



# LA NUEVA LEX MERCATORIA: UN CASO PIONERO EN LA GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO

*Walter René Cadena Afanador<sup>1</sup>*

## RESUMEN

*A partir del surgimiento de la nueva Lex Mercatoria desde 1950, se han generado diversas implicaciones, las cuales se estudian desde una perspectiva tanto jurídica como de la teoría de las relaciones internacionales. Se analiza el fenómeno de la globalización bajo una serie de caracterizaciones y se evalúan sus repercusiones en el ámbito del derecho. Según este contexto, se hace una conceptualización acerca de la Lex Mercatoria y la descripción de sus antecedentes mediatos. Igualmente se señalan las dos tendencias relativas a la existencia de la nueva Lex Mercatoria y se formulan cuatro hipótesis sobre el tema: I. La Lex Mercatoria existe en el mundo jurídico contemporáneo; II. La Lex es una manifestación del proceso de armonización del Derecho Internacional Comercial; III. La Lex Mercatoria es una alternativa jurídica a la globalización del derecho; IV. La implementación de la Lex Mercatoria acarrea una serie de bondades y riesgos.*

## INTRODUCCIÓN

Los fenómenos de la globalización y la interdependencia han planteado múltiples retos en todos los niveles del conocimiento humano; los teóricos del análisis político y de las relaciones internacionales tratan infructuosamente de explicar esta serie de manifestaciones, mientras

<sup>1</sup> Abogado, Magíster en Relaciones Internacionales.

El presente artículo se sustenta en el trabajo de grado titulado "La nueva *Lex Mercatoria* y la globalización del derecho", presentado por el autor para optar al título de Magíster en Relaciones Internacionales en la Pontificia Universidad Javeriana. Este trabajo recibió la máxima calificación que se otorga.



que los gurús académicos ya no se aventuran, como antes, a sentenciar profecías infalibles acerca del futuro mediato.

En la arena del derecho, y más específicamente, del derecho internacional, la situación es similar, con la agravante de que los teóricos de la ciencia jurídica aún permanecen anclados en los postulados clásicos y poco son propensos a admitir cambios radicales que transformen los sistemas de producción y aplicación del derecho. De allí que la discusión acerca del surgimiento de una *nueva Lex Mercatoria* se encuentre en el centro esencial de los debates vanguardistas del derecho y de las relaciones internacionales, constituyéndose en uno de los fenómenos más interesantes dentro del proceso de globalización del derecho.

## 1. LA GLOBALIZACIÓN Y EL DERECHO

Desde que MacLuhan comparó el mundo contemporáneo con una Aldea Global nos hemos percatado que han surgido una serie de fenómenos denominados como globalización. Sin embargo, no existe consenso en torno al tema y sobre ella hay abundante literatura, quizá demasiada, y se presenta como un fenómeno novedoso, que cuando se identifica, es criticado por unos y alabado por otros, pero incomprendido por la mayoría.

No obstante, considero que existen algunas características que nos sirven como objeto de referencia para comprender la naturaleza de la globalización:

- a. Ella no es un fenómeno único; al contrario, es una serie de fenómenos heterogéneos, de diferente grado de desarrollo y objetivo.
- b. No es de ideología ni una teoría dogmática. Sencillamente es una serie de procesos transformadores del viejo orden que afectan de manera distinta las áreas políticas, sociales, económicas, culturales, científicas, jurídicas, etc.
- c. Es un fenómeno nuevo conectado a antecedentes previos. Posee rasgos sustanciales y contextuales que le hacen diferenciable de cualquier otro acontecimiento histórico: la interdependencia entre los actores internacionales, la instantaneidad de los acontecimientos globales y, la reconstrucción de los referentes en un mundo de posguerra fría, son tres de los criterios que soportan la globalización.



- d. No pretender ser un proceso de homogeneización, uniformidad, estandarización o unificación. Se trata, más bien, de un proceso de hibridación en el que se entrecruzan y mezclan los viejos y nuevos referentes, desterritorializando y, a la vez, reterritorializando las relaciones globales.
- e. Es, por excelencia, transformadora del antiguo orden. No consiste en un fenómeno exclusivista, sino que es de carácter múltiple: es tanto global como local, fragmentadora como integradora.
- f. En su contexto, lo local y lo global no deben ser analizados como fuerzas opuestas sino complementarias, porque en ellas se encuentra la esencia creadora del proceso de la globalización. Algunos autores sugieren que ella no es otra cosa que la extensión global de una entidad local<sup>2</sup>.
- g. Sus efectos conciernen a todos. La gradualidad de sus consecuencias es diferencial, lo que genera asimetrías, procesos de desigualdad y, en algunos casos, procesos de exclusión. Como todo fenómeno que tiene injerencia en el orden social existente, la globalización tiene beneficiarios y afectados. Muchas naciones la ven con incertidumbre y la perciben como una especie de *invasión extraterrestre*<sup>3</sup>, debido a la multiplicidad de nuevas instituciones, elementos y referentes que se deben comprender y asimilar. Ante ello, se debe tener una actitud epistemológica abierta y dotar de un marco ético los actuales fenómenos de transformación.

El derecho no es ajeno al proceso de globalización, aunque es cierto que es una de sus áreas menos vanguardistas. La llamada *transnacionalización* de derechos supera el ámbito regulatorio nacional y plantea una reestructuración radical de la Ciencia Jurídica. Se debe retomar el papel teológico y valorativo de la Sociología del Derecho para buscar su *destecnificación y desformalización* y así, reubicar el derecho en su contexto natural, es decir, entre los fenómenos jurídicos y su relación con los cambios sociales.

- 
- 2 “Esta es mi definición de globalización: es un proceso a través del cual una determinada condición o entidad local amplía su ámbito a todo el globo y, al hacerlo, adquiere la capacidad de designar como locales las condiciones o entidades rivales”, Boaventura de Sousa Santos. *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Universidad Nacional de Colombia e ILSA, Santa Fe de Bogotá, 1998, pág. 56.
- 3 Norbert Lechner. “Nuestros miedos” en *Perfiles Latinoamericanos*, No. 13. México, diciembre de 1998, pág. 192.



La globalización del derecho se plantea como un nuevo estilo de derecho y como el surgimiento de un Nuevo Derecho. Por ello, las transformaciones jurídicas no deben analizarse como elucubraciones teóricas de unos cuantos académicos disidentes del sistema kelseniano y positivista: la realidad muestra que el derecho internacional funciona de una manera diferente al modelo del derecho nacional.

El proceso de readecuación del derecho a los fenómenos de la mundialización y la transnacionalización está al orden del día, y ello demanda un complejo esfuerzo de armonización tanto en el plano teórico como en el práctico. El derecho, por regla general, ha sido positivista, local, formal y controlado por los Estados; su naturaleza es convencional, histórica y mutable, siendo su objetivo primordial la regulación de las actividades humanas.

En las últimas décadas estas caracterizaciones se han desdibujado. El derecho internacional está en constante evolución y a pesar de que los autores clásicos lo ven como una forma de moral, es palpable que existen esfuerzos por ir más allá de las simples regulaciones domésticas. Las Cumbres de Río y Tokio sobre Medio Ambiente, los Protocolos de Ginebra sobre Derechos Humanos, el Tribunal Penal Internacional, el Derecho de Competencia y de Integración, el Derecho sobre Propiedad Intelectual, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y muchos casos más, evidencian el notable esfuerzo de la comunidad internacional por construir una serie de principios y regulaciones acordes con la época actual.

De manera específica, las prácticas de los operadores del comercio internacional también han permitido la construcción de un conjunto de principios y usos mercantiles plasmados en los diversos modelos de contratación. Estos principios internacionales de derecho comercial, son de carácter universal y genéricamente se les denomina como *jus gentium mercatorum*, *lex contractus* o *Lex Mercatoria*.

## 2. LA LEX MERCATORIA: CONCEPTUALIZACIÓN Y ANTECEDENTES MEDIATOS

Definir la *Lex Mercatoria* resulta complejo y crucial. Complejo porque se trata de un término que aún no tiene seguridad conceptual por su permanente construcción y, crucial, puesto que la conceptualización ha de ser un marco de referencia neutral y objetivo acerca de ella. Teniendo en cuenta estas observaciones, defino la *Lex Mercatoria* como



un conjunto de principios, reglas, usos e instituciones de derecho, mercantil y comercial principalmente, que posee una vocación para ser utilizado como un derecho de clase, informal e internacional y regulado jurisdiccionalmente por el arbitraje internacional.

Los antecedentes mediatos de la *Lex Mercatoria* se sitúan en la época medieval, aunque algunos autores consideran que podrían ser más lejanos. Por ejemplo Szabo cree que se remonta a las prácticas comerciales de los árabes en el siglo X<sup>4</sup>. El derecho mercantil y comercial alcanzó su primigenia consolidación desde el surgimiento en el medioevo de una clase social – las *Societas Mercatorum* – la cual se dedicó al comercio. La *Societas* adquirió mayor poder dentro de la sociedad e implemento una serie de usos y costumbre profesionales que se denominaron *Lex Mercatoria*. Aquel grupo social era integrado por artesanos y comerciantes – llamados despectivamente *pieds podreux* en Francia –, quienes se organizaron en corporaciones y gremios. Su actividad se tornó internacional, volviendo inadecuadas las leyes locales a sus requerimientos. Así el desarrollo de la *Lex Mercatoria* se sitúa desde principios del siglo XII hasta mediados del siglo XVI.

Las ferias medievales, eventos que se celebraban cada año, se constituyeron en uno de los campos de producción de la *Lex Mercatoria* más significativos. Los comerciantes de distintos lugares acudían a ellas durante varias semanas con el aval del rey anfitrión, quien permitía a los mercaderes arreglar entre ellos sus litigios comerciales. Junto a las ferias se estructuraron los gremios y las corporaciones desde mediados del siglo XII; poseían órganos propios de dirección, autonomía normativa y jurisdicción especial para aplicarla. Se desarrolló un derecho mercantil constituido por las costumbres y usos de una clase social y caracterizado por su nacionalidad, legitimidad, uniformidad y el uso de un amplio sentido de la *aequitas* medieval<sup>5</sup>. El derecho mercantil medieval fue creado y usado por un segmento específico de la sociedad, consolidado como un derecho de clase, es decir, hecho por mercaderes y para mercaderes.

No obstante su origen consuetudinario, la *Lex Mercatoria* se plasmó por escrito, luego se recogió en estatutos corporativos y éstos, a su vez, se integraron en tratados interlocales e internacionales. El auge del derecho corporativo medieval surgió en Italia y luego se trasladó a

4 Nick Szabo. *History of the Law Merchant: A student's course on legal history*, s.n., Boston, 1929, pág. 14.

5 La *aequitas* tenía un significado diferente al que se le da en la actualidad a la equidad. Se trataba de un concepto amplio, holístico, que procuraba la proyección del orden jurídico sobre la efectividad.



otras regiones, como Holanda (las guildas flamencas), Inglaterra, Cataluña y el norte de Alemania (la Liga Hanseática).

La *Lex Mercatoria* se caracterizó por ser cosmopolita, transnacional, consuetudinaria y clasista. Se relacionaba continuamente con los demás sistemas legales (feudal, eclesiástico, urbano, real), teniendo en cuenta sus cualidades intrínsecas, como la universalidad, la reciprocidad, la objetividad, la particularidad, la integración y el crecimiento<sup>6</sup>. A su vez, el cosmopolitismo de la *Lex Mercatoria* se basó en su flexibilidad, especialidad (entendida como derecho de clase) y autonomía. Estas características, anudadas con la inoperatividad del derecho civil medieval, permitieron su fortalecimiento.

La importancia de la *Lex Mercatoria* decayó en el siglo XVI. Contribuyó a este descenso, el afianzamiento del derecho en cabeza del Estado moderno, el cual absorbió y prohibió la *Lex Mercatoria* transnacional; el desplazamiento geográfico de los principales centros comerciales desde Italia y el norte de Alemania hacia Holanda, Inglaterra y Francia y, las falencias internas de la *Lex Mercatoria* que le habían tornado menos transparente, impredecible e imparcial en su aplicación. Desde entonces la *Lex Mercatoria* no alcanzó su esplendor medieval. Ella fue borrada del mapa de la historia jurídica hasta hace poco, cuando han sido comparadas sus características con nuestra época y se plantea su resurgimiento.

### 3. EL DEBATE EN TORNO A LA EXISTENCIA DE LA *LEX MERCATORIA*

Desde el momento en que se empezó a plantear el surgimiento de la *Lex Mercatoria* desde mediados del siglo XX, se ha originado un álgido debate que va desde su negación hasta su defensa.

Las principales críticas formuladas son las siguientes<sup>7</sup>:

- a. *Su generalización e imprevisibilidad*. Se cree que es demasiado amplia, vaga y general, originando imprevisibilidad jurídica a la hora de dirimirse en un litigio.

6 Harold Berman. *Law and Revolution. The formation of the Western Legal Tradition*. Cambridge: Harvard University Press, Reino Unido, 1983, pág. 341.

7 Esta es una síntesis de las críticas hechas por Lyon - Caen, Feldstein, Chillon y Merino, Lagarde, Glavinis, Bredin, De Castro y Bravo, Wengler, Rigaux, Glossner, Kassis, Kahn, entre otros.



- b. *Su fragmentariedad e inoperatividad.* Según sus críticos, la *Lex Mercatoria* es insuficiente y por ende, poco efectiva para responder a las necesidades que surjan. Algunos afirman que no existe una *Lex Mercatoria* sino islotes de *Lex Mercatoria*<sup>8</sup>, lo que restringe su desarrollo futuro y su operatividad.
- c. *La falta de genuina universalidad.* La pretensión de universalidad y transnacionalidad de la *Lex Mercatoria* sólo se queda en esfuerzos estrechamente limitados por el derecho nacional. Se desarrolla con restricciones geográficas y depende de la tolerancia que hacia ella tengan los Estados.
- d. *Su relativa legitimidad.* La *Lex Mercatoria* obedece a unos intereses y necesidades específicas de un grupo social. Según sus críticos, esto le resta legitimidad dentro del derecho internacional ya que sus promotores son un grupo social poderoso —una nueva *Societas mercatorum*— que busca crear una normatividad y un aparato jurisdiccional a su servicio, desplazando el derecho nacional.
- e. *Su ausencia de rigor y de motivación.* Se argumenta que ella no se guía por ninguno de los cánones básicos del estudio científico - jurídico, lo que demuestra su fragilidad teórica.
- f. *La carencia de autonomía afectiva.* Se cree que la *Lex Mercatoria* no es autónoma al condicionar su desarrollo a la aceptación que de ella tengan los derechos estatales. Así, su función sería vagamente supletiva, al servir de orientación a los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales.
- g. *Su dilución.* La *Lex Mercatoria* proviene de diversas fuentes, lo cual le resta cohesión y termina por diluirse, pues debido a su dispersión puede asimilarse a una especie de ley moral del juez nacional.
- h. *No es un ordenamiento jurídico.* Al no ser un sistema jurídico, su pretensión de universalidad, autonomía, coherencia y efectividad eliminan cualquier posibilidad de su existencia en el escenario del derecho internacional.

Respecto a las posturas a favor de la existencia de la *Lex Mercatoria* se destaca la aportada por Berthold Goldman, quien es considerado

8 Paul Lagarde. "Approche critique de la Lex Mercatoria" en *Etudes offertes a Berthold Goldman*: París, Litec Droit, pág. 142.



como su principal defensor y pionero descubridor. Goldman cree firmemente en su existencia, aunque es consciente de sus intrínsecas limitaciones por tratarse de un derecho de incipiente formación. La define como un conjunto de reglas de derecho que operan a manera de la ley propia de las relaciones económicas internacionales. Este autor creyó que se estaba frente a un nuevo sistema legal autónomo de carácter internacional utilizado por los operadores comerciales y regulado jurisdiccionalmente por el Arbitraje Internacional:

“se trata, en suma, de normas transnacionales que se van dando paulatinamente a sí mismos los socios en los intercambios comerciales, sobre todo en el marco de sus organismos profesionales y que los árbitros, contractualmente designados por ellos para resolver sus litigios, confirman y asimismo precisan, e incluso elaboran para ellos”.

Además de Goldman existen otros tratadistas que defienden la existencia de la *Lex Mercatoria*, entre los que se destacan Santos Boaventura, Carlos Espinoza, Enrique Guardiola, Matthias Herdegen, Fernando Hinestrosa, Georges Delaume. Estos autores creen que la *Lex Mercatoria* es un concepto revolucionario y se estructura como un campo jurídico transnacional emergente, probablemente, el más antiguo dentro de la transnacionalización del derecho. Es aceptada y acatada por empresarios internacionales, por lo cual, no genera inseguridad o dilución conceptual, pues es conocida por quienes la utilizan, siendo identificable a su campo de aplicación y desarrollo.

Respecto de las críticas hechas contra su existencia, dichos autores opinan que su causa se debe a la formación clásica y hermética con que se ha concebido el derecho, lo que impide a los abogados aceptar la existencia de fenómenos que alteran el *statu quo* del mundo jurídico; tal situación acontece con la *Lex Mercatoria* y explica su rechazo por parte de la doctrina tradicional.

Existen pocos trabajos empíricos que diluciden el debate acerca del tema. No obstante, se destaca el trabajo realizado por Fouchard al hacer una revisión de las sentencias francesas relacionadas con la *Lex Mercatoria* durante los años 1980 a 1982<sup>10</sup> y un estudio similar de jurisprudencia francesa hecho por Ponsard desde 1964 hasta 1981<sup>11</sup>. También sobresale

9 Berthold Goldman. “La *Lex Mercatoria* dans les contrats et l’arbitrage internationaux: realities et perspectives” en 106 *Jourdal Clunet*, s.l., 1979, pág. 475.

10 Phillippe Fouchard “Les Usages l’arbitrage et le juge” en *Etudes offertes a Berthold Goldman*. París: Litec Droit, 1987, págs. 67-107.

11 André Ponsard. “La jurisprudence de la Cour de cassation et le droit commercial international” en *Etudes offertes a Berthold Goldman*. París: Litec Droit, París, 1987, págs. 241-259.



el análisis realizado por J.M. Bonell acerca de la aplicabilidad de los Principios de UNIDROIT durante sus dos primeros años de existencia. Estos principios son considerados como parte de la *Lex Mercatoria* y constituyen un esfuerzo de armonización del Derecho Comercial Internacional.

## 4. ALGUNAS HIPÓTESIS ACERCA DE LA *LEX MERCATORIA*

### 4.1. Existencia de la *Lex Mercatoria*

Las críticas efectuadas a la *Lex Mercatoria* se deben a una concepción clásica del derecho que no admite variaciones a los modelos y paradigmas que han regido la teoría jurídica por siglos. Pero éste no es un argumento válido para negar la existencia de un proceso en construcción, que a fuerza de la práctica del comercio internacional, ha consolidado una serie de usos y costumbres, de reglas y procedimientos que rigen las relaciones contractuales y mercantiles a nivel global. Por esta razón, considero como primera hipótesis la existencia de la *Lex Mercatoria* en el mundo jurídico, cuya evolución e implementación obedece a un paulatino proceso de elaboración, el cual posee elementos diferenciables de los clásicos esquemas de producción y aplicación del derecho.

El derecho nacional no ha respondido a cabalidad las exigencias hechas por los nuevos actores internacionales, impulsándolos a buscar alternativas. Dentro de este proceso se erige la *Lex Mercatoria* como un fenómeno significativo, la cual se soporta en los siguientes elementos esenciales:

#### *a. Los usos y costumbres comerciales*

Los actores económicos internacionales han creado una serie de costumbres y usos que se sustentan en su conocimiento profesional, la repetición de usos en el tiempo y la generalizada aceptación de su existencia. En el plano internacional, estos usos se generan por su continua aplicación en las transacciones comerciales, estableciendo un vínculo estrecho con los conceptos de equidad y los Principios Generales del Derecho (PGD).

#### *b. Los contratos Tipo*

Las organizaciones y asociaciones jurídicas profesionales han creado modelos de contrato que se han convertido en instrumentos legales



dentro de la circulación comercial internacional. La protección de la autonomía contractual de las partes dentro del escenario internacional, ha impulsado la confección de contratos - modelo que homogeneizan y dan cierta seguridad repetitiva a las cláusulas contractuales contenidas en los documentos jurídicos.

### *c. Las regulaciones profesionales: códigos de conducta*

Las organizaciones internacionales se han percatado de la ausencia de vigilancia internacional sobre las actividades de las empresas multinacionales (EMN) y transnacionales (ETN). Por ello se han implementado diversas regulaciones profesionales que tienen el carácter de recomendaciones, denominadas Códigos de Conducta. Su principal función consiste en llenar los vacíos regulatorios en materia de EMN y ETN, mediante acuerdos internacionales o multilaterales. Dentro de la *Lex Mercatoria* los códigos tienen una función integradora.

### *d. El Arbitraje Internacional y su jurisprudencia*

La jurisprudencia emanada del Arbitraje Internacional es otro elemento constitutivo de la *Lex Mercatoria*. El árbitro internacional, a diferencia del nacional, tiene mayor inclinación en admitir el uso de la *Lex Mercatoria*, ya que acude a la fuente directa del conflicto, es decir, al contenido sustancial del contrato, examinando su sustancia, sus objetivos, las circunstancias particulares de ejecución y la voluntad de las partes respecto al derecho a aplicar en caso de conflicto.

## **4.2. La *Lex Mercatoria* es una manifestación del proceso de armonización del Derecho Internacional Comercial**

Los esfuerzos de armonización jurídica han permitido consolidar la existencia del derecho internacional. Dichos esfuerzos, sumados a una vanguardista lectura de la Teoría del Derecho, permiten aseverar que el derecho internacional existe y, más aún, que está en gestación un enfoque que rebasa las fronteras clásicas del Derecho *Estadocéntrico*. Este enfoque emergente se le podría denominar como Derechos Transnacional o Derecho Corporativo Internacional, pero no bajo el paradigma de un derecho nacional puesto que el Estado sigue y seguirá incorporado en el proceso de generación y práctica del derecho.

Como segunda hipótesis planteo que la *Lex Mercatoria* se conecta con la mecánica de este emergente derecho transnacional y le permite surgir como una manifestación del proceso de armonización del Dere-



cho Internacional Comercial. La *Lex Mercatoria* procura reposicionar al derecho internacional en un ámbito regulatorio idóneo, esto es, en un marco donde participen, además del Estado, los actores del concierto mundial.

Desde principios del siglo XX se adelantan múltiples esfuerzos por armonizar el Derecho Internacional Comercial y el Derecho de Compraventa Internacional. Por citar algunos casos, encontramos los tratados de Ginebra de 1930 y 1931 sobre Derecho Internacional Cambiario y de Cheque; los dos Tratados de La Haya acerca del Derecho Unificado Aplicable a la Compraventa Internacional de Bienes; la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Bienes; el Tratado de Roma de 1980 sobre Derechos Aplicable a la relación Crediticia Contractual.

Sobre el tema, también se destacan otros instrumentos jurídicos internacionales que hacen parte de la *Lex Mercatoria*, tales como:

- I. Los principios de UNIDIT, cuya naturaleza y fuerza jurídica reposa en su origen no estatal y su principal objetivo es la armonización de las normas sobre Compraventa Internacional de manera académica, no política.
- II. Los Códigos de Conducta específicos.
- III. Las regulaciones emanadas de la Comisión para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL en inglés). Las normas de este organismo de la ONU son de carácter facultativo, y previenen el *fusionamiento* anárquico en materia del derecho arbitral, abriendo la posibilidad de consolidar la *Lex Mercatoria* a través de la construcción de “un derecho comercial autónomo –una nueva *Lex Mercatoria*– que responda a las necesidades de la comunidad internacional<sup>12</sup>”.
- IV. La normatividad del Centro Internacional para el Arreglo de Disputas en materia de Inversiones – CIADI o ICSID en inglés – hace parte de los acuerdos en el seno del Banco Mundial para el tratamiento de los conflictos sobre inversiones internacionales.
- V. Las regulaciones de la Organización Mundial para la Propiedad Industrial, OMPI o WIPO en inglés.

12 Pierre Lalive. “Codification et arbitrage international” en *Etudes Offertes a Berthold Goldman*. París: Litec Droit, 166.



VI.El Código de Derecho Internacional Privado, más conocido como Código Bustamante, que constituye el esfuerzo de armonización del Derecho Internacional Privado más significativo en América Latina. Fue aprobado en La Habana en 1927 durante la Sexta Conferencia Panamericana.

#### 4.3. La *Lex Mercatoria* es una alternativa jurídica a la globalización del derecho

Conforme a lo expuesto se desprende una tercera hipótesis: la *Lex Mercatoria* surge como una alternativa jurídica de respuesta a determinados retos que existen hoy en el derecho internacional, en un contexto de globalización e interdependencia creciente. Es más, existe la probabilidad de que en un futuro mediato la *Lex Mercatoria* se estructure como un instrumento coadyuvante de carácter primario en la resolución de los conflictos comerciales en el ámbito internacional.

Para implementar la *Lex Mercatoria* como una alternativa de primer orden en la globalización del derecho se hace necesario adelantar un profundo y coherente proceso de armonización de los usos y costumbres mercantiles, a la vez que se deben dejar de lado los tecnicismos y las idiosincrasias jurídicas.

La consolidación de la *Lex Mercatoria* en el escenario de la globalización y del derecho se debe a la labor adelantada por los operadores del tráfico mercantil, en especial, las EMN y ETN; las corporaciones jurídicas internacionales; las organizaciones internacionales gubernamentales (por ejemplo, la CNUDMI de la ONU, la CIADI de la OMC, la OMPI) y no gubernamentales (*v.gr.* UNIDROIT)); el Arbitramento Internacional (por ejemplo, la Cámara de Comercio Internacional de París, la Cámara de Comercio de Londres, la Cámara Interamericana de Arbitraje Comercial); las asociaciones profesionales de abogados y, la academia.

#### 4.4. La implementación de la *Lex Mercatoria* acarrea una serie de bondades y riesgos

A manera de colofón, creo que la *Lex Mercatoria* lleva implícitamente una serie de riesgos y virtudes, de los cuales me atrevo a señalar las siguientes, no sin antes hacer la claridad de que esta clasificación no pretende ser exhaustiva y concluyente; todo lo contrario, busca servir como un punto de partida para posteriores estudios de mayor profundidad argumentativa y empírica:



### *Bondades y virtudes*

- a. Se erige como uno de los más interesantes esfuerzos en reacomodar las ciencias jurídicas a los procesos mundiales de transformación. Es su rasgo más destacable, pues a pesar de los múltiples imperfectos e incongruencias, ella impulsa el incipiente proceso de globalización del derecho comercial.
- b. Ofrece una alternativa de agilidad y efectividad procesal respecto a los disímiles y complejos procedimientos de diversos derechos locales. La *Lex Mercatoria* se erige como un instrumento jurídico de pretensiones mundiales, fácil aplicación y entendimiento y, poco prolijo en normatividad y procedimientos.
- c. Brinda mayor neutralidad por parte de quien administra justicia en el caso comercial específico. La *Lex Mercatoria* utiliza el arbitraje internacional buscando un mayor grado de objetividad, al deslocalizar y desnacionalizar el conflicto procura de la neutralidad judicial.
- d. Garantiza la prelación del principio de la autonomía de las partes en un contrato internacional.
- e. El arbitramento internacional, principal herramienta jurisdiccional de la *Lex Mercatoria*, ofrece a las partes en litigio la garantía de que los árbitros poseen un amplio conocimiento sobre la parte sustantiva del conflicto.
- f. La *Lex Mercatoria* ofrece una alternativa jurídica a las empresas corporativas, las cuales se ven limitadas a las fronteras del Estado. Para ello se debe rescatar la función básica del derecho mercantil que consiste en “regular las actividades específicas vinculadas a un modo específico de producción”<sup>13</sup>.

### *Riesgos y peligros*

- a. Surgimiento de asimetrías en la protección jurídica y de comerciantes y no comerciantes, la *Lex Mercatoria*, en su objetivo de regresar el derecho comercial internacional a su naturaleza primigenia de

13 Carlos Antonio Espinoza Pérez, “Crédito documentario: *Lex Mercatoria* sin frontera” en *La contratación mercantil y otros aspectos comerciales*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1992: págs. 311 -325.



derecho de clase, puede generar consecuencias discriminatorias con aquellos que no son comerciantes.

- b. Asimetrías entre EMN y ETN frente a los Estados, principalmente frente a aquellos Estados menos desarrollados o que no son países de origen de las corporaciones.
- c. Latente peligro de que la protección desmedida de la autonomía contractual genere y legitime posibles abusos de posición dominante en la relación *interpartes*.
- d. Ambigüedad en la posición de los terceros frente a un contrato internacional regulado por la *Lex Mercatoria*. Existe el riesgo de que ella genere asimetrías en las relaciones triangulares de partes.
- e. Posibilidad de que se disminuya el grado de participación de los abogados en la producción y aplicación del derecho de la contratación internacional. Los profesionales del derecho no se verán marginados del proceso de implementación de la *Lex Mercatoria*, pero es evidente que el arbitraje técnico y en equidad necesitará de un mayor número de profesionales concedores del oficio o rama comercial y menos abogados doctos en técnicas jurídicas.
- f. Falta de seguridad en la normativa mercantil internacional generada por la búsqueda de mayor flexibilidad regulatoria.
- g. Escasez de métodos efectivos ajenos al derecho estatal, que garanticen el cumplimiento de un laudo arbitral internacional. El arbitraje internacional debe alcanzar mayor poder de jurisdicción y reglamentación, además, de que debe trabajar en coadyuvancia con el derecho estatal para hacer efectivos sus fallos. La *Lex Mercatoria* no constituye una suerte de derecho nacional ni tampoco un nuevo ordenamiento jurídico.