

SILVA, Jorge Alberto (coord.), *Estudios sobre lex mercatoria. Una realidad internacional*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, 340 pp.

La obra *Estudios sobre lex mercatoria*, editada por el profesor Jorge Alberto Silva, reúne once tan diversos como interesantes estudios sobre el fenómeno jurídico denominado *lex mercatoria*. Esta obra colectiva delicadamente equilibra perspectivas europeas y latinoamericanas, así como las opiniones de juristas consagrados con las de autores de una incipiente generación de internacionalistas. Dentro de esta diversidad de aproximaciones al estudio de la *lex mercatoria*, encontramos sin embargo temas comunes, como lo son el análisis histórico de *lex mercatoria*; la comparación entre la “antigua” y la “nueva” *lex mercatoria*; las relaciones entre *lex mercatoria* y derecho nacional, o más generalmente entre mercado y Estado; la discusión sobre el grado de “autonomía” de la *lex mercatoria* respecto del derecho estatal; el debate sobre la naturaleza y contenido de la *lex mercatoria*; y el impacto de *lex mercatoria* en la teoría general del derecho. Esta obra colectiva nos brinda la posibilidad de reflexionar críticamente sobre el fenómeno jurídico de la *lex mercatoria* en general y, ciertamente, desde una perspectiva regional. En este sentido, es muy ilustrativo observar la visión latinoamericana sobre los desarrollos europeos en la materia; por otro lado, se ve también la perspectiva europea sobre lo que acontece en América Latina. Es de remarcar el interés de varios autores sobre los consulados hispanoamericanos y su relación con el actual debate en torno a la *lex mercatoria*. Creemos que aquí se podría abrir una línea de investigación promisoria. Propio del derecho continental, los autores, en general, parecerían preferir el análisis “teórico” al “positivo”. Existe en la obra una amplísima referencia a la “doctrina”, pero acaso no tantas referencias a la aplicación concreta de la *lex mercatoria* en la resolución de un caso. Esto es, cómo se aplica la *lex mercatoria*, qué artículo de qué ley se invoca, y cuál se deja de lado; cómo justifica un juez la aplicación de la *lex mercatoria*, en perjuicio de la ley nacional, y por qué. Estas son algunas preguntas cuyas respuestas tal vez queden pendientes.

En lo que sigue, realizamos una reseña de cada una de las contribuciones a la obra. Los cinco primeros ensayos refieren a los aspectos teóri-

Boletín Mexicano de Derecho Comparado
nueva serie, año XLVIII, núm. 143,
mayo-agosto de 2015, pp. 863-870

cos de la *lex mercatoria*; los tres siguientes están centrados en los aspectos históricos de la misma, mientras que los tres restantes enfocan a la *lex mercatoria* desde una perspectiva latinoamericana.

Francesco Galgano (“Los caracteres de la juridicidad en la era de la globalización”) centra el impacto de la globalización sobre el fenómeno jurídico. La globalización provoca una nueva universalización del derecho, que se manifiesta, por ejemplo, en un cambio en el sistema de fuentes. No es ya la ley (nacional, positiva) la que enmarca o formaliza la globalización, sino que es el contrato. El contrato es, según Galgano, la fuente del derecho propia de la globalización. Pero contra la dificultad, desgano o temor de las legislaciones nacionales para enmarcar, esto es regular, la globalización, los jueces, como órganos de una sociedad civil internacionalmente integrada, no tienen otra opción que enfrentarse y juzgar casos, concretos y reales, relativos a estos contratos uniformes internacionales. Entonces ¿cómo el juez *nacional* debe juzgar la validez de contratos *internacionales*?, ¿por medio de las normas de su propio derecho nacional que tal vez determinen la nulidad del contrato?; un contrato que, si no fuera por la aplicación de las normas nacionales, parecería perfectamente válido; un contrato que además es utilizado multiplicidad de veces y válidamente por las otras “naciones civilizadas”. El juez será inducido a considerar no sólo sus leyes nacionales positivas, sino también los “principios jurídicos” comunes con aquellas otras naciones (con quien su país comercia, y con las que forma parte la comunidad internacional). “Lo que es válido en otras naciones puede no ser válido en mi país”, parecería concluir nuestro juez. Muchas sentencias se han basado en esta *ratio decidendi*, diferente (y acaso antitética) a la *ratio decidendi* propia del Estado constitucional de derecho, basado en la ley. Galgano nos invita a pensar en una posible reconciliación de estas dos diferentes racionalidades jurídicas. Acaso, concluye Galgano, los Estados ya no serán soberanos *uti singuli*; pero podrán serlo solamente *uti socii*, es decir como miembros de organizaciones internacionales capaces de gobernar los mercados globales.

¿Es la Unión Europea el modelo a seguir en el intento de lograr esta reconciliación entre el *ius civile* y el *ius mercatorum*, entre la democracia y el mercado? Esto parecería concluir Vittorio Olgati (“El nuevo pluralismo jurídico y la nueva *lex mercatoria* en la dinámica constitucional europea”). Para ello, analiza la capacidad normativa más o menos autónoma de las corporaciones transnacionales, contrastándola con la necesidad de rea-

firmación de los derechos fundamentales. Su análisis se enmarca en los procesos de desregulación económica y crisis del Estado constitucional. En este sentido, el autor señala el choque de lo que podría llamarse dos diferentes rationalidades jurídicas; la primera es, digamos, la tradicional rationalidad jurídica basada en el Estado de derecho, y la ley. La segunda, digamos “nueva”, sería la rationalidad jurídica basada, o derivada, de la globalización de los mercados comerciales y financieros y, por lo tanto, es una rationalidad jurídica “comercial”. Entre estas dos rationalidades, muy acertadamente define el autor, se presenta hoy una revitalizada “lucha por el derecho”. El autor concluye sosteniendo que el actual marco constitucional europeo, es acaso el intento más acabado de reconciliación de estas aparentemente contradictorias *ratio iuris*.

Adrián Rentería Díaz (“Nueva *lex mercatoria* y globalización: breves notas de teoría general del derecho”) se propone examinar los presupuestos de la *lex mercatoria* a la luz de los principios de la teoría general del derecho. El autor intenta en primer lugar una definición de la *lex mercatoria*, seguido por un breve análisis sobre los orígenes históricos de la *lex mercatoria*. El autor nos presenta seguidamente cómo, desde una perspectiva descriptiva, la “nueva” *lex mercatoria* se relaciona con los ordenamientos jurídicos nacionales, para concluir con una valoración sobre la función y el lugar de la *lex mercatoria* en la teoría general del derecho. En este sentido, en particular, el autor parece contraponer a la *lex mercatoria* como un producto a-nacional de la globalización, contra el derecho estatal. Este derecho estatal, nos recuerda acertadamente, es el resultado de un proceso democrático. Por lo tanto, este derecho nacional debería garantizar la aplicación de los principios fundamentales del Estado de derecho, interfiriendo, limitando, matizando, cuando sea necesario, la aplicación de este nuevo derecho transnacional.

Jorge Alberto Silva (“Resurgimiento de la *lex mercatoria*: la regulación de las relaciones comerciales internacionales”) se propone tres objetivos específicos. En primer lugar, precisar si la “nueva” *lex mercatoria* constituye una evolución de la “antigua” *lex mercatoria* medieval. Luego, determinar el contenido actual de la *lex mercatoria*. Y por último, establecer cuál es la relación entre la *lex mercatoria* y el derecho estatal. A tales fines, el autor ensaya una identificación del contenido de la *lex mercatoria*, incluyendo a los usos, costumbres y prácticas comerciales; los principios generales del derecho, y la codificación (tanto privada como oficial). Seguidamente, el

autor sintetiza las diferentes teorías que intentan explicar y conceptualizar este nuevo fenómeno jurídico, englobándolas en dos categorías. La primera está dada por las posiciones autonomistas, que consideran a la *lex mercatoria* como un fenómeno jurídico original, diferente y separado del derecho estatal. Mientras que la segunda posición “dependentista”, basa el fundamento último de la *lex mercatoria* en el derecho estatal. El autor parecería inclinarse por la conceptualización de la *lex mercatoria* como “usos y prácticas”, las que, sin embargo, no son “autónomas” pero deben ser, en última instancia, reconocidas de una manera u otra por el Estado.

Jorge Albornoz y Paula All (“La *lex mercatoria*, el *soft law*, y el derecho internacional privado”) nos proponen colocar el debate en torno a la *lex mercatoria* dentro de un marco quizá más amplio: cuál es el de la problemática del así llamado *soft law*. Los autores conceptualizan al *soft law* como un “conjunto no sistemático de reglas de diversa índole que, como nota común, ostentan la carencia de obligatoriedad *per se*”, y ubican a la *lex mercatoria* como una especie dentro del género *soft law*. A su vez, consideran tanto a la *lex mercatoria* como al *soft law* como los subproductos jurídicos de la globalización. Seguidamente, los autores nos brindan un panorama exhaustivo sobre diversas concepciones relativas la *lex mercatoria* y el *soft law*. Los autores concluyen tomando posición en el debate, al afirmar que, en última instancia la *lex mercatoria*, y el “derecho blando” en general, se apoyan u originan en el principio de autonomía de la voluntad, principio que se desenvuelve dentro de los marcos establecidos por el derecho positivo que así lo permite.

Sí, pero ¿realmente existió la *lex mercatoria*? Es lo que se propone examinar Zhandra Marin (“Negación de la *lex mercatoria* medieval: de la Feria de Saint Ives a los Consulados del Mar”). Inicialmente se nos propone una mirada escéptica. La autora se basa en un estudio sobre la aplicación del derecho en la Corte de la Feria de Saint Ives, Inglaterra. Según dicho estudio, esta Corte nunca aplicó realmente una *lex mercatoria*, entendida como un sistema jurídico autónomo, sino simplemente ciertos usos comerciales locales, los cuales se aplicaban conjuntamente con las leyes reales. Por otra parte, la Corte estaba a cargo de un abad nombrado por el rey. Y aun cuando la misma Corte de St. Ives, y luego los reyes ingleses, hacen referencia al término *lex mercatoria*, lo hacen siempre en un sentido laxo, preferentemente refiriéndose al derecho procesal. La autora contrapone luego sólidos argumentos históricos a favor la existencia de la *lex mercatoria*.

medieval, basándose en este caso en las regulaciones de los consulados hispanos. La autora remarca cómo estos consulados, establecidos por el rey, al momento de administrar justicia comercial, sí aplicaban un cuerpo más desarrollado, amplio y sistemático de usos y costumbres mercantiles, que llegaron incluso a compilarse por escrito. Como lección histórica de la vieja *lex mercatoria* sobre la nueva, la autora, en una opinión que compartimos, propone evaluar abiertamente las relaciones entre el sector privado (los comerciantes) y el sector público (el Estado) en la configuración de la nueva *lex mercatoria*.

Desde una perspectiva más amplia, Oscar Cruz Barney (“El derecho mercantil y el surgimiento de la organización jurídico consular en el mundo hispánico”) analiza también a los consulados hispánicos. El autor se concentra en el régimen jurídico del comercio hispano-indiano a partir del descubrimiento de América. Este descubrimiento, nos recuerda el autor, se presenta desde su incepción como una empresa comercial, en busca de nuevas rutas marítimas hacia Asia, y sujeta a las capitulaciones (o “contrato organizado en *capítulos*”) de Santa Fe del 17 de abril de 1492, que en materia comercial disponía que correspondía al rey todas las mercaderías que se hallaran en las tierras que fueran descubiertas, correspondiendo a Cristóbal Colón el 10%. El autor continúa con un repaso del sistema comercial establecido durante el periodo de los Austria (mercantilismo, y monopolio comercial en el comercio indiano), especificando las funciones de la Casa de Contratación, organismo encargado de la implementación de dichas políticas. La Casa de Contratación tenía plena jurisdicción mercantil y criminal en todo lo relacionado con el comercio y la navegación con las Indias, de acuerdo con las disposiciones del Consulado de Burgos. Con los Borbones (siglo XVIII) se libera el comercio indiano, y se desmantela poco a poco la Casa de Contratación, transfiriéndose sus funciones, entre otros, a los consulados a crearse en puertos habilitados. Los consulados eran asociaciones de comerciantes reconocidas por el rey, y que cumplían funciones administrativas, gremiales, educativas y, para lo que aquí nos interesa, jurisdiccionales. Los consulados poseían un tribunal con competencia especial para asuntos comerciales, cuyos jueces eran los propios comerciantes, esto es, no abogados profesionales, el proceso era oral y flexible, y la decisión final se basaba en los usos y costumbres mercantiles, antes que en el *ius civile*, o las Partidas. La jurisdicción consular siguió en vigor por mucho tiempo, aun después de la independencia de

las repúblicas latinoamericanas. El estudio del funcionamiento y la forma de aplicación del derecho por los tribunales consulares arroja una luz brillante sobre la problemática actual del arbitraje comercial internacional, la “nueva” *lex mercatoria*, y las relaciones entre en derecho a-nacional y el derecho estatal.

En esta misma línea histórica, Cristián Giménez Corte (“*Ius commune, lex mercatoria* y derecho internacional privado en retrospectiva y prospectiva”) estudia y compara los orígenes históricos del derecho civil, del derecho comercial y del derecho internacional privado. Con este objetivo, el autor analiza los distintos ámbitos de aplicación de cada una de estas ramas del derecho al momento de su nacimiento y su posterior desarrollo; asimismo, las relaciones que se establecen entre estas ramas, y las formas de coordinación y delimitación de sus respectivos ámbitos de validez. El autor intenta también explicar las razones y condicionamientos históricos de los diferentes “objetos” y “métodos” tanto del derecho civil como del derecho comercial, y demostrar cómo éstos se han reflejado en el propio objeto y método del derecho internacional privado. Este artículo pretende demostrar cómo estas líneas históricas se proyectan hasta la actualidad, y cómo la comprensión histórica del nacimiento del derecho civil y del derecho comercial pueden enriquecer el debate actual en torno del objeto, contenido, método y función derecho internacional privado contemporáneo. En particular, se analiza el funcionamiento de los tribunales mercantiles en el Bristol medieval, comparándolos con el funcionamiento de los consulados hispanoamericanos, y estableciendo las vinculaciones de estos tribunales “privados” con la autoridad “pública”.

Desde una misma perspectiva latinoamericana, José Carlos Fernández Rozas (“Un nuevo mundo jurídico: la *lex mercatoria* en América Latina”) nos presenta un exhaustivo estudio sobre la *lex mercatoria*. El autor enmarca su estudio comenzando con los grandes procesos de modernización iniciados por la mayoría de los países latinoamericanos hacia fines de la década de 1980, incluyendo los procesos de liberación económica, privatizaciones e integración regional. Dentro de estos procesos, se produce una incipiente recepción de los tratados internacionales de carácter mercantil (proceso acaso terminado con la reciente ratificación por Brasil de la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías), asimismo se produce una actualización del debate sobre la necesidad de unificación del derecho privado. En este orden de ideas,

el autor discute extensamente sobre la conveniencia de la codificación del derecho privado, e internacional privado, en foros regionales (como la CIDIP) o internacionales (como La Haya), y el rol de la *lex mercatoria* en este marco. Con respecto a la recepción o rechazo de la *lex mercatoria* por los países latinoamericanos, sobrevuela a lo largo del estudio la cuestión sobre el *rol del Estado* en la regulación de las relaciones privadas.

El artículo de Leonel Pereznieta Castro (“Consideraciones en torno a la *lex mercatoria*: el caso de México”) enfatiza las relaciones entre la enseñanza del derecho (como método), y el derecho mismo (como objeto). El autor remarca que la enseñanza del derecho en México se enfocó históricamente en el derecho nacional, lo que contribuyó a producir un desinterés o incomprendimiento del derecho internacional; circunstancia que sin embargo ha cambiado durante las últimas décadas, gracias principalmente al intercambio académico entre México y Estados Unidos. Asimismo, señala apropiadamente que la preferencia de México, y de Latinoamérica en general, por el derecho nacional se enraiza en la necesidad de afirmación del derecho nacional con respecto a los derechos extranjeros, sobre todo en los años posteriores a las guerras de la independencia latinoamericanas del siglo XIX. Finalmente, Pereznieta introduce un aspecto muy interesante pero poco estudiado en esta materia, cual es la pregunta sobre naturaleza de los criterios o reglas establecidos en los laudos emitidos por los paneles de arbitraje constituidos en el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, y sus efectos en el derecho interno mexicano.

Gilberto Boutin I (“La *lex mercatoria* en el derecho comercial internacional moderno: en su dimensión doctrinal, convencional y judicial del nuevo orden mercártico en América Latina”) estima que la *lex mercatoria* está basada en los usos y costumbres comerciales. Como tales, estos usos y costumbres son diferentes del derecho nacional positivo, son de origen a-nacional, y no llegarían a constituir un sistema jurídico completo o autónomo. El autor remarca la recepción, o reconocimiento “positivo” de los usos del comercio internacional por Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (la que, sin embargo, después de 20 años sólo ha sido ratificada por dos países). Seguidamente, y con especial referencia al derecho panameño, el autor nos reitera una de las preguntas claves de este tema: ¿cuál es el fundamento de aplicación de *lex mercatoria* a-nacional por autoridades nacionales? La única funda-

mentación posible es calificar a la *lex mercatoria* como un “uso comercial” previstos en los códigos de comercio. Claro que esto implica una reconceptualización del significado “usos comerciales” ya que la *lex mercatoria* incluye una pluralidad normativa que excede el concepto tradicional de “costumbre”. Sin embargo, este criterio amplio, o amplísimo, de los que debe entenderse por “usos comerciales” es receptado por la jurisprudencia panameña, cuya Corte Suprema consideró, y aplicó, la Guía Jurídica de la CNUDMI sobre Transferencia Electrónica de Fondos, como un uso comercial. El autor concluye afirmando que la *lex mercatoria* a-nacional ha sido reconocida a nivel convencional, legal y jurisprudencial. Quedaría por determinar si éste es un reconocimiento no excesivamente amplio, y si los sistemas nacionales no deberían reservarse un derecho de control sobre el contenido material de este nuevo derecho transnacional.

Cristián GIMÉNEZ CORTE