248 y ss.

⁴⁸ Cfr. García Amado, J.A.: “Sociología sistémica y política legislativa”. AFD, Madrid, 1988 pp 243- 270. Ahora publicado en el libro, *Teoría de sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*. Comares, Granada, 2005, pp 145-172. El autor pone de relieve las diferencias en Luhmann y Teubner.

⁴⁹ Teubner, G.: “El Derecho como sujeto epistémico: Hacia una epistemología constructivista del Derecho”. Trad de Carlos Gómez-Jara Díez. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N°25, 2002, p 551

⁵⁰ Teubner, G.: op cit, p 551.

⁵¹ Teubner, G.: *El Derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*. Trad Gómez-Jara Díez, C. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 2005, pp 119. “El Derecho como consecuencia de la diferenciación funcional es un sistema social unitario de carácter mundial cuya unidad se fundamenta procedimentalmente en el modo en el que las operaciones jurídicas se vinculan entre sí”[...]”En el Derecho mundial la unidad jurídica pasa de la consistencia normativa a la interlegalidad operativa”. Ibidem, p 120.

y esto porque la sociedad transnacional genera una demanda de normas reguladoras que no pueden ser satisfechas por las instituciones estatales ni por las internacionales por esta razón diversas instituciones privadas están creando un Derecho autónomo con pretensiones de validez global⁵² “que provienen de la autojuridificación de fragmentos sociales altamente diversos”. La proliferación de conjuntos autónomos de normas no estatales produce el colapso de la jerarquía normativa, “su lugar lo ocupa la división centro/periferia propia del derecho global. Mientras los tribunales ocupan el centro del derecho, la periferia está habitada por diversos regímenes jurídicos autónomos. Dichos regímenes se establecen a sí mismos en las fronteras del derecho, manteniendo un estrecho contacto con los sectores sociales autónomos”⁵³. [...] “En el momento en que dichos regímenes se acoplan con la lógica propia de diversos sectores sociales comienzan a reproducir los conflictos estructurales que se producen entre los diversos sistemas funcionales dentro del derecho”. Así, por ejemplo, ciertas reglas del derecho del comercio internacional entran en conflicto con las reglas sobre derechos humanos.

“Un Derecho que surge desde las zonas de contacto con otras esferas sociales es un Derecho que emerge desde la periferia del sistema jurídico. En este sentido una teoría pluralista del Derecho comprendería el derecho económico global como un proceso extremadamente asimétrico de autoreproducción jurídica. El derecho económico global es una forma de derecho con un centro subdesarrollado, pero al mismo tiempo, con una periferia altamente desarrollada. Pero precisamente es una forma jurídica cuyo ‘centro’ fue creado por las periferias y permanece dependiente de las mismas. La *lex mercatoria* representa en esa perspectiva aquella parte del derecho económico global que opera en la periferia del sistema jurídico en ‘acoplamiento estructural’ directo con las empresas y las transacciones económicas globales”⁵⁴. La idea de jerarquía normativa es consustancial a los sistemas jurídicos estatales mientras que la distinción ente *centro/periferia* está ligada a la producción jurídica del Derecho transnacional o global.

El contrato no regulado por ninguna ley nacional es, como hemos visto es la manifestación por excelencia de la *lex mercatoria*. Se puede hablar de contratos a-nacionales, cuál es su fundamento?. La praxis social es más creativa que la dogmática y la teoría del derecho dando lugar a contratos globales que crean por si mismos sus propios fundamentos y permiten al derecho global de la periferia construir su propio centro sin invocar la ayuda del Estado. Esto se logra a través de la externalización (de la decisión acerca de la validez contractual transfiriéndola a un tribunal arbitral, constituyendo un *closed circuit arbitration* que crea orden jurídico autónomo privado con pretensión de validez universal); la jerarquización interna de las reglas contractuales (los contratos contienen reglas relativas a la identificación, interpretación y solución de conflictos) y la temporalización (que implica que la autovalidación contractual es un proceso continuo de actos jurídicos, una secuencia recurrente y recíproca de actos jurídicos y estructuras jurídicas. Cada contrato posee un componente prospectivo y otro retrospectivo en la medida en que remite a un conjunto de reglas ya exis-

⁵² Teubner, G.: op cit, p 121.

⁵³ Teubner, G.: op cit, 122.

⁵⁴ Teubner.: “A Bukowina Global sobre a emergencia de um Pluralismo Jurídico Transnacional”. Trad de P. Naumann. *Impulso. Revista de Ciências Sociais e Humanas*. Universidade de Piracicaba. Vol 14, Nº33, pag 18. 2003. Argumentación complementaria con la citada en el artículo anterior en: Teubner, G.: *La Cultura del diritto nell’epoca della globalizzazione. L’emergence delle costituzioni civili*. Armando Editore, Roma, 2005, pp 17-37.

tentes y, prospectivo en cuanto a la solución de conflictos futuros⁵⁵).

Señala Teubner, que en la *lex mercatoria*, se da una relación circular cerrada entre sus dos polos institucionales, el contrato y el arbitraje, en la medida en que, además, de las de las reglas sustantivas, éstos contratos contienen también prescripciones que remiten la solución de conflictos a un tribunal arbitral, con lo cual se introduce la interacción entre un orden jurídico “legal” y otro “no legal” característico de los modernos sistemas jurídicos⁵⁶.

El fundamento de la *lex mercatoria* es el contrato cuya validez, en caso de ser problematizada, se dirimirá por un tribunal arbitral con lo que se *externaliza* la disputa sobre la validez del mismo. Ésta es pactada en el propio contrato, lo que introduce la paradoja que la validez de la decisión acerca de la validez del contrato se solventa por el mismo contrato cuya validez se disputa. Para eliminar esta paradoja hay que introducir una nueva, a saber: el árbitro puede decidir sobre su propia competencia, esto es, puede decidir si decide decidir o no decidir. Si se inclina por la última opción, tal decisión implica que el caso puede pasar a la jurisdicción estatal. Si opta por la primera, decide decidir, la paradoja se mantiene. Para solventar esta situación, la *lex mercatoria* consagra la autonomía de la cláusula arbitral respecto de la validez del contrato que la contiene, es decir, la validez sobre la decisión sobre la validez del contrato descansa en el mismo contrato. Si el árbitro estima que el contrato es válido esa validez no deriva de una validez externa al contrato, sino de la decisión del árbitro que lo valida y cuya legitimidad está en la cláusula arbitral del contrato. Si el árbitro estima que el contrato es inválido, la validez de su decisión tendrá su origen en el mismo contrato que consideró inválido. De ahí que el contrato, concebido desde estas coordenadas, tenga un carácter autoreferencial. El Derecho se autovalida por medio de la decisión su propia validez.

La *lex mercatoria* es un derecho cuya validez no surge en el marco del Estado, sino que se forma pragmáticamente fundándose en los acuerdos y diferencias de los agentes globales ligados a lógicas funcionales supraterritoriales. El positivismo jurídico no alcanza a comprender que entre el sistema jurídico y su ambiente social están teniendo lugar continuos cambios. Fenómenos como la *lex mercatoria* así como otras formas jurídicas de la sociedad postmoderna, muestran precisamente que los confines del Derecho no son impermeables.

Conclusiones

Los Incoterms y las RUU 2006 sobre el crédito documentario promulgadas por la CCI, el *Master Agreement*, verdadero acuerdo marco multiproductos (incluye tipos, monedas, los diferentes tipos de swaps, *caps*, *floors*) y los modelos de contratos en materia de swaps⁵⁷, elaborados por la *International Swaps and Derivates Association* (ISDA), así como la *Internacional Securities Market Association* (ISMA) y la *Internacional Primary Market Association* (IPMA) que elaboran respectivamente, para los euromercados primario y secundario, respuestas uniformes y reglas standards para los operadores de estos mercados constituyéndose en organismos privados de producción de reglas jurídicas, son sólo algunos de los exponentes más relevantes económicamente, de la producción privada de reglas que

⁵⁵ Teubner, G.: “A Bukowina...”, op cit, p 22.

⁵⁶ Teubner, G.: “A Bukowina...”, op cit, p 22.

⁵⁷ Aïdan, P.: *Droit des marchés financiers. Reflexión sur les sources*. Op cit, p 271.

se pueden incluir en la *lex mercatoria*⁵⁸. Las controversias derivadas de los contratos celebrados al amparo de las reglas de estas asociaciones privadas internacionales son dirimidas, en la mayoría de los casos a través del arbitraje y, excepcionalmente por las jurisdicciones estatales determinadas por las partes.

Las polémicas a propósito de si la *lex mercatoria* es *soft law* o *hard law*, son en mi opinión una cuestión secundaria, lo relevante es la eficacia, el uso efectivo que de ellos se hace en el comercio internacional y en los mercados financieros internacionales “donde hay más negocios que leyes”. Igualmente importante es la realidad subyacente a estas reglas por cuanto expresan algunas claves para interpretar la interacción entre un sistema económico globalizado y los diferentes sistemas jurídicos.

De otra parte, una concepción del Derecho anclada en la identidad entre Derecho y Derecho estatal, es incapaz de captar la diferenciación funcional en que descansa la sociedad presente basada en la existencia de esferas autónomas de racionalidad y, en consecuencia, le resulta prácticamente imposible dar cuenta del pluralismo jurídico. Una concepción del Derecho fundada exclusivamente en el Estado, en la segmentación estatal del espacio jurídico, no puede analizar las correspondencias entre normas jurídicas y sistemas sociales autónomos cuya dinámica se despliega en un espacio transnacional. La consecuencia que se sigue de este planteamiento no puede ser otra que la negación de la juridicidad de la *lex mercatoria*.

En mi opinión, el problema central de la *lex mercatoria* no afecta tanto a su caracterización o no como ordenamiento jurídico conforme a los paradigmas del positivismo estatalista, sino a la ausencia de un orden democrático que contemple la participación de todos los potenciales afectados y desde el que se pueda legitimar su producción normativa, es decir, el núcleo de la problematización de la *lex mercatoria* está en la ausencia de condiciones de legitimación democrática de este derecho. Cuestión ésta que nos remite a otra más compleja: ¿es posible legitimar sistemas normativos jurídicos al margen de la existencia de un Estado constitucional de Derecho?

⁵⁸ Aïdan, P.: op cit, p 270, además de estos, cita el autor la *Grain and Feed Trade Association* en materia de comercio internacional de granos. Una visión más detallada de las Organizaciones de autorregulación sectorial puede verse en: Fernández Rozas, J.C.: *Ius mercatorum*..., Op cit.