

El pluralismo jurídico vertical: la construcción de normativa global a partir de una aproximación a la *Lex mercatoria*

*Vertical legal pluralism: The construction of global regulations from an approach to the *Lex mercatoria**

JOSÉ TAPIA PAREDES

Universidad Central del Ecuador (Ecuador)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6466-1244>



Recibido:
26/01/2021

Aceptado:
04/03/2021

Resumen

El presente trabajo parte de una breve revisión al concepto de pluralismo jurídico y refiere algunas tipologías y alcances conceptuales sobre el mismo, luego de lo cual realiza aproximaciones respecto a la *Lex mercatoria* para identificarla como una expresión del pluralismo jurídico, concentrándose en revisar sus características históricas y contemporáneas, observándose a partir de ello el tipo de pluralismo al que inicialmente se adscribe en virtud de las facetas que muestra tener el proceso de formación de las normas no estatales producidas por agentes económicos, principalmente empresarial y transnacionales, para finalmente señalar el tránsito y puente construido por este derecho considerado en principio no oficial con el derecho oficial.

Palabras clave

Pluralismo jurídico, *Lex mercatoria*, empresas transnacionales, comercio internacional, globalización y derecho no estatal.

Abstract

This work is based on a brief review of the concept of legal pluralism and refers to some typologies and conceptual scopes about it, after which, makes approximations regarding the *Lex mercatoria* to identify it as an expression of legal pluralism concentrating on reviewing its historical and contemporary characteristics, observing from this the type of pluralism to which it is initially ascribed by virtue of the facets shown by the process of formation of non-state norms produced by economic agents, mainly transnational corporations, to finally point out the traffic and bridge built by this right considered in principle unofficial with the official right.

Keywords

Legal pluralism, Lex mercatoria, transnational companies, international trade, globalization and non-state law.

El pluralismo jurídico: definición y algunas tipologías

Norberto Bobbio es uno de los teóricos del derecho que considera que el Estado no es el único centro productor de normas jurídicas, puesto que observa que éstas también son producidas por grupos sociales diferentes al Estado,¹ y Boaventura de Sousa Santos identifica de la misma manera, que las sociedades modernas se rigen por una pluralidad de ordenes jurídicos, interrelacionados y distribuidos socialmente de distintas formas en el campo social, circunstancia que plantea el debate del pluralismo jurídico.²

La Escuela de Frankfurt, como uno de los más visibles impulsores de la llamada «Teoría crítica», que ha contribuido con explorar el mundo de las apariencias objetivas para exponer las relaciones sociales subyacentes, penetrando en dichas apariencias a través de un análisis crítico,³ deteniéndose entre otras cosas a observar los procesos histórico-sociales y una realidad en constante transformación, para no solamente describir lo ya establecido o contemplar distanciamen- te los fenómenos sociales y reales, sino para contraponer dialécticamente la «teoría» con la «praxis»⁴ de cuyo develamiento podrían claramente derivarse posturas, propuestas y acciones deconstructivas de la opresión y las imposiciones; así como por otro lado los «Critical legal studies», un movimiento en Estados Unidos que mediante la investigación

histórica, filosófica y sociológica, pretende desmitificar la teoría jurídica liberal norteamericana, revelando hasta qué punto llega su grado de compromiso con relaciones de poder y con la ideología dominante;⁵ han permitido considerar desde esta figura académica europea-norteamericana (globalmente atendida) un fenómeno jurídico que se expresa en las más diversas poblaciones del mundo desde mucho antes de su abstracción teórica y verbalización euronoramericana, fenómeno al que independientemente de quien(es) han presentado el entrelazamiento de los términos donde se encuentran también teóricos latino e indoamericanos ha sido bautizada contemporáneamente como «pluralismo jurídico».

La importancia de esta nominación estará, entre otras cosas, en permitir que las instituciones y estructuras sociales con prácticas coloniales así como las personas y grupos colonizados mentalmente desde Occidente (occidentalizados) comprendan(mos) que el derecho no tiene una fuente o vertiente única oficializada conocida y reconocida en la figura del Estado, una figura central desde la que se ha impuesto por un par de cientos de años las normas de comportamiento, procedimiento, administración, sanción y demás, frente y sobre la gran sociedad, las comunidades y las personas haciéndose del monopolio en la producción del derecho, pues, se aprecia la necesidad de reconocer que existen otras fuentes de derecho y prácticas jurídicas «desoficializadas» que lo constituyen y transforman.

1 Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, Bogotá, Temis, 2.^a ed., 5.^a reimp., 2005, pp. 10-13.

2 Sousa Santos, Boaventura de, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Bogotá, ILSA, 2009, p. 60.

3 Giroux, Henry, citado por Wolkmer, Antonio Carlos, *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, Bogotá, ILSA, 2003, p. 24.

4 Wolkmer, Antonio, *Introducción al pensamiento...*, p. 23.

5 *Ibid.*, 46.

El pluralismo jurídico implicará, entonces, referirnos a la presencia de diferentes fuentes de derecho en un espacio que les resulta común, y, por tanto, múltiples nociones y expresiones de derecho que se inciden o se afectan mutuamente, que tienen la oportunidad de coexistir, dialogar e interrelacionarse construyendo puentes de empatía y cooperación aunque, por otra parte, en varias ocasiones también pretenden o intentan mantenerse indiferentes, distantes y apartados; y en otras muchas, se enfrentan, agreden, colisionan y disputan, en especial cuando alguno(s) de ellos se autoconsidera(n) superior, principal y de vocación universal, convocando como consecuencia al resto de derechos, a manifestar distintas formas y mecanismos de aislamiento o de resistencia (pacíficas, no pacíficas, propositivas, etc.).

Óscar Correas dirá al respecto que el pluralismo jurídico da cuenta de que las relaciones sociales no se conducen conforme a un solo sistema jurídico, siendo la expresión que está poniendo en jaque a la cultura jurídica dominante y a las ideologías que hacen presa de la conciencia de los juristas, indicando que en México, por ejemplo, existe por lo menos un sistema jurídico por cada comunidad indígena, además del sistema jurídico mexicano y de su Estado, siendo este último el que dispone de mayor fuerza y va poco a poco destruyendo los otros sistemas normativos, los cuales en algunos casos han logrado subsistir y, en otros casos, poco les queda de diversidad.⁶

En este punto, cabe brevemente interrogarse sobre la importancia de mantener la diversidad jurídica y evitar la homogenización; paradójicamente una de las respuestas se encontrará en el sentido de la libertad, la misma palabra que ha sido evocada en tantas ocasiones para construir, deconstruir y reconstruir contextos sociales y realidades opresivas.

En la contemporaneidad, la libertad para la mercantilización de la vida amenaza precisamente otras libertades, así, por ejemplo, la libertad para crear o continuar estructuras de relación y organización social no condicionadas por el mercantilismo se ven acosadas por esta fuerza homogeneizadora.

Ahora bien, antes de aproximarnos al pluralismo jurídico de corte empresarial transnacional a partir de la ejemplificativa *Lex mercatoria*; es conveniente para mayor clarificación sobre el alcance del término «pluralismo jurídico» indicar que el mismo no se subsume ni inserta en las corrientes tradicionales de iuspositivismo ni de iusnaturalismo, ambos con pretensiones universalistas intentando construir, abstraer o preestablecer un derecho de aplicabilidad y validez en toda circunstancia; sino que se trata de un escenario de reconfirmación que permite apreciar al derecho como diverso, dinámico, perceptivo, circunstancial e inacabado, construido desde las relaciones, las comprensiones y los contextos sensomateriales.

Por otro lado, es menester indicar la presencia de diversos tipos o variaciones del pluralismo jurídico observables en el contexto actual, donde, algunos teóricos como André Hoekema distinguen, por ejemplo, la existencia de un pluralismo jurídico social y un pluralismo jurídico formal; mencionando que el formal se subdivide en unitario e igualitario.⁷

El pluralismo jurídico social sería aquél que se presenta cuando el derecho oficial no reconoce a los distintos ordenamientos que se presentan socialmente, mientras el pluralismo jurídico formal, se presenta cuando el derecho oficial (el Estado) reconoce la existencia de varios sistemas jurídicos; siendo formal unitario, cuando a pesar de existir un reconocimiento estatal este derecho oficial se ha reservado la facultad de determinar unila-

6 Correas, Óscar, *Cultura jurídica, poder judicial y pluralismo jurídico*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2010, p. 79.

7 Hoekema, André, «Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario», en *El otro derecho*, Bogotá, ILSA, 2002, p. 70.

teralmente la legitimidad y el ámbito de aplicación de los demás sistemas de derecho y, formal igualitario, cuando el derecho oficial no se reserva la facultad de determinar unilateralmente la legitimidad y el ámbito de los demás sistemas de derechos.⁸

Pablo Ianello diferencia en cambio entre pluralismo jurídico fuerte y pluralismo jurídico débil, indicando que el primero es aquel que refleja el verdadero estado de los hechos de una sociedad, es decir, un estado empírico del derecho; mientras el segundo, es un estado en el cual el soberano otorga validez a diferentes sistemas jurídicos permitiendo una coexistencia como la que existió a partir de 1772 en los territorios administrados por la Compañía de Indias Orientales reconociendo las normas preexistentes que debían adaptarse a las categorías del régimen legal central.⁹

En este aspecto, no puede dejar brevemente de señalarse que entre las múltiples formas de concebir los alcances del pluralismo jurídico se encuentra la asociación del término a las distintas nociones de autonomía local o de gobierno local que permiten la administración de específicas circunscripciones territoriales, incluyéndose en esta forma de entender el pluralismo, ejemplos contemporáneos de descentralización y de desconcentración en sus diferentes niveles, ámbitos y posibilidades, como en el caso del derecho de algunos Estados y su relación con el derecho de las municipalidades o regiones entre los que se podría destacar varios casos europeos con mayor o menor autonomía normativa respecto al Estado central; así mismo, entre los alcances del pluralismo jurídico podría reconocerse a las relaciones de los Estados frente a una unión de países o los Estados federados respecto de la federación, observándose

la convivencia y concurrencia tanto de las normas acordadas por los Estados en, por ejemplo, un tratado interestatal o una constitución federal con las normas o derecho particular de cada uno de los Estados miembro.

Wolkmer, por su parte, a pesar de identificar también la existencia de distintos tipos de pluralismo, se dedica principalmente a analizar el que denomina pluralismo jurídico comunitario participativo, para ello parte de indicar que frente a la crisis de los valores de la vida, gobernabilidad, canales de representación, eficacia de las agencias jurisdiccionales en la resolución de conflictos, la producción legislativa, etc., nada más correcto que atribuir legitimidad a las insurgentes identidades sociales en la construcción de lo social, lo político y lo normativo; sin embargo, se plantea las interrogantes sobre si: ¿Todo movimiento social está legitimado para producir derechos?, y ¿Toda regulación comunitaria autónoma y espontánea es justa, válida y legítima?¹⁰

A las preguntas planteadas, Wolkmer responde que no toda manifestación normativa no estatal ni todo derecho ahí producido puede ser justo, válido y ético, ya que cualquier grupo puede crear reglas perversas como, por ejemplo, las minorías identificadas con el poder, la dominación, la explotación, la ambición y el egoísmo, sin embargo, lo que hay que advertir en dicha producción de normas es que provienen de grupos que no están legitimados pues, no resultan de la voluntad general, ni del interés general, ni del bien general, ni estarían dirigidas a satisfacer las necesidades humanas fundamentales, por lo que estarán desprovistos de legitimidad aquellos movimientos no identificados con acciones civiles y políticas justas del pueblo marginado, oprimido o despoja-

8 *Ibid.* pp. 70 y 71.

9 Ianello, Pablo, «Pluralismo jurídico», en *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2015, p. 774.

10 Wolkmer, Antonio, *Pluralismo jurídico: fundamentos de una nueva cultura del derecho*, Madrid, Dykinson, 2.ª ed., 2018, p. 270.

do, así como aquellos que no cuestionan la estructura de dominación.¹¹

Entonces, según Wolkmer, parte del reto para reconocer los tipos de pluralismo jurídico que se presentan se encuentra en observar la legitimidad de sus actores y la legitimidad de sus propuestas, intereses y reivindicaciones, así mismo, se deberá diferenciar a los «antiguos» actores sociales vinculados al concepto de clase y subordinados al Estado frente a los «nuevos» actores interclasistas y de autonomía relativa, de la misma manera que a los «recientes» movimientos heterogéneos como el caso de los zapatistas, piqueros, indignados, *occupy streets*, etc.¹²

Dada la diversidad de ordenamientos jurídicos que con o sin reconocimiento estatal pueden actuar e incidir en las relaciones sociales se torna imperioso el análisis de las características de cada expresión plural con el propósito de identificar y evitar que aquellas expresiones jurídicas de fuentes o con proyecciones ilegítimas se trasladen a la oficialidad y rijan las interacciones globales; así entonces, efectuar un acercamiento a las características que conforman la *Lex mercatoria*, observada como un ejemplo de expresión alternativa de derecho, permitirá la identificación de la formación horizontal o vertical de esta particular expresión de pluralidad normativa.

La Lex mercatoria como expresión de pluralismo jurídico: facetas de verticalidad

La antigua Lex mercatoria

Antes de examinar la forma contemporánea de la *Lex mercatoria*, vale la pena recordar algunas características y contexto de creación y aplicación de la antigua *Lex mercatoria*

utilizada en el denominado por Europa, medioevo de su historia.

Podemos destacar en esta rápida remem-branza, la presencia en la antigua Grecia de una jurisdicción especial de jueces mercaderes, con un procedimiento rápido que debía terminarse en un mes y que no era susceptible de ningún recurso; a pesar de lo cual, era frecuente que los comerciantes acudieran al arbitraje control, al cual se podía recurrir antes de ir a los tribunales; sin embargo, los árbitros podían abstenerse de juzgar y requerir a las partes para que sometieran el asunto a los tribunales.¹³

Posteriormente, en el medioevo europeo, los llamados *societas mercatorum*, una clase social que se había dedicado al comercio, implementaron una serie de usos y costumbres profesionales que denominaron *Lex mercatoria*; esta *società* se encontraba integrada por artesanos y comerciantes, quienes se organizaron mediante corporaciones y gremios, cuyas actividades fueron avanzando a la internacionalización (comercio transfronterizo), de tal forma que las normas internas o leyes locales ya no lograban resolver sus requerimientos¹⁴ ni los conflictos que se presentaban entre los diferentes agentes económicos de variadas regiones con criterios de solución distintos u opuestos.

El desarrollo propiamente de la *Lex mercatoria* se sitúa desde principios del siglo XII hasta mediados del siglo XVI, durante la Edad Media europea, las ferias se celebraban anualmente en ambientes propicios para la producción de la *Lex mercatoria*, donde los comerciantes de distintos lugares asistían a ellas por varias semanas con el aval del rey anfitrión que permitía a los mercaderes arreglar entre ellos sus litigios comerciales, con-

11 *Ibid.*

12 *Ibid.*, 269.

13 Guillén, Daniel, citado por Parra Rivera, Rose Mary, «Evolución histórica de la *lex mercatoria*», en *Rev. de Investigación de la Fac. de Ciencias Administrativas*, vol. 13, N.º 25, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, UNMSM, 2010, p. 65.

14 Parra Rivera, Rose Mary, «Evolución histórica...», *op. cit.*, p. 66.

formándose en este ambiente un derecho mercantil constituido por las costumbres y usos de una clase social, siendo en principio un derecho creado por mercaderes y para mercaderes.¹⁵

La *Lex mercatoria* se plasmó por escrito a pesar de su origen consuetudinario, siendo incluso recogida por estatutos corporativos que a su vez integraron tratados interlocales y transfronterizos, relacionándose continuamente con otros sistemas legales como el feudal, eclesiástico, urbano y real; manteniendo como elementos característicos su flexibilidad, especialidad y autonomía; sin embargo, la importancia de la *Lex mercatoria* decayó en el siglo XVI por haberse tornado menos transparente, imprescindible e imparcial mientras el derecho se convertía en una herramienta de manejo exclusivo del Estado moderno, el cual absorbió y prohibió la *Lex mercatoria* trasnacional.¹⁶

Alrededor de lo recordado no se puede dejar de mencionar el contexto de la época, en la cual, no toda persona o grupos de personas se encontraban en posibilidad de configurar una normatividad oficial propia, pues, para aquellos siglos, la presencia de siervos e incluso esclavos era aún parte de la cotidianidad social, considerándose inclusive a estos seres humanos como parte de las mercancías, tanto directas como adheridas a otros bienes y, por su consideración objetualizada, claramente desprovistos de la capacidad para incidir en la configuración del mismo derecho mercante, además, el pluralismo jurídico de aquel entonces en Europa debela precisamente que la posibilidad de construir derecho oficial se encontraba en los grupos que no intentaban subvertir el orden de las relaciones económico-sociales, sino el de mantener e incrementar sus cuotas de poder, con la capacidad adicionalmente de alinearse para mantener el estatus imperante y, en

otras ocasiones, para ampliar y repuntar su poder sobre el resto de actores disputantes.

Tal como sucede en la actualidad, el pluralismo jurídico permite reconocer la presencia tanto de fuentes oficiales como no oficiales de producción de derecho. Así, podemos notar que en el medioevo europeo, la oficialidad no se encontraba monopolizada en la figura del Estado, sino que eran el clero, los terratenientes y señores feudales, la monarquía o los mercaderes y comerciantes, como en este caso, los que se presentaban como fuentes oficiales de derecho, fuentes que en algunas ocasiones cooperaban, en otras se mantenían indiferentes y en otras ingresaban en disputa; resultando, por ejemplo, en cierto momento para el rey muy conveniente una *Lex mercatoria* que no colocara en riesgo su autoridad y que, entre otras cosas, le permitiera abastecerse de mercancías obteniendo incluso la posibilidad de recaudar impuestos y asegurar la lealtad de sus ejércitos mientras permitía y auspiciaba las reuniones de los comerciantes.

Así, el derecho mercantil medieval europeo reflejó las relaciones propias del momento histórico, momento en el que impera una específica noción de comercio vinculada con el afán de lucro, acumulación, expansión y competencia por el poder, inconsciente de la finitud de las fuentes materiales de vida a las que considera recursos inagotables y con pocos aspectos excluidos del ámbito de lo comercializable.

Este tipo de derecho mercantil marcará la inclinación de las futuras relaciones de comercio cuyas experiencias previas provienen de un escenario sin derechos humanos, laborales o ambientales que las estuvieran limitando o que deban considerar para poder operar, pero que además, en medio de dicha necesidad por crecer sin límites, experimentaron y experimentan como barrera y dificultad a la diversidad de sentidos y estruc-

15 Cadena Afanador, Walter René, citado por Parra Rivera, Rose Mary «Evolución histórica...», *op. cit.*, p. 65.

16 Parra Rivera, Rose Mary, «Evolución histórica...», *op. cit.* p. 67.

turas sociales no mercantiles, a partir de lo cual apuntará al desarrollo de un monismo jurídico en torno a los intereses de una clase que ha hecho fortuna a través de la opresión y apropiación y que consecuentemente deja por fuera las necesidades de los explotados mientras se concentra en regular un solo ámbito de la vida social con el ánimo de asegurar la resolución de los conflictos de interés que puedan afectar a esta forma de comercio y de comerciantes.

La nueva Lex mercatoria

Luego de finalizada la llamada Segunda Guerra Mundial, los Estados especialmente afectados por la guerra buscaron mecanismos para impulsar el comercio transfronterizo e incrementar el crecimiento económico, iniciándose para ello una etapa de flexibilización del intervencionismo estatal en el comercio mundial y reconociéndoles a los empresarios la facultad de crear material jurídico al amparo de la autonomía de la voluntad.¹⁷ Entonces, durante la Guerra Fría toma paulatinamente fuerza la consigna de reducir las barreras al comercio y por tanto de liberar la economía y los negocios de controles estatales, y junto a la idea de aumentar el flujo transfronterizo de bienes y servicios, el gran empresariado transnacional ve fortalecidas sus posibilidades de crear normativa propia para regir los negocios globales con lo cual se revigora la *Lex Mercatoria*.

Pero, antes de proseguir, cabe realizar una corta parada para considerar la definición contemporánea del concepto empresario, refiriéndose este término a aquella persona que se dedica habitualmente a actividades de comercialización o mercantilización de bienes, productos y servicios, e interpretándose consecuentemente que la palabra empresa po-

dría tanto aludir a la actividad propiamente a la que se dedica el empresario como también a la institución u organización encargada de ejecutar las actividades necesarias para materializar la comercialización o mercantilización de bienes, productos y servicios.

Ahora bien, el significado de la nueva *Lex mercatoria* ha sido tratado por juristas como Clive Schmitthoff y Berthold Goldman, quienes denominaron de esta manera al conjunto de normas conformadas por principios generales, codificaciones profesionales, contratos típicos y jurisprudencia arbitral.¹⁸ Este término se refiere, en suma, a las normas transnacionales que se van dando paulatinamente a sí mismos los socios en los intercambios comerciales, sobre todo en el marco de sus organismos y el de los árbitros contractualmente designados por ellos para resolver sus litigios, llegando incluso a definirse la *Lex mercatoria* como la transnacionalización del derecho comercial que excede la esfera estatal y se configura como un derecho de clase, autónomo e informal en cabeza de las empresas transnacionales y multinacionales,¹⁹ teniendo consecuentemente una reducida capacidad de incidencia en la configuración del mismo los pequeños y medianos empresarios o comerciantes; y quedando claramente excluidos los comerciantes que no operan a nivel transfronterizo.

Es necesario, por tanto, referirnos a lo que se comprende por empresa transnacional dada su participación como principal sujeto de producción de la *Lex mercatoria*. Raúl Trajtenberg indica de manera resumida que las empresas transnacionales son aquellas que producen en más de un país; no obstante, al analizarlas menciona que entre sus atributos se encuentra el gran tamaño o volumen de sus operaciones, la separación de la propiedad y el control, el comportamiento oligopólico, la constitución

17 Montero Castro, Karen, «Las nuevas fuentes de la lex mercatoria», en *Revista Judicial*, Costa Rica, 2012, p. 160.

18 Tovar, María del Carmen, citada por Parra Rivera, Rose Mary, «Evolución histórica...», *op. cit.* p. 63.

19 *Ibid.*, 155.

de grupos económicos, entre otros; recordando además, que otro término que suele usarse como sinónimo es el de empresas multinacionales, discutiéndose en realidad que posean el mismo alcance y advirtiéndose también que durante un tiempo se llamó multinacionales exclusivamente a las empresas de propiedad conjunta entre varios Estados como el producto del acuerdo entre gobiernos.²⁰

Entre los alcances de la expresión «empresas transnacionales» se considerará que el término irá referido a la empresa o grupo de empresas que a partir de su sede matriz implantan en el extranjero filiales e inversiones directas,²¹⁻²² así como también se entenderá que independientemente de ser públicas, privadas, mixtas o de otra naturaleza entre sus diversas formas de organizar el trabajo interno y la administración de su capital, estas empresas pueden utilizar uno o más centros de decisión, al cual están ligadas por vínculos de propiedad u otros, de tal manera que una o más de ellas pueden ejercer una influencia significativa sobre las actividades de otras.²³

Estas empresas transnacionales, entre las múltiples formas de gestionar reglas propias, no tendrán únicamente a los acuerdos y pactos entre empresas así como sus contratos, sino también la asociación y conformación de organismos de representación como

las cámaras de comercio y variadas formas de instituir e institucionalizar sus intereses, llegando incluso a conformar fondos para el financiamiento de proyectos e investigación en sus ámbitos de interés cuyos resultados de dudosa independencia se utilizan en las mismas incidencias normativas.

Con las especificaciones antes referidas, entendiendo entonces que los principales legisladores de la nueva o moderna *Lex mercatoria* son las empresas transnacionales, es decir, un grupo élite y selecto de empresas que por definición manejan grandes capitales²⁴ con los que se encuentran en capacidad de hacer negocios transfronterizos con importantes cantidades de mercadería y dotación de servicios, creando y construyendo sus propias reglas en y para el comercio global, con gran apartamiento de las normas estatales y, sin embargo, con potentes efectos comerciales y no comerciales para los Estados, su jurisprudencia y el marco jurídico, así como para el resto de empresas y emprendimientos afectando sus prácticas y nociones de comercio; se confirma la *Lex mercatoria* como una expresión de derecho extraoficial que no está forjada por empresas y empresarios en su generalidad, sino una subclase de alto rango empresarial, y como fiel imitadora de la anti-

20 *Ibid.*, 3, 12, 13, 14 y 15.

21 Centro de Naciones Unidas sobre las Corporaciones Transnacionales, en *Marco jurídico para las empresas transnacionales*, Comisión de Derechos Humanos, 2002. [http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/fc9966a641705b0bc1256c050059be80/\\$FILE/G0214347.doc](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/fc9966a641705b0bc1256c050059be80/$FILE/G0214347.doc)

22 Observatorio de Multinacionales en América Latina (OMAL), «Empresas transnacionales y derechos humanos», 2012. <http://omal.info/spip.php?article5539>

23 Oficina Internacional del Trabajo, *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social*, 2.^a ed., Ginebra, Organización Internacional del Trabajo, 1991. <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/normativeinstrument/kd00121es.pdf>

24 Existen cientos de casos de empresas transnacionales que en 2017 reportan ingresos por más de 10.000 millones de dólares con ganancias que superan con facilidad el 20 y 30% de dicha cifra, que además resultan ser cifras bajas comparadas con las empresas más grandes del mundo en los diferentes sectores de negocio en que operan. Se debe también considerar que las empresas suelen manejar muchas otras cifras como capitalizaciones en bolsa, activos tangibles e intangibles, inversiones especulativas, monedas virtuales, fondos en paraísos fiscales, ingeniería financiera, etc., integradas a un constante movimiento de capitales en multiplicidad de figuras poco claras que dificultan identificar su posición global debiendo considerarse que en gran parte de las ocasiones las marcas no coinciden con el nombre de la compañía anónima y que incluso pueden variar de Estado a Estado.

gua *Lex mercatoria* aunque en un contexto de derechos diferente, sin la participación plena de la sociedad y su diversidad, o por lo menos de los sujetos que resultan involucrados y afectados en la ejecución de la norma y la expresión de sus fuentes.

Pese a que el contexto espacio temporal de derechos es diferente, la antigua y la nueva *Lex mercatoria* parecen compartir el mismo criterio de formulación, convirtiéndose como muchas otras formas del derecho moderno en una expresión normativa de segmentación de la realidad, aunque en este caso con un particular efecto global. En esta segmentación, no solo se observa desatendida la integralidad de la realidad, sino que ubica en el centro y como cuasi único bien jurídico protegido a la voluntad de las partes en las relaciones privadas de comercio y, por tanto, en la defensa del interés económico empresarial, sin que a ello le acompañen otros criterios materiales como los de tipo socio-ambiental o el justo interés de terceros que bien podrían resultar afectados implícitamente en la voluntad de las partes.

Ahora bien, al revisar la participación de la clase empresarial dentro del debate jurídico especialmente estatal, resalta globalmente el mensaje de que no se puede dudar sobre las ventajas y beneficios del incremento comercial cuantitativo según el cual un amplio y hasta general desarrollo para los pueblos y las sociedades se deriva del comercio, reconociéndose pocos, si no ningún efecto negativo para la sociedad, los Estados, las colectividades o la naturaleza.

Este mensaje en favor del exponencial e infinito aumento comercial se ha utilizado también para defender la garantía de total

libertad en el desarrollo de negocios y acuerdos mercantiles con el propósito de que los empresarios queden liberados de cualquier forma de control, ya que en palabras de los promotores del neoliberalismo: el desarrollo empresarial es también desarrollo laboral, ambiental, cultural y social. Este mismo discurso animoso y alentador para el incremento del comercio promovido por las escuelas de negocio, los Estados y las empresas presenta la necesidad de cuestionar la «naturaleza» de la *Lex mercatoria* para evitar perder de vista el deber que el empresariado tiene con la sociedad ya que no opera aislado de ella, sino que su actividad se desarrolla y subsiste en relación con ésta.

Entre los rasgos más llamativos respecto de la nueva o moderna *Lex mercatoria*, se encuentran los señalados por Redfern y Hunter, quienes indican algunas categorías de problemas que ésta presenta como: el no existir consenso en cuanto a sus fuentes, no encontrarse claro el criterio de cuándo será aplicada y la dificultad para precisar su contenido, ya que solo puede precisarse por algunas máximas que sirven de guía para quienes pretenden resolver conflictos comerciales; esto sin negar por parte de los autores el impacto que la *Lex mercatoria* ha tenido especialmente a través de los tribunales de arbitraje y cuyas decisiones han trascendido fronteras,²⁵⁻²⁶ así como el uso y reconocimiento que se le ha dado al difuso contenido de la *Lex mercatoria* y la jurisprudencia arbitral tanto en múltiples tribunales y normativas estatales como a través de organismos interestatales.

En efecto, la nueva *Lex mercatoria* no se ha visto hasta el momento realmente unificada en un único cuerpo normativo y de poca

25 Redfern y Hunter, citados por Moreno Rodríguez, José Antonio «La nueva 'Lex mercatoria': ¿Un fantasma creado por profesores de la Sorbona?», en *Revista Internacional Foro de Derecho Mercantil*, Paraguay, 2003. http://legal.legis.com.co/document?obra=rmercantil&document=rmercantil_7680752a7fa0404ce0430a010151404c

26 López, Francisco también señala que la *Lex mercatoria* es un conjunto normativo disperso, López Ruiz, Francisco, «El papel de la *societas mercatorum* en la creación normativa: la *lex mercatoria*», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Universidad de Alicante, 2010, p. 69.

volubilidad, sino que más bien corresponde a recopilaciones en gran parte gestionadas por diferentes firmas y consorcios de abogados contratados y reconocidos por las mismas empresas transnacionales los que han ido comparando y compilando laudos arbitrales, identificando usos frecuentes, formulando principios comunes, construyendo acuerdos empresariales, formando organismos de empresarios, entre otras acciones; resultando así en buena parte falso el discurso de seguridad que se ha presentado alrededor del uso de la *Lex mercatoria*.

Resulta sugestivo entonces que la nueva *Lex mercatoria* posea capacidad de influencia global pese a desmarcarse del enfoque legislativo clásico, es decir, pese a contar con un legislador difuso conformado especialmente por algunos árbitros expresamente seleccionados, unos cuantos fuertes consorcios jurídicos, y principalmente la voluntad empresarial que se manifiesta en los acuerdos élite dentro de diferentes sectores de comercio y, sin embargo, a pesar de esta «variedad» de actores se yergue como una norma de uso planetario fortalecida en la conjunción de intereses en torno a la consolidación de un criptoblindaje para las decisiones de comercio que toman sus árbitros; logrando la expansión del comercio transnacional y la reducción de las posibilidades de control, revisión o anulación por parte del poder estatal y social.

Si bien es cierto, algunos juristas consideran que entre las fuentes principales de la nueva *Lex mercatoria* están los usos profesionales, los contratos tipos, las regulaciones dictadas en el marco de cada profesión y la jurisprudencia arbitral²⁷ toparemos principalmente a continuación la importancia para la nueva *Lex mercatoria* de los árbitros y el reconocimiento del derecho oficial a esta expresión de pluralismo que, como se ha observado en la aproximación a algunas de sus fa-

cetas actuales, se elabora con una gran carga de verticalidad que se forma esencialmente desde el poder económico o plutocrático.

De la no oficialidad o informalidad a la oficialidad o formalización de la nueva *Lex mercatoria*

Tal como se indicó anteriormente, existen fuentes de producción del derecho tanto oficiales como no oficiales y, consecuentemente, normas oficiales y normas no oficiales e, incluso, en ciertos casos podemos referirnos a normas extraoficiales producidas por fuentes que sin encontrarse en una oficialidad plena funcionan con un ambiguo reconocimiento por parte de la oficialidad. Estos tipos de fuentes y sus normas en algunas ocasiones cooperan, en otras se mantienen indiferentes, y en otras ingresan en disputa, pudiendo precisamente entre las posibilidades de cooperación presentarse casos de pluralismos jurídicos compatibles con el poder hegemónico que buscan ser parte de dicho poder o que apartan, al menos temporalmente, pero con afán de expansión, un ámbito del poder normativo oficial para su control y beneficio, no significando que ésta sea la única forma de manifestación del pluralismo cooperativo.

Precisamente, como parte de la gran tendencia global de unificar el derecho comercial transfronterizo para facilitar los negocios de la sociedad de empresarios transnacionales y cuya consecuencia ha sido el incremento de ganancias con mínimas e incluso sin limitaciones por parte de otras materias y ámbitos del derecho y la realidad, se han generado dos líneas de acción para nada incompatibles ni en disputa, sino más bien complementarias y de objetivos comunes. Por un lado, los esfuerzos de uniformización o por lo menos armonización del derecho mercantil transfronterizo a través de organismos intergubernamentales mediante instrumentos jurídicos de tipo interestatal y, por otro lado, la auto-

27 Beguin, Jaques, citado por Tovar Gil, María del Carmen, «Aplicación de la *lex mercatoria* internacional por los árbitros», en *Lima Arbitration*, N.º 2, 2007, p. 108.

rregulación propiamente de los operadores económicos transnacionales a través en este caso de la *Lex mercatoria*.

Distinto a lo que pensaban varios juristas respecto a que la *Lex mercatoria*, como una norma extraoficial, resulta poco o nada exigible o aplicable en los Estados, este tipo de pluralismo estratégicamente no solo que ha ido transitando desde la no oficialidad hacia la extraoficialidad y posteriormente hacia la oficialidad, sino que además ha conservado su capacidad para desarrollarse autónomamente mientras es aplicada oficialmente; así, por ejemplo, si un árbitro que las mismas empresas han convenido y elegido aplica la *Lex mercatoria*, esto será difícilmente objetable en Estados cuyas normas de ejecución de fallos arbitrales no autoricen la revisión del fondo del laudo, en especial en los Estados que hayan suscrito la Convención de Nueva York de 1958 sobre sentencias arbitrales extranjeras²⁸ del que forman parte alrededor de 159 Estados en el mundo.²⁹

Así también, la *Lex mercatoria* se ha convertido en un modelo para la producción tanto de leyes internas como de instrumentos internacionales, aspecto en el que no puede dejar de tenerse en cuenta la existencia de países que permiten y aceptan el *lobby* empresarial, como en el caso de los Estados Unidos, y otros donde dicha práctica se encuentra prohibida, práctica que además a diferentes niveles y con múltiples variaciones se emplea en las sesiones y rondas de una variada gama de organismos interestatales que producen tanto instrumentos jurídicos obligatorios como opcionales o facultativos, resaltándose

incluso la creación y contundente presencia de varias organizaciones empresariales de importante financiamiento que se encargan de representar los intereses de las empresas ante los diferentes foros y organismos intergubernamentales como la Cámara de Comercio Internacional.³⁰⁻³¹

Ahora bien, entre los principales organismos intergubernamentales que tienen por propósito uniformizar o en otros casos armonizar las normas de comercio utilizando para ello un enfoque propio de la modernidad (llamándola proceso de modernización) que permita consolidar un derecho mercantil o comercial global se encuentra la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y la Organización Mundial del Comercio (OMC), los cuales han admitido tanto explícita como implícitamente la validez y aplicabilidad de los principios y reglas creados por el empresariado transnacional acogiendo e incorporando muchos de sus acuerdos, normas y modelos en sus instrumentos interestatales, además de otras formas en que han manifestado reconocimiento, así, por ejemplo, en el caso de los principios de UNIDROIT. En la declaración de los propósitos de los principios se manifiesta que para los contratos mercantiles transfronterizos «estos principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la *Lex mercatoria* o expresiones semejantes [...]» y tal como su propio contenido lo expone este

28 Tovar Gil, María del Carmen, «Aplicación de la *lex mercatoria*...», *op. cit.*, p. 120.

29 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, CNUDMI, 1958. http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html

30 Cámara de Comercio Internacional, portal web oficial de España. <http://www.iccspain.org/comercio-internacional/>

31 La Cámara de Comercio Internacional no solamente es un imponente portavoz de la sociedad empresarial ante los organismos internacionales y gobiernos, dotada de gran fortaleza por los miembros que la conforman, sino que, entre otras cosas, es uno de los centros más importantes de arbitraje del derecho internacional privado, convirtiéndose en gran medida, tanto en productor de normas como de fallos.

instrumento puede servir como modelo para las legislaciones nacionales (estatales) e internacionales (interestatales).

De esta forma, múltiples Estados se han ido incorporando a través de sus gobiernos en la suscripción y ratificación de instrumentos interestatales en los que reconocen validez y exigibilidad de las decisiones de laudos arbitrales que hagan uso de la *Lex mercatoria*, e incluso existen ejemplos de artículos introducidos en variados instrumentos interestatales que sin la necesidad de evocar explícitamente a la *Lex mercatoria* la incluyen implícitamente como en el caso de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, llamada Convención de México o CIDACI, misma que en su artículo 9 respecto a las normas que puede aplicar un tribunal cuando las partes no han elegido un derecho aplicable indica que el tribunal «[...] tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales [...]» pudiendo por tanto entenderse que los tribunales podrían hacer uso y llegar a exigirles la aplicación de la difusa *Lex mercatoria*.

Pero además, en casos como el argentino, en el que en su momento expidió leyes como la 22.765 sobre compraventa internacional de mercaderías con la que se hizo parte de su legislación interna a la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías o la Ley 21.305 en que se reconocía la jurisdicción y cumplimiento de fallos extranjeros, se puede corroborar que la líneas de acción mencionadas son complementarias y apuntan a la consolidación de objetivos comunes permitiendo que la nueva *Lex mercatoria* transite de la no oficialidad a la oficialidad e impregne a la última una importante carga ideológica que beneficia a aquel comercio cuyas normas se construyen en un ambiente de verticalidad plutocrático en la que se consagra la voluntad de las partes por sobre el ordenamiento jurídico de los Estados y el resto de expresiones de pluralismo.

Conclusiones

No todo grupo social con reglas propias incrementa la convivencia normativa de diversidad, resultando cuestionable el reconocimiento y oficialización del derecho generado por estos grupos cuando sus reglas no afectan únicamente a sus miembros, sino que posee efectos directos o colaterales adversos para otros sujetos diversos o los entornos en que cohabitan, pues, su propia oficialización implica la puesta en riesgo de los otros pluralismos que no son atentatorios a la conservación y desarrollo sostenible de la diversidad.

El pluralismo jurídico vertical, y además plutocrático, en lugar de construir diversidad genera homogenización, y en este caso la *Lex mercatoria*, como un ejemplo del mismo, desde la posición de considerable ventaja de sus gestores, homogeniza las nociones, concepciones y prácticas sobre el comercio; siendo una expresión en principio y temporalmente de pluralidad, pero que va transitando hacia el posicionamiento de ordenamiento preminente, global y universalista que segmenta la realidad apreciando y exaltando solamente la noción de libre mercantilización de la vida, generando un reduccionismo del sentido y la comprensión de la libertad así como la jerarquización de la voluntad de una élite de los *societas mercatorum* sobre el resto de derechos y grupos sociales que plantean una convivencia no uniformizante y mutuamente respetuosa.

Los gobiernos, a los que la doctrina moderna entiende como custodios del interés social, son utilizados para la legitimación de la voluntad que ha ido acordando esta élite del empresariado transnacional; sin embargo, bajo estricto criterio de democracia directa no delegativa y de constante autorización la *Lex mercatoria* no refleja legitimidad plena, y tampoco es resultado de consenso con las poblaciones locales.

-La *Lex mercatoria*, a pesar de ser resultado del pensamiento occidental conti-

núa trabajando la realidad global como si no se hubieran producido cambios históricos en otras áreas y materias del derecho de corte también occidental, asumiendo el momento de producción normativa como un *continuum* en el que pareciera no existir derechos humanos, laborales, ambientales y demás, es decir, como si la historia de la Edad Media europea no hubiera cambiado para esta élite empresarial o como si los cambios producidos no afectaran las reglas del comercio transfronterizo en el que solo se debe según la tradición observar la voluntad de las partes.

-La *Lex mercatoria* es un derecho creado solamente para proteger a la sociedad de comerciantes empresariales transnacionales como una clase social y no como grupo autosuficiente e independiente, considerándose un derecho que está consolidando una noción deslocalizada y plutocrática sobre la justicia.

REFERENCIAS

- Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, 2.^a ed., 5.^a reimp., Bogotá, Temis, 2005.
- Castro Montero, Karen, «Las nuevas fuentes de la Lex Mercatoria», *Revista Judicial*, Costa Rica, 2012.
- Cámara de Comercio Internacional, Portal web oficial de España. <http://www.iccs-pain.org/comercio-internacional/>
- Centro de Naciones Unidas sobre las Corporaciones Transnacionales, *Marco jurídico para las empresas transnacionales*, Comisión de Derechos Humanos, 2002. [http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/fc9966a641705b0bc1256c050059be80/\\$file/G0214347.doc](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/fc9966a641705b0bc1256c050059be80/$file/G0214347.doc)
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*, Nueva York, cnudmi, 1958. http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/nyConvention_status.html
- Correas, Óscar, *Cultura jurídica, poder judicial y pluralismo jurídico*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, unam, 2010.
- Hoekema, André, «Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario», *El Otro Derecho*, Bogotá, ilsa, 2002.
- Ianello, Pablo, *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, unam, 2015.
- López Ruiz, Francisco, «El papel de la *societas mercatorum* en la creación normativa: la lex mercatoria», *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Universidad de Alicante, 2010.
- Moreno Rodríguez, José Antonio, «El debate sobre el derecho no estatal y la *Lex mercatoria*», *Forseti revista de derecho*. Paraguay, 2014. <http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/civil/Jos%C3%A9-Antonio-Moreno-el-debate-sobre-el-derecho-no-estatal-y-la-lex-mercatoria.pdf>
- Moreno Rodríguez, José Antonio, «La nueva 'Lex Mercatoria': ¿Un fantasma creado por profesores de la Sorbona?», en *Revista Internacional Foro de Derecho Mercantil*, Paraguay 2003. http://legal.legis.com.co/document?obra=rmercantil&document=rmercantil_7680752a7fa0404ce0430a010151404c
- Observatorio de Multinacionales en América Latina (omal), *Empresas transnacionales y derechos humanos*, 2012. <http://omal.info/spip.php?article5539>
- Oficina Internacional del Trabajo, *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social*, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo, 1991. <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/normativeinstrument/kd00121es.pdf>
- Parra Rivera, Rose Mary, «Evolución histórica de la *Lex mercatoria*», *Revista Gestión en el Tercer Milenio*, vol. 13, n.º 25, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2010.

Sousa Santos, Boaventura de, *Sociología jurídica crítica, Para un nuevo sentido común en el derecho*, Bogotá, ilsa, 2009.

Tovar Gil, María del Carmen, «Aplicación de la *lex mercatoria* internacional por los árbitros», *Lima Arbitration*, n.º 2, Lima, 2007.

Wolkmer, Antonio Carlos, *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, Bogotá, ilsa, 2003.

Wolkmer, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico: fundamentos de una nueva cultura del derecho*, 2.ª ed., Madrid, Dykinson, 2018.