

**LA LEX MERCATORIA: UNA APROXIMACIÓN
DESDE LA PERSPECTIVA DEL SEMINARIO
“ÉTICA, HERMENÉUTICA E INTERPRETACIÓN”**

Claudia G. Matute Morales

*Docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Universidad de Carabobo*

LA LEX MERCATORIA: UNA APROXIMACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL SEMINARIO DOCTORAL "ÉTICA, HERMENÉUTICA E INTERPRETACIÓN"

RESUMEN

En el derecho internacional es muy conocida la controversia sobre la existencia de un ordenamiento jurídico regulador del comercio internacional, también denominada doctrina de la *lex mercatoria*. Los diferentes argumentos en debate sobre este pretendido cuerpo autónomo de prácticas comerciales transnacionales enraizado en la Edad Media, se presentan como irreconciliables, sin embargo, todos ellos se basan en postulados comunes que a lo largo de la historia han transitado los caminos desde el *Ius Commune* a la Codificación, posteriormente de la Codificación a la Decodificación y recientemente hacia la recodificación, como producto del proceso de globalización económica, la adopción de principios comunes y la creciente armonización de normas contractuales. Independientemente del contenido que la antigua *Lex Mercatoria* haya tenido, la actual *Lex Mercatoria* o "Nueva *Lex Mercatoria*" mantiene las mismas características, entre ellas la flexibilidad, tan atractiva para los operadores internacionales, la cual se espera no se vea afectada con una "excesiva" codificación mientras se persigue su consolidación.

Palabras clave: *Lex Mercatoria* - *Ius Commune* - Codificación - Decodificación Recodificación - Nueva *Lex Mercatoria*

**LEX MERCATORIA: AN HISTORICAL PERSPECTIVE
THROUGH DOCTORAL SEMINAR "ETHICS,
HERMENEUTICS AND INTERPRETATION"**

ABSTRACT

The existence of a legal order regulating international commerce, also called Lex Mercatoria doctrine, is a well known controversy in international law. The different arguments on debate about this purported autonomous body of transnational commercial rules rooted in the Middle Ages, are presented as irreconcilable but all of them are grounded on a common base trough history from *Ius Commune* to codification, from codification to Decodification and finally to recodification, as the result of recent developments such as the process of economical globalization, the adoption of bodies of codified principles of contract law and the increasingly harmonization of contract laws. What ever the basis and content of the ancient Lex Mercatoria may have been, the current Lex Mercatoria or "New Lex Mercatoria" has many of the same characteristics, among others the flexibility, that makes it attractive to users but it may be affected by "excessive" codifications as they seek to solidify the Lex Mercatoria.

Key Words: Lex Mercatoria - *Ius Commune* - Codification - Decodification Recodification - New Lex Mercatoria

**LA LEX MERCATORIA: UNA APROXIMACIÓN DESDE
LA PERSPECTIVA DEL SEMINARIO DOCTORAL "ÉTICA,
HERMENÉUTICA E INTERPRETACIÓN"**

SUMARIO

- 1. Introducción**
- 2. El Ius Commune**
- 3. La Edad Media**
- 4. La Era de la Codificación**
- 5. La Decodificación**
- 6. La Recodificación**
- 7. La Nueva Lex Mercatoria**

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

LA LEX MERCATORIA: UNA APROXIMACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL SEMINARIO DOCTORAL "ÉTICA, HERMENÉUTICA E INTERPRETACIÓN"

1. INTRODUCCIÓN

Ha sido todo un reto el escribir acerca de un tema que me apasionado desde hace ya algún tiempo, pero ya no hacerlo desde la perspectiva dogmática de la disciplina comercial sino desde la perspectiva de las herramientas facilitadas en el Seminario Doctoral: "Ética, Hermenéutica e Interpretación", toda vez, muchos de los conceptos estudiados en este Seminario eran abordados luego de muchos años de haberlos trajinado por primera vez.

Nos fue encomendado el realizar un estudio en el cual deberíamos abordar un tema de nuestra área de conocimiento, pero colocando especial atención a los cambios en los cuales la hermenéutica¹ lo había influenciado. Y habiendo de antemano escogido el tema referido, la Lex Mercatoria², el reto que se presentaba era la identificación de los momentos destacados en la evolución de la misma y entrelazarlos con el pensamiento de la época.

Fue de gran utilidad el Dossier de lecturas preparado por el Profesor Emilio Urbina así como la facilitación de dos artículos de su autoría titulados: "*Glosa y Postglosa en la Biblioteca Colonial Javeriana*" y "*El puente dialéctico argumentación/interpretación en el pensamiento jurídico del no jurista Paul Ricoeur*". Pero no fue sino hasta luego de haber asistido a la Conferencia Homenaje al Bicentenario del Código de Comercio Francés de 1807, luego de escuchar las palabras de la Profesora Tatiana Maekelt y la Conferencia Magistral dictada por M. Peyramour, cuando se iluminaron en la pantalla de mi mente las palabras codificación, descodificación y recodificación, que luego se convertirían en el hilo conductual de este estudio.

Este estudio se centra en la tendencia actual en el mundo de la utilización del denominado *ius commune*, surgido en la Edad Media, para

las negociaciones globales o supranacionales contemporáneas. El tema en cuestión será desarrollado tomando en consideración el fundamento histórico de la aplicación de este ordenamiento costumbrista, que se extiende por el planeta y cuya uniformidad y términos comunes son empleadas en las relaciones contractuales imperantes dentro del mundo global.

Esta *Lex Mercatoria*, continúa manteniendo la importancia que tuvo durante la Edad Media, época en la cual era la única normativa reguladora del comercio; e inclusive se puede afirmar que continúa en la actualidad siéndolo con mayor intensidad, si se toma en cuenta que ya no es la única que regula el comercio, sino que además posee factores de mayor complejidad³ como la ampliación de sus actores y ámbito geográficos, así como el hecho de tener que competir con los derechos nacionales.

Tomando en consideración que los pilares en los cuales se han sostenido las estructuras tradicionales del Derecho por más de nueve siglos se han caracterizado por concebirlo dentro de la familia romanista y caracterizado como un Derecho de tipo formal, positivista, local y principalmente controlado por los Estados, vale destacar que en la actualidad, estos preceptos se han reconfigurado de manera considerable al encontrarse la sociedad frente a una serie de fenómenos los cuales hacen necesaria una interpretación jurídica diferente. Nos referimos a los fenómenos de mundialización o simplemente globalización.

Pudiese a primera vista plantearse el resurgimiento de la *Lex mercatoria* medieval en la globalización, la cual muchos han llamado la *Nueva Lex mercatoria* para referirse a este remozamiento de la misma. Todo este ante la observancia de una potencial caída del orden jurídico positivo implantado por un Estado-Nación en debilitamiento⁴, el cual ha pasado de ser protagonista y regulador, para dar cabida a la descodificación, manifestada en producción de reglas y normas destinadas a regir jurídicamente la vida privada y de negocios, mediante la implementación del *ius commune*. Este último considerado como de orden jurídico autónomo, no estatal y sin fronteras, retornado del pasado para la regulación de los contratos del mundo económico global⁵ de hoy.

Con este propósito se estudia la antigua *Lex Mercatoria* como antecedente medieval de la actual *Lex*. Con posterioridad lo relativo a las etapas de codificación, descodificación y recodificación de la materia mercantil para luego abordar a esa Nueva *Lex*⁶ a partir de sus manifestaciones así como las iniciativas plasmadas en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, los Principios sobre los contratos internacionales de UNIDROIT, las Reglas y Usos Uniformes para Crédito Documentario y algunos iconos en la jurisprudencia arbitral en los cuales se hace expresa referencia a la misma.⁷

Se trata de un texto sujeto a mayor investigación. Lo considero apenas un "paper" que no se encuentra completamente terminado, debido al mayor verdugo el nuestros días... el tiempo. Tal como señala Boaventura de Sousa Santos, el siglo XX ha transformado el tiempo, en falta de tiempo.⁸ Así observamos como la prisa se convierte en la respuesta del jurista desconcertado o perplejo ante esa transformación del tiempo jurídico⁹. Pero a pesar de ello, he disfrutado cada minuto de las horas dedicadas a este proyecto, sin embargo esta nueva forma de abordar el Derecho, desde la perspectiva de los conocimientos adquiridos en este Seminario Doctoral, considero que ha marcado profundamente mi formación como jurista y ya nunca nuestra ciencia podrá ser vista con los mismos ojos.

2. EL IUS COMMUNE

En la comprobación de la práctica jurídica del Derecho Privado, se observa a escala mundial un despliegue de una especie de *Ius Commune*, el cual, derivado de manera preponderante del common Law, con fuente que privilegia la autonomía de la voluntad y el cual está delegando la resolución de sus conflictos a instancias arbitrales¹⁰ de igual manera formadas en el Common Law.¹¹ Hoy en día, los negocios jurídicos globales, se realizan y se rigen conforme a este Derecho Común, subsistiendo simultáneamente, por debajo de él los derechos positivos locales, en su mayor parte diseñados bajo el modelo del Civil Law.

Puede observarse entonces el coexistir de dos ordenamientos jurídicos con tradiciones jurídicas diferentes. La primera que pudiese ser considerada superior en el sentido de abarcar mayores zonas geográficas, así como el hecho de que rige asuntos de gran trascendencia económica y con una lengua común, como lo es el inglés; y la segunda, la relativa a los derechos nacionales, de dispersión local y con un ámbito de aplicación menor, con diversidades de idiomas. Pudiese observarse entonces haciendo una especie de analogía histórico-jurídica, el hecho de la superposición del orden jurídico romano en relación con sus dominios, u órdenes locales con quienes mantenía una supremacía sin destruirlos además de una *lingua franca*, el latín.

A la elaboración pretoriana según las *responsa prudentium*, sucede la codificación justiniana; a su costado insurge en el Medioevo una fragmentación de estatutos locales, sobre los cuales se fue creando un *ius commune*¹² de fuente jurisprudencial, cuando se redescubre el derecho romano imperial; a ello sucede la elaboración del derecho *more geométrico* que culmina en la codificación, hoy desmigajada en abundantes regulaciones fragmentarias, al tiempo que surge un nuevo *ius commune* con fuente en la autonomía de voluntad y con matriz en el *common law*. Si se acepta esta periodización amplia, nuestro tiempo, jurídicamente hablando, se ubicaría en correspondencia histórica con el Medioevo europeo, cuando se produce la recepción del derecho romano.¹³

3. LA EDAD MEDIA

Definir el sentido o el nacimiento de la *Lex Mercatoria* sería tan difícil como demarcar el nacimiento del Derecho comercial como un fenómeno separado del comercio. No puede determinarse específicamente el momento en el cual nace la ley de los comerciantes, el antecedente inmediato a las relaciones jurídicas comerciales tal y como las conocemos hoy. Su evolución como un fenómeno jurídico está inevitablemente ligado al Derecho como un fenómeno que se cristalizó, y que bien podría tratar de delimitarse espacial y temporalmente usando como fecha inicial el redescubrimiento del Digesto hasta la consolidación del *Ius Commune* como un cuerpo normativo claramente definido. Si

se puede, sin embargo, hablar de un antecedente histórico en la época medieval de Europa Central.

La historia del Derecho, dedica buena parte de sus mejores páginas para el estudio y tratamiento del fenómeno jurídico durante lo que se conoció como la edad media. Tiempo donde si bien no existe una plausible originalidad en la concepción que modernamente hemos formulado sobre el [orden jurídico], ello respondía en buena medida a su subordinación frente a la teología. Sin embargo, a finales del siglo XI, revive en las nacientes universidades europeas un fervor nunca visto hacia el estudio detallado del Derecho Romano, en especial, sobre la denominada etapa de la *jurisprudencia clásica* recogida en el *Corpus Iuris Civilis* justiniano. Este despertar del antiguo Derecho Romano en la Europa medieval, no sólo trajo consigo el abandono sobre cualquier esfuerzo académico por comprender la inconexidad del Derecho vigente para ese momento, sino la consolidación de pujantes centros de estudio que posteriormente graduaron insignes comentaristas conocidos como glosadores y postglosadores.¹⁴

Durante la Edad Media se generó el conflicto duradero entre el Derecho Común y los Derechos particulares; éstos tuvieron un triunfo momentáneo pero muy relevante en la codificación contemporánea, aunque hoy parece abrirse camino un nuevo Derecho Común.¹⁵

Es entonces en este siglo cuando luego este acontecimiento de suma importante histórica como lo fue el citado *Corpus Iuris Civilis*, surge la escuela de los glosadores y se crea la Universidad de Bolonia, lo cual dio inicio a un proceso de unidad de la cultura y de la educación jurídicas europeas. Los glosadores boloñeses eran prácticos y también profesores. Enseñaban mediante la lectura *lectid* de los textos del *Corpus*, frente a los alumnos, que luego se explicaban palabra por palabra, frase por frase, y se comentaban. La primera glosa de un texto, pues, era oral. También existían textos escritos para el manejo de los estudiantes: las *summae*. Como preámbulo al estudio del *Corpus*, los alumnos debían formarse en las siete artes liberales (el trívio y el cuádrivio); en especial, en el primero, es decir, gramática, retórica y dialéctica, como disciplinas básicas para la práctica del arte de la jurisprudencia.¹⁶

Los glosadores no trataban de derecho legislado, ya que en su época, la ley, para el derecho privado, tenía una escasa o nula importancia; frente al *Corpus*, sólo existía el derecho consuetudinario o el mosaico de derechos estatutarios o municipales. Por otra parte, era un derecho casuístico, es decir, que apuntaba a la resolución de casos particulares, a través de los cuales se iban generalizando criterios, nunca absolutos, sino sujetos a la controversia dialéctica. Interpretando en esto fielmente el arte romano de la jurisprudencia, para ellos el derecho era flexible y abierto y lo que hoy llamamos "seguridad jurídica" y en otros tiempos se llamaba "certeza" se procuraba obtener a través de la "opinión común de los doctores" *communis opinio doctorum*. Un juez medieval, casi siempre lego, pensaba que su sentencia no sería discutida si estaba apoyada en esa opinión, proveniente de los juristas más autorizados y acreditados.¹⁷ Los glosadores construyeron un instrumento precioso para la práctica, la enseñanza y el aprendizaje del derecho. Fue una enseñanza volcada al arte de la controversia y la disputa.¹⁸

La escuela de los postglosadores o también conocida como los [comentaristas], surge como una consecuencia de la cada vez más progresiva nueva forma de vida económica y social de una Europa medieval que va descubriendo mejores maneras de convivencia. La interconexión comercial entre ciudades y Estados fue incrementándose hasta el punto de requerir un nuevo corpus jurídico capaz de satisfacer las necesidades crecientes.¹⁹

A este respecto debemos situarnos en el siglo XII, atribuyéndose a Cino de Pistoia, la responsabilidad de haber fundado oficialmente esta escuela. De Pistoia en sus reflexiones descubrirá, que agota las soluciones que los glosadores habían venido elaborando sobre los disímiles problemas, era necesario hacer del Derecho Romano una fuente más acorde con la realidad económica imperante, vale decir, mayor sensibilidad práctica.²⁰

Los trabajos de Cino de Pestoia serán pronto tomados por uno de los más eximios juristas de todos los tiempos, Bartolo de Sassoferrato, quien rediseñará las técnicas hermenéuticas hasta el punto de construir una corriente denominada el *Bartolismo jurídico*,²¹ que durante algunas décadas, fue el método por excelencia de los postglosadores.²²

La influencia y trabajo de Bartolo²³ comienza desde el momento en que fija las bases metodológicas de la postglosa. A diferencia de sus predecesores boloñeses, Bartolo parte del hecho que todo el fenómeno jurídico debe ir más allá de cualquier análisis lexicográfico. Entiende que el proceso interpretativo es mucho más dinámico que las elegancias exegéticas que pudieran escribirse sobre el texto del Corpus justiniano. Para suplir el abandono de la glosa, recurre al método escolástico plegado a la lógica deductiva aristotélica, redescubierta en los ambientes académicos europeos del siglo XVI.²⁴

Los comentaristas o *consiliatores* consejeros, contaron, pues con instrumentos retóricos y dialécticos más refinados, y apuntaron con ellos a un estudio más amplio del *Corpus*, y a su extensión a todos los ámbitos, incluso los regidos por la costumbre o los diversísimos estatutos de villas y ciudades. El *Corpus*, o más bien su comentario, se convirtió por entonces en *ius commune*, en el derecho que hoy diríamos global o supranacional de Europa. Esa tarea se hizo por vía jurisprudencial, no por vía legislativa. Los consejeros se formaban y formaban para el dictamen, sea destinado a los particulares, sea destinado a los tribunales. Ellos globalizaron la *communis opinio doctorum*, seguida por los jueces, y establecieron el método para formularla. Su enseñanza, como la de los glosadores, era la del derecho como la práctica de un arte riguroso de búsqueda de la respuesta a casos.²⁵

Además de reformular un método jurídico de interpretación²⁶ más acorde con los tiempos medievales, donde la *lex mercatoria* y la coordinación entre el consolidado *ius commune* romano y sus ordenamientos jurídicos locales se erigían como hitos de la vanguardia del renacimiento del Derecho; los comentaristas introducen nuevas tipologías de textos como fueron los *Tractatus* y las *Consilia*. De los primeros, se dice que consistieron en ser los estudios pioneros concretos sobre un determinado aspecto del Derecho, por regla general, más profundo, metódico y sistemático. Las *Consilia*, a diferencia del *Tractatus*, eran textos contentivos de opiniones, conceptos, dictámenes o consejos emitidos –al margen de la actividad docente– por los comentaristas, solicitados a instancia de algunos jueces para nada doctos con el Derecho Común.²⁷

Aquella inmensa labor había culminado hacia el siglo XVI, y estaba ya enferma de sus propios méritos. Había un exceso de juristas, la "opinión común" se había convertido en heterogeneidad y mero centón de citas, y la perplejidad de jueces y litigantes daba lugar a sentimientos de inseguridad o incerteza jurídicas.²⁸

Ello ocurre coincidentemente con el surgimiento del humanismo, extendido también de Italia al resto de Europa. El humanismo jurídico²⁹, cuyo mayor representante fue Cujacio³⁰, aplicó al estudio del derecho romano, *ius commune*, los útiles propios de las renovadas humanidades: la pedagogía, la filosofía, las investigaciones sobre literatura clásica, etc. En especial, los instrumentos de la filología y la refinada recuperación del griego y del latín clásicos, integrando el estudio del universo de lo jurídico y este es, quizá, su mayor mérito a las *litterae humaniores*.³¹ Por ese camino, hicieron labor de eruditos, tratando de liberar el *Corpus* de la masa de glosas y comentarios que ya lo asfixiaba. Rescataron así los textos originarios, considerándolos no como derecho supuestamente vigente sino como obra histórica.³² Esa búsqueda los condujo, finalmente, a desvalorizar al derecho justinianeo y al mismo compilador del *Corpus*. El enfoque artístico del derecho les pareció insuficiente, adocenado y trivial. Comenzaron a pensar el derecho como un conjunto armónico de reglas ya establecidas, y buscaron sistematizarlo del modo más adecuado. Con ellos se atisba la "ciencia" del derecho —tengamos en cuenta que, en otros campos, se estaba desarrollando paralelamente la ciencia experimental, con Galileo Galilei— y se oscurece su costado artístico. La enseñanza se vuelca a la mejor disposición y organización de la materia jurídica las normas y llega casi a plantearse la necesidad de la codificación sistemática. Es un derecho de profesores eruditos, no de prácticos. En las enseñanzas de los humanistas está *in nuce* el jusnaturalismo moderno de Grocio y sus sucesores: el derecho ya no es una búsqueda dialógica de la regla para el caso, sino una grandiosa construcción racional a partir del estado de naturaleza³³, es decir, de una hipótesis *ab origine*.³⁴

En el periodo de fines de la Edad Media y comienzos de la Edad Moderna se formaron los primeros *Estados modernos*, en mucho productos de la alianza entre la pujanza de la burguesía, que

necesitaba espacios seguros más amplios que las ciudades, y los reyes que eran dueños de ellos. Las ideas de Hobbes sobre el monopolio del poder interno y de Bodin respecto de la soberanía en lo exterior fueron manifestaciones de ese proceso. Con el tiempo, el Derecho sería pensado, quizás hasta la crisis actual, de modo casi excluyente como obra estatal.³⁵

Con Leibniz, se afirma que el derecho debe y puede presentarse *more geométrico*, *more mathematico*, a la manera de las matemáticas o la geometría, bajo la horma de Euclides. Un método axiomático barre, pues, con el método casuístico y empírico de los pretores y de los juristas medievales, que tenían horror a las definiciones, generalizaciones, abstracciones y regulaciones universales.³⁶

Esta operación permite tomar estado definitivo a la "ciencia del derecho" como un sistema demostrativo que no depende de los hechos sino de la razón, y que por eso "da razón" de los hechos y los regula por anticipado. Ello transforma la enseñanza del derecho y el *status* del jurista. Ya no cabe la *opinio* iuris sino el *dogma* iuris (la ciencia del derecho toma prestada de la teología el recurso de presentar sus principios y axiomas como verdades inmutables). El jurista no es más un jurisprudente sino un legista. Ya que el dogma iuris resulta creación monopólica del Estado: la *lex* estatal absorbe al *jus*. El derecho deviene ley, los *gesetz*, *lege*, abriéndose la era de la ley positiva y del positivismo jurídico como escuela. En la universidad no se forman más jurisprudentes sino profesores de derecho. Del núcleo de la formación resulta la clase magistral, teórica, donde el código es el derecho y, a la inversa, el derecho se cifra en el código.³⁷

Debido a la relación intrínseca entre Derecho y poder, la aparición del Estado Moderno puede ser entendida como la confirmación de que la voluntad de un intrincado impulso social de consolidación y de voluntad de política había encontrado, finalmente, cierta cohesión del poder para poder llegar a plasmarse en el Derecho positivo. Así llegamos al siglo XIX, apogeo del Estado Moderno como consolidación social. Ahí aparecen las codificaciones que darían lugar al Derecho positivo tal y como lo conocemos hoy.

4. LA ERA DE LA CODIFICACIÓN

La palabra código surge como producto del proceso de codificación del derecho se desarrolló en Europa continental a partir del siglo XVII, y que la idea de codificación es un postulado de la ilustración y del racionalismo europeo que se inició en el siglo XVIII que define la reunión de leyes que se refieren a una rama jurídica en un solo cuerpo³⁸, presididas en su formación por una unidad de criterio y de tiempo.³⁹

La Edad Contemporánea diversificada del gran ciclo de la modernidad, se inició con importantes fenómenos diferenciados de *codificación*⁴⁰, en cuya defensa se llegó a pretender, en el despliegue exegético francés, que los jueces fueran sólo la "boca de la ley".⁴¹ La "protocodificación" expresada en el Derecho Territorial Prusiano, el Código Napoleón, primer verdadero código del mundo, el Código Civil austriaco, el Código Civil alemán, el Código Suizo y el Código Civil italiano son manifestaciones no sólo de momentos, sino de versiones diversas de la juridicidad occidental. El sentido individualista del ámbito patrimonial de la obra francesa y el sentido social de la obra italiana son muestras relativamente extremas de la tensa juridicidad de Occidente. También lo son, por ejemplo, el sentido más concreto de la codificación francesa y alemana. La evolución y la crisis posterior de la codificación ("edad de la descodificación") han contribuido a ampliar, mucho más allá de la exégesis, el desempeño reconocido a los magistrados.⁴²

La utilidad de la codificación reside también en la posibilidad de unificar los derechos y ordenamientos que se superponen, se entremezclan y se oponen en detrimento de los ciudadanos y justiciables. Sin embargo, ese fenómeno de catalizador unitivo de la codificación puede jugar sólo si hay otras razones igualmente sólidas para tal búsqueda de lo idéntico, de lo único, de lo común. Es necesario, como ocurriera cuando el dictado de las Ordenanzas de Luis XIV y de Colbert, su ministro, o cuando el dictado de los códigos napoleónicos a principios del siglo XIX, o actualmente en el seno de la Unión Europea, que exista una demanda exigente de unificación, que haya un sentimiento de ausencia de justicia por la inseguridad jurídica resultante de la pluralidad de sistemas jurídicos, al tiempo que se manifieste, también, un fuerte sentimiento de pertenencia a una misma sociedad, a una misma comunidad.⁴³

Voltaire decía: "¿No resulta absurdo y horrible que lo que es verdadero en un lugar se considere falso en otro? ¿A causa de qué extraña barbarie sucede que haya compatriotas que no vivan bajo la misma ley? Así ocurre de posta en posta del reino: se cambia de jurisprudencia como se cambia de caballos". Detrás de estas expresiones se encuentran las razones más fuertes que condujeron a Colbert a proponer al rey Luis XIV la unificación del derecho comercial, del derecho marítimo y del procedimiento. Fue uno de los reclamos dirigidos a los Estados generales de 1789. Hoy, a pesar de las reticencias de juristas eminentes, demasiado apegados a su derecho nacional, es una demanda expresada por el Parlamento Europeo que traduce el deseo de los comerciantes y del conjunto de los agentes económicos de contar con un derecho europeo, si no único, por lo menos similar en el fondo, dentro de la multiplicidad de sus modos de expresión, para permitir el desenvolvimiento del intercambio económico y volver más simples las relaciones jurídicas interpersonales. En Francia el debate sobre este punto es muy intenso. También es cierto que, desde otro punto de vista, más allá del problema del derecho sustancial, el debate versa sobre el método de codificación utilizado prevalecientemente por las autoridades europeas.⁴⁴

Pudiese observarse a primera vista que la codificación y el derecho comercial parecen formar una pareja que difícilmente se mantiene unida por mucho tiempo. La primera fija el derecho. El otro está en perpetuo movimiento. Parece, pues, haber incompatibilidad entre ellos.

5. LA DECODIFICACIÓN

Uno de los fenómenos más relevantes, en el plano jurídico, que acompaña a esta declinación del Estado-nación, es el de la progresiva decodificación.⁴⁵ Se ha llegado a afirmar, por el jurista italiano Natalino Irti, que atravesamos la "edad de la decodificación".⁴⁶ Se entiende por tal el debilitamiento y hasta pérdida de centralidad y superioridad de los códigos, entendidos como sistemas coherentes, completos y tendencialmente estables, destinados a regir la totalidad de la vida jurídica. El legislador, mediante la codificación, como señala el autor citado, pretendía establecer un repertorio plenario de figuras típicas,

en una casuística cerrada, debiendo el intérprete proceder conforme un proceso de subsunción casi automática del hecho bajo el tipo legal abstracto. Esta idea de que la ley, y con mayor razón la norma codificada, resulta sin más ella misma desde su texto, reduciéndose el intérprete a una labor minimalista de subsumir el caso en aquella, arranca del iluminismo, habiendo establecido el mismo Kant la analogía entre el juicio del juez y el silogismo categórico.⁴⁷

Recapitemos los elementos que nos permiten hablar de un nuevo Medievo jurídico, esto es, de la entrada en una "forma retroactiva"⁴⁸ de la historia de nuestra disciplina. Ante todo, la caída, dispersión y desmigajamiento de un "orden" que, con ciertas reservas, podría llamarse "clásico": el orden jurídico del positivismo y su intento de sistematización total del derecho a través de las constituciones y de los códigos, y del monopolio estatal de la producción normativa y de la resolución de conflictos. Al mismo tiempo, cae la comunidad internacional de Estados naciones soberanos para ser sustituida por la globalización o mundialización; en términos políticos un Medievo sin Emperador ni Papa, ya que la simbolización piramidal del poder, con una cúspide visible, ha sido sustituida por la imagen reticular, la red cuyo centro está en todas partes y su borde en ninguna.⁴⁹

Entonces, se produce en los países "decodificados" del *civil law* la irrupción y recepción de un *ius commune* no estatal, definido por la matriz en el *common law*, cuyos procedimientos, usos y costumbres se recopilan en la llamada *lex mercatoria*, sobre el zócalo de los *human rights*. A través de ella, como vimos, en los contratos del mundo económico global, y por extensión en otros redactados por profesionales formados en aquella modalidad, se está produciendo la penetración del *common law* en el *civil law*. Ambos derivan de la fuente romana, con mayor énfasis el *common law* en el derecho republicano y la *civil law* en el derecho imperial. Podría decirse que se está produciendo una nueva recepción del *ius republicano* por parte del derecho continental. La enseñanza jurídica no ha permanecido ajena a este proceso. Ella se orienta ahora hacia el *case method*, el *problem method* o la *legal clinic*, asemejándose a la de glosadores y comentaristas medievales.⁵⁰

6. LA RECODIFICACIÓN

Que la ley capta la realidad es indiscutible. Que ella sea escrita en términos suficientemente abiertos para abarcar las prácticas emergentes, parece deseable. Hace falta, pues, que los códigos sean redactados teniendo en cuenta no solamente la experiencia, sino también los fenómenos económicos y sociales que nutren la evolución del comercio. De este modo es vano pretender abarcar en un mismo código, bajo un mismo régimen jurídico, tanto al pequeño comerciante minorista como a la gran firma multinacional. Es vano pretender regular el conjunto del derecho de las sociedades junto a la empresa individual. El exceso de ley ahoga a esta última. La libertad que permite el derecho internacional priva a los códigos nacionales de eficacia concreta cuando operan sobre el mercado global. Una vez más, esto significa que hace falta evitar los códigos obesos.³¹

El derecho de la Unión Europea, la legislación y la jurisprudencia de la Corte de Justicia de Luxemburgo, y el derecho emanado de la Corte europea de protección de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales de Estrasburgo, se imponen directamente a los Estados, incluso directamente a los jueces y a los gobiernos. A partir de entonces la creación del derecho del comercio corresponde parcialmente a fuentes externas. Conviene integrar estas diferentes fuentes en el *corpus juris* comercial. Actualmente son los editores privados quienes realizan esta tarea en códigos especializados. La aventura de la codificación europea del derecho comercial sólo ha comenzado. Por lo demás, en el sistema jurídico de la Unión Europea, en el estado actual del Tratado de Roma, no resulta fácil disociar aquello que es europeo y aquello que es nacional. La compenetración de los derechos torna muy delicada la codificación. En cuanto a la aptitud para la codificación del derecho internacional del comercio es necesario observar que la óptica puramente nacional resulta vana o, en todo caso, muy insuficiente, puesto que se trata del comercio más allá de las fronteras de la Unión Europea. En efecto, las reglas habituales de conflicto de leyes permiten a las partes de un contrato internacional desplazar de su convención todas las reglas que no son de orden público. El deseo de codificar la *lex mercatoria* es un gran desafío.³²

En definitiva, la codificación del derecho del comercio⁵³ está todavía por hacerse. La evolución del comercio implica una codificación nunca acabada, puesta al día sin cesar y esclarecida por la jurisprudencia y la doctrina.

7. LA NUEVA LEX MERCATORIA

Con todo lo anteriormente explicado vale afirmar que el derecho privado se vio consolidado en las grandes codificaciones que representan el monopolio del Estado en la creación de normas jurídicas. En este ambiente es obvio que la *Lex mercatoria* había perdido toda vigencia.

La importancia de la *Lex Mercatoria* decayó en el siglo XVI. Contribuyó a este descenso, el afianzamiento del derecho en cabeza del Estado Moderno, el cual absorbió y prohibió la *Lex Mercatoria* transnacional. Desde entonces la *Lex Mercatoria* no alcanzó su esplendor medieval. Ella fue borrada del mapa de la historia jurídica hasta hace poco, cuando han sido comparadas sus características con nuestra época y se plantea su resurgimiento.⁵⁴

Pero la globalización de los mercados a que se asiste, ha permitido renovar la *Lex Mercatoria* y darle una nueva y vital importancia para la regulación de los negocios jurídicos transnacionales, y ello aparece ampliamente reconocido por la doctrina, a partir de los estudios de Berthold Goldman, Clive Schmitthof, René David y otros autores quienes comenzaron hace más de cuarenta años a señalar el desarrollo de una "nueva *lex mercatoria*" causada en la complejidad de las reglas del derecho internacional privado y en la obsolescencia e inadecuación de las leyes domésticas, las que no satisfacen la simplicidad y certeza requeridas por la comunidad de los negocios, la que por ello recurre a soluciones alternativas para evitar la aplicación de las leyes nacionales, y al arbitraje, creando su propio sistema regulatorio independiente de las leyes nacionales, al que identificamos entonces como *lex mercatoria*.

Y como en el medioevo, se establece un vínculo irrevocable entre *lex mercatoria* y arbitraje, el que puede ser visto desde distintos planos; por un lado como evidencia de la existencia misma de la *lex mercatoria*,

por su invocación en los laudos arbitrales; por otro como una fuente de la *lex mercatoria*, en tanto identifica sus contenidos para aplicarlos a los casos concretos.

Naturalmente la difusión del arbitraje⁵⁵ es entonces un medio de expandir las fronteras de la *lex mercatoria*. Es casi uniforme la doctrina al señalar que el arbitraje es hoy el medio más importante de resolución de conflictos en materia de contratos internacionalmente expandidos y ello lo demuestran ciertas estadísticas de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio.⁵⁶

La *Lex mercatoria*, la cual es el derecho que rige para los negocios transnacionales y coexiste en asocio y en pugna con el derecho de los Estados nacionales.⁵⁷ Su prevalencia dimana de la desarticulación del Estado-nación⁵⁸ y al mismo tiempo la agudiza. Es entonces en este contexto en el cual vale la pena esbozar aunque brevemente, lo relativo al Pluralismo Jurídico en el marco de la globalización, a los fines de ayudar en la comprensión de problemáticas como el nuevo papel del Estado frente a la regulación normativa, toda vez la *Nueva Lex Mercatoria* no proviene del ente regulador por excelencia del último par de siglos. A este respecto el profesor Gunther Teubner afirma que con el proceso globalizador, el pluralismo jurídico ya no es un área privativa únicamente de la Sociología Jurídica, convirtiéndose en un reto de la práctica jurídica en sí misma.⁵⁹

Con la "globalización de la economía"⁶⁰ se observa la emergencia de un nuevo pluralismo jurídico de naturaleza transnacional que cambia la situación de los agentes jurídicos en relación a la crisis de los Estados del Bienestar.⁶¹ Dicho de otra manera: la pérdida de soberanía del Estado nacional corre pareja a una internacionalización (y negociación abierta) de los intereses económicos de grandes corporaciones industriales y financieras.

Una cuestión especialmente relevante para el futuro de la *Lex Mercatoria* –y del derecho global en general– es si aquella ha de permanecer como orden normativo plural y fragmentado, o si está sometida a tendencias racionalizadoras y unificadoras que conducen, en última instancia, a un único sistema global encargado de regular los intercambios comerciales.⁶²

El actual interludio pospositivista coincide con el desdibujamiento del Estado-nación como principal actor político y creador del derecho. La declinación de la forma política Estado-nación acarrea la pérdida progresiva de los monopolios estatales, especialmente, en cuanto aquí interesa, el de la producción del derecho por medio de la ley y el de la impartición de justicia exclusivamente a través de una función especializada, los tribunales de justicia, separados e independientes de las otras dos funciones o poderes. Al ir perdiendo terreno el ámbito estatal, el lugar que deja no resulta tierra de nadie normativa, sino que lo va ocupando el *ius commune* indicado al inicio de este trabajo el derecho judicial, originado en la actividad contractual de la sociedad civil, y los medios llamados "alternativos" de composición de conflictos, como el arbitraje y la mediación. Laurent Cohen-Tanugi ha tenido el mérito de señalarlo en su obra "Derecho sin Estado".⁶³ Menos Estado, dice este autor, significa, sin embargo, más derecho. Subyace allí la distinción hayekiana entre el orden "espontáneo", que la sociedad civil define y se procura, y el orden "hegemónico" que el Estado impone. A medida que el orden hegemónico se retira, el orden espontáneo cubre sus vacíos por medio de un derecho de origen contractual cuyo sentido y alcance van definiendo los tribunales que "dicen" en cada caso la *rule of law*, la cual se impone tanto al Estado como a los particulares.⁶⁴

CONCLUSIONES

Se ha observado a lo largo de esta investigación como el derecho ha constituido un eje de reflexión en todas las épocas descritas, el cual ha tenido sus avances y retrocesos los cuales son el reflejo del acontecer histórico y que se reflejan en la realidad jurídica, que en fin, es el espejo de la realidad social. De la *Lex Mercatoria* medieval, pasando por la nacionalización del derecho mercantil y el movimiento codificador; la crisis del corpus normativo tradicional y el retorno al internacionalismo con la aparición del espacio transnacional, son los hechos que han alimentado la búsqueda de la uniformidad a partir de una codificación internacional que aún se pone en dudas, pero que se manifiesta a nivel institucional y con fenómenos como los de integración.

Para entender y comprender estos cambios, se explicó cómo se dio la recepción del *ius comune* en la Edad Media y como la internacionalización del comercio, el florecimiento de las ciudades al norte de Italia y la formación de los usos y compilación de costumbres se conformaron en la llamada Lex Mercatoria. Conjuntamente con la incorporación también de tribunales de comerciantes, conocida como la jurisdicción consular, en las ciudades comerciales medievales para la defensa de los mercaderes, las cuales resolvían las controversias de acuerdo a los usos más aceptados, creándose así un sistema de normas consuetudinario, que se apoya en los precedentes que emitían tales tribunales.

Posteriormente se esbozaron los nuevos planteamientos del Derecho Mercantil en la Edad moderna, los cuales surgen del cambio de modelo económico en los umbrales del siglo XVI, para luego observar como en el Siglo XIX, se dan las transformaciones en el orden económico y el nacimiento del capitalismo industrial y el alcance del movimiento codificador, siglo en el cual este tiene su apogeo.

En la evolución del Derecho Mercantil, se les da cabida a las nuevas tendencias, las cuales con las transformaciones del capitalismo, el marco de la economía planificada y la transnacionalización de las actividades económicas, nos dan una nueva realidad económica y jurídica, en la cual se inserta la descodificación como tendencia, la segregación de materias y la inclusión de nuevos institutos.

Para luego, después de darle la vuelta al círculo de la historia, se vuelve la mirada a la uniformidad, siendo la misma una tendencia claramente visible en las nuevas manifestaciones de la Lex mercatoria, y en la consagración del Arbitraje, como medio por excelencia para la resolución de controversias en el ámbito de los negocios internacionales, los cuales, al igual que en la Edad Media con su jurisdicción consular, resuelven las controversias con base, en muchos casos, a la Nueva Lex Mercatoria que se ha formado y de la cual forman parte sus propios laudos arbitrales. Vemos pues, como se vislumbra una cierta añoranza del *ius commune*, en el cual resulta indudable la vinculación Derecho y Economía de otrora, manifestada en la Lex mercatoria. Ante la importancia que cobra la economía en este milenio, con un *ius mercatorum* que desde

su aparición en la Edad Media, nace con vocación supranacional, surge necesario la creación de un sistema o por lo menos de algo que en este mundo sin fronteras, agilice las relaciones comerciales sin colocarles las barreras de los derechos nacionales ni las diferencias del *Civil Law* y *Common Law*.

El auge mundial del comercio, la facilidad de las comunicaciones, la interdependencia de las economías nacionales y la creciente intervención de organismos jurídicos de alcance económico, que preparan y redactan textos de aplicación internacional, convenciones, reglas uniformes y términos comunes, son causas que provocan y propician la independencia de un nuevo derecho mercantil internacional. En este sentido conviene destacar la labor de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (UNCITRAL) así como la de la Cámara de Comercio Internacional (ICC) y del Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT).

Esta labor legislativa unificadora de estos cuerpos es enorme y de creciente importancia, y da lugar a una nueva *Lex Mercatoria*, puesto que ya se percibió desde hace por lo menos un siglo y medio, la necesidad de utilizar los mecanismos de aproximación, armonización y unificación de legislaciones para poder alcanzar objetivos importantes, muchos de ellos comunes a varias naciones o a regiones en particular; y para el caso que nos interesa, relacionados al ejercicio del comercio, ya que la materia jurídica mercantil es una de las más aptas para dichos procedimientos.

La situación actual con la Unión Europea y el Derecho Uniforme dan cuenta de la vuelta a la Europa de los mercaderes. De manera que un interesante sector de la actual doctrina del derecho privado muestra una tendencia a querer desandar lo andado, volviendo en lo posible a la seguridad del *ius commune*, corrigiendo insuficiencias o errores. Aunque, como no es de la naturaleza humana el caminar hacia atrás, ni tampoco desprenderse de su historia, es de esperar y obviamente, de exigir, que este nuevo "Derecho común", bien sea al servicio de la integración regional económica, jurídica y cultural, o de sectores del intercambio comercial internacional, se construya al ritmo de sus necesidades y a la luz de los principios jurídicos esenciales cuya coincidencia o superación de diferencias deberán irse encontrando también en el ámbito de la

contratación mercantil. Para ello se necesita del empuje de nuevos juristas y del nuevo empuje de los actuales. En palabras de Pompeu Casanovas, "*Otra vez, lo viejo resulta nuevo: el desprendimiento del mundo simbólico no se efectúa por una sustitución de imágenes o ideas, sino más bien por una recomposición de lo ya conocido*".

Y como reflexión final, he de destacar que he comprendido a lo largo de esta investigación y de este Seminario Doctoral el hecho de que un buen jurista no debe ser un mero acumulador de conocimientos sino que debe ser un gran conocedor de la historia; ya que sólo así podrá comprender los fenómenos que han inspirado ese Derecho que tan afanosamente estudia y de esta manera limpiará las vías para su mejor interpretación y correspondiente aplicación.

BIBLIOGRAFÍA

- BERMÚDEZ, José Rafael: *Interpretación de contratos y metodología jurídica*. En Centenario del Código de Comercio Venezolano de 1904. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2004. Tomo I, pág. 112-113.
- BANDIERI, Luis María. *Derecho Global y Nuevo Medioevo Jurídico*. Revista Dikaion. Lo Justo. Universidad de La Sabana. Año 16, No. 11. (2002). Colombia.
- CADENA AFANADOR, Walter: *La Nueva Lex Mercatoria: un caso pionero en la globalización del Derecho*. En Revista Papel Político, Publicaciones de la Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. No. 13. Diciembre (2001).
- CASANOVAS, Pompeu: "Las formas sociales del Derecho Contemporáneo: el nuevo *ius commune*", Universitat Autònoma de Barcelona. Working paper No. 146, Barcelona (1998).
- CASTRILLON Y LUNA, Víctor: *Recodificación sustantiva del Derecho Mercantil*. Revista de Derecho Privado, Nueva Serie.

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México. Año III, Núm. 7. Enero-Abril (2004).

- CIURO CALDANI, Miguel Angel. "Bases culturales del Derecho Comparado". En *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*. Universidad Nacional de Rosario. No. 29. (2006).
- CREMADES, Bernardo y Steven Plehn: *The New Lex Mercatoria and the Harmonization of the Laws of International Commercial Transactions*. (1984).
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *De la mano de Alicia. Lo Social y lo Político en la postmodernidad*. Trad. De C. Bernal y M. García Villegas. Santafé de Bogotá. Siglo del Hombre Editores, (1998).
- GARCÍA INDA, Andrés. *Cinco Apuntes sobre Derecho y Modernidad*. Revista DOXA, Núm. 24, (2001).
- GOLDMAN, Berthold: *The Applicable Law: General Principles of Law-The Lex Mercatoria*. En *Contemporary Problems in International Arbitration* (1986).
- GUERRA H., Victor Hugo: *La Nueva Lex Mercatoria en el sistema venezolano de Derecho Internacional Privado*. En Temas de Derecho Internacional privado. Libro Homenaje a Juan María Rouvier. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje No. 12. Caracas, 2003.
- KERZ, Mercedes: *Un nuevo umbral para el Estado Moderno. Reflexiones sobre la Teoría de Jürgen Habermas*". En Revista COLECCIÓN, Instituto de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales. Buenos Aires (2004), Núm. 15.
- KONRADI, Wioletta y Héctor FIX-FIERRO: *La Lex Mercatoria en el espejo de la Investigación empírica*.

- MARTINEZ MARTINEZ, Faustino: *Derecho Común y Literatura: Dos ejemplos de los siglos XVI y XVII*. En Anuario Mexicano de Historia del Derecho. Ediciones Jurídicas UNAM, No. 17 (2005).
- MATUTE, Claudia: *La Lex Mercatoria y los Principios Jurisprudenciales de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*. En ANUARIO, No. 27, Tomo Único (2004). Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Carabobo. Pág. 107-153.
- MATUTE, Claudia: *La Compraventa Internacional de Mercaderías*. En ANUARIO No. 24, Tomo único (2001).
- MONÉGER, Joel. *De la Ordenanza de Comercio del Colbert de 1673 sobre el Comercio al Nuevo Código de Comercio del 2000*. Revista Dikaion –Lo Justo. Universidad de La Sabana. Año 16, Vol. No. 11. (2002). Colombia.
- OST, Francois. *Júpiter, Hércules, Hérmes: Tres modelos de Juez*. En Doxa. Universidad de Alicante, No. 21-II (1998).
- SILVA, Jorge Alberto: *El Resurgimiento de la Lex Mercatoria*. En Estudios sobre Lex Mercatoria. Ediciones Jurídicas UNAM, México (2006).
- SOLANO PORRÁS, Julián. "La Lex Mercatoria: Sistema Romano-civilista y sistema del Common Law". En: *Revista Judicial*. Costa Rica, Año XXII, No 76, Septiembre (1999).
- TEUBNER, Gunther. *Breaking Frames: Economic Globalisation and the Emergence of lex mercatoria*. European Journal of Social Theory Num. 5 (2002).
- URBINA MENDOZA, Emilio: *Neoliberalismo, Filosofía Liberal y Derecho del Siglo XXI*. En *Filosofía del Derecho y otros temas afines. Homenaje a Juan Bautista Fuenmayor*

Rivera. Colección Libros Homenaje No. 17. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, Venezuela (2005).

- URBINA MENDOZA, Emilio: "El Puente dialéctico argumentación/interpretación en el pensamiento jurídico del no jurista Paul Ricoeur". En *Revista Ética y Jurisprudencia*. Universidad Valle del Momboy. Vol. 1, Valera, Venezuela (2003).
- URBINA MENDOZA, Emilio. "Glosa y Postglosa en la Biblioteca Colonial Javeriana." Consultado en original.

NOTAS

¹ En palabras del profesor Emilio Urbina *"la hermenéutica declara la fortaleza de su reino en nuestro siglo XXI"* URBINA MENDOZA, Emilio: "El Puente dialéctico argumentación/interpretación en el pensamiento jurídico del no jurista Paul Ricoeur". En *Revista Ética y Jurisprudencia*. Universidad Valle del Momboy. Vol. 1, Valera, Venezuela (2003), pág. 103. De igual manera al referirse a la hermenéutica, señala que, ciertamente esta *"pretende construir la realidad partiendo del poder que encierra un texto dado para restaurar el mensaje original con pretensión de mantenerse en el tiempo, pero paradójicamente, ese cronos se transmuta implacable al momento de borrar su identidad originaria porque es alérgico a la fidelidad con la literalidad"*.

² No existe una definición única y exclusiva para este concepto. Sin embargo, conviene a los fines de delimitar el objeto de estudio algunas definiciones de doctrinarios importantes acerca del tema. Para Bertold Goldman se trata *"de una serie de principios generales y usos y costumbres referidas de forma espontánea o elaboradas en el marco del comercio internacional, sin referencia directa alguna a un sistema de normas nacional particular"*. GOLDMAN, Berthold: *The Applicable Law: General Principles of Law-The Lex Mercatoria*. En *Contemporary Problems in International Arbitration* (1986). *"Un único cuerpo de leyes autónomo por la comunidad internacional"*. CREMADES, Bernardo y Steven Plehn: *The New Lex Mercatoria and the Harmonization of the Laws of International Commercial Transactions*, (1984); *"Las costumbres de la comunidad comercial puede llegar a combinar todos los principios generales del Derecho para crear un sistema de auto-determinación comercial"*. CRAIG, Lawrence, Park WILLIAM y PAULSSON: *International Chamber of Commerce Arbitration* (1984).

³ Se habla así de multiplicidad de actores jurídicos y de niveles de poder, de *"multitud de minor racionalidades en el seno de una racionalidad global incontrolable"*. OST, François: *Júpiter, Hércules, Hérmes: Tres modelos de Juez*. En *Doxa*. Universidad de Alicante, No. 21-II (1998). Pág. 182-185.

⁴ Explica CASANOVAS, Pompeu que *"La crisis del Estado no significa aquí la desaparición o disminución de sus organismos. También al contrario: se trata solamente de la crisis de una forma particular de Estado. La que adoptó la estructura organizativa del Derecho como sistema de normas o reglas generales para construir su propia estructura y ámbito de actuación. Es la función reguladora y sancionadora del Rechtsstaat, Rule of Law, Estado de Derecho, basada en*

La Lex Mercatoria: una aproximación desde la perspectiva del seminario "Ética, Hermenéutica e Interpretación"

la soberanía del Estado-nación lo que se halla en crisis. No en cambio su función de gobierno y administración de los ciudadanos". CASANOVAS, Pompeu: "Las formas sociales del Derecho Contemporáneo: el nuevo ius commune". Universitat Autònoma de Barcelona. Working paper No. 146, Barcelona (1998).

- ⁵ En este contexto, se entiende la urgencia en el entorno jurídico internacional de implementar un nuevo orden jurídico que se caracterice por la universalidad a los fines de satisfacer todos los requerimientos de los actores internacionales del comercio. Esto se ha visto plasmado por ejemplo en la utilización del arbitraje comercial, las regulaciones profesionales y la realización de diversos esfuerzos de armonización y unificación internacional de las normas comerciales.
- ⁶ Esta serie de tendencias regulativas ha sido denominada con el término de Nueva Lex Mercatoria o nuevo ius Mercatorum, el cual ha sido identificado y desarrollado en la época moderna por los juristas Berthold Goldman, Clive Schmitthoff y Pierre Lalive, entre otros.
- ⁷ Para mayores detalles, véase MATUTE, Claudia: *La Lex Mercatoria y los Principios Jurisprudenciales de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*. En ANUARIO, No. 27, Tomo Único (2004). Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Carabobo. Pág. 107-153. De igual manera MATUTE, Claudia: *La Compraventa Internacional de Mercaderías*. En ANUARIO No. 24, Tomo único (2001).
- ⁸ DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *De la mano de Alicia. Lo Social y lo Político en la postmodernidad*. Trad. De C. Bernal y M. García Villegas. Santafé de Bogotá. Siglo del Hombre Editores, (1998), pág. 86.
- ⁹ GARCÍA INDA, Andrés. *Cinco Apuntes sobre Derecho y Modernidad*. Revista DOXA, Núm. 24, (2001), pág. 246. Igualmente señala en este sentido que el jurista se ve enfrentado así a una práctica jurídica cuya percepción temporal viene caracterizada por la urgencia y la permanente caducidad. Esto sería lo que ocurre con la transformación de la noción de la costumbre jurídica, con la aparición de costumbres de rápida formación propias de la *Lex Mercatoria*.
- ¹⁰ Las reglas empleadas generalmente son las reglas de la AAA (American Arbitration Association) o las de la ICC (Internacional Chamber of Commerce), entre las más conocidas.
- ¹¹ Para más detalles véase SOLANO PORRÁS, Julián. "La Lex Mercatoria: Sistema Romano-civilista y sistema del Common Law". En: *Revista Judicial*, Costa Rica, Año XXII, No 76, Septiembre (1999). Pág. 9-25.
- ¹² Según lo afirma MARTÍNEZ, "el derecho común cubrió con su manto la Europa y sus efectos dominadores se trasladaron prácticamente sin interrupción hasta el ilustrado y reformador siglo XVIII, en donde comienza un período de crisis y revisión de lo que había sido el modelo jurídico dominante". MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino: *Derecho Común y Literatura: Dos ejemplos de los siglos XVI y XVII*. En Anuario Mexicano de Historia del Derecho. Ediciones Jurídicas UNAM, No. 17 (2005) Pág. 121.
- ¹³ Véase en este sentido a BANDIERI, Luis María. *Derecho Global y Nuevo Medioevo Jurídico*. Revista Dikaion. Lo Justo, Universidad de La Sabana. Año 16, No. 11. (2002). Colombia. Pág. 26.

- ¹⁴ URBINA MENDOZA, Emilio. "Glosa y Postglosa en la Biblioteca Colonial Javeriana." Consultado en original. Pág. 4.
- ¹⁵ CIURO CALDANI, Miguel Angel. "Bases culturales del Derecho Comparado". En *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*. Universidad Nacional de Rosario. No. 29. (2006). Pág. 122
- ¹⁶ Véase en este sentido a BANDIERI, Luis María. *Derecho Global y Nuevo Medioevo Jurídico...* Ob.cit. pág. 26.
- ¹⁷ El aforismo al respecto era: "*quidquid non agnoscit glossa non agnoscit curia*", es decir, lo que no reconoce la glosa no lo reconoce el tribunal
- ¹⁸ BANDIERI, Luis María... *Derecho Global y Nuevo Medioevo Jurídico...* Op.cit. p.27
- ¹⁹ URBINA MENDOZA, Emilio... *Glosa y postglosa...* Ob. Cit. pág. 9.
- ²⁰ JARAMILLO, Carlos Ignacio, citado por URBINA MENDOZA, Emilio: *Glosa y postglosa...* Ob.cit. Pág. 10
- *
- ²¹ Llegará a afirmarse que "*nullus bonus iurista, nisi sit bartolista*", ningún buen jurista que no sea bartolista.
- ²² URBINA MENDOZA, Emilio... *Glosa y postglosa...* Ob.cit. pág. 10.
- ²³ El Bartolismo jurídico también es conocido como *Mas Itálicos*.
- ²⁴ URBINA MENDOZA, Emilio... *Glosa y Postglosa...* Ob.cit. pág. 10.
- ²⁵ BANDIERI, Luis María, ...*Derecho Global y nuevo Medioevo jurídico...* Ob.cit., pág. 27-28
- ²⁶ Como ha destacado Francisco Carpintero, la argumentación jurídica desarrollada por los juristas del derecho común descansaba en tres pilares: la ley, la razón y la autoridad, es decir, eran tres los elementos sucesivos que se tomaban en consideración para la construcción doctrinal del nuevo universo jurídico. CARPINTERO, Francisco: *En torno al método de los juristas medievales*. AHDE, LII (1982). págs. 625 y 626. Citado por MARTINEZ MARTINEZ, Faustino... *Derecho Común y literatura...* Ob. Cit. pág. 124.
- ²⁷ JARAMILLO, Carlos Ignacio. ...*El Renacimiento de la cultura jurídica en Occidente. El Derecho en el Medioevo, siglos XI-XV*, citado por URBINA MENDOZA, Emilio. *Glosa y Postglosa...* Ob. Cit. pág. 11.
- ²⁸ BANDIERI, Luis María, ...*Derecho Global y nuevo medioevo jurídico...* Ob. Cit. pág. 28

- ²⁹ "En la universidad francesa de Bourges va a iniciarse un movimiento reformador que se desarrollará de frente, punto por punto, a los argumentos dominantes en la Europa renacentista. Se trata del conocido mos gallicus (por oposición al italiano) o simplemente el llamado "humanismo jurídico", puesto que aplica las notas singulares del humanismo renacentista al campo del derecho. Así lo explica citando a CARPINTERO BENÍTEZ, F. *Mos italicus, Mos gallicus y el humanismo racionalista*", Pág. 124-125. Citado por MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino..., *Derecho Común y literatura...* Ob. Cit., pág. 149
- ³⁰ Además de Cujacio (1520-1590), vale la pena resaltar también a Hugo Donello (1527-1591) como los más selectos representantes de esta nueva orientación metodológica que trata de superar, más no de derribar el sistema clásico. el primero en el plano crítico-analítico, el segundo en el sistemático.
- ³¹ "La solución de la ciencia jurídica pasa por una vuelta a los textos clásicos efectuada desde tres premisas: filológica, filosófica e histórica. Se debe partir de la base material sobre la que están contruidos los textos, las palabras: se impone el conocimiento del latín y del griego, que ha de emplearse de un modo elegante y culto en la escritura, puesto que no será posible conocer en toda su profundidad y en toda su esencia las leyes romanas (algunos de cuyos fragmentos está en griego), si se desconoce la lengua madre que las alumbró y la evolución de la misma. Como denuncia el propio autor, el oscurecimiento del mundo del derecho procede en parte de la incorporación sucesiva de notas, glosas y comentarios a los textos romanos que han acabado olvidándose, sumergidos en esos mares de notas explicativas. Se ha perdido la perspectiva de la labor interpretativa misma, se ha omitido la consulta directa al caudal que constituyen los principales textos legales. Tanto es así que no se consideraba preciso tener nociones de latín clásico para acceder a los mismos: bastaba el latín corrupto y deformado que había conseguido estilarse como norma de cultura usual." MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino: *Derecho Común y Literatura...* Ob. Cit., pág. 168-169
- ³² Aclara MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino... *Derecho Común y literatura...* Ob. Cit. Pág. 152-153 que "ese conocimiento suponía además la reivindicación del texto como punto de partida de todo trabajo jurídico. En efecto, las glosas y los comentarios habían conseguido el oscurecimiento de los textos hasta el punto que los autores procedían a trabajar sobre la base de los grandes aparatos debidos a los más selectos autores. El texto legal del que se partía era eliminado de cualquier tipo de examen. En consecuencia, el nuevo humanismo reivindicó el estudio de los textos teniendo en cuenta su propia literalidad, evitando en la medida de lo posible recurrir a los trabajos de otros autores como referencia. Con ello se daba el golpe de gracia al argumento de autoridad y la opinión común, como elementos claves del razonamiento jurídico. Se ponía de relieve así la capacidad del hombre para razonar por sí mismo, con la consecuente tendencia a evitar la excesiva dependencia férrea de los argumentos de otros escritores. En consonancia con el espíritu del Renacimiento y su marcado optimismo antropológico, se colocaba al hombre como medida de todas las cosas en el campo del derecho para su creación y para su interpretación. No se obviaba el juego de la razón, sino que, al contrario, se potenció su uso, pero dentro de unos límites que evitasen las degeneraciones en que habían incurrido los juristas de épocas anteriores. Se prescindía conscientemente del pasado en aras del mismo pasado, de la recuperación de una pureza interpretativa primigenia. Como ha destacado Francisco Carpintero, lo que en verdad se propusieron estos juristas era el redescubrimiento y la restauración del derecho romano, sepultado, corrompido y desordenado por obra y gracia de los propios compiladores justinianos y, sobre todo, por la labor de los juristas de los siglos XIV, XV y XVI.
- ³³ En este sentido explica MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino... *Derecho Común y literatura...* Ob. Cit., pág. 154 que "Se recupera asimismo la atención por el derecho natural de carácter racionalista y sistemático. La influencia de la visión del derecho natural romano implicó una clara

preocupación por los aspectos filosóficos y morales del saber jurídico: el jurista bien formado ha de saber las leyes, pero también ha de ser capaz de elaborar sus propias formulaciones acerca de la justicia y de la ley natural, como afirmaba Jean Bodin”.

- ²⁴ BANDIERI, Luis María. *Derecho Global y nuevo medioevo jurídico...* Ob.Cit. Pág. 28-29
- ³⁵ CIURO CALDANI, Miguel Ángel. *Bases culturales del Derecho Comparado...* Ob. Cit., p.124
- ³⁶ BANDIERI, Luis María. *Derecho Global y nuevo medioevo jurídico...* Ob.Cit. Pág. 29
- ³⁷ BANDIERI, Luis María. *Derecho Global y nuevo medioevo jurídico...* Ob.Cit. Pág. 30
- ³⁸ Se inicia entonces la codificación del Derecho Mercantil con la aparición de los grandes Estados Europeos. Conviene en este aparte resaltar la aparición de las Ordenanzas de Colbert, las españolas de Burgos, Sevilla y Bilbao; iniciándose propiamente la codificación con el Código de Comercio Francés (Code Napoléon), el cual cambia radicalmente el sistema del derecho mercantil ya que, inspirado en los principios del liberalismo, ya no lo concibe como el derecho de una clase determinada, es decir, la de los comerciantes sino como un derecho regulador de una categoría especial de actos, los de comercio.
- ³⁹ CASTRILLON Y LUNA, Víctor: *Recodificación sustantiva del Derecho Mercantil*. Revista de Derecho Privado. Nueva Serie. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México. Año III, Núm. 7. Enero-Abril (2004). Pág. 11.
- ⁴⁰ Mediante la codificación resulta importante resaltar que este fue el instrumento mediante el cual el Estado, al crear leyes y tribunales competentes para conocer de la actividad comercial, les arrebatara todo protagonismo a los comerciantes en aplicar sus usos y costumbres y tribunales propios. Y ante el surgimiento del concepto de soberanía los derechos comerciales se multiplicaron por cuantos Estados existían, dejando atrás la uniformidad en el comercio internacional. Para más detalles véase SILVA, Jorge Alberto: *El Resurgimiento de la Lex Mercatoria*. En Estudios sobre Lex Mercatoria. Ediciones Jurídicas UNAM, México (2006). Pág. 225-285.
- ⁴¹ *El “juez boca de la ley” de Montesquieu sintetiza la posición filosófico-jurídica de la época en desmedro de la función judicial, y de la costumbre, fuente ésta última depositaria de los intereses vencidos. Los ataques a la costumbre dirigidos por pensadores claves de la ideología moderna, entre los que podemos nombrar a Jeremías Bentham, grafican el pensamiento iluminista que insiste en el carácter racional de la legislación y hecha por tierra la autoridad de la costumbre, por considerarla un derecho incierto, desarmónico, confuso y laberíntico, que debiera ser subrogado por el derecho legislado”.* ROMERO, Pilar: *Las fuentes de las normas de la Modernidad a la postmodernidad*. Cartapaccio. Pág 8.
- ⁴² CIURO CALDANI, Miguel Ángel. *Bases culturales del Derecho Comparado...* Ob. cit., pág. 124-125
- ⁴³ MONÉGER, Joel. *De la Ordenanza de Comercio del Colbert de 1673 sobre el Comercio al Nuevo Código de Comercio del 2000*. Revista Dikaion -Lo Justo, Universidad de La Sabana. Año 16, Vol. No. 11. (2002). Colombia. Pág. 76

La Lex Mercatoria: una aproximación desde la perspectiva del seminario "Ética, Hermenéutica e Interpretación"

- ⁴⁴ MONEGER, Joel...*De la Ordenanza de Comercio de Colbert de 1673 sobre el Comercio al Nuevo Código de Comercio del 2000...* Ob.Cit. pág. 76-77.
- ⁴⁵ Así se ha denominado el proceso de desmembramiento paulatino que han venido sufriendo los Códigos a partir del siglo XIX y principios del XX.
- ⁴⁶ Véase en este sentido IRTI, Natalino: *L'età della decoificazione*. Ed. Gluffré. Milan. 1989. Citado por BANDIERI, Luis María *Derecho Global y Nuevo Medioevo...* Ob. Cit., pág. 32.
- ⁴⁷ Véase en este sentido KANT, Manuel: *Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho* UNAM, México, 1978. Citado por BANDIERI, Luis María *Derecho Común y Nuevo Medioevo* Ob. Cit., pág. 33.
- ⁴⁸ La frase es de Jean BAUDRILLARD, en otro contexto; resalta a la vista que estamos entrando en una forma retroactiva de la historia, en *La ilusión del fin*, Barcelona, Anagrama, (1993). pág. 173. Citado por BANDIERI, Luis María Ob.Cit., pág. 36.
- ⁴⁹ BANDIERI, Luis María...Ob.Cit., pág 36
- ⁵⁰ BANDIERI, Luis María *Derecho Común y Nuevo Medioevo* Ob.Cit. pág. 37
- ⁵¹ MONÉGER, Joel...*De la Ordenanza de Colbert de 1673 al nuevo Código de Comercio...* Ob.Cit., pág. 89
- ⁵² MONÉGER, Joel...*De la ordenanza de Colbert...* Ob.cit. pág. 90-91
- ⁵³ Sin embargo, soy de la opinión de que es tal el crecimiento de la materia comercial que se vuelve imposible o muy inconveniente comprenderla en un código único, ya que constantemente surgen nuevos fenómenos y manifestaciones de la actividad económica que requieren de una ordenación jurídica especial.
- ⁵⁴ CADENA AFANADOR, Walter: *La Nueva Lex Mercatoria: un caso pionero en la globalización del Derecho*. En Revista Papel Político, Publicaciones de la Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. No. 13. Diciembre (2001). Pág. 101-114.
- ⁵⁵ Para Philippe Khan, la importancia de la discusión sobre la *Lex Mercatoria* radica en la dimensión sociológica del derecho comercial internacional, en el cual la comunidad internacional crea sus propias normas de derecho. De acuerdo con la concepción sociológica del derecho, una comunidad organizada puede crear sus propias normas, y éstas tendrán carácter vinculante para los miembros que pertenezcan a dicha comunidad, en este caso los comerciantes miembros de la comunidad internacional, y su aplicación en caso de controversias se apreciará mejor en mecanismos como el arbitraje comercial internacional. Citado por GUERRA H., Víctor Hugo: *La Nueva Lex Mercatoria en el sistema venezolano de Derecho Internacional Privado*. En Temas de Derecho Internacional privado. Libro Homenaje a Juan María Rouvier. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje No. 12. Caracas, 2003, pág. 323-324.

- ⁵⁶ Estas pueden ser consultadas a través de la página web de la Internacional Chamber of Commerce (ICC) en www.iccwbo.org
- ⁵⁷ Junto a los derechos internos de cada país y las convenciones internacionales sobre contratos, se ha venido formando un derecho paraestatal, de origen privado, emanado de organizaciones de empresarios y profesionales, conformado por principios, restatements, precedentes, códigos de conducta y modelos de contratos y de cláusulas, que no tienen fuerza de ley, pero están investidos de innegable autoridad, pues se han convertido en estándares de contratación generalmente aceptados. La naturaleza jurídica de este cuerpo de instrumentos sigue debatiéndose, pues algunos lo conciben como una "codificación" de costumbres mercantiles, mientras que otros opinan que constituyen una nueva fuente del derecho (soft law, lex mercatoria). BERMÚDEZ, José Rafael: *Interpretación de contratos y metodología jurídica*. En Centenario del Código de Comercio Venezolano de 1904. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2004. Tomo I, pág. 112-113.
- ⁵⁸ Véase en este sentido a KERZ, Mercedes: *Un nuevo umbral para el Estado Moderno. Reflexiones sobre la Teoría de Jürgen Habermas*. En Revista COLECCIÓN, Instituto de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales. Buenos Aires (2004), Núm. 15.
- ⁵⁹ TEUBNER, Gunther. *Breaking Frames: Economic Globalisation and the Emergence of lex mercatoria*. European Journal of Social Theory Num. 5 (2002). Pág. 199. En este sentido afirma que: "Globalizations processes imply the self-deconstruction of legal norms. Thus, legal pluralism is no longer an issue for legal sociology, but becomes a challenge for legal practice itself. Traditionally, rule making by "private regimes" has been subjugated under the hierarchical frame of the national constitution. When this frame breaks, the new frame of legal institutions can only be heterarchical. The origin of global non-state law as a sequence of recursive legal operations in an "as if", not only a founding myth as a self observations of law, rather the legal fiction of concrete past operations. The fiction, however, depends on social conditions outside legal institutions, in a historical configuration in which it is sufficiently plausible to assume that in earlier times, too, legal rules applied".
- ⁶⁰ La expansión de los mercados, que de alguna forma han dado paso a la globalización de las economías, con la que ha hecho su aparición del neoliberalismo, ha sido una de las variables que han influido en el pensamiento jurídico de la actualidad. Para profundizar sobre el tema del neoliberalismo véase URBINA MENDOZA, Emilio: *Neoliberalismo, Filosofía Liberal y Derecho del Siglo XXI*. En *Filosofía del Derecho y otros temas afines. Homenaje a Juan Bautista Fuenmayor Rivera*. Colección Libros Homenaje No. 17. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, Venezuela (2005). Págs. 534-566.
- ⁶¹ En este sentido URBINA MENDOZA afirma "que de esta forma nacerá el Neoliberalismo del siglo XX, cuyos máximos expositores serán los economistas Von Hayek y Milton Friedman, quienes reprocharán la ruina económica que conlleva el Welfare State por el despilfarro de recursos, la distorsión del juego económico, la ineficiencia de las prestaciones sociales pública, la inflación, el déficit crónico y la excesiva burocracia.". URBINA MENDOZA, Emilio... *Neoliberalismo, Filosofía Liberal y Derecho del Siglo XXI*. Ob. Cit. pág. 555.
- ⁶² KONRAD, Wioletta y Héctor FIX-FIERRO: *La Lex Mercatoria en el espejo de la Investigación empírica*. P.696.

*La Lex Mercatoria: una aproximación desde la perspectiva del seminario "Ética,
Hermenéutica e Interpretación"*

⁶³ COHEN-TANUGI, Laurent, *Le droit sans l'Etat. Sur la démocratie en France y en Amérique* (PUF, coll. *Recherches Politiques*, 1985. Citado por BANDIERI, Luis María *Derecho Común y Nuevo Medievo* Ob. Cit., pág. 31.

⁶⁴ BANDIERI, Luis María...*Derecho Común y Nuevo Medievo*...Ob.Cit., pág. 31.