

El debate sobre el Derecho No Estatal y la *Lex Mercatoria*

José Antonio Moreno *

En el presente artículo, el profesor José Antonio Moreno desarrolla ampliamente el concepto de la llamada *Lex Mercatoria*: sus antecedentes, su fuente y su aplicación. Asimismo, establece claramente sus límites cuando surja un conflicto de leyes.

* Abogado por la Universidad Nacional de Asunción. Máster en Derecho por la Universidad de Harvard. Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Paraguay y de la Comisión Mixta del Río Paraná (COMIP), así como de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC) y de la AMCHAM del Perú. Director Ejecutivo del Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP) y Secretario General de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP). Miembro de la "International Academy of Comparative Law". Profesor de Grado y de Postgrado en Paraguay. Profesor Visitante de la Universidad de Heidelberg en Chile. Profesor del Posgrado del CEDIC (Sao Paulo). Director Ejecutivo del Estudio Moreno Ruffinelli & Asociados.

Este artículo recoge en parte importante, con ampliaciones y adaptaciones, lo que expuse en la siguiente contribución: Moreno Rodríguez, José Antonio, "Nueva Lex Mercatoria: ¿Fantasma creado por profesores de La Sorbona?". En: *Revista de Derecho Mercantil Internacional*, Colombia, Ed. Legis, 2003.

El debate sobre el Derecho No Estatal y la *Lex Mercatoria*

I. A modo de introducción

En la Edad Media los mercaderes del continente europeo llegaron a desarrollar un régimen jurídico, mayormente consuetudinario, aplicable a sus vinculaciones de índole comercial. Esa llamada *Lex Mercatoria*, que ha llegado a calificarse de “universal”, por trascender las divisiones territoriales de la época, fue luego encapsulada en las codificaciones del siglo XIX, a partir de las cuales en un importante número de países de Occidente las reglas entre comerciantes pasaron a ser mayormente locales, lo que contribuyó también al desarrollo vertiginoso del derecho internacional privado para la solución de conflictos normativos suscitados en las relaciones contractuales transfronterizas.

Sin embargo, el mecanismo resultó notoriamente inadecuado, puesto que leyes domésticas no son muchas veces aptas para regular vinculaciones internacionales, por un lado; y por otro, el mecanismo clásico de dirimir el problema del derecho aplicable presenta recurrentemente terribles deficiencias. Ello ha hecho que en los últimos tiempos, y cada vez con mayor intensidad, los comerciantes, haciendo uso de la libertad para determinar el contenido de sus contratos, se sustrajeran de las regulaciones domésticas y de la “trampa” del sistema de conflicto de leyes, y fueran generando prácticas, usos o costumbres derivadas de la repetición de fórmulas contractuales e incluso de la estandarización de muchas de ellas, a veces a sugerencia de instituciones de raigambre como la Cámara de Comercio Internacional.

Por lo demás, como el mecanismo conflictual del derecho internacional privado lleva en muchos casos a que “quien elige juez, elige derecho” –debido a la natural inclinación de juzgadores locales de aplicar sus propios sistemas y razonamientos–, para asegurarse de que su voluntad sea respetada, los mercaderes han optado masivamente por el arbitraje como mecanismo de resolución de disputas generadas por sus vinculaciones internacionales. La publicación de varios laudos arbitrales que se ha producido en décadas recientes viene contribuyendo también a que fueran uniformándose criterios sobre diversas cuestiones que se presentan en esta área.

En fin, en nuestros días renace de alguna forma un derecho consuetudinario universal como lo fue el de los mercaderes en la Edad Media, al punto incluso que organismos internacionales proponen su cristalización en cuerpos normativos como convenciones o instrumentos análogos, o bien han ensayado consolidarlo en instrumentos peculiares, como ocurre con los principios de derecho contractual del organismo intergubernamental Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), que no están destinados a ser ratificados por los países, pero que al resumir en reglas y principios las prácticas generalizadas del comercio exterior en la materia, pueden,

entre varias aplicaciones, ser adoptados por las partes como reglas en sus contratos o servir como guías a árbitros y juzgadores en lo que respecta al *status* de los usos internacionales.

El tema resulta de suma actualidad en Latinoamérica ante el cambio de la actitud tradicionalmente hostil mantenida contra el principio de la autonomía de la voluntad en vinculaciones internacionales, mutación avalada por gran parte de la doctrina, por precedentes jurisprudenciales y arbitrales, y por numerosos instrumentos internacionales y regionales que han ido entrando en vigor en tiempos recientes, con respecto a los cuales un hito histórico, incluso a nivel mundial, lo representa la llamada "Convención de México" sobre obligaciones contractuales internacionales de 1994, dictada dentro del marco de la Organización de los Estados Americanos, que da carta de ciudadanía, por así decirlo, a este nuevo derecho supranacional.

II. Conveniencia de su aplicación en transacciones internacionales

Los contratantes deben saber a qué atenerse en sus vinculaciones. Cuando desconocen el alcance del derecho foráneo, pueden verse sorprendidos con la aplicación de reglas que jamás pretendieron o esperaron. De allí lo aconsejable de que en sus transacciones las partes puedan someterse a normas comunes o uniformes, salvo –obviamente– que ellas pretendan la vigencia de reglas específicas de un sistema nacional que conocen y que resulta apropiado para el caso, como ocurre, por citar un ejemplo hipotético, cuando para complejas cuestiones de alta tecnología los contratantes adoptan como derecho aplicable el del Estado de California.

Claramente existen diversos supuestos en que resulta altamente inapropiado remitirse a derechos "nacionales"¹, como el de una transacción tan internacional que no puede verse influenciada exclusivamente por un sistema jurídico en particular, o cuando las partes expresa o implícitamente buscaron que su contrato sea gobernado por reglas jurídicas neutras, no perteneciendo a un derecho nacional específico.

Además, hay casos en que se debería evitar la aplicación de un derecho estatal, como cuando una de las partes es un Estado soberano o una entidad estatal. La otra parte evitará así quedar expuesta a los vaivenes de cambios normativos que pueda ir haciendo el Estado en cuestión, y a su vez este no quedará sujeto a otro derecho nacional sino directamente a normas aceptables internacionalmente.

A veces, la elección de las partes es equivalente a la ausencia de elección de un derecho nacional, como en un conocido caso arbitral en que se designó la legislación tanto de Alemania como a la vez de Rusia. Otras veces, es imposible encontrar dentro

¹ Ver sobre este tema en: Ruiz Abou-Nigm, Veronica, "The Lex Mercatoria and Its Current Relevance in International Commercial Arbitration". En: *Revista DeCITA, derecho del comercio internacional, temas y actualidades*, Arbitraje, Febrero-2004, pp. 109-110.

del derecho nacional supuestamente aplicable una solución específica al caso. También hay precedentes en que los árbitros aplicaron el derecho transnacional o *lex mercatoria* para interpretar el derecho nacional, o para reemplazar el derecho nacional elegido por las partes con base en la teoría del orden público internacional, de la que me ocupó en el último capítulo.

Por lo demás, si bien es cierto que las partes pueden someter sus vinculaciones contractuales a una regulación detallada, conforme a la autonomía de la voluntad, al hacerlo se encuentran con enormes dificultades de barreras del lenguaje y de ausencia de una terminología jurídica uniforme a nivel internacional. Incluso la elección de un derecho doméstico no es solución satisfactoria. En ocasiones, ello ocurre debido a razones de prestigio o imperativo político, en que una parte no quiere someterse a la normativa de un país extranjero aún consciente de las limitaciones de su propio derecho. El problema es mayor aun cuando no se conoce bien la legislación extranjera o no se la desea por completo².

III. Antecedentes de la *lex mercatoria*

Ya en la Roma antigua se registran esfuerzos por alcanzar soluciones apropiadas para contiendas entre individuos situados en diferentes unidades políticas, que fueran resueltas de manera equitativa y del modo más neutral posible³, lo que ayudó incluso a la eventual consolidación del *ius gentium*, o derecho universal, con todas sus bondades aplaudidas hasta el día de hoy⁴.

Las invasiones bárbaras marcaron una regresión hacia una economía cerrada, con pocas posibilidades de interacción entre los distintos pueblos, lo que nuevamente

² Bonell, Michael, "The Unidroit Principles of International Commercial Contracts, Nature, Purposes and First Experiences in Practice". En línea: www.unidroit.org, Fecha de Consulta: 31/01/2011, p. 2.).

³ Arangio-Ruiz, Vicente, *Historia del Derecho Romano*, Traducción de la Segunda Edición Italiana, Editorial Reus, Madrid, 1994, pp. 174-176.

⁴ En sus orígenes, el derecho romano contemplaba rígidas reglas, apropiadas para una economía cerrada basada fuertemente en la propiedad fundiaria. Más adelante, al proliferar un fluido tráfico comercial, clases de grandes capitalistas y grandes propietarios se convirtieron en órganos del comercio universal, con el intercambio entre pueblos y tesoros. La acción niveladora del comercio fue unida con una poderosa educación helénica, con lo que el ciudadano agrícola fue reemplazado por el ciudadano de mundo, o ciudadano universal. El antiguo *ius civile* se transformó, en el sentido de aquel otro derecho –el *ius gentium*– que a su lado habían conseguido tener los extranjeros para realizar su comercio, con gran facilidad de formas de contratación y maravillosa riqueza de contenido, pues pudo conciliar las exigencias de la equidad, con las ideas de la fidelidad y la buena fe, sin las cuales no es posible que exista un comercio bien desarrollado. Sohm, Rodolfo, *Historia e Instituciones del Derecho Privado Romano*, 7ª edición, Madrid, pp. 70-71.

cambia hacia comienzos del milenio, en que renace un comercio activo en el continente europeo, sobre todo en zonas cercanas al Mediterráneo.

Pues bien, la expresión *lex mercatoria*, atribuida a un autor anónimo de hacia fines del siglo XIII⁵, hacía alusión a entendimientos comunes compartidos por la comunidad mercantil de Occidente, que para entonces iba adquiriendo progresivamente un marcado carácter cosmopolita o universal debido al florecimiento del comercio transfronterizo⁶. Van consolidándose así principios, conceptos, reglas y procesos ya ampliamente reconocidos, muchas veces apartados del derecho común, como la buena fe, la validez de acuerdos informales o verbales⁷ y el énfasis en la libertad contractual, entre varios otros⁸. Ello principalmente en cuestiones jurídicas marítimas, de seguros y de bancos.

Esta *lex mercatoria* medieval no llegó a constituir un cuerpo organizado de reglas escritas, sino más bien normas consuetudinarias diversas y constantemente cambiantes, cada tanto reunidas en alguna que otra compilación⁹ como, por ejemplo, la de los usos ingleses consolidados en el *Little Red Book* de Bristol de 1280; o los *Roles de Oleron*, de hacia fines del siglo XII, que contenían en su texto los usos de las costas de Océano Atlántico; o el *Consulado del Mar*, compilado en la Barcelona del siglo XIV, que incluía los usos y costumbres de navegación mediterránea y del Golfo de Vizcaya. Los *Reglamentos de Wisby* y las *Ordenanzas Marítimas de la Hansa Teutónica* hacían lo propio con respecto al Mar Báltico, y en Italia las *Tablas de Amalfi* compilaban las sentencias del Tribunal Marítimo de aquella localidad¹⁰.

Esta forma de objetivación de los usos y costumbres medievales –y en ocasiones también de fallos o pronunciamientos que los recogían– se complementa con la

⁵ Que contribuyó en la Colección de Colfore incluida en el "Pequeño Libro Rojo de Bristol". En el referido libro rojo se transcribe un tratado de 1280 sobre *lex mercatoria* (Zimmermann, Reinhard, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2000, p. 198). En Inglaterra fue popularizada a partir del famoso tratado "Consuetudo Vel Lex Mercatoria", del inglés Gerald Malynes, publicado en 1622.

⁶ Berman, Harold J. y Felix J. Dasser, "The "new" law merchant and the "old": sources, content, and legitimacy". En: Carbonneau, Thomas E. *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*, Revised Edition, , Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998, p. 53.

⁷ Berman, Harold.J. *Law and Revolution, The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge/London, Harvard University Press, 1983, pp. 348-350.

⁸ Schlessinger, citado por Schmitthoff, en "International Business Law: A New Law Merchant, II Current Law and Social Problems", 129 en C. Cheng (ed.), Clive M. Schmitthoff's Selected Essays on International Trade Law, 1961, p. 24.

⁹ Goode, Roy, *Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law*, 46 ICLQ 1, 1997, p. 5.

¹⁰ Fernández Rozas, José Carlos, *Ius Mercatorum, Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Editorial Colegios Notariales de España, 2003, pp. 31-32.

utilización de documentos estándares generados con el transcurrir del tiempo, a lo que contribuyó de manera importante la actividad de los notarios¹¹.

Por lo demás, las contiendas suscitadas entre comerciantes las resolvían por lo general ellos mismos, o alternativamente jueces mercantiles o tribunales especiales¹² como lo eran, por ejemplo, los Consulados en España, entre los que se destacaban el de Valencia, creado en 1283, el de Mallorca estatuido en 1343, el de Barcelona que data de 1347 y el de Sevilla establecido en 1543. Los procedimientos ante estos tribunales consulares eran ágiles e informales, y las decisiones quedaban a cargo de comerciantes no versados en derecho¹³, caracterizados por obviar tecnicismos jurídicos, por respetar la voluntad de las partes y por la tendencia a decidir *ex aequo et bono* antes que efectuar deducciones escolásticas abstractas de textos romanos¹⁴.

En suma, caracterizaba a esta antigua *lex mercatoria*, en primer lugar, su universalismo, por tratarse de reglas consuetudinarias que trascendían fronteras, sobre todo debido al intercambio marítimo de los últimos tiempos del medioevo. Segundo, fue propia del derecho mercantil de entonces la progresiva estandarización de los acuerdos, sobre todo por la actividad de los notarios públicos¹⁵. Por último, distinguía a la *lex mercatoria* su mecanismo particular de resolución de conflictos, consistente en juzgamientos por tribunales especiales, usualmente integrados por comerciantes, reconociéndose la libertad contractual, la supresión de tecnicismos jurídicos y la potestad de decidir "*ex aequo et bono*".

Puede hablarse de tres épocas de la *lex mercatoria* en el continente europeo: en la Edad Media, la del derecho consuetudinario mercantil; desde el siglo XVI, la de su tratamiento científico por parte de la doctrina; y desde mediados del siglo XVII una fase de particularización de la *lex mercatoria* que culmina con la adopción de Códigos de Comercio en distintos Estados¹⁶.

Con respecto a esto último, cuando Colbert –propulsor de las célebres ordenanzas francesas que precedieron a la codificación en la Francia del siglo XIX– preguntó a Voltaire cómo debería ser promocionado el comercio internacional por la legislación estatal, los comerciantes respondieron con la célebre frase de "*laissez faire et laissez passer*"¹⁷. Sin embargo, a partir del siglo XIX, se produce la nacionalización de la *lex mercatoria*, expresándose en Códigos de Comercio "nacionales", lo que llevó al

¹¹ H. Berman (nota 34), p. 341.

¹² H. Berman (nota 34), p. 346.

¹³ J. C. Fernández Rozas (nota 37), p. 30.

¹⁴ Schlesinger, citado por Schmitthoff (nota 35), p. 24.

¹⁵ Ver: *International Business Law: A New Law Merchant, II Current Law and Social Problems*, 129, 1961, en C. Cheng (ed.), Clive M. Schmitthoff's Selected Essays on International Trade Law, p. 23.

¹⁶ R. Zimmermann (nota 32), p. 198.

¹⁷ F. Visher (nota 23), p. 135.

peculiar desarrollo el derecho internacional privado "conflictualista" para la selección del derecho aplicable en transacciones transfronterizas.

Cambia, pues, entonces la coyuntura del derecho mercantil occidental. Ahora la elección del derecho, según el mecanismo "conflictualista", supone optar entre una diversidad de sistemas. Antes, cuando había un sentido de unidad –como ocurría con la *lex mercatoria*–, no existía necesidad de dicha elección¹⁸. De allí la afirmación de Maitland de que la *lex mercatoria* constituía el derecho internacional privado de la Edad Media¹⁹.

El nacionalismo del siglo XIX lleva, además, a la "estatización" de mecanismos de resolución de conflictos, a cargo ahora de jueces nacionales, muchas veces no adecuadamente preparados para resolver contiendas de índole comercial de manera satisfactoria.

IV. Surgimiento de la teoría de la nueva *lex mercatoria*

La *lex mercatoria* renace en tiempos recientes, ahora –al menos en un primer estadio– como teoría. Ello puede remontarse a Edouard Lambert en las primeras décadas del siglo XX²⁰, y a partir de la segunda mitad del siglo a Philip Jessup²¹, Rudolf Schlessinger, Clive Schmitthoff y Berthold Goldmann²², a pesar de que recae en este último²³ y en otros juristas franceses que lo siguieron, entre los que resaltan René

¹⁸ Como lo expresa Kahn-Freund, en su momento se contaba con cuatro elementos unificadores: el derecho romano, el derecho canónico de la Iglesia Católica, el common law inglés y la *lex mercatoria*. Se entendía que estos tenían autoridad propia como fuente de derechos, sin necesidad de reconocimiento por los Estados en cuyos tribunales se aplicaban. Los conflictos de leyes empezaron cuando las leyes (statuta) o costumbres locales (consuetudines) introdujeron fuentes de diversidad en un mundo dominado por la fuente unificadora del derecho romano, del derecho inglés y, hasta más importante, el derecho de la Iglesia. De allí que fueran problemas centrales de conflictos de leyes los de propiedad familiar (y no el derecho de familia en general) y sucesiones. El matrimonio y todo lo demás estaban regidos uniformemente por el derecho de la Iglesia. La tierra guardaba relación con los mandatos del Señor Feudal. Y el derecho comercial (*lex mercatoria*) se circunscribía a los mercados (Kahn-Freund, O., *General Problems of Private International Law*, A.W. Sijthoff – Leyden, 1974, pp. 184-186).

¹⁹ Citado por F. K. Juenger (nota 5), p. 144.

²⁰ Dalhuisen afirma que el holandés Jitta (1854-1924) ya hablaba de una renacida *lex mercatoria* en sus escritos (Dalhuisen, Jan, *Dalhuisen on International Commercial, Financial and Trade Law*, Portland, Hart Publishing, 2000, p. 121).

²¹ Zumbansen resalta particularmente el trabajo de Jessup en 1956 (Zumbansen, Peer, "Transnational law". En: *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham y Massachusetts, 2006, p. 738).

²² De Ly, Filip, *International Business Law and Lex Mercatoria*, Netherlands, Elsevier Science Publishers B.V., 1992, pp. 208 y siguientes.

²³ Sobre todo a partir de la obra de Berthold Goldman, "Frontières du droit et *lex mercatoria*". En: *Archives de philosophie du droit*, 1964, pp. 184 y siguientes.

David y Philippe Fouchard, el reconocimiento de la inserción del tema en los debates contemporáneos. Juenger opina que el movimiento tuvo particular fuerza en Francia quizás por el reconocimiento temprano de la Corte de Casación del peculiar carácter de los contratos internacionales, lo cual llevó a que la doctrina gala escribiera sobre el renacimiento del derecho cosmopolita de comerciantes²⁴.

Lo concreto es que en las últimas décadas del siglo XX²⁵, Goldman y otros renombrados juristas empiezan a utilizar profusamente los términos *lex mercatoria* o *nueva lex mercatoria*, en alusión al renacimiento de un derecho tan universal como el de los mercaderes medievales²⁶, no solo porque regula las relaciones entre comerciantes, sino porque resulta mayormente creación de ellos mismos y no de autoridades públicas investidas de soberanía²⁷.

En efecto, hoy día ocurre con mayor evidencia el fenómeno que, sin mediación de los Estados, se originan normas para regular uniformemente relaciones mercantiles más allá de unidades políticas territoriales, dentro de la órbita de los mercados que no tienen fronteras, proceso que se ha acentuado en años recientes con la llamada "globalización", término que –dejando de lado los embates ideológicos de los que ha sido objeto– alude a la innegable y creciente dilución física y virtual de fronteras en el mundo, consecuencia de varios fenómenos como el avance en las comunicaciones y los transportes y la progresiva eliminación de barreras jurídicas y de diversa índole, con un importante incremento del flujo de la actividad comercial transfronteriza²⁸.

²⁴ Juenger, Friedrich, "Contract Choice of Law of the Americas". En: *American Journal of Comparative Law*, Winter, 1997 (45 Am. J. Comp. L 195), p. 203.

²⁵ Lord Mustill refiere que la discusión sistemática del concepto aflora a partir de comienzos de los años 1960. De allí que en su artículo del año 1987 figure como parte del título "Los primeros veinticinco años" (Mustill, L. J., "The New Lex Mercatoria: The First Twenty-Five Years". En: *Liber Amicorum for Lord Wilberforce*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 150).

²⁶ Se ha dicho que es antecesora a esta doctrina el *ius gentium* romano (ver: Rubbino-Sammartano, M., *International Arbitration and Practice*, Kluwer Law International, La Haya, Londres, Boston, 2001, p. 439).

²⁷ Ver: Pendón Meléndez, M. A., en D. Morán Bovio (Coordinador), *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1999, p. 235.

²⁸ Refiere Galgano que la sociedad global tiene su propio lenguaje (el inglés) y un derecho propio, al que se ha dado el nombre de nueva *lex mercatoria*, formado directamente por la clase empresarial, sin intervención política alguna por parte de los Estados; esta *lex* tiene como carácter distintivo la tendencia hacia la uniformidad internacional (Galgano, Francesco, *Atlas de Derecho Privado Comparado*, Editorial Fundación Cultural del Notariado, Madrid, España, 2000, p. 13). Kasirer, sin embargo, niega que el inglés sea la única alternativa como *lingua franca* para la *lex mercatoria*. Ello en un artículo muy interesante sobre el lenguaje, la ley y el derecho comparado (Kasirer, Nicholas, "Lexicographie mercatoria". En: *American Journal of Comparative Law*, Fall, 1999 (47 Am. J. Comp. L. 653), pp. 654 y siguientes). La Sentencia de la Cassazione italiana habla de un

La globalización –destaca Dalhuisen– ha hecho retroceder el impacto de restricciones locales en cruces transfronterizos de talentos, bienes, servicios, pagos y capitales y ha resultado en una forma significativa de liberalización que deja de lado también limitaciones indebidas impuestas por leyes domésticas. Da amplio espacio a la formación espontánea del derecho a un nivel transnacional que lleva a una forma de privatización del derecho comercial moderno con un régimen jurídico propio, manifestado fundamentalmente en el comercio y las finanzas. Los temas centrales del derecho privado deben ser revisados dentro de este ambiente transnacionalizado²⁹.

En definitiva, el escenario actual está marcado por una vuelta al universalismo, debido a varios factores. Uno, el ya referido de la globalización o mundialización. Otro, la incidencia a este respecto de los procesos mundiales, regionales y locales –a ser referidos en el capítulo siguiente– de homogeneización normativa, como los propiciados por UNCITRAL, UNIDROIT, o los bloques regionales e incluso la armonización espontánea mediante la adopción de normativa local siguiéndose modelos prestigiosos. Además, se registra cada vez más la estandarización de prácticas internacionales a instancias de instituciones privadas, como las Cámaras de Comercio, las Asociaciones o los Institutos de Derecho. También se encuentra en desarrollo un nuevo derecho internacional privado que supera el conflictualismo clásico, a través de un amplio reconocimiento de la autonomía de la voluntad y de la utilización de técnicas de derecho uniforme, según lo describí en el capítulo primero. Por último, se registra una “desestatización” de la resolución de conflictos a través del arbitraje, desarrollado mayormente dentro de una “atmósfera cosmopolita”.

V. Idea

Un laudo arbitral ha caracterizado a la *lex mercatoria* como “el conjunto de normas de comercio internacional que se han desarrollado con la práctica y han sido reafirmadas por los tribunales nacionales”³⁰. Expongo en otro capítulo distintas aplicaciones que han hecho los árbitros de esta noción en la praxis.

En el plano teórico, no existe coincidencia sobre el alcance de la idea de la *lex mercatoria*³¹. Algunos la consideran un orden jurídico autónomo, independiente a los sistemas jurídicos nacionales, creado espontánea y paulatinamente por quienes se encuentran envueltos en relaciones económicas internacionales, consistente en usos y

“ordenamiento jurídico”, separado de ordenamientos estatales, como expresión de la sociedad mercantil (F. Galgano (nota 55), p. 14).

²⁹ J. H. Dalhuisen (nota 47), p. 5.

³⁰ Arbitration and Mediation Centre of Paris, laudo N° 9246, XXII Yearbook Comm. Arb. (1997), 28 (31).

³¹ Las distintas acepciones las resaltan, por ejemplo, en el contexto arbitral, L. Craig / W. Park / J. Paulsson, International Chamber of Commerce Arbitration, Third Edition, Oceana Publications, 2000, pp. 623 y siguientes.

costumbres internacionales, precedentes arbitrales y principios como los de derecho contractual de UNIDROIT, entre otros³².

Como lo señala Born, esta es la acepción más ambiciosa³³. Sin embargo, amén de que sus contornos no pueden ser precisados, y considerando que no existen organismos como, por ejemplo, una Corte Internacional de Comercio o algo parecido, este enfoque desatiende cuanto admiten los propios defensores de la *lex mercatoria*, que importantes cuestiones se encuentran reservadas a la órbita de los derechos nacionales, como las relativas al consentimiento y sus vicios, a la capacidad, e incluso a temas extracontractuales conexos³⁴.

Otra posición identifica la nueva *lex mercatoria* como un cuerpo de reglas sustantivas o de fondo, principalmente derivadas de laudos arbitrales y convenciones internacionales³⁵, suficiente para decidir una disputa, que operan como alternativa a los derechos nacionales que resultarían aplicables conforme al mecanismo conflictual del derecho internacional privado³⁶.

Desde otra óptica más restrictiva, se concibe la nueva *lex mercatoria* como un simple complemento al derecho aplicable, considerándosela nada más que una gradual consolidación de los usos y las expectativas establecidas en el comercio internacional, ya sea en cuanto a sus principios generales, ya sea con relación a categorías específicas de transacciones³⁷. Tal constituye el sentido asignado a la expresión por Goldman³⁸, a quien se reconoce pionero en la doctrina sobre este tema.

³² Schmitthoff concibe la nueva *lex mercatoria* como un cuerpo autónomo del derecho, que rige independientemente a cualquier sistema doméstico, sólo restringida por cuestiones de soberanía y orden público. Sostiene que este cuerpo autónomo emerge en larga medida independiente a sistemas nacionales, fundado en principios gemelos de la libertad contractual y el reconocimiento de fallos arbitrales, suplementados por normativa internacional relativa a tópicos específicos (Schmitthoff (nota 35), pp. 32-36).

³³ Born, Gary, *International Commercial Arbitration, Commentary and Materials*, Second Edition, Transnational Publishers Inc. and Kluwer Law International, p. 556.

³⁴ L. Craig / W. Park / J. Paulsson (nota 58), pp. 626-629.

³⁵ Ver en G. B. Born (nota 60), p. 556.

³⁶ Ver en H. J. Berman / F. J. Dasser (nota 33), pp. 53 y ss.

³⁷ A esta última acepción se adhieren los respetados autores en materia arbitral internacional Craig, Park y Paulsson como de significación práctica hoy día (L. Craig / W. Park / J. Paulsson (nota 58), p. 633). No ha ganado mayores adeptos posiciones como la de Lew, que han asimilado la *lex mercatoria* con el arbitraje de amigable composición (ex aequo et bono o amiable composition), en que el árbitro tiene la discreción de arribar a un resultado justo y equitativo (ver G.B. Born (nota 60), p. 556).

³⁸ Ver: B. Goldman (nota 50), p. 21. Grandino Rodas hace también alusión a Niboyet (ver: Grandino Rodas, João, "Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro Relativamente As Obrigações Contratuais". En: *Contratos Internacionais*, 3ª edición, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 21).

VI. Una advertencia terminológica

La terminología alusiva a la nueva *lex mercatoria* es caótica. En las primeras décadas del siglo XX Lambert utilizaba la expresión "derecho corporativo internacional" (*droit corporatif international*). Jessup en su obra *Transnational Law*, de 1956, parece haber sido el primero en poner en circulación la expresión "derecho trasnacional", con la que se pretende superar la división tradicional entre el aspecto público y privado de las relaciones internacionales³⁹. Esta terminología subsiste en tiempos actuales⁴⁰, incluso en la esfera del arbitraje, en que por ejemplo, Redfern y Hunter⁴¹ y Fourchard, Gaillard y Goldman hablan de "*transnational rules*"⁴². Como variante, De Ly propone utilizar la expresión "derecho comercial transnacional" (*transnational business law*) por ser más específica en su alusión al comercio⁴³.

También se habla de un "derecho a-nacional"⁴⁴, en tanto que los Principios UNIDROIT de derecho contractual utilizan la palabra "supranacional". Así lo hace también un importante informe del Instituto de Derecho Internacional⁴⁵ y doctrinarios como, por ejemplo, el renombrado jurista francés Audit⁴⁶. Señala Gonzalo Quiroga que "anacionalidad" y "trasnacionalidad" son términos intercambiables con "supranacionalidad", aunque a las primeras nociones se le atribuye un significado más

³⁹ Ver: Rigaux, F., *Derecho Internacional Privado*, Parte General, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1985, p. 81)

⁴⁰ Modernamente la utilizan autores como Goode (R. Goode (nota 36), p. 2), (Watt, H.M., "New Challenges in Public and Private International Legal Theory: Can Comparative Scholarship Help?". En: M. Van Hoecke, Editor, *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, p. 277), Loussouarn, Boruel y Vareilles Sommières –quienes también aluden a un "orden superior" (Y. Loussouarn / P. Bourel / P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 8e édition, Éditions Dalloz, 2004, p. 3), entre varios otros –. Dalhuisen –como término equivalente a la expresión *lex mercatoria*. J. H. Dalhuisen (nota 47), p. 125.

⁴¹ A. Redfern / M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Third Edition, London, Sweet & Maxwell, 1999, p. 2. En el ámbito arbitral, señala Mantilla-Serrano que "trasnacional" –más allá de naciones– implica algo distinto de "international" –entre naciones (Mantilla-Serrano, F., "Towards a Transnational Procedural Public Policy". En: *Arbitration International*, Vol. 20 Nº 4, p. 335).

⁴² E. Gaillard / J. Savage (eds.), *Fourchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, 1999, pp. 801 y siguientes.

⁴³ Puesto que "derecho transnacional" es mucho más que lo atinente a lo mercantil (F. De Ly (nota 49), p. 8).

⁴⁴ Término atribuido a Fourchard (L. J. Mustill (nota 52), p. 151, nota al pie).

⁴⁵ International Law Association, London Conference (2000), Committee on International Commercial Arbitration, Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards (accessible en: www.ila-hq.org), p. 18.

⁴⁶ B. Audit (nota 4), p. 2. También el mexicano J.A. Goddard, *Contratación Internacional*, Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, México, 1998.

intangible y metafísico. No obstante –agrega–, el término “transnacional” es el mayoritariamente utilizado por la doctrina y la práctica internacionales⁴⁷.

Berman, por su parte, emplea la expresión “*world law*” (derecho mundial)⁴⁸. El problema con esto es que, como bien lo advierte Landö, la *lex mercatoria* puede no necesariamente ser la misma en todo el mundo. El juzgador que la aplique tenderá a confinar sus investigaciones hacia los sistemas jurídicos conectados con la materia de la disputa. Cuando hay reglas comunes o que lleven al mismo resultado, el juzgador puede tender a seguir el fondo común (*common core*) de estos derechos, aunque otros sistemas provean una solución distinta⁴⁹.

Algunos resaltan que la *lex mercatoria* no es universal: sólo representa el punto de vista de juristas y árbitros de Occidente, y su formulación se encuentra acorde con sus prácticas y usos (se utiliza la palabra “*europcentric*”)⁵⁰. Por ello se habla de una “micro” *lex mercatoria*, en contraposición de una “macro” de todos o casi todos los Estados envueltos en el comercio internacional⁵¹.

Illescas y Perales Viscasillas, por su parte, en vez de utilizar expresiones como *lex mercatoria*, derecho mercantil internacional, derecho comercial internacional o derecho

⁴⁷ Gonzalo Quiroga, M., *Orden Público y Arbitraje Internacional en el Marco de la Globalización Comercial*, Editorial Dykinson, Madrid, 2003, p. 71 (nota al pie).

⁴⁸ Berman, H. J., “Is Conflict-of-Laws Becoming Passe?, An Historical Response”. En: *Emory University School of Law, Public Law & Legal Research Paper Series*, Research Paper N° 05-42, <http://papers.ssrn.com/abstract=870455>.

⁴⁹ O. Landö (nota 11), p. 750.

⁵⁰ Maniruzzaman, Abul F. M., “The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration”. En: *Am. U. Int’l L. Rev.* 657, , Vol. 14, p. 13. Glenn por su parte alude a la nueva *lex mercatoria* como un “localismo globalizado” (“globalized localism”). Glenn, H. P., *Legal Traditions of the World*, Second Edition, Oxford University Press, Nueva York, 2004, nota al pie, p. 260.

⁵¹ Mustill emplea la expresión “macro *lex mercatoria*” para aludir a la doctrina de quienes la consideran un régimen jurídico común a todos o casi todos los Estados envueltos en el comercio internacional (algo así como una *lex universalis*). Sin embargo, esta posición – refiere Mustill– desatiende la base intelectual de la doctrina, construida en torno a la presumida intención de las partes en sus respectivos contratos individuales, no pudiendo admitirse que ellas conocían o comprendían el derecho de otros Estados. Por lo demás, cuando existen diferentes soluciones jurídicas, es muy difícil decir cuál es la aplicada por la mayoría de los Estados. Ello indica que, evidentemente, el concepto aritmético aquí no funciona. De allí que haya evolucionado una doctrina, a la que Mustill alude como “micro” *lex mercatoria*, conforme a la cual dicha expresión alude a la ley de los comerciantes generada con referencia al contrato individual. Así entendida, la *lex mercatoria* no tendría que ser la misma en todo el mundo, y el juzgador solo debería confinar sus investigaciones a los derechos conectados con la materia de disputa. Al emerger la regla jurídica en cada ocasión, esta acepción – refiere Mustill– no coincide con la que pretende la aplicabilidad universal de la *lex mercatoria* (L. J. Mustill (nota 52), pp. 156-157).

del comercio internacional, se inclinan por adoptar –por considerarla más adecuada– la terminología de Derecho uniforme del comercio internacional⁵².

Por lo demás, la expresión *lex mercatoria* resulta imprecisa, puesto que, como se ha hecho notar, no subraya el carácter internacional de este “derecho”, amén de que la palabra “/ex” queda muy estrecha ante el carácter fuertemente consuetudinario y la pluralidad de fuentes a la que se recurre en la materia⁵³.

Algunos prefieren hablar de *principia mercatoria* antes que de *lex mercatoria*⁵⁴. De hecho, hay quienes sostienen que la nueva *lex mercatoria* no consiste sino en doctrinas ampliadas de varios principios⁵⁵, como el *pacta sunt servanda* (o los pactos son para ser cumplidos); el *rebus sic stantibus* (o excesiva onerosidad sobreviviente que admite la revisión del contrato); la buena fe; el principio de conservación (cuando existan dudas sobre la validez o invalidez del acto); etcétera⁵⁶.

Debido a que distintas áreas cuentan con un alto desarrollo de principios y usos propios, se habla incluso de subespecies de *lex mercatoria*, como *lex constructionis*, *lex petrólea*⁵⁷, *lex electrónica*, *lex marítima*, *lex arbitralis*⁵⁸, *lex informática*⁵⁹, *lex mediática* en alusión a creaciones intelectuales a nivel internacional⁶⁰, *lex sportiva*⁶¹, etcétera.

⁵² R. Illescas Ortiz / P. Perales Viscasillas, *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2003, pp. 28 y ss.

⁵³ F. De Ly (nota 49), p. 207.

⁵⁴ A. F. M. Maniruzzaman (nota 77), p. 17.

⁵⁵ Ver referencia en H. J. Berman / F. J. Dasser (nota 33), p. 59. Conforme a cierta doctrina los principios generales se aplican a contratos estatales, no así la *lex mercatoria* (A. F. M. Maniruzzaman (nota 77), pp. 676-677).

⁵⁶ Ver: L. J. Mustill (nota 52), p. 174.

⁵⁷ De Jesús O., A., “The Prodigious Story of the Lex Petrolea and the Rhinoceros. Philosophical Aspects of the Transnational Legal Order of the Petroleum Society”. En: *TPLI Series on Transnational Petroleum Law*, Vol. 1, N° 1, 2012. www.lexpetrolea.org

⁵⁸ Carbonneau habla de una “*lex mercatoria arbitralis*” (Carbonneau, T., “A Definition and Perspective Upon the Lex Mercatoria Debate”. En: *Lex Mercatoria and Arbitration, a Discussion of the New Law Merchant*, Revised Edition, Thomas E. Carbonneau, Editor, Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998, p. 13). Cuando los árbitros aplican una acomodación entre varios sistemas nacionales de reglas, se alude muchas a la *lex mercatoria arbitralis* (Smit, H., “Proper Choice of Law and the Lex Mercatoria Arbitralis”. En: *Lex Mercatoria and Arbitration, a Discussion of the New Law Merchant*, Revised Edition, Thomas E. Carbonneau, Editor, Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998, p. 96).

⁵⁹ Lorenzetti, por ejemplo, se refiere a una *lex informática*, autoreferente y adaptada a las necesidades de dicho medio (Lorenzetti, R., *Comercio Electrónico*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 39).

⁶⁰ En la medida en que los nuevos tipos de obras como el software poseen naturaleza digital y su contratación y explotación pueden llevarse a cabo por medios electrónicos se habla de otra manifestación particular de la *lex mercatoria*: la *lex electrónica*, compuesta por los usos y costumbres de la contratación electrónica (p. 322). (López-Tarruella

Actualmente se encuentran muy en boga las expresiones en inglés *soft law*, o derecho de génesis no-estatal, y su contrapartida *hard law*, que sí tiene dicho origen⁶². El *soft law*, concepto prestado del derecho internacional público, incluye recomendaciones, dictámenes, códigos de conducta y principios que, sin poder de vinculación directa, inciden tanto en el desarrollo legislativo como en la actuación judicial⁶³. Su influencia depende de su calidad, del prestigio de los individuos que los han preparado y de las instituciones que los patrocinan y del vigor con que son promovidos⁶⁴. Al aludirse como *soft law* a la *lex mercatoria*, que reviste en buena parte idénticos caracteres, se descomprime la resistencia generada de por sí por esta última expresión que ha sido muy manoseada y hasta estigmatizada.

La frase *lex mercatoria* ha sido asimismo empleada de modo intercambiable con las expresiones “principios generales de derecho comercial internacional” o “reglas transnacionales de derecho”. También se la ha identificado con los “usos comerciales”, aunque Derains y Schartz, por ejemplo, señalan que son cosas distintas⁶⁵. De este tema me ocupo puntualmente en un capítulo posterior.

En suma, gran parte de los términos antedichos (derecho supranacional, derecho transnacional, usos internacionales, principios generales, etcétera) son empleados en alusión a las soluciones sustantivas o de fondo que, como alternativa al sistema conflictualista del derecho internacional privado, se genera en la praxis de los comerciantes⁶⁶, ya sea por su utilización constante en formularios estándares, ya sea

Martínez, A., *Contratos Internacionales de Software*, Editorial Tirant Lo Blanc, Valencia, 2006, pp. 327-328).

⁶¹ Así, el Laudo arbitral Nº 2002/A/593, de la Court of Arbitration for Sport (CAS), que en el caso Football Association of Wales (FAW) v. Union des Associations Européennes de Football (UEFA) habla de la regla contra proferentem como un principio general de la lex sportiva.

⁶² A este respecto, según Joseph Gold, hay casi tantas definiciones como autores se han ocupado del tema. Según él, soft law expresa una preferencia y no una obligación de los Estados para actuar o abstenerse de actuar de una manera determinada. En tanto que hard law o “firm” law es una obligación de los Estados, cuya violación los hace responsables de la sanción o penalidad que ella pudiera acarrear (Ver artículo de Crawford Lichtenstein, Cynthia, “Hard Law v. Soft Law”. En: *The International Lawyer*, Vol. 35, Nº 4, pp. 1433-1434).

⁶³ J. C. Fernández Rozas (nota 37), p. 188.

⁶⁴ Goode, R., “International Restatements of Contract and English Contract Law 1997-1”. En: *Uniform Law Rev* 231, p. 234.

⁶⁵ Y. Derains / E. A. Schwartz, *El Nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, México, D.F., Oxford University Press, 2001, p. 268.

⁶⁶ Por ello, sostiene Borchers que la nueva lex mercatoria constituye la consagración del enfoque sustantivo en materia de derecho internacional de los contratos. Borchers, P. J., *The Triumph of Substance Over Rules of Choice in International Commercial Transactions: From the Lex Mercatoria to Modern Standards, an Introduction to Transnational Legal Transactions*, Eds, Marilyn J. Raisch and Roberta I. Shaffer, Oceana Publications Inc., New York, London, Rome, 1995, pp. 150-151.

por usos y prácticas repetidas, ya sea por su cristalización en cuerpos normativos de origen no estatal, como lo son en materia contractual los Principios UNIDROIT.

VII. La expresión “normas de derecho” como equivalente a *lex mercatoria*

Ante la gran disparidad terminológica existente en esta materia, los Principios de La Haya optaron por acudir a la expresión “*rules of law*” o “normas de derecho”, con el deliberado objetivo de beneficiarse del gran desarrollo doctrinario, jurisprudencial y normativo que se ha producido en torno a ella a partir de su adopción en el mundo arbitral⁶⁷.

La expresión “normas de derecho” se entiende más amplia que el término “ley”, y permite a las partes designar como aplicable a su caso las reglas de más de un sistema jurídico, incluyendo las que pudieron haber sido elaboradas en un plano internacional⁶⁸. La ley modelo de UNCITRAL de 1985, reformada en 2006, adoptó la expresión en su art. 28⁶⁹.

Hasta su inclusión en la ley modelo, la expresión “normas de derecho” solo había sido utilizada en el artículo 42 del Convenio de Washington de 1965 relativo a disputas de inversiones y en las leyes de arbitraje de Francia y Djibouti⁷⁰. La fórmula también había sido incluida en el art. 33 del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL de 1976 –y

⁶⁷ Esto me consta personalmente por haber participado en su momento en las deliberaciones sobre este tema. Ver también en la Versión Consolidada, pp. 15 y 16, en http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_2012pd01s.pdf (último acceso: 31 de mayo de 2013). Sobre el tema arbitral, ver en Y. Derains, *The ICC Arbitral Process*. Part. VIII. Choice of the Law Applicable to the Contract and International Arbitration, p. 14.

⁶⁸ Cuando se debatía el texto de la ley modelo de arbitraje de UNCITRAL, decía en las deliberaciones Bonell: “... se debe permitir a las partes desnacionalizar la controversia, indicando como base para su solución normas y principios de una naturaleza diferente, tomadas por ejemplo, de los instrumentos internacionales, sean o no ejecutables, observando los usos comerciales y los principios o reglas comunes a los sistemas jurídicos nacionales de ambas partes...”. *Yearbook of the United Nations Commission on International Trade*, 1985, Volume XVI, p. 487, párrafo 8.

⁶⁹ El comentario de UNCITRAL al artículo 28 de la ley modelo expresa que al hacer referencia a la elección de las “normas de derecho” y no a la “ley”, la ley modelo brinda a las partes una gama de opciones más amplia en lo tocante a la indicación de la ley aplicable al fondo del litigio, por cuanto aquellas pueden, por ejemplo, elegir de común acuerdo normas de derecho elaboradas por un organismo internacional pero no incorporadas aún a ningún ordenamiento jurídico nacional. A su vez, se señala en los Principios Europeos de Derecho Contractual: “La expresión ‘normas de derecho’ del art. 28(1) de la ley modelo supone que las partes pueden escoger la *lex mercatoria* para regir su contrato (Notas, art. 1:101 PECL, comentario 3, a)”.

⁷⁰ Documento A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1.

mantenida en el actual art. 35 del Reglamento de 2010⁷¹–, y a su vez ha sido adoptada por varios reglamentos arbitrales.

La referida expresión lleva a consecuencias fecundísimas en lo que respecta a la aplicabilidad del derecho transnacional, principios aceptables por organismos internacionales o *lex mercatoria* en el contexto arbitral. Ello surge de los trabajos preparatorios de UNCITRAL⁷². Así también, tanto el comentario oficial inglés como el texto explicativo holandés a las leyes de arbitrajes de estos países consignan el entendimiento de que la *lex mercatoria* queda comprendida en la expresión “normas de derecho”⁷³. Y así se viene reconociendo en la praxis arbitral.

VIII. El debate teórico sobre la *lex mercatoria*

La *nueva lex mercatoria* genera encendidos debates en el plano teórico. Algunos han llegado a afirmar lisa y llanamente que la teoría elaborada en torno a estos términos no existe⁷⁴, al punto que se la ha llegado a calificar como un “fantasma creado por profesores de la Sorbona”⁷⁵, en alusión a los académicos franceses –encabezados por Goldman– que proporcionaron a partir de los años sesenta del siglo pasado una base intelectual a la tesis.

⁷¹ En un conocido trabajo preparatorio elaborado en su momento para la Secretaría de la CNUDMI, expresan Paulsson y Petrochilos que unos cuantos ajustes menores fueron recomendados para el actual artículo 35 del reglamento con relación al anterior, fundamentalmente para asegurar consistencia con el artículo 1(1) y el artículo 28(1) de la ley modelo. Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules, a Report by Jan Paulsson & Georgios Petrochilos, Commissioned by the UNCITRAL Secretariat, Draft for Comments, 31 March 2006. Las discusiones al respecto están reflejadas en los documentos A/CN.9/614, paras. 122-124; A/CN.9/641, paras. 106-113 y A/CN.9/684, paras. 91-100. Ver en J.A. Moreno Rodríguez, “Comentario al artículo 35” en: Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI 2010, Anotado y Comentado, P. Perales Viscasillas / I. Torterola, Editorial Legis, Buenos Aires, 2011.

⁷² En el Informe del Grupo de Trabajo, 18ª reunión, marzo de 1985 (A/CN.9/264, pp 60-63), se expresa con respecto al Art. 28: La disposición del párrafo (1) reconoce la garantía del principio de autonomía de las partes. Además, reconoce que la libertad de elegir “normas de derecho” y no simplemente una “ley”, lo que podría entenderse como una referencia al sistema jurídico de un Estado determinado solamente, por lo tanto, las partes tienen una amplia gama de opciones, permitiéndose así designar como aplicable a sus normas de casos de más de un sistema jurídico, incluidas las normas de derecho que han sido elaboradas a nivel internacional.

⁷³ El texto en inglés puede encontrarse en el sitio http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/PECL%20engelsk/engelsk_partI_og_II.htm; el reporte explicativo holandés (Documento N° 18464) se encuentra citado por F. De Ly (nota 49), p. 250.

⁷⁴ Mann, citado por B. Goldman (nota 50), en T. E. Carbonneau, Editor, *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*, Revised Edition, Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998, p. xix.

⁷⁵ Ver: Teubner, G, “Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems”. En: *American Journal of Comparative Law*, Winter, 1997 (45 Am. J. Comp. L. 149), p. 151.

Se reconoce al internacionalista Mann como la voz preponderante en doctrina que, en debate y franca oposición con Goldman y sus seguidores, cuestiona la existencia de una supuesta *lex mercatoria*, la que, señala, no es sino una excusa para una desautorizada sustitución de las preferencias personales del juzgador antes que recurrir propiamente al derecho aplicable⁷⁶. Sostiene Mann que cuando las partes han acordado, expresa o implícitamente, con respecto al derecho aplicable, o cuando el contrato tiene clara conexión con un sistema jurídico en particular, resulta inconcebible pretender, en todo o en parte, la aplicación de uno diferente, o de la llamada *lex mercatoria*, cualquiera fuera la concepción que se tenga de esta. Sería una grave violación al deber (*breach of duty*) de quienes pretenden administrar justicia que puedan dejar de lado las instrucciones de las partes. De allí que Mann discrepe absolutamente con quienes admiten excepciones cuando la regla elegida no resulte apta para el comercio internacional. Los juzgadores no pueden, bajo circunstancia alguna, dejar sin efecto cuanto las partes pretendieron, o el punto de vista del legislador a cuyo derecho sujetaron su contrato, y consecuentemente arrogarse, ellos mismos, una función decisoria totalmente subjetiva⁷⁷.

Suele citarse además como detractores de la teoría a Mezger, Delaume, Kassis, Highet y Mustill, quien la calificó como un *non-subject* (no materia)⁷⁸. Hay quien dijo que la *lex mercatoria* es como un "Monstruo del Lago Ness" ocasionalmente en los titulares por supuestamente haber sido visto –como ocurre cuando algún laudo o fallo menciona a la *lex mercatoria*–, pero en definitiva no existente⁷⁹. Juristas ingleses han llegado a hacer referencia a la *lex mercatoria* como un *wicked misnomer* (algo así como un pésimo calificativo) o una contradicción en términos⁸⁰, y se han mostrado en principio hostiles a la *lex mercatoria*.

Lowenfeld lo atribuye a una concepción que admite en Inglaterra, más ampliamente que otros sistemas, la revisión judicial del trabajo de los árbitros, lo cual, sin embargo, se ha venido relajando últimamente⁸¹. Además, ha tenido mucho peso el escéptico artículo escrito por el renombrado jurista inglés Lord Mustill en 1987 sobre la *lex mercatoria*, quien –además de suscitar muchas dudas– decía que se encuentran

⁷⁶ Mann, citando a Park, en *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant, Revised Edition*, T.E. Carbonneau, Editor, Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998, Introduction, p. 25.

⁷⁷ Mann (nota 103), p.23. La concepción teórica del derecho conocida como "positivista" solo acepta la vigencia de reglas jurídicas a partir de su origen estatal. Un provocativo enfoque moderno de este tema puede encontrarse en el artículo de G. Teubner (nota 102).

⁷⁸ L. J. Mustill (nota 52), p. 149.

⁷⁹ V. Ruíz Abou-Nigm (nota 2), p. 105, nota al pie.

⁸⁰ Lowenfeld, A. F., "Lex Mercatoria: An Arbitrator's View – Special Supplement 2002". En: *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, p. 72.

⁸¹ A. F. Lowenfeld (nota 107), pp. 72-73.

ausentes del debate, el comerciante y su asesor práctico⁸², haciendo notar además que Malynes, el primer autor inglés en escribir un tratado sobre la *lex mercatoria*, allá por el siglo XVII, era un comerciante⁸³.

El recelo con el que Mustill se pronuncia hacia la *lex mercatoria* hace que sea considerado un fuerte oponente de la teoría. Sin embargo, opina Goldman que, cuidadosamente leído, puede concluirse que el prominente juez y académico inglés no niega su existencia, sino meramente señala su pobre contenido, dificultosa accesibilidad y carencia de predecibilidad⁸⁴. Se ha destacado que el principal mérito del trabajo de Mustill ha sido la demostración de la cantidad de conceptos que habían sido oscurecidos en gran parte de la literatura previa⁸⁵. Por lo demás, mucho cambió desde el artículo de Mustill. Señala Ruiz Abou-Nigm que hoy incluso se reconoce que si un laudo arbitral basado en la *lex mercatoria* es hecho afuera de Inglaterra, en un país cuyo derecho reconoce la validez de estos contratos, los tribunales ingleses ejecutarán el laudo⁸⁶.

En general, los detractores aluden a los principios o reglas de la *lex mercatoria* como indefinidos, inciertos, evasivos e incluso "míticos". Desde la vereda de enfrente, Goldman se apoya en Paul Valery, para quien "mito es el nombre de todo lo que existe y subsiste teniendo meramente al lenguaje como su causa"; y sostiene que quienes no la consideran un mito, citan numerosos ejemplos de sus propias experiencias donde un principio o regla, no tomado de una ley nacional o incluso internacional en sentido clásico de derecho internacional público, ha sido aplicado por tribunales arbitrales e incluso por tribunales estatales⁸⁷.

Refiere Goldman que el derecho no está solo hecho de y para cuestiones litigiosas. Gobierna, independientemente a cualquier disputa, el funcionamiento de la sociedad humana que lo engendra y lo aplica efectivamente. Con respecto a la comunidad económica internacional, estima Goldman que la *lex mercatoria* constituye tal

⁸² L. J. Mustill (nota 52), p. 149.

⁸³ L. J. Mustill (nota 52), p. 183, nota al pie. Macauley realizó un estudio sobre relaciones en los negocios en 1963, concluyendo que la perspectiva típica de refuerzo contractual, común entre los abogados, está usualmente lejos de la mentalidad del comerciante. Mitad de los contratos que evaluó ni siquiera resultaban válidos en sentido jurídico. Los hombres de negocios primariamente confían en relaciones de largo término y se valen de maneras formales e informales de asegurarse contra circunstancias inusuales que pueden frustrar el cumplimiento de obligaciones (N. Roos, "NICE Dreams and Realities of European Private Law", en M. Van Hoecke (Editor), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, p. 124).

⁸⁴ B. Goldman (nota 50), p. 20.

⁸⁵ L. Craig / W. Park / J. Paulsson (nota 58), p. 626.

⁸⁶ V. Ruiz Abou-Nigm (nota 2), p. 102.

⁸⁷ B. Goldman (nota 50), en T. E. Carbonneau (nota 103), p. 19.

derecho⁸⁸, con las siguientes características: generalidad, accesibilidad y predictibilidad. También se habla de la coercibilidad como requisito de lo jurídico –aunque al respecto quedan dudas, sobre todo en materia de derecho internacional público–. En lo que atañe a la *lex mercatoria*, un fallo aplicándola, si no se cumple espontáneamente, se ejecuta por un tribunal estatal. Y esto ha ocurrido en más de un juzgamiento francés y ha hecho lo propio el Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales. Los contratos que se remitan a *lex mercatoria* no serán, como consecuencia de todo lo dicho –concluye Goldman–, contratos sin ley (*contrats sans loi*), porque los gobernarán reglas jurídicas, lo cual quiere decir que quienes las aplican no obran como amigables componedores, sin perjuicio de que estos decidan recurrir en sus soluciones de justicia a reglas más equitativas para el comercio internacional que locales⁸⁹.

Desde el punto de vista práctico, en el derecho comercial internacional evitar el conflicto es infinitamente más importante que resolverlo. Puede evitárselo al localizar la transacción en un país determinado, equiparándola a transacción doméstica o al adoptar una regulación autónoma a la transacción⁹⁰. Dice Lowenfeld que no caben dudas de que la *lex mercatoria* puede ser una alternativa al sistema de conflicto de leyes que nacionaliza la transacción, cuya búsqueda es frecuentemente artificial y no lleva a resultados concluyentes, y también un sustituto a la aplicación de reglas inconsistentes con las necesidades y los usos del comercio internacional, adoptadas por los Estados teniendo en mira transacciones internas y no internacionales⁹¹. Es cierto que la *lex mercatoria* no es completa, pero –como bien señala Lalive– el sistema jurídico doméstico solo tampoco puede ser considerado completo⁹².

En el medio de detractores radicales y defensores se encuentra un tercer grupo –según Eugen Lancen– de quienes observan un progresivo desarrollo de la *lex mercatoria* y desean su eventual consolidación (“*cautious well-wishers*”)⁹³.

A pesar de haber tenido reticencias –al menos inicial– sobre todo en el derecho inglés, el concepto se viene propagando en el orbe desde hace más de tres décadas, si bien en el mundo en vías de desarrollo existe aún un cierto recelo⁹⁴, coincidente con las resistencia que allí provoca aún hoy el principio de la autonomía de la voluntad, que constituye el pilar en el cual se asienta la actividad jurídica transfronteriza. En los Estados Unidos –destaca Dalhuisen– la doctrina de la *lex mercatoria* ha sido mejor

⁸⁸ B. Goldman (nota 50), p. 20.

⁸⁹ B. Goldman (nota 50), p. 21.

⁹⁰ Schmitthoff (nota 35), p. 33.

⁹¹ A. F. Lowenfeld (nota 107), p. 85.

⁹² Lalive, P., “Transnational (or Truly International) Public Order and International Arbitration, Commentary – Full Section”. En: *ICCA Congress Series*, Nº 3, New York, 1986, después de la nota 186.

⁹³ H. J. Berman / F. J. Dasser (nota 33), p. 55.

⁹⁴ Y. Derains / E. A. Schwartz (nota 92), p. 269.

recibida, debido a los avances experimentados desde los años 1930 en el enfoque conflictualista entre los Estados que conforman aquel país, aun cuando allí el desarrollo moderno de la disciplina no analice la cuestión en términos de un emergente superderecho, sino como interpretación del propio derecho interestatal⁹⁵.

A modo de evaluación, refiere Juenger que a medida que las transacciones transnacionales aumentan, leyes hechas principalmente para consumición local revelan reiteradamente sus deficiencias como normas para la resolución de disputas internacionales⁹⁶. En palabras del gran jurista David, "la idea del abogado que aspira a someter el comercio internacional, en cada caso, a uno o más sistemas nacionales, no es sino un *'bluff'*. Los hombres prácticos se han liberado de ella hace mucho tiempo, por medio de contratos estándares y del arbitraje"⁹⁷.

No sin razón ha sido señalado que demasiado peso ha sido puesto en la expresión⁹⁸. De allí que, desde una perspectiva más pragmática, se ha dicho que la pregunta no debería ser: *¿lex mercatoria*, sí o no?, sino: ¿cuándo y cómo?; es decir, lo que últimamente importa es el grado en que los Estados hoy día permiten que las partes, en un contrato comercial internacional, se refieran a ella para escapar a la aplicación de leyes domésticas. De hecho, el Instituto de Derecho Internacional, en estudios llevados a cabo a principios de los años noventa, dedicó poca o hasta ninguna atención a la cuestión teórica de la naturaleza de las reglas y si representan o no un orden independiente, para enfocar directamente la cuestión práctica de la validez y ejecutabilidad (*enforceability*) de fallos basados en derecho transnacional por tribunales domésticos⁹⁹. Ello demuestra que se está ante algo más que un concepto académico, a pesar de lo cual la cuestión no deja de resultar controvertida¹⁰⁰.

Por su parte, dice Borchers que es equivocada la pregunta de si la *lex mercatoria* existe o no, porque estamos ante una cuestión semántica con respecto a la denominación que se da a dicho enfoque. Resulta plenamente admisible el debate de

⁹⁵ J. H. Dalhuisen (nota 47), p. 121.

⁹⁶ F. K. Juenger (nota 6), p. 265.

⁹⁷ R. David (nota 7), citado por F. K. Juenger (nota 6), p. 265. Expresa Kozolchyk que para el comerciante, la certeza que le lleva a invertir o comerciar en un determinado país o mercado es el sentimiento que nace en sus entrañas de que obtendrá ganancias con base en la información recibida sobre el mercado y sus participantes. Si el comerciante no se siente seguro sobre la posibilidad de obtener su retorno, se abstendrá de comerciar o invertir, y en este sentido tratará de estar lo más cercanamente posible a prácticas que conoce y son con las que se siente comfortable (Kozolchyk, B., "The UNIDROIT Principles as a Model for the Unification of the Best Contractual Practices in the Americas, en Frédérique Mestre y Patricia de Seume", Edición, Los Principios de UNIDROIT: ¿Un derecho común de los contratos para las Américas?, UNIDROIT, 1998, pp. 107-108).

⁹⁸ L. Craig / W. Park / J. Paulsson (nota 58), p. 625.

⁹⁹ Passer citado por M. Bonell (nota 3), p. 1.

¹⁰⁰ L. Craig / W. Park / J. Paulsson (nota 58), pp. 337-338.

si la solución sustantiva, en oposición a la conflictual, es mejor, o en su caso la discusión sobre cuál es la solución apropiada sustantiva, pero preguntar si existe dicha solución sustantiva es como preguntar si el número tres existe. El debate relevante no es entonces, concluye Borchers, acerca de la existencia, sino la utilidad de las distintas soluciones¹⁰¹.

IX. Fuentes de la *lex mercatoria*

Una concepción amplia considera comprendidos como fuentes de la *lex mercatoria* al derecho internacional público, los tratados y leyes uniformes, los principios generales, las reglas de organizaciones internacionales, los usos y costumbres, los contratos estándares y los laudos arbitrales publicados. En tanto que dentro de la concepción restringida de Goldman se comprenden meramente principios, usos y costumbres internacionales¹⁰².

Otro debate se relaciona con el orden de prelación de las fuentes. Por ejemplo, expresa Dalhuisen que la *lex mercatoria* constituye una jerarquía de normas de diferentes fuentes del derecho que son todas aplicables, y entre las cuales continúan figurando las reglas domésticas, pero con diferente grado de incidencia, dependiendo de los hechos del caso¹⁰³.

¹⁰¹ P. J. Borchers (nota 93), pp. 150-151. En parecidos términos se pronuncia Juenger (F. K. Juenger (nota 6)).

¹⁰² O. Landö (nota 11), p. 750. De allí que, también jugando con la variante terminológica, Goode emplea la expresión derecho comercial transnacional (transnational commercial law) para referirse a un derecho que no es singular o producto de un sistema doméstico en particular, sino representa una convergencia de reglas derivadas de diversos regímenes jurídicos, e incluso un elenco de normas enteramente supranacionales que tienen fuerza derivada de su observancia por la comunidad mercantil. Son las "reglas" y no meramente las acciones o eventos que cruzan las fronteras. Esta concepción incluye la totalidad de los principios y las reglas, sean consuetudinarios, convencionales, contractuales o derivados de cualquier otra fuente. En tanto que reserva Goode al término *lex mercatoria* la acepción restringida de Goldman, para quien constituye solo la parte derecho mercantil internacional consuetudinaria, es decir, no codificada o no cristalizada en leyes o tratados adoptados por los distintos países. Con esta distinción, inmuniza Goode el concepto de cualquier positivismo, entendido como corriente doctrinaria que solo admite como derecho las normas jurídicas que tengan origen estatal. Ello en el entendimiento de que el orden jurídico supranacional o transnacional comprende, además de acuerdos internacionales, usos, costumbres y principios de derecho internacional (ver R. Goode (nota 36), p. 2).

¹⁰³ Un derecho uniforme supranacional se consolidará cada vez más, emergente de principios jurídicos fundamentales del derecho comercial internacional (pacta sunt servanda, buena fe, etcétera) (J. H. Dalhuisen (nota 47), p. 100). Integran también este derecho supranacional los usos y costumbres, los tratados uniformes, las directivas comunitarias, y los principios comunes a los distintos sistemas jurídicos (common legal principles) (J. H. Dalhuisen (nota 47), p. 97). Desde una perspectiva doctrinaria, pero amparándose en su dilatada experiencia como académico y práctico en materia de

En perspectiva, expresa Oppetit que existen dos posibilidades con respecto a la *lex mercatoria*. Una, que constituye una especie de fondo común de normas que permite al juez, y sobre todo al árbitro, resolver los litigios con entera libertad, sin que esté obligado a respetar la jerarquía y el contenido de normas ubicadas en estricta ordenación jurídica. Aquí existen nuevamente dos variantes. La minimalista reduce la *lex mercatoria* a un sentido de equidad (Bredin). Y la variante maximalista la incluye entre las normas de todos los orígenes relativas a las relaciones económicas internacionales (Goldman). Estas tendencias tienen en común que disuelven en realidad la *lex mercatoria* en otras nociones, a pesar de que se pretenda que esta las absorba, y se le hace perder, de esta manera, su especificidad. De allí el reproche que le hizo, por ejemplo, Mustill a esta doctrina¹⁰⁴.

Otra posibilidad es la de asignar a la *lex mercatoria* un significado preciso, y entonces se debe necesariamente conceptualizarla con el mismo rigor que se utiliza para cualquier otra categoría de normas. Debería, como consecuencia, precisarse su contenido en relación con otras normas así como su ubicación dentro del ordenamiento jurídico. Si se admite la juridicidad de la *lex mercatoria*, cabe preguntarse cuál es su relación con respecto a los órdenes jurídicos estatales o interestatales. ¿Independencia? ¿Igualdad? ¿Subordinación?¹⁰⁵

Señala también Oppetit que no sería descabellado encaminar la búsqueda dentro de una perspectiva de unidad del ordenamiento jurídico, de ninguna manera incompatible con una concepción pluralista de las fuentes del derecho. Autonomía de los diversos modos de creación del derecho no implica ni separación ni subordinación entre distintos sistemas de normas, sino más bien armonía y coherencia, lo que no impide de modo alguno el reconocimiento de la preeminencia de ciertas normas o de ciertos principios¹⁰⁶.

De hecho –como bien lo destaca Bell–, nos encontramos ante un pluralismo jurídico de fuentes, algunas supranacionales, otras nacionales y otras subnacionales, como cuerpos regulatorios de profesiones, u organizaciones de la sociedad civil que tienen un privilegiado estatus en deliberaciones del bien común y en formar conciencia

derecho comercial internacional, Dalhuisen ensaya una prelación entre estas fuentes, que parte de los principios fundamentales y solo por último, luego de contempladas las disposiciones contenidas en tratados, en el propio contrato, los usos y costumbres, entre otros, se aplicarían las leyes domésticas conforme al mecanismo conflictual del derecho internacional privado (J. H. Dalhuisen (nota 47), p. 99).

¹⁰⁴ Oppetit, Bruno, *Teoría del Arbitraje*, Traducido por: Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinoza y José Joaquín Caicedo Demoulin, Legis Editores, Bogotá, 2006, pp. 208-209.

¹⁰⁵ B. Oppetit (nota 131), pp. 210-211.

¹⁰⁶ B. Oppetit (nota 131), pp. 212-213.

pública pero que están formalmente fuera de las relaciones entre el individuo y el Estado¹⁰⁷.

Las complejidades del debate teórico llevan a que antes que aludir a “fuentes”, algunos prefieren referirse a los “elementos” de este derecho supranacional¹⁰⁸. Lando identifica ocho elementos: derecho internacional público, leyes uniformes, principios generales, reglas de organizaciones internacionales, usos y costumbres, contratos estándares y laudos arbitrales publicados, además de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y de tribunales nacionales interpretando o aplicando instrumentos internacionales o usos¹⁰⁹.

En esta línea señala De Ly que en el fondo el problema no es el relativo a las fuentes de estas reglas, sino cómo los jueces deberían operar con problemas mercantiles internacionales y cómo deberían los juzgadores utilizar su discreción. Es decir, la atención se traslada de las fuentes formales del derecho a la metodología de adjudicación que hagan jueces o árbitros¹¹⁰, más aun considerando –como lo expresa Vogenauer– que hoy día se acepta ampliamente en los distintos sistemas que la aplicación e interpretación del derecho es, en cierto sentido, un proceso creativo que genera nuevo derecho¹¹¹.

De allí la particular importancia dada hoy día a las teorías relativas a argumentación y a cómo utilizar las distintas fuentes o elementos para el razonamiento jurídico, lo que adquiere particular valor en materia de contiendas transfronterizas y puntualmente en el arbitraje.

Bien señala Perelman que los raciocinios jurídicos son acompañados por incesantes controversias, tanto por eminentes juristas como por juzgadores que actúan en los más prestigiosos y diversos tribunales. Estos desacuerdos obligan las más de las veces a imponer una solución mediante autoridad. Es en esto que el raciocinio jurídico se diferencia del de las ciencias, especialmente las deductivas, en las cuales es más fácil llegar a un acuerdo sobre las técnicas de cálculo y de medición, y de aquel que

¹⁰⁷ Bell, John, “Public Law in Europe: Caught Between the National, the Sub-National and the European?”. En: M. Van Hoecke (Editor), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, p. 260.

¹⁰⁸ Dos escuelas que reflejan actitudes distintas hacia el proceso jurídico. Una cultiva la ley y el precedente. El legislista apunta siempre a insertar el caso bajo una provisión legal o precedente. El inventor no hace lo mismo con las fuentes de autoridad. Ve el caso en sus diferentes aspectos, pesa las consideraciones opuestas y hace su elección. A veces cuando inventa la solución nueva actúa como un “ingeniero social” (Landö, O., “The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration” (1985) 34 ICLQ 747, p. 752).

¹⁰⁹ R. Goode (nota 36), p. 4.

¹¹⁰ F. De Ly (nota 49), p. 315.

¹¹¹ Vogenauer, Stefan, “Sources of Law and Legal Method in Comparative Law”. En: *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2006, pp. 885-886.

encontramos en filosofía y en las ciencias humanas, en las cuales, a falta de un acuerdo y en ausencia de un juez para cerrar los debates con su sentencia, cada uno permanece en sus posiciones. Por ser casi siempre controvertido, el raciocinio jurídico al contrario del raciocinio deductivo puramente formal, solo raramente podrá ser considerado correcto o incorrecto, de un modo, por así decir, impersonal¹¹². Raras son las situaciones en que las buenas razones a favor de una solución no sean contrabalanceadas por razones más o menos buenas a favor de una solución diferente. La apreciación del valor de estas razones muy raramente puede ser reducida a un cálculo, un peso o una medida¹¹³.

X. Límites de la *lex mercatoria*

Aun siendo un ferviente y radical propulsor doctrinario de la nueva *lex mercatoria*, Goldman reconoce que no tiene estatus de monopolio para resolver disputas transnacionales. Además del derecho internacional público que pudiera tener virtualidad en un caso dado, los derechos nacionales también tienen qué decir.

Ello, por ejemplo, tratándose de capacidad de las partes, de vicios de la voluntad, de poderes o representación¹¹⁴, como así también en cuestiones relativas al derecho de propiedad en transacciones transfronterizas, como las transferencias de títulos y la creación de garantías, o los derechos de propiedad condicional en activos vendidos para proteger productos financieros de créditos de una compraventa¹¹⁵. Asimismo, se necesita del apoyo del derecho nacional para ejecutar acuerdos extranjeros que han aplicado sus reglas¹¹⁶.

¹¹² Perelman, C., *Lógica Jurídica*, Traducción al portugués de la Edición de 1979, São Paulo, Editorial Martins Fontes, 2000, p. 8.

¹¹³ C. Perelman (nota 139), p. 9.

¹¹⁴ Sobre el "método uniforme" y método conflictual", señala Péreznieto Castro que el derecho conflictual ha probado ser indispensable para resolver ciertos problemas que no puede hacerlo el derecho uniforme, como la remisión a instituciones que cada derecho nacional tiene arraigadas, como "domicilio, capacidad, "propiedad", etcétera (Péreznieto Castro, L., *Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie H: Estudios de Derecho Internacional Público, Núm. 27, Universidad Nacional Autónoma de México, México, DF, 1998, p. 210).

¹¹⁵ J. H. Dalhuisen (nota 47), p. 16.

¹¹⁶ Destaca Maniruzzaman que la *lex mercatoria* como derecho sustantivo no eliminará el problema de conflicto de leyes, por existir cuestiones de orden local o hasta internacional que no están comprendidas en ella (A. F. M. Maniruzzaman (nota 77), p. 11). De allí que se hable de la coexistencia entre reglas de conflicto y "derecho espontáneo" (Y. Loussouarn / P. Bourel / P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 8e édition, Éditions Dalloz, 2004, pp. 73-74). En este sentido señala Basso que es irrefutable la constatación de que la nueva *lex mercatoria* resulta la más adecuada para regular el contrato internacional, a pesar de que no es posible una referencia directa a la nueva *lex mercatoria* por sí sola, pero si concurrente con uno o varios sistemas nacionales de

Por lo demás, la *lex mercatoria* no tiene el poder de eliminar las reglas imperativas del derecho aplicable según el mecanismo del conflicto de leyes, siendo descartada cuando resulte aplicable una regla estatal imperativa¹¹⁷. Incluso, como se verá en el último capítulo, en caso de que en el foro tenga una regla material destinada a regir las cuestiones internacionales, hay que asegurarse primero que sea la ley del foro la que será aplicable: es decir, el método de reglamentación directa de las relaciones internacionales por medio de una regla material debe utilizarse indefectiblemente en combinación con el método indirecto de las reglas de conflicto¹¹⁸. Esto guarda relación con las normas imperativas.

De modo que, como bien refiere Fauvarque-Cosson, el derecho internacional privado seguirá subsistiendo, pese a los avances en materia de unificación substantiva y, consecuentemente, sigue abierto el debate entre internacionalismo (*internationalism*) y conflictualismo (*conflictualism*)¹¹⁹.

derecho (M. Basso, *A Autonomía da Vontade nos Contratos Internacionais do Comércio*, en *Direito e Comércio Internacional, Tendencias e Perspectivas, Estudos em Homenagem a Irineu Strenger*, Editora LTr, São Paulo, 1994, p. 64). Boggiano, a su vez, considera que la *lex mercatoria* puede ser concebida como un conjunto de reglas y principios dentro de ellos, en los intersticios y límites que los sistemas de derecho internacional privado les dejan para crear (Boggiano, A., *Curso de Derecho Internacional Privado*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 780).

¹¹⁷ Santos Belandro, R., *El Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Segunda Edición, Rosario, 1998, p. 89.

¹¹⁸ Mayer, Pierre, "El Derecho o las Normas Aplicables al Fondo de la Controversia". En: Rivera, Julio C. y Diego P. Fernandez Arroyo, *Contratos y Arbitraje en la Era Global*, Primera Edición, Ed. CEDEP y ASADIP, Asunción, Paraguay, 2012, p. 12.

¹¹⁹ Fauvarque-Cosson, Bénédicte, "Comparative Law and Conflict of Laws: Allies or Enemies? New Perspectives on an Old Couple". En: *American Journal of Comparative Law*, Summer, 2001, 49 Am. J. Comp. L. 407, pp. 409 y 415. Expresa Fresno de Aguirre que la polémica entre conflictualismo vs. sustancialismo ha perdido. La elección del método depende del tema. A mayor comunidad de principios o intereses, más posibilidades de llegar a soluciones materiales supranacionales. Fresno de Aguirre, Cecilia, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Parte General, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2001, p. 41.