

## La desnacionalización del Derecho y la formación de regímenes globales de Gobierno

Elina Mereminskaya<sup>1</sup>  
Aldo Mascareño<sup>2</sup>

En Martinic, María Dora y Mauricio Tapia (eds.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: Pasado, presente y futuro de la codificación*, Tomo II, Lexis-Nexis, Santiago, 2005, pp. 1391-1427.

### Introducción

La potestad de dictar las leyes se ha considerado un atributo central de la soberanía estatal. En base ello, el Estado ha sido entendido como la única instancia competente para la producción de derecho, tanto dentro del territorio nacional como a nivel de las relaciones interestatales. Sin embargo, la complejidad y interdependencia de la sociedad moderna afectan este monopolio autoproclamado e impulsan la formación de derecho más allá de la producción legislativa del Estado-nación. Para analizar este desplazamiento del espacio de producción de normas, partimos de la premisa que las condiciones de globalización en el siglo XX han llevado a la formación de una sociedad mundial, que opera sobre la base de distintos ámbitos sociales (política, derecho, economía, entre otros) cada uno de los cuales atiende una función social específica (I). En este contexto funcionalmente diferenciado, los Estados nacionales subsisten como una forma de diferenciación segmentaria de la política mundial que promueve la homogenización institucional y a la vez afianza la particularización de cada Estado, lo que contradice el argumento de la pérdida de soberanía estatal por efectos de la globalización (II). No obstante ello, en el campo de las relaciones internacionales, tiene lugar un proceso de producción normativa y formación de regímenes globales de gobierno en el que el derecho se pronuncia más frecuentemente acerca de las relaciones interestatales, sin tomar en cuenta los argumentos de la diplomacia internacional. El desarrollo de este derecho internacional más independiente del consentimiento explícito de los Estados, constituye una de las dimensiones de la desnacionalización del derecho (III). Asimismo, se observa un despliegue de la actividad normativa más allá del campo de las relaciones políticas que se lleva a cabo al margen de las legislaturas nacionales. Dichos procesos se traducen en el surgimiento de un derecho reflexivo que constituye lo que ha sido denominado *pluralismo legal*, es decir, la coexistencia de diversos regímenes normativos, tanto nacionales como a-nacionales (IV). El ejemplo más relevante de un régimen legal pluralista lo constituye el derecho de la *lex mercatoria* (V), cuyo carácter normativo, finalmente, plantea ante el derecho internacional privado el desafío y la oportunidad de avanzar en la resolución de los problemas relacionados con la elección de ley aplicable a los contratos internacionales (VI).

---

<sup>1</sup> Profesora del Departamento de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Doctora y Magíster en Derecho (Universidad de Göttingen, Alemania) Licenciada en Derecho (Universidad de Kaliningrado, Rusia).

<sup>2</sup> Académico del Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad Alberto Hurtado y profesor del Departamento de Ciencias del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Doctor en Sociología (Universidad de Bielefeld, Alemania).

## I. La sociedad mundial

Los procesos de colonización del siglo XX terminaron con las últimas islas de socialidad que aún pudieron haber quedado alrededor del mundo. El desarrollo de los medios y tecnologías de comunicación hizo el resto: sociedades aisladas respecto de las cuales ningún contacto sea posible y cuyo conocimiento del mundo se limite al conocimiento de su propio espacio local, ya no existen. El mundo de hoy, descubierto por completo y cubierto por diversas redes que permiten la comunicación, admite tan sólo una sociedad, la sociedad mundial.<sup>3</sup>

Tal concepto de sociedad mundial no debe ser entendido al modo clásico, como liga de naciones o aldea global en el sentido de las antiguas teorías mediáticas; tampoco es reedición de la polis, triunfo del capitalismo o neoimperialismo, como afirma buena parte del análisis social contemporáneo que no logra trascender la superficie de los acontecimientos históricos. Sociedad mundial es una comprensión desterritorializada de lo social como comunicación, en tanto integra todos los posibles horizontes de mundo – sea de individuos o colectivos– como horizontes de un único sistema comunicativo universal en el que se incluyen todas las posibilidades de comunicación.<sup>4</sup> En otros términos, no hay comunicación más allá de la sociedad mundial.

A la base de este tipo de sociedad, tanto en la definición de su evolución como de su estructura, se encuentra el proceso de diferenciación funcional de sistemas. Ya en la alta Edad Media es posible encontrar una emergente diferenciación fundamentalmente entre política, religión, economía y derecho. La radicalización de ese proceso no tuvo lugar entonces pues la sociedad aún se integraba mediante la estructura jerarquizada de rangos. Así, aunque existiera dinero que movilizara un naciente sistema económico mundial, su operación se ponía a disposición del expansionismo político bajo la forma de mercantilismo;<sup>5</sup> o, aunque existiera derecho positivo, la subordinación de la validez jurídica al estrato superior (y en última instancia a la voluntad del monarca como representación de la voluntad divina), impedía el funcionamiento autónomo del sistema. Por otro lado, las aristocracias basadas en la propiedad de la tierra y organizadas en términos de control en torno a ciudades donde se manifestaba la diferenciación de rangos, hacían cercana la idea de sociedad ligada al territorio y, por tanto, plausible pensar en sociedades separadas según su ubicación geográfica y según las pretensiones de su estrato superior.

El fin de la sociedad estratificada supone el quiebre de las últimas cadenas que impedían la extensión del proceso de diferenciación funcional de sistemas. La desnaturalización de la división de estratos permite que la función prevalezca sobre la estructura de la sociedad. La fórmula evolutiva se transformó radicalmente. Mientras para la sociedad estratificada valía: *a más problemas, más centralización de la decisión en el estrato superior*, para la funcionalmente diferenciada vale: *a más problemas, más especialización de las estructuras encargadas de resolverlos*. En el contexto de la diferenciación funcional moderna cada esfera se especializa en la resolución de un

---

<sup>3</sup> Luhmann, Niklas, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1997, p. 156.

<sup>4</sup> Luhmann, Niklas, "World society as a social system", en Luhmann, Niklas, *Essays on self-reference*, New York, Columbia University Press, 1990, pp. 175-190.

<sup>5</sup> Contexto donde encuentra su origen la *lex mercatoria* y que la hace radicalmente distinta de su expresión actual. Véase infra, sección V en este texto.

problema social determinado,<sup>6</sup> sin atender para ello a limitaciones fronterizas.<sup>7</sup> Así, los movimientos de los mercados, los conocimientos científicos, las creencias religiosas, las creaciones artísticas o los sentimientos del amor no se detienen ante tales fronteras, sino que operan de modo horizontal como formas especializadas de comunicación de la sociedad mundial. Esto hace insuficiente pensar en un concepto de sociedad de anclaje regional. El bajo nivel de complejidad de un concepto de esta naturaleza –como el concepto actual de sociedad en tanto Estado-nación<sup>8</sup>– hace imposible comprender el carácter de la modernidad como sociedad funcionalmente diferenciada y dar cuenta apropiadamente de los nuevos procesos que en ella tienen lugar, como el que nos interesa en estas páginas, el de un derecho que existe más allá del Estado nacional.

Afirmar la existencia de una sola sociedad, no supone constatar la homogeneidad estructural y semántica, para todos los espacios regionales, de la sociedad mundial. Sus arreglos institucionales pueden ser formalmente equivalentes entre regiones (parlamento, tribunales, familia, mercado, iglesia), pero los modos en que operativamente se acoplan y sus vías de expresión pueden variar.<sup>9</sup> Se podría hablar en este sentido de trayectorias de la diferenciación funcional<sup>10</sup> caracterizadas por los diversos modos de instalación de distintas regiones en las estructuras de la sociedad mundial, por su reacción diferenciada frente a los procesos emergentes que en ella tienen lugar y por la forma en que la globalización ha afectado los espacios comunicacionales regionales.<sup>11</sup> En este sentido, la sociedad mundial basada en el principio de la diferenciación funcional es resultado de la globalización, pero de una globalización entendida como proceso histórico de ampliación de dimensiones sistemáticamente cubiertas por la comunicación (sistemas) y no como expansión o traslación de fenómenos y modos de acción concretos de tipo local a otros contextos espaciales.<sup>12</sup> Concebida de esta última manera, la globalización aparece como un concepto empírico y heterogéneo que poco tiene que ver con la constitución de una sociedad mundial, pues a partir de él resulta imposible definir con qué intensidad se deben desplegar esos procesos para que estemos ante una sociedad ‘distinta’, es decir, globalizada.

Por el contrario, al entender la globalización como la ampliación de dimensiones sistemáticamente cubiertas por la comunicación de sistemas, la formación de la sociedad mundial se logra captar como un proceso de expansión de comunicaciones diferenciadas (política, derecho, economía, religión), con lo que se puede afirmar que la sociedad mundial es una sociedad distinta, esto es, una sociedad globalizada. Así, la

---

<sup>6</sup> Luhmann, Niklas, *Complejidad y modernidad: De la unidad a la diferencia*, Madrid, Editorial Trotta, 1998, p. 72.

<sup>7</sup> Sólo lo hacen bajo el modo de segmentación en la diferenciación. Luhmann, Niklas, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, op.cit., p. 809.

<sup>8</sup> Para esto véase Chernilo, Daniel, “Social theory: Methodological nationalism and its critique”, en Delanty, Gerard y Krishan Kumar, (Eds.), *Handbook of nations and nationalism*, London, Sage, 2006.

<sup>9</sup> Luhmann, Niklas, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, op.cit., p. 150; Stichweh, Rudolf, *Die Weltgesellschaft. Soziologische Analysen*, Frankfurt, Suhrkamp, 2000, pp. 17-18.

<sup>10</sup> Recogemos el concepto de ‘trayectoria’ desde la reflexión de Jorge Larraín sobre la modernidad, pero lo situamos a un nivel evolutivo y no histórico. En tal sentido hablamos de trayectorias de la diferenciación funcional y no trayectorias de la modernidad. Para esto último, véase Larraín, Jorge, *Identity and modernity in Latin America*, Cambridge, Polity Press, 2000.

<sup>11</sup> Para la situación específica de América Latina como diferenciación funcional de tipo concéntrico véase Mascareño, Aldo, “Sociología del derecho (chileno y latinoamericano)”, *Persona y Sociedad*, Vol. XVIII, N° 2, 2004, pp. 63-94, pp. 67 y ss.

<sup>12</sup> Para esto último véase Giddens, Anthony, *Las consecuencias de la modernidad*, Madrid, Alianza, 1994.

globalización no se niega, sino que se enmarca en la pregunta por la emergencia de la sociedad mundial;<sup>13</sup> globalización pasa a ser, en este sentido, desnacionalización de la comunicación, entre otros campos, en el propio derecho.

## II. De Westfalia a la sociedad mundial

La desnacionalización de la comunicación jurídica corre paralela a la desnacionalización de la comunicación política en el transcurso de la modernidad. De cualquier modo, la política se encontró siempre ante la tensión de un modo de operación universalizable (instituciones políticas, democracia, Constitución, representación), frente a un modo de concreción de la decisión vinculado al control territorial. En el origen de ello está la experiencia europea en la Edad Media estructurada sobre la base de un modelo de fragmentación del poder. La autoridad absoluta de un territorio estaba sometida a un superior (el *ruler*) y, en última instancia, era la Iglesia Católica quien reclamaba la obediencia de todos los regentes civiles.<sup>14</sup> La paz de Westfalia en 1648 que puso fin a las guerras religiosas consagrando el derecho del rey a determinar la religión de sus súbditos, termina con esta ausencia de autoridad central constituida. En virtud de ello, suele considerarse el punto simbólico en el proceso de nacimiento de los Estados soberanos<sup>15</sup> y, paralelamente, el paso decisivo en la diferenciación funcional de un sistema político de instituciones universalizables con anclaje territorial en la forma de Estado-nación.

Lo propio de esta nueva situación es que el Estado se reserva para sí la potestad de la decisión respecto del uso legítimo de la fuerza física, lo que libera al resto de la sociedad de la aplicación de la violencia —o si no la libera, al menos desincentiva su empleo en la resolución de conflictos a través del vínculo con el derecho. Soberanía es, en este sentido, capacidad de decisión colectiva vinculante ante los miembros e instituciones de un territorio sobre la base de la amenaza no-explicita del uso de la violencia física.<sup>16</sup> El Estado se transforma en un instrumento auxiliar de un sistema político progresivamente mundial, cuyo poder decisional se basa, en último término, en aquella expropiación de la violencia desde los múltiples rincones de la sociedad,<sup>17</sup> que en virtud de esto quedan definidos como no-políticos. Para formularlo paradójicamente, la política como sistema funcional comienza a encargarse de la paz social intentando (muchas veces violentamente) apropiarse centralizadamente de la violencia.

En la formación evolutiva del Estado, la soberanía adquiere un carácter jurídico que legitima el orden político compuesto por Estados independientes, cuyos gobiernos son fuentes de poder, tanto doméstico como internacional.<sup>18</sup> Sin embargo, su carácter absoluto, libre de cualquier intervención exterior, es dudoso.<sup>19</sup> Los datos históricos

---

<sup>13</sup> Stichweh, Rudolf, *Die Weltgesellschaft. Soziologische Analysen*, op.cit., pp. 13-14.

<sup>14</sup> García Gestoso, Noemi, "Sobre los orígenes históricos y teóricos del concepto de soberanía: Especial referencia a Los Seis Libros de la República de J. Bodino", *Revista de Estudios Políticos*, Vol. 120, 2003, pp. 301-327, pp. 302-305.

<sup>15</sup> Jackson, Robert, "Sovereignty in World Politics: a Glance at the Conceptual and Historical Landscape", *Political Studies*, Vol. XLVII, 1999, pp. 431-456, p. 439. El autor subraya que los signatarios de los Tratados todavía se describían como comunidad basada en el cristianismo y sus textos no recurren a la expresión 'soberanía'.

<sup>16</sup> Luhmann, Niklas, *Politik der Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 2000.

<sup>17</sup> Willke, Helmut, *Ironie des Staates*, Frankfurt, Suhrkamp, 1992, pp. 27-29.

<sup>18</sup> Jackson, Robert, "Sovereignty in World Politics: a Glance at the Conceptual and Historical Landscape", op.cit., p. 432.

<sup>19</sup> Krasner, Stephen, "Sovereignty", *Foreign Policy*, enero-febrero, 2001, pp. 20-29.

demuestran que nunca ha existido una época dorada del sistema westfaliano, en el sentido de autonomía absoluta de las autoridades políticas nacionales en la toma de decisiones.<sup>20</sup> Mientras el modelo westfaliano se planteó como instrumento para alcanzar la paz y estabilidad internacional, en la práctica en muchos casos, la violación de sus principios ha sido considerada el mecanismo más idóneo para poder cumplir con este mismo propósito. Convenciones, contratos interestatales, coerciones o imposiciones, como la protección de minorías religiosas o étnicas operaron siempre de modo transversal a la soberanía estatal,<sup>21</sup> como ya ocurría, por lo demás, con los propios tratados westfalianos de 1648<sup>22</sup> y sigue ocurriendo hoy con la creación de las Naciones Unidas (ONU) y su énfasis en la obligación de la cooperación internacional, la restricción del uso de la fuerza y el fomento de los derechos humanos.<sup>23</sup>

No obstante, el establecimiento de la ONU tampoco puede mover a pensar que la lógica fundamental y la estructura del modelo westfaliano como comunidad internacional de Estados independientes, formalmente iguales entre sí, haya sido alterada en sus cimientos.<sup>24</sup> Más aún, la condena del colonialismo después de la Segunda Guerra Mundial, intensificó el ideal westfaliano de soberanía del Estado-nación. Se puede afirmar incluso que sólo las últimas olas de descolonización del siglo XX lograron consagrar normativamente el principio de soberanía estatal sobre un horizonte territorial,<sup>25</sup> con lo que la diferenciación funcional de la política como sistema mundial se entendió fuertemente unida al principio de segmentación territorial de Estados, algo similar a lo que ocurre en economía con la división en mercados o en la ciencia con las disciplinas. Los segmentos destacan no por su identidad, sino por rasgos fundamentales que comparten dentro de un sistema en que atienden a una sola función social.<sup>26</sup> Por ello el 'triumfo' del Estado-nación en ningún caso se opone al concepto de la sociedad mundial, más bien, ofrece una prueba de su existencia y es a la vez la contribución más notoria a la constitución de una política mundial,<sup>27</sup> pues es la propagación de Estados nacionales lo que permite la estandarización de formas institucionales propias de este ordenamiento político a lo largo del planeta.<sup>28</sup>

Por su parte, la globalización económica y la transnacionalización de regímenes normativos pueden alterar el ámbito de intervención de las autoridades estatales, pero

---

<sup>20</sup> Krasner, Stephen, "Compromising Westphalia", *International Security*, Vol. 20, N° 3, 1995/1996, pp. 115-151, p. 115.

<sup>21</sup> *Ibid.*, pp. 118 y ss.

<sup>22</sup> Los Tratados de Westfalia junto con proclamar el derecho del rey a determinar la religión de la población dentro de su territorio, contemplaron la obligación de tolerancia religiosa con respecto a las minorías católicas o protestantes, lo cual alteraba la misma idea de la soberanía nacional absoluta. Krasner, Stephen, "Sovereignty", *op.cit.*

<sup>23</sup> Consulte sobre la relación entre la soberanía westfaliana y la regulación de los derechos humanos en Fine, Robert, "Cosmopolitismo sin 'ismo'", *Persona y Sociedad*, Vol. XVIII, N° 2, 2004, pp. 239-262, pp. 244 y ss.

<sup>24</sup> Held, David, *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Barcelona, Buenos Aires, México, Paidós, 1997, p. 126.

<sup>25</sup> Albert, Mathias, "Territoriality and Modernization", *Institute for Global Society Studies*, Bielefeld, 2001, en [www.uni-bielefeld.de/soz/iw/pdf/albert\\_3.pdf](http://www.uni-bielefeld.de/soz/iw/pdf/albert_3.pdf) (mayo 2005), p. 3.

<sup>26</sup> Luhmann, Niklas, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, *op.cit.*, p. 761.

<sup>27</sup> Albert, Mathias, "Territoriality and Modernization", *op.cit.*, p. 9. También Stichweh, Rudolf, *Die Weltgesellschaft. Soziologische Analysen*, *op.cit.*, p. 24.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 41. De un Estado se espera hoy que tenga un poder legislativo, una Constitución, un aparato administrativo, uniones profesionales, una moneda, un sistema educativo, una política del desarrollo cultural y científico, factores que deben encontrarse en un Estado nacional y que aseguran su aceptación mundial. Lo paradójico es que dicha unificación institucional es lo que permite a los Estados mantener su individualidad en el sistema de la sociedad global.

no crean una nueva forma de organización de la vida política distinta al modelo de los Estados soberanos.<sup>29</sup> En este contexto, no corresponde decir que la globalización económica o la producción normativa a-nacional lleven a una disminución de la soberanía estatal.<sup>30</sup> El Estado-nación puede seguir manteniendo la tuición sobre su territorio y el monopolio de uso de la violencia legítima; es decir, la soberanía de lo político sigue siendo política, no económica ni jurídica. Sí es cierto, sin embargo, que el manejo de la economía a nivel nacional se resiste cada vez más a intervenciones políticas, especialmente en el campo del mercado financiero y comercial; y es innegable también que regímenes jurídicos internacionales surgen con suficiente capacidad para regular problemas emergentes de la sociedad mundial que ningún orden jurídico estatal es capaz, por sí solo, de resolver. Pero en uno y otro caso, el Estado subsiste y subsiste mundialmente. Existe así una agudización de la diferenciación funcional que corre paralela a un anclaje del Estado a nivel territorial. En otras palabras, el desarrollo de los sistemas económico y jurídico trasciende con mucho las fronteras nacionales, lo que impide su control desde el territorio que cada Estado gobierna. Por ello el Estado debe abandonar su pretensión de cima jerárquica de conducción de la sociedad, aunque tampoco su rol ha de reducirse a la nada. Puesto que los sistemas funcionalmente diferenciados de la sociedad mundial tienden a operar con prescindencia del territorio nacional y dadas las altas interdependencias entre las dimensiones política, económica y jurídica, la tarea del Estado es la de propiciar, desde su espacio territorial, condiciones para la coordinación del funcionamiento sistémico.<sup>31</sup> Esto es precisamente lo que se le pide a la política en el marco de la juridización de las relaciones internacionales.

### III. Juridización y regímenes globales de gobierno

El establecimiento de una pluralidad de Estados ha determinado una distinción de regímenes normativos: por un lado, el derecho nacional establecido por un legislador soberano y, por otro, el derecho internacional. El primero, es el que ha sido construido en el marco del Estado-nación; el segundo se ha entendido tradicionalmente producto del consenso político de los Estados, como resultado de procesos diplomáticos.<sup>32</sup> Actualmente, se observa un despliegue de la actividad normativa que conduce a la consolidación de un derecho internacional más autónomo respecto de la política, quebrando con ello la dependencia descrita.<sup>33</sup> Dicho fenómeno ha sido referido por la doctrina como juridización de las relaciones internacionales.

---

<sup>29</sup> Krasner, Stephen, "Sovereignty", op.cit., p. 20.

<sup>30</sup> Véase Aart Scholte, Jan, "Global Capitalism and the State", *International Affairs*, Vol. 73, N° 3, 1997, pp. 427-452, p. 443: "Sovereignty has also disappeared under globalizing capitalism in so far as contemporary states have lost the capacity for the unilateral exercise of comprehensive macroeconomic policy." Véase también Bairoch, Paul, "The Constituent Economic Principles of Globalization in Historical Perspective: Myths and Realities", *International Sociology*, Vol. 15, N° 2, 2000, pp. 197-214, p. 197: "Globalization refers to a situation wherein industrial and commercial companies as well as financial institutions increasingly operate transnationally (...) leading to an increase in the global role of large multinational companies and to a lessening of the role of nation-states." En la misma línea véase Sassen, Saskia, "Territory and Territoriality", *International Sociology*, Vol. 15, N° 2, 2000, pp. 372-393, p. 373: "we are seeing processes of incipient denationalization of sovereignty - the partial detachment of sovereignty from the national state."

<sup>31</sup> Willke, Helmut, *Ironie des Staates*, op.cit., pp. 245-249.

<sup>32</sup> Goldstein, Judith, Miles Kahler, Robert Keohane, Anne-Marie Slaughter, "Introduction: Legalization and World Politics", *International Organization*, Vol. 54, N° 3, 2000, pp. 385-399, p. 387.

<sup>33</sup> Véase dudas sobre el alcance verdadero de este fenómeno en Álvarez, José, "The New Dispute Settlers: (Half) Truths and Consequences", *Texas International Law Journal*, Vol., 38, 2003, pp. 405-444; pp. 411 y ss.

En el marco de la interpretación contemporánea y más extendida de este proceso, destaca el estudio *Legalisation and World Politics*,<sup>34</sup> cuyo análisis permite observar los límites de esta interpretación frente al contexto de lo que hemos descrito como sociedad mundial. El estudio buscó examinar los avances del proceso de juridización de las relaciones internacionales. Para ello, se desarrollaron tres criterios. El primero, dice relación con la 'obligatoriedad de las normas', la cual se mide según una escala entre *expressly nonlegal norm* y *binding rule*. El segundo, examina la 'precisión de las normas' sobre la base de una escala que va desde *vague principle* a *precise, highly elaborated rule*. El tercero, denominado 'delegación', se centra en las formas del monitoreo del cumplimiento de las normas. Las alternativas que componen la escala en tal caso son, por un lado, la vía *diplomática* y, por otro, el *recurso a tribunales*, internacionales o domésticos.<sup>35</sup>

A continuación, el estudio indica distintos instrumentos e instituciones internacionales que se sistematizan según el grado en que manifiestan cada uno de estos criterios. Un ejemplo de la juridización absoluta, sería el Acuerdo de la Organización Mundial de Comercio (OMC) sobre los derechos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio (TRIPs). En dicho instrumento, los tres criterios analizados, alcanzan niveles altos. En otras palabras, se trata de normas vinculantes, formuladas con un alto grado de precisión y cuyo cumplimiento puede ser monitoreado por vía cuasi-judicial. En virtud de su carácter altamente juridizado, este régimen normativo pasa a denominarse *hard law*. Por otro lado, dentro de los instrumentos internacionales con un grado moderado de juridización –llamados *soft law*– se situarían, por ejemplo, los estándares técnicos. Éstos exhiben niveles bajos de obligatoriedad y delegación, aunque un nivel elevado de precisión de normas.<sup>36</sup> Por último, se crea una tercera categoría, denominada *anarchy*, que corresponde a aquellas instancias internacionales en las que el desarrollo de las normas jurídicas se encuentra subordinado a consideraciones políticas, esferas de influencia y formas de balance de poder. Por ejemplo, el Grupo de los Siete (G7) se ubicaría más cerca de esta última categoría dada su manifestación baja de los tres criterios.<sup>37</sup> Finalmente, el estudio concluye planteando: "There is, however, no bright line dividing legalized form nonlegalized institutions. Instead, there is an identifiable continuum from hard law through varied forms of soft law, each with its individual mix of characteristics, to situations of negligible legalization. [...] On the whole, however, our conception of legalization reflects a general theme [...] the rejection of a rigid dichotomy between 'legalization' and 'world politics'. Law and politics are intertwined at all levels of legalization."<sup>38</sup>

Un primer comentario respecto del análisis precedente dice relación con el carácter funcionalmente diferenciado de la sociedad mundial. Conforme a él, cualquier cambio

---

<sup>34</sup> Véase varios autores en *International Organization*, Vol. 54, N° 3, 2000. Consulte también Zangl, Bernhard y Michael Zürn, "Make Law, Not War: Internationale und transnationale Verrechtlichung als Baustein für Global Governance", en Zürn, Michael y Bernhard Zangl, *Verrechtlichung jenseits des Staates - Bausteine für Global Governance*, Bonn, Dietz, 2004, en [www.sef-bonn.org/html/publikationen/verrechtlichung/](http://www.sef-bonn.org/html/publikationen/verrechtlichung/) (mayo 2005).

<sup>35</sup> Abbot, Kenneth, Robert Keohane, Andrew Moravcsik, Anne-Marie Slaughter, Duncan Snidal, "The Concept of Legalization", *International Organization*, Vol. 54, N° 3, 2000, pp. 401-419, pp. 401-404.

<sup>36</sup> Adquieren este nivel de precisión aun sin un proceso legislativo nacional, es decir, sin acoplamiento con la política. Los estándares técnicos derivan más bien de una relación periférica entre derecho y ciencia o derecho y economía. Véase infra, sección IV en este texto..

<sup>37</sup> Abbot, Kenneth, Robert Keohane, Andrew Moravcsik, Anne-Marie Slaughter, Duncan Snidal, "The Concept of Legalization", op.cit., pp. 406-408.

<sup>38</sup> *Ibid.*, pp. 418-419.

en el derecho que cuente jurídicamente y no sea pura discusión legislativa, debe tener lugar dentro del sistema jurídico y no dentro del sistema político.<sup>39</sup> Es decir, lo que es jurídico, para que tenga efectos jurídicos, no puede ser político (o económico, o religioso). Bajo las condiciones de diferenciación funcional de la sociedad mundial esto significa que la validez jurídica no aguarda órdenes políticas para entenderse válida; la validez del derecho está autocontenida en el propio derecho una vez que ha sido sancionado como derecho y utilizado como premisa de decisión jurídica. Esto, por cierto, no excluye la existencia de relaciones de interdependencia entre ambas esferas, pero precisamente esa interdependencia exige que, en definitiva, se trate de instancias separadas. Por tanto, la juridización internacional constituye un despliegue de un sistema jurídico mundial y refleja ante todo su evolución en respuesta a demandas comunicadas dentro del sistema político o económico. Dicha evolución, por su parte, constituye información relevante para la esfera política, lo que modela el horizonte de las expectativas de este sistema.<sup>40</sup> Política y derecho se vuelven así sistemas estructuralmente acoplados, es decir, sistemas que coevolucionan interdependientemente.<sup>41</sup> Formulado paradójicamente, se puede hablar de la separación permanentemente integrada de derecho y política en el horizonte de la sociedad mundial.

Esta separación permanentemente integrada de derecho y política, hace difícil medir los niveles de juridicidad en términos de una formulación explícita y precisa de normas, como lo hace el estudio referido. El derecho —sea nacional o internacional— no puede equipararse a normativas o estándares que definan niveles de juridicidad según los grados de visibilidad de las normas. Bajo este criterio, el modelo del *common law* sería ‘menos jurídico’ que el modelo continental. Derecho no es ley ni norma, sino decisión jurídicamente válida. Por ello, evaluar los regímenes globales de gobierno según el nivel de formulación de normas que exhiban, no permite llegar a una conclusión precisa acerca de los avances de la juridización. En este sentido, lo relevante no parece ser cuánta normatividad formal se le puede atribuir a un régimen, sino el modo en que ese régimen expresa su acoplamiento de comunicaciones jurídicas (decisiones jurídicamente válidas) y políticas (decisiones colectivas vinculantes).<sup>42</sup> Por ello, puede entenderse a los regímenes globales de gobierno como acoplamientos estructurales de política y derecho en el contexto de la sociedad mundial. Así, la existencia de un derecho internacional no basado en el consentimiento explícito de los Estados requiere que, en el ámbito de las operaciones de la política internacional, emerjan comunicaciones jurídicas que las decisiones políticas entiendan como colectivamente vinculantes, es decir, con consecuencias políticas. Si esto es lo que sucede, entonces el nivel de formulación de la norma es secundario, y lo que importa es la influencia mutua que cada esfera representa para la otra.

Así, la validez de una norma no se deduce de su pertinencia a una jerarquía de fuentes normativas, tal como desprendería de la teoría de las fuentes legales. Más bien, el sistema jurídico se compone de todas aquellas comunicaciones que en la propia praxis

---

<sup>39</sup> Albert, Mathias, “Legalisation or Global Law Formation? On the Evolution of Law in World Society”, *CENTRAL-Conferencia Transnational Business in the Age of Globalization*, Münster, 26 de octubre de 2001, en [www.uni-bielefeld.de/soz/iw/pdf/albert\\_2.pdf](http://www.uni-bielefeld.de/soz/iw/pdf/albert_2.pdf) (mayo 2005), pp. 1-27, p. 16.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>41</sup> Véase sobre el concepto del acoplamiento estructural Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, op.cit., pp. 473 y ss.

<sup>42</sup> En el mismo sentido Albert, Mathias, “Legalisation or Global Law Formation? On the Evolution of Law in World Society”, op.cit., p. 23.

de sus decisiones adquieran validez, es decir, que sean reconocidas como decisiones jurídicas y que en virtud de ello se les atribuya capacidad para decidir 'jurídicamente' acerca de un tema.<sup>43</sup> Validez jurídica es, en este sentido, una relación circular entre decisión, aplicación y determinación de la distinción entre lo jurídicamente válido y lo que no lo es. Con ello, la pregunta acerca de lo que 'debe' valer se transforma en una pregunta exterior al derecho válido,<sup>44</sup> en una pregunta de praxis legislativa y política donde pueden entrar criterios de distinto tipo que contribuyan a la formación de derecho y que actualicen la separación permanente integrada de derecho y política. Pero estos criterios no determinan la validez del derecho, pues ella se gana, en definitiva, en la praxis jurídica.<sup>45</sup> Lo anterior se traduce en que, para el sistema jurídico, únicamente existe el derecho que entra en vigor mediante el derecho mismo, a través del símbolo de la validez jurídica.<sup>46</sup> Siempre y cuando una norma permite efectuar la distinción entre lo que es jurídicamente válido y lo que no, se trata de una norma de derecho. Por ello la precisión de la norma no determina un mayor o menor nivel de legalidad en el sistema y por ello también, el concepto de *soft law* no refleja un nivel bajo o 'blando' de juridicidad, sino que refiere a distintas formas de expresión del derecho en el complejo proceso de la consolidación del derecho transnacional. Dicho de otra manera: "Soft law is not non-law".<sup>47</sup>

Al mismo tiempo —y a diferencia de lo que sostiene el estudio señalado— el grado de precisión de las normas no parece constituir un criterio relevante para decidir sobre la existencia de una comunicación jurídica, si es que esto no afecta la posibilidad de distinguir jurídicamente en base a ella. La precisión/difusividad de la norma sólo puede ampliar o reducir su marco interpretativo frente a lo que sí es decisivo para decidir jurídicamente, esto es, la existencia de tribunales.

En la formación del sistema jurídico moderno, los tribunales constituyen el centro, pues de ellos en última instancia debe emanar la decisión sobre las demandas que se presentan. Los tribunales están ante el imperativo de decidir, pues su propia presencia busca asegurar la prohibición de denegación de justicia. Tanto decisiones sobre la inaplicabilidad de la ley, por ejemplo por la prescripción delitos, como aquellas que se establecen aun a falta de leyes o contratos, adquieren validez jurídica si han sido tomadas por tribunales.<sup>48</sup> Incluso frente a lo que la tradición del *common law* conoce como los 'hard cases' —esto es, casos donde las normas jurídicas vigentes y conocidas no son suficientes para llegar a una decisión— los tribunales no pueden eludir su función: "para la definición y argumentación de la decisión deben desarrollar reglas de decisión cuya validez puede ser dudosa y seguir siendo dudosa. Los tribunales no se pueden

---

<sup>43</sup> Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, op.cit., p. 123.

<sup>44</sup> Ibid, pp.154-155.

<sup>45</sup> A este nivel vale la sentencia: "el derecho válido es el derecho válido, es el derecho válido, es el derecho válido ... sin más (y sin menos)." Mascareño, Aldo, "Una rosa es una rosa, es una rosa, es una rosa...", *Persona y Sociedad*, Vol. XVIII, N° 2, 2004, pp. 301-306, p. 303.

<sup>46</sup> Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, op.cit., pp. 342-343. Sin embargo, esta es una descripción externa, no una auto-descripción que se pueda judicializar en el sistema. Es necesario, por lo tanto, distinguir entre el carácter positivo del derecho y el positivismo teórico-jurídico en tanto que autodescripción actuante en el sistema. Un positivismo de esta índole ofrece una respuesta al problema de la validez sirviéndose del concepto de fuente del derecho. Véase Ibid., p. 596. Sobre la impropiedad de equiparar la teoría luhmanniana a la de Kelsen véase Michailakis, Dimitris, "Law as an Autopoietic System", *Acta Sociologica*, Vol. 38, 1995, pp. 323-337, pp. 332 y ss.

<sup>47</sup> Albert, Mathias, "Legalisation or Global Law Formation? On the Evolution of Law in World Society", op.cit., p. 20.

<sup>48</sup> Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, op.cit., p. 374 y ss.

apoyar en el derecho vigente incuestionable, sino que deben crear, postular y presuponer ese derecho sin que lleguen a garantizar que más allá de la fuerza jurídica de la decisión del caso, sea válido también el programa de la decisión. Precisamente por eso se creó la institución de la 'ratio decidendi' que enlaza esta decisión con las decisiones precedentes."<sup>49</sup> Por todo esto, la precisión de las normas no es condición de la existencia de juridicidad ni menos de sistema jurídico. Así, el nuevo derecho a-nacional puede cristalizarse cuando ciertas instancias (tribunales internacionales) adquieren la capacidad de pronunciarse sobre la conducta de los actores, evaluándola según la distinción entre lo que es jurídicamente válido y lo que no.

Para la medición de los niveles de consolidación de un nuevo derecho a-nacional, parece más adecuado, entonces, enfocarse en la formación de decisiones jurídicas que instancias competentes –que actúan a modo de tribunales– toman respecto de materias que por esa misma praxis se van haciendo parte de su competencia. Si esto se formaliza en normas explícitas y precisas o se fundamenta la decisión en decisiones precedentes, es una cuestión posterior; lo relevante es que exista una decisión que, en tanto tiene consecuencias jurídicas, muestra su validez jurídica, y que en tanto tiene consecuencias políticas, muestra su carácter colectivo vinculante. Por ello, los regímenes globales de gobierno surgen como formas de expresión concreta de la separación permanentemente integrada de política y derecho en el contexto de la sociedad mundial. Se requieren mutuamente para existir.

Pero la política no decide jurídicamente. El consenso entre Estados para la creación de un determinado régimen, opera al modo en que lo hace la legislación a nivel nacional: define la norma, pero no decide jurídicamente. Sólo los tribunales lo hacen, y al hacerlo, porque la norma es muy general o muy precisa, pueden también 'legislar'. En la discusión actual sobre el tema, se ha denominado a esto judicialización de las relaciones internacionales.<sup>50</sup> Con esta expresión, se alude a la existencia de instancias capaces de emitir, al margen de las actuaciones diplomáticas, esto es políticas, decisiones sobre las controversias internacionales.<sup>51</sup> Estas instituciones cumplirían la función de los tribunales, lo cual supone que toman sus decisiones aplicando la distinción entre lo jurídicamente válido y lo que no lo es. Instituciones como la Corte Penal Internacional, el sistema de solución de diferencias de la OMC, la Corte de Justicia Europea, el Tribunal Internacional del Mar o la Corte Internacional de Justicia toman estas decisiones sobre la base de criterios normativos, explícitos o no, y crean derecho válido en ese acto. Aunque el número de instancias que actúan de esta forma sigue siendo

---

<sup>49</sup> Ibid., p. 376.

<sup>50</sup> En este elemento se centra el análisis de Keohane, Robert, Andrew Moravcsik, Anne-Marie Slaughter, "Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational", *International Organization*, Vol. 54, N° 3, 2000, pp. 457-488. Analizando los distintos grados de delegación que se dan en la práctica, se ha dividido las formas de solución de controversias internacionales en dos tipos: interestatal y transnacional. Mientras la resolución de conflictos del primer tipo, inclusive la implementación de la decisión, se encuentra altamente controlada por los Estados (la Corte Internacional de Justicia), la del segundo tipo puede tener lugar sin el consentimiento de los Estados involucrados (la Corte Europea de Justicia).

<sup>51</sup> El surgimiento de las instancias judicializadas se ha analizado sobre la base de distintos criterios. Por ejemplo, en Pondré, Aletta y Bernhard Zangl, "Judicialization in International Security. A Theoretical Concept and some Preliminary Evidence", *Fifth Pan-European International Relations Conference Constructing World Orders*, La Haya, 9-11 de septiembre de 2004, pp. 1-31, pp. 5-7, se destacan: la independencia de la influencia política que posee, la imposibilidad de bloquear el inicio del proceso o la adaptación de la decisión, la facultad de adoptar sanciones en el caso del incumplimiento y el grado de acceso que pueden tener a ella sujetos que no sean Estados. Ver otros criterios en Álvarez, José, "The New Dispute Settlers: (Half) Truths and Consequences", op.cit., pp. 405-444.

limitado, su existencia es indudable, lo cual hace surgir un nuevo derecho de la comunidad internacional,<sup>52</sup> y con ello, regímenes globales de gobierno más allá de cualquier liga de naciones o comunidad de Estados.

Al mismo tiempo, no puede negarse el carácter normativo a las comunicaciones jurídicas de estos regímenes con el argumento de que carecen de capacidad para influir en las actuaciones de los actores internacionales, o que no logran restringir la soberanía estatal.<sup>53</sup> La norma legal no tiene por función asegurar un comportamiento conforme a la norma, sino que protege a quien tiene tal expectativa.<sup>54</sup> Si las cosas fueran de otro modo, bastaría con crear derecho para solucionar cualquier tipo de problema. Por esto mismo, la proliferación de las demandas, tanto en contra de los Estados desarrollados, como entre los países en desarrollo, no debería tomarse como señal de la ineffectividad de los regímenes globales de gobierno o de la incapacidad regulativa del derecho ante la conducta oportunista de determinados países,<sup>55</sup> sino por el contrario, debiera entenderse como indicador de la formación de instancias a las que se puede recurrir cuando las expectativas normativas se han visto quebrantadas por esas acciones oportunistas de estados o actores internacionales que afectan a otros estados o actores. El uso más frecuente del sistema, en particular por parte de los países en desarrollo, demuestra que los nuevos regímenes normativos sí cumplen con su objetivo, sí permiten generar expectativas normativas de *fairness* internacional frente a conductas que se juzgan impropias. Con esto, se impulsa la inclusión en constelaciones internacionales de aquellos actores que previamente habían sido excluidos por no tener la capacidad política de enfrentar situaciones conflictivas. Se puede afirmar, en este sentido, que la juridización en los regímenes globales de gobierno constituye una "forma de impedir que el mundo globalizado se reduzca a un imperio."<sup>56</sup>

En el mismo tenor, no parece viable negarle a la *soft law* el carácter de derecho con el argumento de que no prevé formas de asegurar el cumplimiento de las sentencias internacionales. Tampoco el derecho del Estado-nación encierra a los sentenciados en los tribunales; es decir, la ejecución de las sentencias no tiene lugar estrictamente dentro del sistema jurídico. Para ello se requiere del concurso de la dimensión coercitiva del Estado, se requiere de la separación permanentemente integrada de política y derecho. En este sentido, la decisión sobre el cumplimiento de una sentencia internacional y su misma ejecución la puede seguir tomando soberanamente el Estado.<sup>57</sup>

---

<sup>52</sup> Véase *Ibid.*

<sup>53</sup> Cohen, Jean, "Whose Sovereignty? Empire Versus International Law", *Ethics & International Affairs*, Vol. 18, N° 3, 2004/05, pp. 1-24, p. 15. Tal, sin embargo, sería el fundamento para distinguir entre *hard law* y *soft law* según Abbote, Kenneth y Duncan Snidal, "Hard and Soft Law in International Governance", *International Organization*, Vol. 54, N° 3, 2000, pp. 421-456, p. 422.

<sup>54</sup> Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, op.cit., pp. 188-192. Véase también Gregg, Benjamin, "Using Legal Rules in an Indeterminate World: Overcoming the Limitations of Jurisprudence", *Political Theory*, Vol. 27, N° 3, 1999, pp. 357-378.

<sup>55</sup> Goldstein, Judith y Lisa Martin, "Legalization, Trade Liberalization, and Domestic Politics: A Cautionary Note", *International Organization*, Vol. 54, N° 3, 2000, pp. 603-632, p. 630: "Thus moving from a politicized process to a more legalized one should have an observable impact on the behaviour of powerful states. However, the evidence is weak that the WTO has made the difference intended by proponents of more legalized dispute-resolution procedure".

<sup>56</sup> Cohen, Jean, "Whose Sovereignty? Empire Versus International Law", op.cit., p. 4. Para acceder a esos beneficios, sin embargo, los países en desarrollo requieren desplegar sus habilidades en cuanto al manejo de recursos legales, ámbito en que están en desventaja en comparación con contrapartes de tradición más prolongada en materias jurídicas internacionales.

<sup>57</sup> En este contexto, especialmente en las sociedades democráticas puede surgir rechazo con respecto al cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados a nivel internacional. Véase Kahler, Miles,

Distinguir lo propiamente jurídico de la dimensión coercitiva de la política, permite abandonar el discurso preocupante que invoca la pérdida de la soberanía estatal que se produciría a raíz de las actividades de los regímenes globales de gobierno.<sup>58</sup>

No obstante lo anterior, la juridización no es el único camino a seguir. Tal como prueba la ardua discusión sobre el éxito del sistema de solución de controversias de la OMC<sup>59</sup> – régimen altamente juridizado según las dimensiones descritas al inicio de este apartado– permanece abierta la pregunta acerca de qué asuntos deberían decidirse en la esfera jurídica y cuáles deberían permanecer reservados al ámbito político.<sup>60</sup> La solución alternativa de conflictos mediante mecanismos de deliberación, mesas redondas, acciones concertadas, comisiones, consejos o asesorías<sup>61</sup> sigue siendo una vía preferible ante el riesgo de una inflación legal ahora a nivel de la sociedad mundial. Pero así como a nivel del Estado-nación, el derecho está ahí para asegurar que quien tiene una expectativa normativa pueda exigirla, no hay razones para suponer que a nivel de la sociedad mundial, y dadas las condiciones de globalización actuales, las cosas deban resolverse de otro modo, sea mediante guerras, bloqueos, imposiciones ideológicas o diferencias históricas de peso diplomático.

#### IV. Pluralismo legal y derecho reflexivo

La diferenciación funcional de derecho y política impide concebir el derecho netamente como una herramienta de la política.<sup>62</sup> Sin embargo, la autonomía de las esferas no se traduce en una independencia autárquica. Más bien, para cada sistema social existe la posibilidad de tomar en cuenta las operaciones de los demás. El instrumento que permite al derecho y a la política a nivel nacional acoplarse entre sí, es decir, relacionarse e influenciarse mutuamente manteniendo su separación permanentemente integrada, es la Constitución.

A nivel mundial, sin embargo, falta tanto una Constitución como un legislador global. Por esto, para una comprensión clásica del sistema jurídico estructurado jerárquicamente como un conjunto de normas particulares legitimadas por normas más generales que a su vez se basan en las normas de la Constitución, cuya legitimidad

---

“Conclusion: The Causes and Consequences of Legalization”, *International Organization*, Vol. 54, Nº 3, 2000, pp. 661-683, p. 674.

<sup>58</sup> Véase una reseña de esta discusión con respecto a la OMC en Hayes, Edward, “Changing Notion of Sovereignty and Federalism in the International Economic System: A Reassessment of WTO Regulation of Federal States and the Regional and Local Governments Within their Territories”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 25, Nº 1, 2004, pp. 1-36, pp. 2 y ss. En palabras de la misma OMC: “Al adherirse a la OMC y a sus procedimientos y disciplinas, los gobiernos recuperan un grado de ‘soberanía’ que habían perdido debido al proceso de globalización. Los gobiernos, aunque están perdiendo la capacidad de ejercer eficazmente sus facultades de reglamentación a nivel interno, están recuperando un cierto grado de control de su destino económico en el plano multilateral. [...] En definitiva, lo que importa es si el balance entre alguna pérdida de ‘espacio normativo’ a nivel nacional y las ventajas de la cooperación y el imperio de la ley a nivel multilateral es positivo o negativo.” *WTO 10th Anniversary*, en [http://www.wto.org/english/thewto\\_e/10anniv\\_e/future\\_wto\\_chap3\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/thewto_e/10anniv_e/future_wto_chap3_e.pdf) (mayo 2005).

<sup>59</sup> La literatura sobre el tema es inabarcable. Un buen resumen de la discusión se encuentra en Steinberg, Richard, “Judicial Lawmaking at the WTO: Discursive, Constitutional and Political Constraints”, *The American Journal of International Law*, Vol. 98, Nº 2, 2004, pp. 247-275.

<sup>60</sup> Álvarez, José, “The New Dispute Settlers: (Half) Truths and Consequences”, op.cit., pp. 433 y ss.

<sup>61</sup> Véase Willke, Helmut, *Systemtheorie III: Steuerungstheorie*, Stuttgart, Gustav Fischer Verlag, 1995.

<sup>62</sup> Willke, Helmut, “Societal guidance through law?”, en Teubner, Günther, *State, law and economy as autopoietic systems: regulation and autonomy in a new perspective*, Milan, Giuffrè, 1992, pp. 353-387, pp. 371-378.

deriva de un soberano democrático, no hay posibilidad de construcción de regímenes jurídicos a-nacionales. Sin embargo, cuando se entiende la validez jurídica del modo en que lo hemos hecho aquí, como relación circular entre decisión, aplicación y determinación de la distinción entre lo jurídicamente válido y lo que no lo es realizada por tribunales competentes, no se requiere de Constitución ni de legislador externo al derecho para formar derecho, con lo que su producción comienza a tener lugar más allá del consentimiento explícito de los Estados nacionales. La producción del derecho a-nacional se efectúa en las zonas de contacto entre derecho y otros sistemas sociales.<sup>63</sup> En este marco, la creciente relevancia de la economía, de la ciencia y de la tecnología desplazan al Estado de su rol de liderazgo en la determinación de los lineamientos del sistema jurídico, y plantean frente a este último el desafío de incorporar en mayor grado en su estructura normativa los mecanismos cognitivos que le permitan reaccionar más eficientemente ante las expectativas que se creen en otras esferas.<sup>64</sup>

La búsqueda de un *derecho reflexivo* que promueva la regulación a partir de las condiciones específicas de cada constelación práctica de conflicto, está tras estos procesos.<sup>65</sup> En vez de una regulación de conflictos mediante una racionalidad material de producción normativa que tiende a operar de manera abarcativa y autoritativa definiendo jurídicamente los *inputs* y *outputs* del sistema, un derecho reflexivo busca formas de orientación social más abstractas e indirectas: "El punto decisivo se sitúa en la correspondencia estructural de la normatividad jurídica, por una parte, y las reglas sociales situacionales en los subsistemas sociales, por otro. [Ello conduce a] concentrar el derecho en el logro de presupuestos estructurales para los procesos autorregulatorios en otros contextos sociales."<sup>66</sup> Mediante reflexión del derecho se impulsa la reflexión autónoma de los otros sistemas, y con ello su auto-organización a partir de condicionamientos, competencias y procedimientos que el derecho establece como precondiciones de autorregulación.

Un derecho que surge desde las zonas de contacto del derecho con otras esferas sociales y no desde la Constitución o legislaturas nacionales, no puede ser un derecho reflexivo. Es un derecho que emerge desde la periferia del sistema jurídico, no desde su centro en tribunales ni desde su marco normativo. El derecho de transacciones comerciales internacionales, por ejemplo, representa un derecho reflexivo mundial con un centro de bajo desarrollo: no hay legislatura *ad hoc* y los tribunales arbitrales, organizados administrativamente en múltiples centros de arbitraje alrededor del mundo, operan demasiado policéntricamente como para producir normas desde el centro del sistema sin atención a su periferia. Ella en cambio, es altamente desarrollada, pues el contacto con la praxis económica de las transacciones internacionales aporta una alta variabilidad de posibilidades para la producción de decisiones con consecuencias jurídicas. El resultado de esto ha sido denominado *lex mercatoria*.<sup>67</sup> Pero no sólo ella,

---

<sup>63</sup> Teubner, Günther, "Des Königs viele Leiber. Die Selbdekonstruktion der Hierarchie des Rechts", *Soziale Systeme*, N° 2, 1996, pp. 229-256, en <http://www.soziale-systeme.ch/leseproben/teubner.htm> (mayo 2005).

<sup>64</sup> Rogowski, Ralf, "Aufbruch in das Weltrecht. Thesen zu Recht und Politik in Luhmanns Weltgesellschaft", *Aufbruch in den rechtsfreien Raum: Normvirulenz als kulturelle Ressource*, Heidelberg, Manutius Verlag, 2004, en [http://www.iablis.com/iablis\\_t/2004/rogowski.htm](http://www.iablis.com/iablis_t/2004/rogowski.htm) (mayo 2005), pp. 4 y 14.

<sup>65</sup> Teubner, Günther y Helmut Willke, "Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht", *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Vol. V, N° 1, junio 1984, pp. 4-35.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 28, 29.

<sup>67</sup> Teubner, Günther, "Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus", *Basler Schriften zur europäischen Integration*, N° 21, Europainstitut der Universität Basel, 1996, pp. 3-35, pp. 6-10;

sino que también el derecho de la intervención humanitaria o los derechos humanos cuentan como formas a-nacionales de producción normativa con altos grados de reflexividad.<sup>68</sup> Asimismo, se apunta a la existencia de la llamada *lex digitalis*, o al derecho de Internet que se consolida a través de las actividades del ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*), una instancia dedicada a la resolución de los conflictos en la materia.<sup>69</sup> Dentro del mismo escenario se ubica la *lex sportiva*, el derecho que pronuncian el Comité Olímpico o la FIFA a través de sus propios foros de resolución de controversias que operan con exclusión absoluta de los tribunales nacionales.<sup>70</sup> Tendencias hacia una regulación global asimismo se dan en el ámbito de las telecomunicaciones, de los estándares técnicos o de calidad, como en la regulación de la protección del medio ambiente, en la esfera del derecho laboral o en las regulaciones internas de consorcios internacionales.<sup>71</sup> El resultado de estos procesos periféricos y reflexivos de normativización es el *pluralismo legal*,<sup>72</sup> es decir, una interrelación de comunicaciones de diverso origen que son observadas jurídicamente y que generan decisiones jurídicamente vinculantes para esos ámbitos.<sup>73</sup>

La tarea de descubrir y describir el nuevo derecho a-nacional reflexivo puede resultar muy exigente en virtud de su carácter heterogéneo. De emprender la búsqueda siguiendo la lógica de la ciencia jurídica tradicional, ella tendría que guiarse por la pregunta “¿Qué es lo que ha de considerarse como derecho con base en la fuente de derecho determinante?”<sup>74</sup> Al definir la tarea de esta forma, la doctrina de las fuentes legales, como hemos dicho, impediría llegar muy lejos ante la falta de Constitución y legislador global. En cambio, al concebir el derecho como sistema de comunicaciones que distinguen entre lo que es jurídicamente válido y lo que no lo es, corresponde, más bien, indagar “¿Cómo hace el sistema lo que hace? ¿Cómo encadena operaciones entre sí bajo una irritación permanente por parte del entorno?”<sup>75</sup> Con ello, la búsqueda del derecho a-nacional estaría llamada a distinguir, dentro de un sinnúmero de comunicaciones de la sociedad mundial, aquellas que usan el código del derecho.<sup>76</sup> Dicho

---

Rogowski, Ralf, “Aufbruch in das Weltrecht. Thesen zu Recht und Politik in Luhmanns Weltgesellschaft”, op.cit., pp. 8-9.

<sup>68</sup> Teubner, Günther, “Privatregimes: Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassung in der Weltgesellschaft?”, en Simon, Dieter y Manfred Weiss, *Zur Autonomie des Individuums. Liber Amicorum Spiros Simitis*, Baden-Baden, Nomos, 2000, pp. 437-453. Sobre los derechos humanos como derecho mundial ver Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, op.cit., p. 654; Rogowski, Ralf, “Aufbruch in das Weltrecht. Thesen zu Recht und Politik in Luhmanns Weltgesellschaft”, op.cit., p. 8; Halfmann, Jost, “Nationalstaat und Recht der Weltgesellschaft”, en Schulte, Martin y Rudolf Stichweh, *Weltrecht*, Frankfurt, Suhrkamp, en <http://www.uni-bielefeld.de/ZIF/AG/2003/01-15-Schulte-Programm.html> (mayo 2005).

<sup>69</sup> Rogowski, Ralf, “Aufbruch in das Weltrecht. Thesen zu Recht und Politik in Luhmanns Weltgesellschaft”, op.cit., p. 9.

<sup>70</sup> Halfmann, Jost, “Nationalstaat und Recht der Weltgesellschaft”, op.cit.

<sup>71</sup> Teubner, Günther, “Des Königs viele Leiber. Die Selbdekonstruktion der Hierarchie des Rechts”, op.cit.

<sup>72</sup> El concepto inicialmente se refería a los ordenamientos legales de las sociedades colonizadas donde los regímenes normativos tradicionales se aplicaban en paralelo con el derecho proclamado por la colonia. Véase Teubner, Günther, “Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus”, op.cit., p. 4. Para enfoques no sistémicos del pluralismo legal ver Melissaris, Emmanuel, “The More the Merrier? A New Take on Legal Pluralism”, *Social & Legal Studies*, Vol. 13 (1), 2004, pp. 57-79; Tamanaha, Brian, “A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism”, *Journal of Law and Society*, Vol. 27, N° 2, 2000, pp. 296-321. Para la crítica a la teoría de Teubner ver Goodrich, Peter, “Anti-Teubner: autopoiesis, paradox, and the theory of law”, *Social Epistemology*, Vol. 13, N° 2, 1999, pp. 197-214.

<sup>73</sup> Teubner, Günther, “Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus”, op.cit., p. 19.

<sup>74</sup> Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, op.cit., pp. 606-607.

<sup>75</sup> Ibid.

<sup>76</sup> Halfmann, Jost, “Nationalstaat und Recht der Weltgesellschaft”, op.cit.

de otra manera, "the minimal formal requirement for the existence of law in this sense is that legal communication takes place, i.e. communication based on a distinction legal/illegal, and that at least one decision is taken on the basis of that distinction."<sup>77</sup> Más aún, la búsqueda del nuevo derecho a-nacional reflexivo pretendería descubrir las comunicaciones que tengan efectos en la producción de normas (*Rechtssetzung*) o en su interpretación.<sup>78</sup> Es decir, se exige del derecho una alta capacidad cognitiva, especialmente de su periferia, para reconocer en los contextos sociales que observa expectativas jurídicamente relevantes que pueden ser útiles para el incremento de la reflexividad jurídica, es decir, para coordinar la producción normativa interna y las decisiones jurídicas con los criterios de auto-organización de las instancias reguladas.

Desde tres dimensiones se pueden esgrimir interrogantes en torno a la constitución del pluralismo legal vía derecho reflexivo: su origen, la validez de las decisiones y su vínculo con la política. En relación a lo primero, ninguno de estos regímenes –tal como el derecho en general<sup>79</sup>– puede fijar el momento histórico en que se ha iniciado la producción normativa. Más bien, la producción de derecho siempre tiene que recurrir a contenidos semejantes previamente existentes, y en virtud de esa circularidad, cada una de esas operaciones constituye ya un elemento de aquella cadena. Incluso, ante la inexistencia de ese material previo, como ocurre frecuentemente en los procesos reflexivos del pluralismo legal, este tiene que ser fingido por algún mecanismo que apele al entorno del derecho.<sup>80</sup> En el caso de la *lex mercatoria*, las prácticas del comercio internacional cumplen este rol.<sup>81</sup> Con ello, el sistema se entrega un origen que no afecta negativamente la forma en que el régimen funciona,<sup>82</sup> sino que incluso le permite incrementar su reflexividad por la vía de la atención a las prácticas que busca regular, lo que lleva a una mejor integración entre la decisión propiamente jurídica y sus consecuencias en el entorno económico.

El carácter policéntrico de los regímenes pluralistas y la ausencia de Constitución global también han permitido poner en duda la validez de las decisiones tomadas en el marco de los regímenes globales de gobierno.<sup>83</sup> Entendiendo que en la concepción tradicional la validez de decisiones deriva de normas superiores de rango constitucional y finalmente de legitimación democrática, es de cualquier modo innegable que la complejidad y multitud de actores de la sociedad mundial, así como la prescindencia del Estado en el impulso básico de estos regímenes, dificultan la evaluación de la validez de una norma en un caso concreto. Pero cuando se piensa, como lo hemos hecho aquí, que la validez

---

<sup>77</sup> Albert, Mathias, "Legalisation or Global Law Formation? On the Evolution of Law in World Society", op.cit., p. 10.

<sup>78</sup> Halfmann, Jost, "Nationalstaat und Recht der Weltgesellschaft", op.cit.

<sup>79</sup> Véase Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, op.cit., p. 195: "El derecho no 'tiene principio': siempre encuentra la posibilidad de conectarse con las tradiciones que se van descubriendo. Si la sociedad hace posible su diferenciación, el derecho se clausura en un sistema autorreferente y trabaja con el material normativo que está a su disposición desde el inicio."

<sup>80</sup> Teubner habla de esconder la historia de la constitución del derecho tras un mito. Teubner, Günther, "Des Königs viele Leiber. Die Selbdekonstruktion der Hierarchie des Rechts", op.cit.

<sup>81</sup> Ibid. Ver sobre los mitos de la creación de la *lex mercatoria* en Donahue, Charles Jr., "The Empirical and Theoretical Underpinnings of the Law Merchant: Medieval and Early Modern Lex mercatoria: An Attempt at the probatio diabolica", *Chicago Journal of International Law*, N° 5, verano 2004, en <http://web.lexis-nexis.com> (mayo 2005).

<sup>82</sup> Teubner, Günther, "Breaking Frames: Economic Globalization and the emergence of lex mercatoria", *European Journal of Social Theory*, Vol. 5(2), 2002, pp. 199-217, p. 211.

<sup>83</sup> En relación a este punto en la *lex mercatoria* véase Mann, Frederick A., "England Rejects 'Delocalized' Contracts and Arbitration", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 33, 1984, pp.193-198.

jurídica no deriva del soberano democrático ni de una norma fundamental en último término trascendental en el sentido kelseniano, sino que es una relación circular entre decisión, aplicación y determinación de la distinción entre lo jurídicamente válido y lo que no lo es por parte de instancias competentes, entonces hay validez cuando hay validez, o puesto en otros términos, hay validez cuando la decisión jurídica se acopla a las prácticas de otras esferas de manera tal que al observador le parezca que 'se hace lo que el derecho ha dicho'. Ello, por cierto, no determina la validez al interior del sistema jurídico, pero la hace visible externamente, y hace visible la constante referencia a la validez de las normas cuya validez se disputa, lo que paralelamente conduce a la producción de nuevo derecho.<sup>84</sup> En el pluralismo legal, el derecho se autovalida.

Finalmente, una última dimensión en torno al pluralismo legal, más allá de su origen y su validez, es su vínculo con la política. Hemos hablado más arriba de esta separación permanentemente integrada de derecho y política a través de Constitución y legislación. Pudiera pensarse que a falta de ellos en el contexto global de la sociedad mundial, el acoplamiento política-derecho se diluye. Por múltiples razones que aquí podemos enunciar aunque no profundizar, el carácter de ese acoplamiento se transforma, pero en ningún caso se disuelve.

- Gran parte de la paranoia estatal-nacional por la pérdida de soberanía se centra en la imposibilidad de control de actores globales (en economía, finanzas, ciencia, medios de comunicación, medioambiente, crimen organizado) desde el marco jurídico nacional. Por ello la política territorialmente anclada a través del Estado debe aportar de modo distinto a los procesos legislativos que ocurren más allá de sus fronteras, en la periferia de contactos sistémicos entre derecho y otras esferas a nivel global. El desarrollo de una base de conocimientos acerca del modo en que a nivel nacional repercuten los procesos globales es una de las principales tareas de la política en el nuevo contexto, y probablemente su único modo de conservar alguna influencia en decisiones que se toman más allá de las fronteras nacionales y que tienen fuertes consecuencias al interior de ellas.<sup>85</sup>
- Una política mundial por supuesto distinta a las relaciones internacionales –que básicamente se organizan en función de la representación estratégica de intereses nacionales– también tiene lugar en el contexto de la sociedad mundial y exige nuevas formas de acoplamiento con el derecho.<sup>86</sup> Mientras el derecho opera normativamente, la política ha de hacerlo cognitivamente, poniendo la normatividad jurídica ante la evidencia de nuevos conocimientos cuya generación ha de promoverse políticamente (por ejemplo, por medio de estrategias de I+D). Así, la fórmula condicional del derecho 'si sucede x, entonces y', en su acoplamiento con la política puede transformarse en 'si sucede x, entonces y, a no ser que en el intertanto lo sepamos mejor'.<sup>87</sup>
- Finalmente, ante la ausencia de una esfera de coerción mundial, como más arriba se ha expuesto, no se puede –al menos en este período histórico– dejar de pensar en el Estado-nación como espacio para recurrir a la obligatoriedad de ejecución de sentencias. En esta dimensión, el Estado-nación mantiene su

---

<sup>84</sup> Teubner, Günther, "Privatregimes: Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassung in der Weltgesellschaft?", op.cit.

<sup>85</sup> Willke, Helmut, *Dystopia. Studien zur Krisis des Wissens in der modernen Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 2002.

<sup>86</sup> Por ejemplo, en el campo de la *lex mercatoria*, a través de las *formulating agencies*. Véase infra, sección V en este texto.

<sup>87</sup> Willke, Helmut, *Dystopia*, op.cit., p. 196.

soberanía y como tal se vuelve relevante para el pluralismo legal. Por ello, el derecho a-nacional emergente, que surge en virtud del contacto con diversos ámbitos ajenos a la política, no desplaza los ordenamientos legales nacionales, sino que coexiste con ellos.

La teoría del pluralismo legal permite, en definitiva, reconocer que el derecho más allá del Estado es posible. Con esa afirmación, sin embargo, no se proclama ni el fin del Estado y tampoco se busca idealizar esa forma de actividad normativa. Se reconoce que los sistemas pueden irritarse mutuamente creando situaciones conflictivas,<sup>88</sup> y planteando ante el nuevo derecho la compleja tarea de encontrar correlatos normativos a expectativas científicas, económicas u organizacionales.<sup>89</sup> Pero precisamente esto indica que la praxis jurídica a-nacional existe y que es ella la llamada a resolver los problemas que se crea a sí misma.

## V. La *lex mercatoria* como derecho pluralista

El carácter normativo de la *lex mercatoria* se explica porque permite distinguir entre lo jurídicamente válido y lo que no lo es en el marco de las transacciones comerciales internacionales.<sup>90</sup> Tales decisiones no pueden ser equiparadas a un mero pronunciamiento sobre las prácticas comerciales, pues los árbitros, aunque pretendan reflexivamente leer realidades económicas, pronuncian con sus decisiones un nuevo derecho positivo, el cual, sin ambigüedad alguna, es derecho, en tanto permite distinguir entre lo jurídicamente válido y lo que no lo es. Es decir, las normas jurídicas no son 'derivadas' directamente de las transacciones económicas. En rigor, no podría hacerse así debido a las lógicas diferenciadas que operan en cada una de esas esferas. Por ello, en muchas oportunidades, las normas legales pueden ir incluso en contra de las expectativas económicas.<sup>91</sup> Es lo que sucede por ejemplo con la aplicación del principio de la buena fe contractual —el pilar fundamental de la *lex mercatoria*— a las relaciones comerciales. En el sistema económico la generación de riqueza se produce según la

---

<sup>88</sup> Teubner, Günther, "Des Königs viele Leiber. Die Selbdekonstruktion der Hierarchie des Rechts", op.cit.; Rogowski, Ralf, "Aufbruch in das Weltrecht. Thesen zu Recht und Politik in Luhmanns Weltgesellschaft", op.cit., pp. 13 y ss.; Perrin, Jean-Francois, "La autonomía de la voluntad y el pluralismo jurídico en nuestros días", *Sociologias*, Porto Alegre, año 7, N° 13, 2005, p. 162-178. Ver los discursos críticos frente a la normativización privada en Scheuerman, William, "Economic Globalization and the Rule of Law", *Constellations Volume 6*, N° 1, 1999, pp. 3-25, con énfasis en la *lex mercatoria*, empresas transnacionales y el GATT. Véase Cutler, Clare, "Locating 'Authority' in the Global Political Economy", *International Studies Quarterly*, Vol. 43, 1999, pp. 59-81, pp. 77-78: "The law merchant constitutes the juridical conditions of modern capitalism, but this is obscured by its invisibility." Para la crítica del los ISO 1400 ver Perez, Oren, "Normative Creativity and Global Legal Pluralism: Reflections on the Democratic Critique of Transnational Law", *Indiana Journal for Global Legal Studies*, Vol. 10, N° 2, 2003, pp. 25-64. Sobre la tensión entre la democracia y la tecnocracia ver Paterson, John, "Trans-science, Trans-law and proceduralization", *Social & Legal Studies*, Vol. 12(4), 2003, pp. 525-545.

<sup>89</sup> Teubner, Günther, "Privatregimes: Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassung in der Weltgesellschaft?", op.cit.

<sup>90</sup> Ver sobre la *lex mercatoria* medieval como derecho de los juristas, aunque no un sistema legal 'privado' ni global o coherente en Kadens, Emily, "The Empirical and Theoretical Underpinnings of the Law Merchant: Order within Law, Variety within Custom: The Character of the Medieval Merchant Law", *Chicago Journal of International Law*, N° 5, verano, 2004, en <http://web.lexis-nexis.com> (mayo 2005). En palabras de Luhmann: "Y desde que hay procedimiento con el que se decide sobre lo que es conforme (o discrepante) con el derecho, el 'derecho consuetudinario' no es otra cosa que un reconocimiento y una referencia interna del sistema jurídico. El derecho consuetudinario actualmente es válido en la medida en que los jueces se apoyan en este tipo de decisiones." Luhmann, Niklas, *Derecho de la sociedad*, op.cit., p. 144.

<sup>91</sup> Teubner, Günther, "Breaking Frames: Economic Globalization and the emergence of *lex mercatoria*", op.cit., pp. 209-210.

capacidad de los actores de bajar los costos y maximizar los beneficios de una transacción. En cambio, aplicando el principio jurídico de la buena fe no se toma en cuenta la eficiencia de cada uno de los actores involucrados, sino que se analiza el contenido de las promesas que explícita o tácitamente se han dado a la hora de formar su relación.<sup>92</sup> Por lo anterior, la *lex mercatoria* contiene elementos jurídicos y tan sólo elementos jurídicos. Que ello luego se traduzca en consecuencias económicas sólo da cuenta del acoplamiento entre las esferas, pero no dice qué comprar o vender, sólo establece un marco reflexivo de condiciones para la autorregulación económica.

Tampoco corresponde asimilar este fenómeno al derecho consuetudinario. Especialmente, el uso de la expresión *lex mercatoria* con respecto al nuevo derecho de los contratos internacionales tienta a equiparlo al derecho de la costumbre medieval.<sup>93</sup> Pero el verdadero derecho consuetudinario se consolida en virtud del ejercicio prolongado, a través de las comunicaciones difusas típicas de las sociedades tradicionales. Los nuevos regímenes normativos, en cambio, son producto de la emergencia de actores supranacionales en el contexto de una sociedad mundial funcionalmente diferenciada. Puede que exhiban elementos de espontaneidad, pero se definen positivamente en el marco de los procesos organizados e institucionalizados, aunque en terrenos privados.<sup>94</sup> Un ejemplo notorio de ello, lo constituyen los llamados INCOTERMS elaborados por la Cámara de Comercio Internacional (CCI) con sede en París, principios que cuentan con aceptación global. Dichos 'términos comerciales internacionales' contemplan reglas sobre distribución de obligaciones contractuales en el proceso de exportación, que permiten a las partes elegir las normas específicas que les convengan. Para ello designan tan sólo una fórmula abreviada de tipo FOB o CIF. Cualquier modificación que haga la CCI en cuanto al alcance de las obligaciones contractuales que supone cada una de siglas, tiene repercusiones inmediatas en todo el mundo. De esa manera, no se trata de una costumbre ejercida reiteradamente a través del tiempo; sí se trata, en cambio, de normas jurídicas de una emergente *lex mercatoria*.

Por otro lado, el carácter jurídico de la *lex mercatoria* impide asimilarla al principio de equidad. Éste aspira ofrecer una justicia particular basada en el recurso a fuentes extra-legales y con ello, puede admitir –y más aún, incentivar– un trato desigual de casos similares desde el punto de vista jurídico.<sup>95</sup> En cambio, el carácter normativo de la *lex mercatoria* exige que las decisiones se tomen sobre la base del derecho positivo, donde principios extrajurídicos como la equidad se supeditan a la distinción entre lo jurídicamente válido y lo que no lo es.

---

<sup>92</sup> Véase Mereminskaya, Elina, "Buena fe contractual en la jurisprudencia chilena e internacional", *La Revista de Derecho de la Universidad Central de Chile*, año IX, N° 4, 2003, pp. 255-275.

<sup>93</sup> Ver sobre la improcedencia de esta comparación Wasserstein Fassberg, Celia, "The Empirical and Theoretical Underpinnings of the Law Merchant: Lex Mercatoria--Hoist with Its Own Petard?", *Chicago Journal of International Law*, N° 5, verano, 2004, en <http://web.lexis-nexis.com> (mayo 2005).

<sup>94</sup> Teubner, Günther, "Privatregimes: Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassung in der Weltgesellschaft?", op.cit.

<sup>95</sup> En el mismo sentido Maniruzzaman, Abul F.M., "The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?" *American University International Law Review*, N° 14, 1999, en <http://web.lexis-nexis.com> (mayo 2005); Weinberg, Karyn S., "Equity in international arbitration: how fair is 'fair'? A study of lex mercatoria and amiable composition", *Boston University International Law Journal*, N° 12, primavera 1994, en <http://web.lexis-nexis.com> (mayo 2005). La confusión, aunque no se puede justificar, se puede explicar por el carácter poco predecible del resultado de aplicación tanto de la *lex mercatoria* como de la equidad.

El hecho que la *lex mercatoria* no cuente con sanciones jurídicas propias, hace depender su ejecución de la colaboración de los tribunales nacionales, lo que podría usarse como un argumento en contra de su carácter normativo. Sin embargo, la existencia de una sanción no es lo que transforma un precepto en norma jurídica. En primer lugar, tal como explicamos anteriormente, la ejecución de normas no es una prestación específica o particular del derecho, sino de las organizaciones que cuenten con el monopolio del uso legítimo de la violencia física, es decir, de la política.<sup>96</sup> En segundo lugar, la sanción tiene un valor simbólico del apoyo al proceso normativo. Por lo tanto, para un discurso legal que pretende validez global, es irrelevante de dónde recibe este apoyo simbólico en forma de sanción, de las instituciones locales, regionales o nacionales.<sup>97</sup> Aunque para el operar más fluido de la *lex mercatoria* sería beneficioso contar con el reconocimiento de los ordenamientos jurídicos nacionales, dicho reconocimiento no opera constitutivamente para su existencia.<sup>98</sup>

Siendo éstos los criterios conceptuales que definen la *lex mercatoria*, es preciso interrogarse sobre la base en que se plasma en la práctica este nuevo derecho. El fundamento de la *lex mercatoria* es un contrato.<sup>99</sup> Éste debiera concebirse desvinculado de cualquier derecho nacional. Sin embargo, por esto, no se trata de un 'contrato sin ley'. Si jurídico es lo que permite distinguir entre lo que presenta validez jurídica y lo que no, y si los árbitros se basan en el contrato para establecer la decisión, la 'ley' del contrato es la voluntad de las partes que se expresa en el mismo contrato. El contrato se autovalida como expresión jurídica por contener, expresar y ser voluntad de las partes,<sup>100</sup> más allá del asiento de ellas en un ordenamiento legal nacional determinado.

La principal objeción que podría surgir frente a este concepto —además de que vaya contra la doctrina tradicional de las fuentes legales— es que un contrato que no se base en ninguna fuente externa como el de la *lex mercatoria*, no permite resolver sobre los posibles vicios de consentimiento que subyacen al acuerdo de las partes. Sin embargo, la práctica de la *lex mercatoria* ha desarrollado una herramienta que permite romper tal círculo. La solución consiste en la externalización de la decisión acerca de la validez contractual. Ésta se transfiere a un tribunal arbitral. Con ello, un contrato internacional es válido antes de que se declare lo contrario por un árbitro internacional.

Dicha externalización, no obstante, puede ser pactada en el mismo contrato cuya validez está en disputa. Por lo tanto, podría considerarse afectada por los mismos vicios de nulidad, restándole al árbitro la competencia para resolver el caso. Ante tal eventualidad, una externalización exitosa se garantiza a través de dos principios. El primero le asigna al árbitro competencia para decidir acerca de su competencia, sin que

---

<sup>96</sup> Halfmann, Jost, "Nationalstaat und Recht der Weltgesellschaft", op.cit., p. 7.

<sup>97</sup> Teubner, Günther, "Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus", op.cit., p. 17.

<sup>98</sup> Ibid., p. 25.

<sup>99</sup> Ibid., pp. 22-23; Halfmann, Jost, "Nationalstaat und Recht der Weltgesellschaft", op.cit., p. 10; Berger, Klaus Peter, "Transnational Commercial Law in the Age of Globalization", *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straiero*, Roma, 2001, pp. 1-29, pp. 11 y ss., en [w3.uniroma1.it/idc/centro/publications/42berger.pdf](http://w3.uniroma1.it/idc/centro/publications/42berger.pdf) (mayo 2005); Wasserstein Fassberg, Celia, "The Empirical and Theoretical Underpinnings of the Law Merchant: Lex Mercatoria-Hoist with Its Own Petard?", op.cit.; Snyder, Francis, en Austin Sarat, *The Blackwell Companion to Law and Society*, Blackwell Publishers, New York and Oxford, 2003, en <http://www.lse.ac.uk/collections/europeanInstitute/articles/snyder2.pdf> (mayo 2005).

<sup>100</sup> Teubner, Günther, "Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus", op.cit., pp. 22-23.

sea necesario recurrir para ello a la justicia ordinaria. El segundo consagra la autonomía de la cláusula arbitral con respecto a la suerte del contrato que la contiene. Es decir, la invalidez del contrato de fondo no atañe *per se* a la validez de la cláusula arbitral.<sup>101</sup> Dichos estándares que surgen inicialmente como principios generales en materia de arbitraje, hoy en día tienen amplio reconocimiento por parte de las legislaciones nacionales. Paralelamente, la autonomía del arbitraje comercial internacional recibe una protección casi global en virtud de la Convención de Nueva York que restringe el control sobre los laudos por parte de los tribunales nacionales.<sup>102</sup>

Tal como lo explicamos anteriormente, la posibilidad de recurrir a un tribunal resulta decisiva para la consolidación de un nuevo derecho a-nacional. La difusión de arbitraje internacional se traduce en múltiples oportunidades de desarrollo para la *lex mercatoria*. En otras palabras, los foros arbitrales emergen como la instancia que realiza observaciones acerca de la legalidad en las transacciones internacionales. Los árbitros no representan a ningún Estado, en cambio actúan por el mandato de las partes.<sup>103</sup> Por ello, no están sometidos de antemano a ningún derecho nacional, y en sus decisiones tienen que atenerse reflexivamente a la voluntad de las partes antes que tomar en cuenta peculiaridades de distintos ordenamientos legales nacionales. Por lo anterior, los árbitros obran como tribunales, dictando o interpretando las normas legales, conformando así el centro del régimen normativo de la *lex mercatoria*,<sup>104</sup> un centro que, como lo expresáramos más arriba, mantiene un bajo desarrollo ante la pluralidad de contactos periféricos que mueven a la producción normativa.

La crítica que tendría que enfrentar dicho modelo de la *lex mercatoria*, apunta a la falta de previsibilidad de este nuevo régimen.<sup>105</sup> En términos generales, la prestación del derecho consiste en señalar qué conducta es aceptable para la sociedad desde el punto de vista jurídico y cuál no. Sin embargo, el arbitraje internacional, instancia en que se forja la *lex mercatoria*, tiene un carácter altamente confidencial y reservado. Tales características claramente obstaculizan la creación de los conocimientos acerca del contenido de la *lex mercatoria* y limita la contribución de Estados nacionales en términos del desarrollo, validación y confirmación de conocimientos, al despliegue de este régimen global de gobierno.

Frente a esta inquietud, una posible solución se atribuye a la actividad de las llamadas *formulating agencies*. Con este nombre se alude a las instituciones internacionales, tanto de carácter público (por ejemplo, la UNCITRAL) como privado o semi-privado (por ejemplo, la Cámara de Comercio Internacional o el UNIDROIT) dedicadas a promover la unificación del derecho de las transacciones internacionales.<sup>106</sup> Para lograr este objetivo, dichas instancias recurren tanto a la recopilación de las prácticas comerciales como al análisis del derecho comparado. Pero sus contribuciones no se limitan

---

<sup>101</sup> Ibid.; Berger, Klaus Peter, "Transnational Commercial Law in the Age of Globalization", op.cit., pp. 12 y ss.

<sup>102</sup> Halfmann, Jost, "Nationalstaat und Recht der Weltgesellschaft", op.cit.

<sup>103</sup> Véase Mereminskaya, Elina, "Los cambios en la jurisprudencia chilena ante los nuevos vínculos comerciales con Estados Unidos y Europa", *Persona y Sociedad*, Vol. XVIII, N° 2, 2004, pp. 173-190, pp. 182 y ss.

<sup>104</sup> Ibid.

<sup>105</sup> Calliess, Galf-Peter, "Lex Mercatoria: A Reflexive Law Guide To An Autonomous Legal System", op.cit., p. 7.

<sup>106</sup> Consulte sobre las herramientas de la unificación del derecho Mereminskaya, Elina, "Impactos de la integración económica en la aplicación del derecho privado", *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XV, 2003, pp. 59-73.

únicamente a la mera reproducción por escrito de la realidad comercial. Más bien, su labor se orienta a la búsqueda de la 'mejor solución', es decir, a una solución que más se adecue a las necesidades del tráfico comercial internacional, lo cual inevitablemente se traduce en la formulación de nuevas soluciones jurídicas.<sup>107</sup> Los conjuntos normativos que elaboran dichas instancias no pueden considerarse 'leyes' de la contratación internacional, no obstante, van adquiriendo validez al ser referidos y aceptados por actores relevantes, en primer lugar, por los foros arbitrales. Con ello, mientras los foros arbitrales cumplen la función de tribunales de la *lex mercatoria*, las agencias formuladoras se erigen en instituciones cuasi-legislativas.<sup>108</sup>

En síntesis, vale decir que, gracias al desarrollo del arbitraje comercial internacional, la *lex mercatoria* cuenta con un espacio propio de operación. Negarle su carácter jurídico, no hace menos vinculantes sus decisiones para los que recurren a ella. La *lex mercatoria* es, en este sentido, derecho positivo que emerge de la propia evolución de la sociedad, de lo que ella misma requiere para dar respuesta a las constelaciones problemáticas que crea, y que emerge, más allá de la doctrina de las fuentes legales y de la intención y motivaciones del legislador,<sup>109</sup> como mecanismo heterárquico y periférico de producción normativa.

## VI. La elección negativa de la ley: El desafío para el derecho internacional privado

La polémica que se ha desatado en la doctrina con respecto a la *lex mercatoria*, podría considerarse poco relevante a la luz de la aceptación que ella goza hoy en día en el marco del arbitraje comercial internacional. La normativa aplicable al arbitraje —los Reglamentos de los centros de arbitraje y las legislaciones nacionales— en su mayoría permite a las partes decidir acerca de la ley aplicable al fondo de la controversia, sometiendo los contratos a 'normas jurídicas' o a 'reglas de derecho'. Con ello, la elección del derecho aplicable no se circunscribe tan solo a las leyes nacionales, sino que también incluye la posibilidad de optar por la *lex mercatoria*. En su lugar, los tribunales de distintos países han confirmado que el recurso de los árbitros a un conjunto normativo a-nacional no atenta contra el orden público, lo que podría ser causal de nulidad de un laudo.<sup>110</sup> Asimismo, han reconocido que el árbitro, al fallar sobre la base de la *lex mercatoria*, no actúa como amigable componedor, potestad que tan sólo recibe a través de un mandato explícito de los contratantes.<sup>111</sup> Por lo anterior, la aplicación de la *lex mercatoria* a un contrato internacional en virtud de la decisión de las partes, hoy en día no enfrenta oposición teórica o práctica seria y su admisibilidad podría considerarse un asunto zanjado.

---

<sup>107</sup> Herber, Rolf, "'Lex mercatoria' und 'Principles' - gefährliche Irrlichter im internationalen Kaufrecht", *Internationales Handelsrecht*, 1/2003, pp. 1-52.

<sup>108</sup> Teubner, Günther, "Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus", op.cit., pp. 22-23.

<sup>109</sup> Teubner, Günther, "Breaking Frames: Economic Globalization and the emergence of *lex mercatoria*", op.cit. Véase Medwig, Michael, "The new law merchant: Legal rhetoric and commercial reality", *Law and Policy in International Business*, Vol. 24, N° 2, 1993, pp. 589-617, accedido a través de la base de datos Wilson (diciembre 2004): "The law merchant exists despite what positivist theory holds. In any other discipline the existence of phenomena which a theory cannot accommodate would lead to the discrediting of the theory."

<sup>110</sup> Ibid.

<sup>111</sup> Karyn S. Weinberg, "Equity in international arbitration: how fair is 'fair'? A study of *lex mercatoria* and amiable composition", op.cit.; Maniruzzaman, Abul F.M., "The *Lex Mercatoria* and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?," op.cit.

El problema, sin embargo, es distinto cuando se observa desde la perspectiva de las partes de un contrato internacional. Según la experiencia de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), el porcentaje de los casos en los que las partes han optado por la aplicación de la *lex mercatoria* o han usado conceptos semejantes, no supera el 3%.<sup>112</sup> En el compendio de los laudos arbitrales dictados entre el año 1983 y 2002 en el marco de la misma institución, los fallos emitidos con alguna referencia a fuentes a-nacionales del derecho corresponden al 13%. Sin embargo, los casos publicados no pueden considerarse representativos para la práctica arbitral cotidiana, ya que corresponden, más bien, a casos curiosos antes que típicos.<sup>113</sup>

Según los datos de la CCI, en una cifra cercana al 80% de las controversias, las partes acuerdan someter el contrato de fondo a una ley nacional.<sup>114</sup> Dado que para los árbitros tal decisión es vinculante, la *lex mercatoria*, en estos casos, tendría cabida tan sólo marginalmente, pudiendo ser invocada a través de los usos del comercio internacional, que se consideran siempre aplicables en materia de arbitraje internacional.<sup>115</sup> De hecho, el análisis de los laudos de la CCI demuestra justamente que los árbitros suelen recurrir a la *lex mercatoria* para suplementar una ley nacional aplicable y no para desplazarla.<sup>116</sup>

A la luz de estos datos surge la pregunta por el tratamiento que corresponde brindar al 17% restante de los casos en los que las partes no han tomado decisión expresa respecto a la ley aplicable al contrato. La solución tradicional iusprivatista —el recurso a las normas de conflicto— ha sido criticada frecuentemente como poco adecuada a las necesidades del comercio internacional.<sup>117</sup> En ese escenario, la *lex mercatoria* —o el derecho transnacional como concepto más genérico y menos afectado por las contradicciones dogmáticas—<sup>118</sup> constituye una verdadera alternativa a ese método. El abandono del método atributivo presupondría reconocer que, a falta de la decisión de las partes, el árbitro puede, y en la mayoría de los casos debe, aplicar una normativa a-nacional. Ello en el entendimiento de que las partes hayan hecho, explícita o tácitamente, una elección negativa de la ley (*negative choice of law*), en otras palabras, que hayan descartado la aplicación de toda legislación nacional. Ante esta hipótesis, el desafío de determinar las reglas concretas a ser aplicadas que puede parecer no menor, es, sin embargo, solucionable, tal como se verá a la luz de los casos que se analizarán más adelante.<sup>119</sup>

---

<sup>112</sup> Drahozal, Christopher, "Competing and complementary rule systems: Civil procedure and ADR: Contracting out of national law: An empirical look at the new law merchant", *Notre Dame Law Review*, N° 80, enero 2005, en <http://web.lexis-nexis.com> (mayo 2005).

<sup>113</sup> Ibid.

<sup>114</sup> Ibid.

<sup>115</sup> Ver, por ejemplo, el art. 28.4 de la Ley 19.971 sobre el arbitraje comercial internacional.

<sup>116</sup> Drahozal, Christopher, "Competing and complementary rule systems: Civil procedure and ADR: Contracting out of national law: An empirical look at the new law merchant", op.cit.

<sup>117</sup> Uno de los representantes más potentes de esta vertiente internacionalista es Juenger, Friedrich, "Conflictualismo y *lex mercatoria* en el derecho internacional privado", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LII, 2000, pp.15-47.

<sup>118</sup> Berger, Klaus Peter, "Transnational Commercial Law in the Age of Globalization", op.cit., p.17; sobre el problema terminológico Moreno Rodríguez, José Antonio, "La nueva 'Lex Mercatoria': ¿Un fantasma creado por profesores de la Sorbona?", *Foro de Derecho Mercantil*, N° 1, 2003, pp. 95-124, pp. 102 y ss.

<sup>119</sup> Ver crítica sobre la poca uniformidad de los fundamentos que usan los tribunales arbitrales a la hora de aplicar los principios generales del derecho y conceptos semejantes en Maniruzzaman, Abul F.M., "The *Lex Mercatoria* and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?", op.cit. Ver sobre la posibilidad de equiparar a la *lex mercatoria* los Principios de UNIDROIT para los Contratos Comerciales Internacionales en Bonell, Michael Joachim, "The UNIDROIT Principles and transnational Law", *Uniform Law Review*, 2000-2, pp. 199-217. Un buen resumen de la discusión se encuentra en el volumen de

El postulado más conforme a las enseñanzas del derecho internacional privado tradicional, sostiene que, ante el silencio de las partes con respecto a la ley aplicable, el primer paso del árbitro no puede ser el rechazo de las leyes nacionales y el recurso a una normativa a-nacional. Bajo esta premisa, la *lex mercatoria* ofrece una opción adicional antes que una alternativa real a la aplicación de una ley nacional.<sup>120</sup> Ahora bien, las razones que llevan a las partes a dejar el tema de la ley aplicable sin regular pueden ser diversas. Por un lado, dicha omisión puede reflejar su confianza en que el árbitro determinara la ley nacional competente, pero, por otro lado, puede deberse a la elección negativa de la ley. A todo evento, la voluntad de las partes es vinculante para los árbitros, a quienes corresponde analizar las circunstancias concretas que rodeaban la omisión. En palabras de un tribunal arbitral, es pertinente efectuar un “objective test revealing what would have been the reasonable intention and expectations of the parties regarding the applicable law as evidenced by all the circumstances surrounding the negotiation of the contracts, as well as by contractual terms likely to evidence the applicable law.”<sup>121</sup>

Entendiendo que el árbitro tiene la obligación ineludible de indagar en la intención originaria de las partes, al mismo tiempo, es pertinente reconocer —a modo de presunción— que, a falta de una elección explícita, se trata de una elección negativa tácita. Dicha presunción se funda en la idea que la cláusula de elección de ley tiene un cierto valor monetario, es decir, que la elección de una ley determinada influye en la manera en que se distribuyen las cargas de la relación contractual.<sup>122</sup> En este marco, parece viable presumir que las partes se hayan abstenido de negociar este tema para no alterar los términos comerciales del contrato. Con ello, si el árbitro optara por la ley nacional de una de las partes, alteraría el equilibrio contractual creado por ellas. Paralelamente, la presunción de la elección negativa de la ley acoge la hipótesis que, en la mayoría de los casos, el no recurrir a las leyes nacionales se explica, en primer lugar, por la intención de los comerciantes de asegurar la igualdad de oportunidades en aspectos legales.<sup>123</sup>

La presunción de la elección negativa podría verse revertida por las circunstancias concretas del caso. Por ejemplo, si del texto contractual se desprende que se aplica una elección tácita de una ley nacional —la que podría manifestarse a través de referencias a las normas de un ordenamiento legal nacional— las expectativas de las partes estarían

---

varios autores, *The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria?*, ICC/Dossier of the Institute of International Business Law and Practice, Paris, ICC, 1995.

<sup>120</sup> Maniruzzaman, Abul F.M., “The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?” op.cit. El foco de este argumento son, en particular, los contratos entre inversionistas extranjeros y el Estado receptor. El autor subraya que este tipo del contrato obviamente guarda relación más estrecha con la ley del Estado receptor.

<sup>121</sup> Laudo de la ICC 7110 (1995), en [www.unilex.info](http://www.unilex.info) (mayo 2005).

<sup>122</sup> Se expresa en esto la atención que otorga la producción normativa de un derecho reflexivo a una práctica social externa al derecho mismo, en este caso de tipo comercial. Para reiterarlo, derecho y economía son esferas autónomas pero de modo tal estructuralmente acopladas que la elección de una ley aplicable se traduce en costos monetarios para las partes. La separación permanentemente integrada de economía y derecho en el horizonte de la sociedad mundial indica una relación dual de creciente autonomía de cada sistema paralelo a una creciente interdependencia entre ellos. Véase supra, secciones IV y V en este texto.

<sup>123</sup> Komarov, Alexander, “Remarks on the Applications of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in International Commercial Arbitration”, *The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria?*, ICC/Dossier of the Institute of International Business Law and Practice, op.cit., pp. 155-164, p. 161.

defraudadas si el árbitro recurriera a una normativa a-nacional. En este contexto, se ha sugerido que el árbitro no podría optar por un derecho a-nacional si una de las partes proviniera del país cuya doctrina legal rechaza ampliamente la existencia de un derecho más allá del Estado –por ejemplo, Austria, Alemania o Inglaterra.<sup>124</sup>

Este planteamiento no logra convencer. En primer lugar, aunque las partes sean originarias de uno de esos países, pero no deseen o no logren situar la elección de la ley dentro de su esquema de obligaciones contractuales, aplicar la ley nacional de una de ellas, las pondría en condiciones de desigualdad. Asimismo, resulta difícil suponer que esos contratantes podrían haber contemplado una solución, calculándola sobre la base de las normas de conflicto correspondientes, lo que obligaría a descartar la elección negativa de la ley. Ello a raíz de que la inseguridad jurídica que usualmente rodea la definición de la ley aplicable a través del método atributivo, se acrecienta aún más en el procedimiento arbitral. En otras palabras, los árbitros a diferencia de los jueces estatales, no tienen sus propias normas de conflicto<sup>125</sup> y, por lo general, se encuentran facultados para aplicar las normas, sean conflictuales o materiales, que ‘estimen apropiadas’.<sup>126</sup>

En segundo lugar, dicho argumento pasa por alto el hecho que la negociación del contrato internacional no siempre se lleva a cabo con la participación de asesores legales. Por ello, antes que atender las creencias doctrinarias reinantes en ciertos países, debería atenderse a las expectativas que objetiva y razonablemente pueda tener un comerciante internacional con respecto a la ley que gobierne su contrato. El mismo planteamiento lo encontramos en el razonamiento de un tribunal arbitral que se enfrentó con la necesidad de resolver acerca de su propia jurisdicción y de la ley aplicable a la controversia sobre la base de la siguiente cláusula contractual: “El presente contrato, así como todas sus disposiciones, se regirán en todos los sentidos por la ‘Cámara de Comercio Internacional’ o en su defecto por una legislación neutral definida en común acuerdo por las partes, pero que en ningún caso podrán ser los Tribunales de Justicia de los respectivos países de las partes contratantes.”<sup>127</sup> Los árbitros destacaron que correspondía interpretar el contrato conforme con la intención común de las partes. Ellas obviamente no eran letradas en derecho, lo que se desprendía de la confusión con respecto a la elección de la ley y del foro en que habían incurrido al referirse a la CCI como ‘la normativa aplicable’. Por lo anterior, el tribunal confirmó la competencia de la CCI y enseguida destacó que, dado que las partes no habían especificado la legislación ‘neutra’ aplicable al contrato, habían efectuado una elección negativa de la ley. En tanto manifestaron su aspiración a una solución imparcial, el

---

<sup>124</sup> Raeschke-Kessler, Hilmar, “Should an Arbitrator in an International Arbitration Procedure apply the UNIDROIT Principles?”, *The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria?*, ICC/Dossier of the Institute of International Business Law and Practice, op.cit., pp. 167-177, p. 170. La postura reacia deja de observarse en una entrevista anónima a un especialista en arbitraje de Inglaterra: “These people are just deciding by the seat of their pants. There’s no such thing as the lex mercatoria”. Citado por Dezalay, Yves y Garth, Bryant, “Merchants of Law as Moral Entrepreneurs: Constructing International Justice from the Competition for Transnational Business Disputes”, *Law & Society Review*, Vol. 29, Nº 1, 1995, pp. 27-64, p. 42.

<sup>125</sup> De ahí lo que hemos denominado el bajo desarrollo del centro de la *lex mercatoria*. Véase supra, sección V en este texto.

<sup>126</sup> Mientras la Ley Modelo de la UNCITRAL y con ello, la ley chilena obligan al árbitro recurrir a las normas de conflicto que estime apropiadas (art. 28.2), el Reglamento de la Corte de Arbitraje de la CCI permite evitar esta solución, algo artificial, y contempla la ‘vía directa’ (art. 17.1), facultando al árbitro para elegir las normas aplicables sin recurrir al método atributivo.

<sup>127</sup> Laudo ICC 10422 (2001), en [www.unilex.info](http://www.unilex.info) (mayo 2005).

tribunal optó por aplicar “las reglas generales y los principios de los contratos internacionales, la llamada *lex mercatoria*.”<sup>128</sup>

De manera semejante resulta ilustrativo el laudo arbitral pronunciado en el marco del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo en una controversia entre dos empresas chinas y una europea. En este caso, las partes no habían fijado la ley aplicable y en el procedimiento arbitral invocaban sus respectivas legislaciones nacionales o la ley sueca como la ley del lugar de arbitraje. El tribunal arbitral estimó que las partes deliberadamente se habían abstenido de acordar la ley aplicable a su contrato, el cual, en lo demás, estaba cuidadosa y calificadamente elaborado. Afirmó que, probablemente, una o todas partes habían esperado que, en el evento de surgir una disputa, se resolviera en base a una ley con la que se ‘sintieran más conformes’.<sup>129</sup> El tribunal sostuvo: “It is reasonable to assume that the contracting parties expected that the eventual law chosen to be applicable would protect their interest in a way that any normal business man would consider adequate and reasonable, given the nature of the contract and any breach thereof, and without any surprises that could result from the application of domestic laws of which they had no deeper knowledge.”<sup>130</sup>

Para constatar la elección negativa de la ley resulta central poder determinar que las partes hayan exhibido en el transcurso de las negociaciones una postura clara de no aceptar la aplicación de la ley nacional de su contraparte.<sup>131</sup> Dicho escenario pudo ser determinado en el marco de una controversia que involucraba a un Estado del Medio Oriente y una empresa inglesa. El conjunto de los contratos celebrados entre las partes no contenía la cláusula de la elección de ley, pero en la mayoría de éstos se hacía referencia a la resolución de conflictos según las leyes de ‘justicia natural’. El tribunal rechazó el argumento de la parte inglesa que sostenía que con esta expresión tan sólo se aludía a la justicia procesal. Más aún, subrayó que, en el derecho internacional privado, la noción de justicia no sólo se concibe en el sentido procedimental, sino que también material. La justicia constituye la piedra angular de la disciplina, en esta perspectiva, y su razón principal de ser es la aspiración a hacer lo justo en los casos que involucren un elemento extranjero. Afirmó que la elección de la ley aplicable no puede quedar al margen de la tendencia general que exhibe el derecho hacia la búsqueda de la ‘mejor’ solución para un caso internacional. Ésta se efectúa en base a las consideraciones de *fairness*, de la justicia sustancial y con miras a las expectativas razonables de las partes, tomando en cuenta que las normas aplicables que mejor se adapten a las circunstancias de un caso particular no se limitan tan sólo a los sistemas legales nacionales. A falta de una elección explícita de la ley y ante la notable preocupación de las partes por salvaguardar la neutralidad en la resolución de las controversias, el tribunal estimó que se encontraba ante una elección negativa implícita, lo cual le impedía recurrir a cualquier legislación nacional. Al parecer del tribunal, especialmente a través de las referencias a la ‘justicia natural’, las partes habían manifestado que sus contratos deberían ser regidos por las normas que no pertenecieran a ningún sistema legal nacional.<sup>132</sup>

---

<sup>128</sup> Ibid.

<sup>129</sup> El fallo indica: “It may well be that either or both of the parties had hopes or expectations on the application of a law, in case of a dispute between them, with which they would feel comfortable.” Laudo 117/1999, en [www.unilex.info](http://www.unilex.info) (mayo 2005).

<sup>130</sup> Ibid.

<sup>131</sup> Laudo de la ICC 7110 (1995), en [www.unilex.info](http://www.unilex.info) (mayo 2005)

<sup>132</sup> Ibid.

Otro laudo arbitral en el cual la elección negativa de la ley se analiza extensamente, se refiere a una controversia surgida entre el gobierno de Irán y una empresa estadounidense con sede en Maryland.<sup>133</sup> La pregunta sobre la ley aplicable era crucial para el éxito de la demanda presentada por el Estado iraní. Mientras según la ley iraní no existían plazos de prescripción de las pretensiones, la ley de Maryland establecía el límite temporal de cuatro años. Ante la ausencia de una elección explícita de la ley aplicable al contrato y a falta del acuerdo posterior de las partes, el tribunal arbitral señaló que existían dos métodos que permitía llenar dicho vacío: el objetivo y el subjetivo. Conforme al primero, correspondía recurrir a las normas de conflicto que, en ese caso, llevaban a la aplicación de la ley estadounidense. Sin embargo, este enfoque pasaría por alto el hecho de que las partes hayan omitido regular un aspecto tan 'obvio' de su relación contractual. En cambio, el segundo enfoque buscaba descubrir la verdadera intención de las partes. Aplicándolo, el tribunal arbitral tomó en cuenta que los contratantes no habían operado dentro de un mismo entorno y en el mismo ámbito de la cultura jurídica; tampoco habían cooperado previamente, por lo cual no existía entre ellas una relación basada en la confianza mutua; por otro lado, no se encontraban en pie de igualdad en cuanto a su familiaridad con las prácticas del comercio. Con esos fundamentos, el tribunal confirmó que las partes habían efectuado una elección negativa implícita de la ley, por lo cual, a ninguna de ellas podría imponerse la aplicación de la ley nacional de la otra.

Para determinar la normativa que procedía aplicar en tal caso, el tribunal evaluó tres soluciones alternativas. La primera, que consistía en la aplicación de una ley nacional neutra fue descartada por tener, a falta de vínculo alguno con el contrato, un carácter artificial. La segunda salida consistía en el recurso a la doctrina del *tronc commun*, a saber, a las normas que sean sustancialmente comunes a los ordenamientos jurídicos involucrados. A pesar de mostrar cierta simpatía por esta solución, el tribunal arbitral estimó imposible descubrir el tronco común de legislaciones tan disímiles como la iraní y la estadounidense. Por lo tanto, recurrió a la solución 'desnacionalizada', la cual ofrecía la ventaja de proteger a ambas partes ante la amenaza de encontrarse con preceptos peculiares y sorprendidos de una legislación nacional desconocida, que, además, podría no contener soluciones apropiadas para el contexto internacional. El tribunal decidió aplicar 'los principios generales de derecho', considerando que debía esta solución a ambas partes para mantener el equilibrio entre ellas y respetar sus expectativas.

En resumen, un contrato internacional, que tiene rasgos de haber sido lo suficientemente elaborado y que permite apreciar el carácter no del todo espontáneo del acuerdo, cuando no regula la ley aplicable, refleja la imposibilidad para las partes de lograr un consenso al respecto. Ante esta hipótesis, es irrelevante si la causa de la omisión se halla en el orgullo nacional o en el deseo de no transformar la elección de la ley en términos monetarios, cediendo con ello uno de sus intereses comerciales. A todo evento, al someter un contrato de estas características a una legislación nacional, se estaría defraudando las expectativas de las partes. En este contexto, la solución debería pasar por la presunción de la elección negativa de la ley. Ésta, al no ser revertida, obligaría al árbitro a recurrir a un derecho a-nacional, es decir, a la *lex mercatoria*.

---

<sup>133</sup> Laudo de la ICC 7375 (1996), [www.unilex.info](http://www.unilex.info) (mayo 2005). Ver comentarios en Marrella, Fabrizio, "Choice of Law in Third-Millennium Arbitrations: The Relevance of the UNIDRIT Principles of International Commercial Contracts", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 36, 2003, pp. 1137-1188, pp. 1162 y ss.

## Epílogo

La *lex mercatoria* constituye uno de los más notorios ejemplos de la aún incipiente pero clara y difícilmente desconocible desnacionalización del derecho, así como de la formación de regímenes globales de gobierno. Como lo hemos advertido, nada de esto supone el fin del Estado-nación, aquella diferenciación segmentaria de la política que permite una unidad institucional de nivel mundial; aunque sí supone el inicio del fin de un modo de control de la sociedad desde los márgenes del territorio, precisamente por el creciente despliegue de actores globales cuyo 'territorio' es el mundo y no aquel sobre el cual el Estado-nación tiene jurisdicción. Se exige con esto un cambio de función del Estado y un cambio en los niveles de sus aspiraciones de conducción de la sociedad, desde un control social amplio, material y autoritativo, a una más humilde, contextual y compleja coordinación de instancias autónomas, en la que un derecho reflexivo desnacionalizado comienza a jugar un rol central y en muchos aspectos independiente del Estado. Frente a esto Andrés Bello sólo podría escandalizarse, pero (afortunadamente) el paso de dos siglos transforma la arquitectura de la sociedad y de su derecho.