

LEX MERCATORIA, PLURALISMO JURÍDICO Y GLOBALIZACIÓN. EL MONOPOLIO DEL DERECHO POR PARTE DEL ESTADO.

Lic. Ignacio García A.

Contenido

Lex Mercatoria, pluralismo jurídico y globalización.	161
El Monopolio del Derecho por parte del Estado.	161
I. Las codificaciones del siglo XIX. El Derecho como un elemento inherente del Estado.	162
II. Lex Mercatoria. El Derecho como una prerrogativa de las corporaciones.	166
III. El “Derecho Corporativo” de la segunda mitad del siglo XX	171
IV. El caso latinoamericano	178
Bibliografía.....	181

LEX MERCATORIA, PLURALISMO JURÍDICO Y GLOBALIZACIÓN EL MONOPOLIO DEL DERECHO POR PARTE DEL ESTADO

Lic. Ignacio García A.

(La loi c'est) « l'expression des sentiments mis par Dieu même dans le cœur des hommes »
-Motifs de la loi du 3. Septembre 1807 pour le Code de Napoléon.

« Recht ist rationalisierte Sitte »
-Hermann Ulrich Kantorowicz. Der Begriff des Rechts, 1939.

« Recht ist rationalisierte Sitte »
-Hermann Ulrich Kantorowicz. Der Begriff des Rechts, 1939.

Mucho se discute hoy en nuestra región, nuevamente de manera maniquea, polarizante o disyuntiva, sobre el papel del Estado en la sociedad contemporánea.

Algunos sectores sostienen que hay que liberar la economía, reducir el Estado, aminorar sus funciones, hacerlo más dinámico y eficaz; otros sectores se proclaman como férreos detractores de estas teorías liberales y propugnan la defensa de un Estado fuerte, no sólo con un papel de gendarme y regulando las actividades de los particulares, sino que con un papel preponderante en la economía y en la sociedad.

Resulta particularmente útil y curioso, entonces, reflexionar sobre los caminos históricos de donde el Estado proviene, y de aquellos caminos hacia los cuales podría evolucionar posteriormente en nuestras sociedades.

El Derecho, tal y como lo entendemos hoy, como una serie de instituciones políticas derivadas del balance de los tres poderes públicos; basado sobre la *Norma Fundamental* constitucional; como instrumento básico de la ficción jurídica por antonomasia que hemos llamado "Estado", podría entenderse hoy como una verdad granítica e indiscutible. Tanto así, que muchas veces nos resultará imposible concebir una sociedad organizada fuera de la institución del Estado. Pero lo cierto del caso es que esta forma de organización social no siempre ha sido así.

El Estado, el uso monopolístico por parte de éste del Derecho, y la comprensión del derecho como un lenguaje basado en la interpretación de unos principios generales frente a una situación de hecho y una situación objetiva determinada, es una invención social humana de relativa novedosa creación, tomando en cuenta el curso

de la humanidad como punto de referencia para esta proporción, y tomando la revolución francesa y el siglo XVIII como el punto de partida más álgido y evidente del nacimiento –para bien o para mal– del Estado Republicano.

Junto con la creación del Estado Moderno, surgieron también las codificaciones de su Derecho. De esta manera surgieron conceptos, principios generales del Derecho, como las lagunas del Derecho, la interpretación analógica o el principio de Plenitud Hermética del ordenamiento, dogma jurídico que presupone una relación entre el Derecho y todo lo que existe. Sostiene que el Derecho es pleno y que el juez tiene la obligación de juzgar cualquier caso que se le presente. Fue creado, junto con las codificaciones europeas del Siglo XIX, con la intención de fundamentar la presencia del Estado en cualquier actividad humana. Sin embargo, la pregunta resulta ser especialmente válida en nuestra época: ¿puede existir el Derecho sin el Estado?

La búsqueda de la respuesta a esta interrogante constituye la base de la teoría del “pluralismo jurídico”. Existen redes de comunicación con ordenamientos paralelos a la lógica jurídica estatal. Con el fenómeno de la globalización algunos de estas redes de comunicación logran no sólo institucionalizarse, sino hasta convertirse en organizaciones con mayor poder coercitivo que el mismo Estado. Pareciera que el Estado Moderno empieza a desplazarse hacia nuevas formas sociales. Una de estas redes de comunicación paralelas es la ley de los comerciantes, o “lex mercatoria”.

Es importante que sea motivo de nuestras reflexiones contemporáneas sobre la sociedad, que esta transición hacia nuevas formas de organización social, -si estuviera realmente sucediendo-, se realice sin menoscabo de otras corrientes y reivindicaciones sociales que también provienen de una progresiva evolución de la condición y las libertades humanas, las libertades individuales y de los Derechos Humanos universalmente reconocidos.

I. Las codificaciones del siglo XIX. El Derecho como un elemento inherente del Estado.

En tiempos del imperio napoleónico, el Emperador le escribía lo siguiente a su hermano José:

“He aquí la gran ventaja del Código Civil. El consolida nuestro poder, porque da en tierra con todo lo que no es fideicomiso, y no quedarán casas grandes, sino las que erijáis en feudos. Esto es lo que me ha movido a predicar un Código Civil, o lo que me ha conducido a establecerlo”¹.

Como antecedente a la voluntad codificadora de Napoleón, unos mil trescientos años antes, el Codex de Justiniano, con evidente voluntad legisladora omnicompreensiva, afirmaba que su Código era tan completo que “no había nada que agregarle ni nada que le sobre”². Era un intento por prever todas las situaciones de antemano, de regular la costumbre mediante un Derecho de cualidades omniscientes.

1 Guier, Jorge Enrique. *Historia del Derecho*. Tomo II, p.599. Edit. Costa Rica. 1968.

2 Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá. 1999.

Así, desde la época del restablecimiento del imperio romano, el mundo conocido pasa por el cisma y la división en los imperios de Dioclesiano, el surgimiento de Bizancio y de Justiniano, las cruzadas y las invasiones de los bárbaros, mongoles, sasánidas hasta llegar a la aparición de la Edad Media.

En este tránsito histórico, Europa viaja desde una autoridad central eclesiástica o imperial hacia una atomización del poder medieval, hasta llegar finalmente hasta nuevas instituciones como el Estado. La fisonomía del Derecho formaría parte de esta transformación. El Derecho consuetudinario toma fuerza en medio de la ausencia de una centralización del poder. De ahí que no resulte extraña la influencia tan importante que tiene la investigación del Derecho romano de manera muy posterior, en la investigación del Derecho Civil por parte de las universidades alemanas en el siglo XVIII.

Durante los siglos XII y XVIII, ya las universidades se encuentran arraigadas en las sociedades europeas. De esta manera, la doctrina jurídica de Europa Central, pasa por diversos estadios de transformación. En su forma de ver el Derecho, cada escuela fue analizando el fenómeno jurídico basada en su interpretación de la relación entre realidad y ficción.

La teoría jurídica centroeuropea de inicios de siglo XXII inicia con autores que resultan ser instituciones, tales como Thomassio, Puffendorf, Grotio o Wolff. Influenciados por el iluminismo alemán, Hegel, Leibniz, y la tradición de los glosadores, los representantes de las escuelas iusnaturalistas defienden una imagen pura del Derecho, empleada por los operadores del derecho en la práctica. Resulta muy interesante ver cómo la anterior autoridad eclesiástica tan propia de la Edad Media se

funde dentro del Estado secular conforme avanza el análisis del Estado y del Derecho.

Escuelas posteriores, como la Jurisprudencia de Intereses o la de Conceptos, con autores influidos por posturas racionalistas como Comte y Descartes, visualizarían el derecho de una forma más racional.

Thibaut define la situación del Derecho autóctono como una serie de “preceptos abigarrados” en defecto de los cuales se acude al fósil de un Derecho canónico alejado de la realidad o a la aplicación de un Derecho romano rígido. Para cuando Savigny llega a escribir, el Derecho antiguo se encuentra diseminado por Europa, y el Derecho nuevo es un mosaico de costumbres. El Derecho nuevo no había conseguido un interés social para consolidarse en una institución y el Derecho antiguo es una colección de conocimientos de algunos pocos que lograron mantener vivo mediante el apacible y seguro reposo de sus claustros. Debido a la relación intrínseca entre Derecho y poder, la aparición del Estado Moderno puede ser entendida como la confirmación de que la voluntad de un intrincado impulso social de consolidación y de voluntad de política había encontrado, finalmente, cierta cohesión del poder para poder llegar a plasmarse en el Derecho positivo.

Autores como Rudolf von Ihering, empiezan con una postura metodológica y científica, pero con el tiempo develarían el interés debajo de la norma jurídica, y entenderían finalmente el Derecho como un órgano viviente, sujeto a pulsiones e irrationalidades humanas. Todo este tránsito de la ciencia jurídica durante cerca de doscientos años lleva finalmente a autores como Hermann Kantorowicz, representante de la escuela Libre del Derecho en Alemania, Cesarrini

Sforza o Santi Romano en Italia, a afirmar que el derecho es una *costumbre racionalizada*, y que así como existe el ordenamiento jurídico estatal, existen otros ordenamientos —con sanciones, interpretaciones intersubjetivas y procedimientos de conocimiento—; que si bien es cierto no están tan formalizados o condensados, forman ordenamientos jurídicos separados de la lógica estatal, *un pluralismo jurídico*.

Así llegamos al siglo XIX, apogeo del Estado Moderno como consolidación social. Ahí aparecen las codificaciones, de Prusia, Austria y Francia primero —a principios del siglo XVII—, y el Código Alemán en 1900, que darían lugar al Derecho positivo tal y como lo conocemos hoy. Estos son los principios generales del Derecho que al día de hoy rigen las relaciones contractuales de los individuos y que conforman e inspiran la jurisprudencia de nuestros Tribunales hoy en día.

El siglo XIX traería consigo la revolución industrial. La máquina de vapor, el ferrocarril y la luz eléctrica son algunos de los inventos que propiciarían la transformación económica de Europa. Europa Central pasa de una economía estatal centrada en su actividad agraria, a una expansión imperial basada en su producción industrial. Esta transición origina la constitución de bloques liberales en la representación política de Europa. Propugnan el libre comercio frente a una postura estatal colonialista más conservadora y centralista. Naturalmente, una explicación binaria de dos sectores opuestos sería una explicación demasiado simple para un fenómeno tan intrincado como la conformación política de un conglomerado social tan extenso como Europa Central en el siglo XIX. Para lograr una ilustración menos limitada habría que considerar, aparte del movimiento expansionista y mercantil oficial, la oposición laborista, por ejemplo. La creciente

actividad económica incidiría a su vez sobre una polarización económica. Surgiría el problema de la Cuestión Social, el malestar social por el creciente volumen de la población y de la pobreza, con el consecuente arraigo de nuevas ideas acerca de la organización social. Empezaría a circular por Londres, en 1848, el Manifiesto Comunista, redactado por dos propagandistas alemanes invitados al primer congreso de los grupos obreros ingleses: Karl Marx y Friederich Engels. Surgirían diferentes autores frente a la realidad social, con realistas como Theodor Fontane (1819-1818), por ejemplo, con una temática humorística hacia los problemas sociales. A grandes rasgos se puede decir que las políticas neocolonialistas de las potencias europeas, exacerbadas por una gran competencia, buscan un financiamiento interno que produce cierta polarización y división entre los partidos. Es así como Guillermo I, Rey de Prusia, ante la negativa del Parlamento o Cámara de Señores (*Landtag*) de otorgarle un crédito con fines militares, decide ofrecerle la jefatura del gobierno prusiano a un militante de la aristocracia prusiana que en el momento fungía como embajador en París: Otto von Bismarck. Bismarck era un *junker*, nombre con el que se conocía a los militantes de este partido aristócrata prusiano. Tenía claras intenciones de unificación para los estados alemanes y categóricas intenciones imperialistas. Su carrera política alcanzaría su cumbre con la Proclamación del Imperio Alemán y la coronación del Kaiser en Versalles el 18 de Enero de 1871.

Veinticuatro años después de que Napoleón escribiera las palabras con las que iniciamos este capítulo en Francia, la Confederación Alemana firmaba el primer Tratado de Aduanas. Este tratado, que no entraría en vigor hasta Enero de 1834 con una Unión Aduanera de 18 Estados Federales, terminaría finalmente

vinculando a 28 de los 39 Estados Federales de la Confederación Germánica y representando a 23 millones de habitantes en torno a Prusia³. Sin temor a equivocarse, puede afirmarse que el Tratado de Aduanas o *Zollverein* sería un antecedente inmediato e importante para la consolidación del Imperio Alemán en 1871, y para el Acuerdo de Unión Europea vigente y de vital trascendencia al día de hoy.

Surgirían en las primeras sociedades anónimas del mundo, entre ellas la **Dutch West India Company** en 1621, como una respuesta de la sociedad mercantil para satisfacer las demandas y las intenciones colonialistas de los Estados Nacionales. La transformación local de cada uno de los Estados Nacionales que se iban consolidando, es un síntoma de la constante evolución social que se manifiesta en la Europa Central del siglo XIX.

Esta carrera expansionista terminaría con la aparición de la Segunda Guerra Mundial, la consolidación de un Nuevo Orden Mundial, Bretton Woods, y el establecimiento de una hegemonía que finalmente ha dado origen, durante el siglo XX, a los inicios de un ordenamiento jurídico, ya sea en el ámbito industrial o comercial, como en cualquier otra área del Derecho, mediante un Código universal de moral jurídica, y la gestación de un lenguaje jurídicamente universal.

A todas luces, después de la Segunda Guerra Mundial, y hasta nuestros días, el poder y protagonismo del Estado Nacional Republicano es una verdad incontrovertible. Sin embargo, si analizamos la progresión histórica Desde el Código de Hammurabi, hasta Roma; desde Bizancio hasta los postglosadores; desde las codificaciones hasta los contratos atípicos de Joint Venture y las fusiones de las compañías transnacionales, el Derecho ha experimentado un proceso de sedimentación. Es una práctica social, un lenguaje jurídico especializado, consolidado mediante el texto de la ley y de una fuente jerárquicamente reconocida. Pero para su comprensión –principalmente su ligamen intrínseco con el Derecho- es necesaria la contemplación de su evolución histórica. De acuerdo con el artículo 1 de nuestro Código Civil, cuerpo normativo inspirado en el Código Civil Francés de 1804, la fuente escrita del ordenamiento jurídico es la Constitución, los tratados internacionales, y la ley. Pero toda esta progresión lo que nos demuestra que así como el Derecho se construye, también se puede deconstruir, reformular, repensar. Necesariamente nos evoca el recurso retórico utilizado por Rudolf von Ihering cuando comparaba el Derecho a un organismo vivo, recurso que ha resurgido recientemente por nuevas escuelas del Derecho y de la sociología jurídica contemporánea.⁴

3 *Deutsche Geschichte in Quellen und Darstellung. Band 7: vom Deutschen Bund zum Kaiserreich (1815-1871). [Historia Alemana con Fuentes e Ilustraciones. Tomo 7: De la Liga Alemana al Imperio. (1815-1871)]* Edit. Phillip Reclam. Stuttgart, 1997.p.151

4 Autores como Gunther Teubner y Niklas Luhmann hablan recientemente de sistemas sociales autopoieticos, una especie de organismo social permeado por otros sistemas sociales. Teubner, Gunther. *Recht als autopoietisches System*. Suhrkamp. Frankfurt am Main. 1989. En nuestra región, ver: Courtis, Christian. *Estrategia de nuestra araña. Una visión crítica del Derecho y del rol del abogado desde perspectivas contemporáneas*. en: AA.VV. Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad del Perú. José F. Palomino Manchego (director). *Discusión sobre el carácter anti-científico del Derecho (De Kirchmann a la discusión epistemológica actual)*. Editora Jurídica Grijley. Lima, Perú. 1999, p.262.

II. **Lex Mercatoria. El Derecho como una prerrogativa de las corporaciones.**

La *lex mercatoria* es, en términos muy generales y abstractos, un ordenamiento. Contiene todos los elementos propios de un lenguaje normativo (hecho, valores, normas y sanciones). Es impuesto al sujeto y no procede de su interioridad. Ante el incumplimiento de cierto “deber-ser” en el comercio, la *lex mercatoria* impone una sanción. A diferencia de la moralidad, por ejemplo, esta sanción procede con evidente heteronomía. Usualmente esta heteronomía suele ejercerse en el ámbito comercial internacional mediante la ejecutoriedad de un laudo arbitral o la inclusión de una empresa en listas negras en donde se registran a los transgresores comerciales. Como vemos, esta heteronomía no procede de un “deber-ser” autónomo. No es impuesto por el sujeto mismo. La sanción no es aplicada por la conciencia ni por el remordimiento. Es aplicada por otro sujeto distinto, pero este sujeto, a diferencia del ámbito jurisdiccional, no es el Estado. Surge un ordenamiento paralelo al Derecho del Estado. El ejemplo más evidente es la sanción del gremio corporativo. Si el comerciante promete vender y no vende, su falta de compromiso incide sobre su actividad comercial directamente: afecta su credibilidad. La próxima vez que este mismo comerciante quiera realizar algún negocio va a tener que acudir a ciertas maniobras para respaldar su promesa. Recibe por parte de la comunidad mercantil una penalidad; su exclusión temporal del gremio comercial.

Santi Romano habla del paralelismo entre los ordenamientos informales o no jurídicos y ejemplifica sus teorías mediante instituciones como la iglesia u organizaciones criminales como la mafia. Sin embargo, la teoría de Santi Romano del “pluralismo jurídico” puede extenderse y aplicarse a asociaciones u organizaciones deportivas como la FIFA, o como el caso que nos ocupará, a instituciones relacionadas con el comercio internacional o el Derecho internacional privado⁵.

Definir el sentido o el nacimiento de la *lex mercatoria* no debe hacerse demarcando el nacimiento del Derecho comercial como un fenómeno separado del comercio. ¿Cuándo nace la ley de los comerciantes, el antecedente inmediato a las relaciones jurídicas comerciales tal y como las conocemos hoy? No se puede determinar específicamente. Su evolución como un fenómeno jurídico esta inevitablemente ligado al Derecho como un fenómeno que se cristalizó, y que bien podría tratar de delimitarse espacial y temporalmente usando como fecha inicial el redescubrimiento del Digesto hasta la consolidación del *ius Commune* como un cuerpo normativo claramente definido. Sí se puede, sin embargo, hablar de un antecedente histórico en la época medieval de Europa Central.⁶

El tráfico comercial dentro de Europa, desde los pueblos franceses como Champagne a St.Yves, desde Wye hasta Nurnberg, generó la constitución de un gremio comercial, cuya práctica social se fue consolidando con el

5 Romano, Santi. El Ordenamiento jurídico. Segunda edición, traducción de Sebastián Martín Retortillo y Lorenzo Martín Retortillo. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1963.

6 Wieacker, Franz. “Supuestos históricos y paradigmas de los ordenamientos jurídicos privados supranacionales.” *Revista de Derecho Privado española*. Tomo 66; Enero-Diciembre, 1982, Madrid. Pp, 899-912.

tiempo, y que generó ciertas prácticas propias de los comerciantes. Una de estas prácticas era solución de controversias mediante la intervención de terceros. Por ejemplo, en las costas de Inglaterra -Bristol e Ipswich, principalmente- comenzó a aflorar un gremio que se especializaba en dirimir los conflictos de carácter mercantil. Generalmente, estos terceros eran escogidos según su experiencia, y el conflicto se solucionaba en la misma playa. Una característica particular del inicio de estos tribunales era la ambulancia de su sede. Como dijimos, el nacimiento de la ley de los comerciantes no puede delimitarse mediante una simple fecha. Sin embargo, estas agrupaciones de mercaderes constituyen un valioso antecedente a la constitución de organizaciones comerciales para la solución privada de conflictos mercantiles. Es en esta área de Europa en donde encontramos dos obras de procedencia medieval que marcan un definitivo punto de inicio para el uso del término “Lex Mercatoria”: La obra de George Malynes, escrita en 1622 llamada “Consuetudo Vel Lex Mercatoria, Or the Ancient Law-Merchant” y “Commentaries on the Laws of England” de William Blackstone, quien, en sus “Comentarios a las leyes de Inglaterra”, también hace referencia a la lex mercatoria y propugna la elucidación de los intereses comerciales en una jurisdicción especial: la “law merchant”.⁷

Hemos repasado, de forma muy general, la forma en que el Derecho continental europeo se fue constituyendo desde el descubrimiento del Digesto hace casi novecientos años, mediante el esfuerzo de los glosadores por recopilar el Derecho, hasta llegar a los grandes movimientos de las codificaciones estatales. En este sentido, la ley informal de los comerciantes que surgió en el medioevo, para no quedar en el olvido como una actividad inútil o hasta prohibida, debió integrarse a este fenómeno, convirtiéndose muy lentamente en la rama del Derecho comercial que se desarrollaría como doctrina propia de los tribunales jurisdiccionales. De esta manera, podríamos decir que el uso de la lex mercatoria como término técnico jurídico mantuvo cierto reposo durante este largo proceso de **solidificación** del Derecho. Principios como la buena fe, cuyo origen se remonta a épocas como la Edad Antigua, no sólo siguen siendo la base para el ejercicio del Derecho o del Derecho comercial en general, sino que además constituyen principios rectores dentro del gremio comercial. Sin embargo, pese a que podríamos encontrar orígenes del sentido de la lex mercatoria en escritos tan antiguos como Grecia y Roma, y en principios del Derecho Privado que tienen más de dos mil años de haber sido acuñados como términos jurídicos (*bona fides*, *pacta sunt servanda*, *res sibus stantibus*, *ex aquo et bono*, por nombrar algunos ejemplos), no

7 Berman, Harold J. Recht und Revolution, die Bildung des westlichen Rechts. Trad. del inglés al alemán de Hermann Vetter. Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1991, p. 539. No ahondaremos con mayor detalle en los orígenes de la lex mercatoria en la época clásica, porque éste es un tema que se ha desarrollado de manera muy completa por autores costarricenses como Víctor Pérez Vargas, Julián Solano y Rosemarie McLaren. Remitimos a aquellos lectores que estén interesados en una progresión histórica más detallada de la lex mercatoria, con referencia directa a la normativa medieval, a esas obras. Ver entre los señalados: McLaren Magnus, Rosemarie. Los Principios de UNIDROIT en la Jurisprudencia Comercial Internacional. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. Agosto, 2003. Tesis 22650.

es sino hasta principios de la década de 1960 en que el término *lex mercatoria* reaparece en la discusión jurídica como una construcción conceptual debidamente delimitada. Ocurre con ocasión del “Coloquio de Londres sobre las Nuevas Fuentes del Derecho Comercial internacional” en el King’s College de Inglaterra, universidad muy reconocida en el gremio comercial internacional en 1962, cuando el profesor Clive Schmitthoff enuncia a la *law merchant* como uno de los desarrollos más importantes de la ciencia jurídica de nuestro tiempo. Esta postura originaría una serie de discusiones de Schmitthoff con otro autor que se considera uno de los padres de la nueva *lex mercatoria*, el francés de origen rumano Berthold Goldman. Sus escritos actualmente se consideran clásicos del Derecho Internacional Privado, y colaborarían a la recepción de la *lex mercatoria* como un término propio de la ciencia jurídica del Derecho Internacional Privado de la segunda mitad del siglo XX. No obstante, la constatación de la existencia de una *lex mercatoria*, aún cuando ha sido aceptado por una parte mayoritaria, sigue siendo un tema bastante polémico dentro de la doctrina. Para el mismo Goldman, había una “batalla alrededor de la *lex mercatoria*”, una “guerra sin cuartel”, y a pesar de sus detractores, algunos de los cuales se referían a la *lex mercatoria* como “un mito”, o hablaban del “Waterloo de la *lex mercatoria*”, lo cierto del caso es que el tema ha ido ganando adeptos con el paso del tiempo.

Como buen término jurídico, no existe una definición única y exclusiva para este concepto. Sin embargo, para aquellos lectores que consideren útil o productiva la elaboración de

una definición jurídica, transcribimos algunas de las definiciones que ofrece Michael Mustill, un reconocido juez en asuntos de comercio de la Cámara de los Lores inglesa y distinguido árbitro comercial internacional, en su artículo sobre los primeros veinticinco años de lo que él denomina la “nueva *lex mercatoria*”⁸:

una serie de principios generales y usos y costumbres referidas de forma espontánea o elaboradas en el marco del comercio internacional, sin referencia directa alguna a un sistema de normas nacional particular” (Berthold Goldman, Contemporary Problems in International Arbitration, 1983).

Un único cuerpo de leyes autónomo creado por la comunidad comercial internacional” (Cremades and Plehn, The New Lex Mercatoria and the Harmonization of the Laws of International Commercial Transactions, 1984).

Este fenómeno de reglas uniformes que sirve para uniformar la necesidad de la comunidad comercial internacional y la cooperación económica se conoce hoy en día comúnmente como lex mercatoria” (N. Horn, Introduction to The Transnacional Law of International Commercial Transactions, 1984).

Las costumbres de la comunidad comercial puede llegar a combinar todos los principios generales del Derecho para crear un sistema de auto-determinación comercial” (W.L.Craig, W.W.Park y J.Paulsson, International Chamber of Commerce Arbitration, 1984).

..un Derecho transnacional, apto para recibir los principios comunes del Derecho nacional,

8 Mustill, Michael. *The New Lex Mercatoria: The First twenty-five years*. Kluwer Law International. (www.tldb.de)

pero (creuset) también de las reglas específicas que evoca el comercio internacional” (Berthold Goldman. Frontières du droit et lex mercatoria, archives du philosophie du doit, 1964.)

También, desde un punto de vista menos entusiasta:

una lex mercatoria a-nacional or un sistema legal híbrido encuentra sus fuentes tanto en el Derecho nacional e internacional como en una indefinida región de principios generales del Derecho llamada “Derecho transnacional”. (H.A. Grigera Naón. The transnational Law of International Comercial Transactions, 1984.)

El fenómeno del surgimiento de una ley objetiva comercial, alejada de las fuentes tradicionales del Estado, también ha sido analizado desde un punto de vista cercano a la sociología.

Boaventura Sousa dos Santos, sociólogo de la globalización, define la lex mercatoria como *“una serie de principios y normas basados en la costumbre, los cuales son reconocidos y aplicados de manera uniforme y general en las transacciones internacionales”*⁹.

En Costa Rica, los principales autores que se han ocupado del tema de la lex mercatoria son los profesores Víctor Pérez Vargas y Julián Solano Porras. El Dr. Pérez Vargas, de acuerdo a numerosos laudos recientes, nos brinda la siguiente definición de la lex mercatoria: “Las reglas y principios generales,

relativos a las obligaciones contractuales internacionales, que gozan de consenso internacional”¹⁰. Por su parte, el Lic. Solano Porras nos ofrece dos definiciones. La primera, propia del Common Law, que dice así: “la lex mercatoria designa el sistema de costumbres y usos generalmente redactados y adaptados por los mercaderes para la regulación de sus transacciones o las soluciones de sus controversias”¹¹. La segunda es del autor Aldo Frigiani, la cual reza lo siguiente: “El cuerpo de reglas e institutos relativos al comercio internacional, comúnmente aplicados por los comerciantes con la conciencia de que se trata de reglas jurídicas, o al menos de que los demás contratantes se comportarán observando las mismas reglas.”¹² Tanto el profesor Pérez Vargas como el profesor Solano Porras coinciden al señalar en sus estudios las cinco características que el profesor de la Universidad de Harvard, Harold J. Berman, le atribuye a la lex mercatoria:

1. Era transnacional
2. Su principal fuente eran las costumbres mercantiles
3. Era administrada no por jueces profesionales sino por los propios comerciantes
4. Sus procedimientos eran informales y expeditos
5. Afirmaba la equidad en el sentido medieval de honestidad como principio.

9 De Sousa Santos, Boaventura. Toward a new legal common sense. Law. Globalization and Emancipation. Butterworths Lexis Nexis, 2nda Edición. 2002. Londres, Reino Unido, p.209.

10 Pérez Vargas, Víctor. La lex mercatoria. Conferencia Académica de Inauguración del Curso de Arbitraje Comercial del Centro latinoamericano de Arbitraje Empresarial y Universidad para la Cooperación Internacional. 21 de Enero de 2002. San José. Costa Rica.

11 Black’s Law Dictionary, p.1138, citado por: Solano Porras, Julián. La lex mercatoria: sistema romano civilista y sistema del Common Law. Revista Judicial. Año XXII, N° 76, Setiembre de 1999. San José Costa Rica. P.13.

12 Frigiani, Aldo. Il Diritto del Comercio Internazionale, citado por Solano Porras, Julián. Ibidem.

Adicionalmente, el Dr. Pérez Vargas señala otras características propias de este nuevo ordenamiento, como el hecho que la *lex mercatoria* se desliga del formalismo propio del Derecho romano; que se otorga mayor fuerza al mero consentimiento; se utiliza el concepto de buena fe en la celebración y ejecución de los contratos, y finalmente, que se emplea la representación en la celebración de negocios jurídicos¹³.

Para Mosset Iturraspe la nueva *lex mercatoria* posee las siguientes características:

“la ley de mercado traduce los usos y costumbres de la comunidad internacional de los comerciantes:

globalizado

sin Estado

sin Derecho de la autoridad

sin jueces del Estado

sin utilización de la fuerza pública monopolizada¹⁴

Efectivamente, principios generales del Derecho, tales como la buena fe de los contratos, constituyen principios reconocidos y empleados frecuentemente por el arbitraje

comercial internacional. Rudolf Meyer habla por ejemplo, de un principio romano "*bona fides est primum mobile ac spiritus vivificans commercii*", que puede servir para darle fin a la batalla sobre la existencia de una *lex mercatoria*, y puede llevar a mejor término procesos de integración tales como la Unión Europea.¹⁵

Ahora bien, para algunos autores de corte sociológico, como los que venimos utilizando para el presente estudio (Dezalay y Garth) existe una *ideología* detrás de la definición de un concepto académico.¹⁶ Por un lado, afirmar que la *lex mercatoria* proviene y ha existido desde la época medieval, le otorga una naturalidad y una legitimación histórica como una práctica social consolidada. Por otro lado, el discurso de la *lex mercatoria* proviene de actores individuales de gran reputación dentro del ámbito del Derecho, lo cual le otorga una legitimación discursiva. Analizaremos estos dos enunciados con mayor atención.

La definición de la *lex mercatoria*, y la discusión acerca de su existencia proviene de autores como Berthold Goldman, René David, Julian Lew, Jean Carbonnier, Phillipe Fouchard, Werner Goldschmitt, Clive Schmitthoff, Paul Lagarde, o Phillipe Kahn, por mencionar algunos autores propios de la doctrina comercial internacional. Con alguna frecuencia

13 Pérez Vargas, Víctor. Op.cit. p. 6. Ver caso Norsolor vs. Pabalk Ticaret Sirketi, N°3131 de la CCI, en donde se reconoció explícitamente la buena fe como un principio rector de la ejecución de los contratos y que inspira la *lex mercatoria*.

14 Mosset Iturraspe, Jorge. Cómo contratar en una economía de mercado. Kubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 1999. pp110-116.

15 Meyer, Rudolf. Bona Fides und Lex Mercatoria in der europäischen Rechtstradition. Wallstein Verlag. Gotinga, 1994. (www.tldb.de)

16 Ver concepto de ideología como la formación de una "Nebelbildung", una "falsa conciencia" en Rivero Sánchez, Juan Marcos. *Episteme y Derecho: una exploración jurídico-penal*. Editorial Comares, 2004. Granada, España. p.203 y ss.

se recurre a autores del Derecho internacional público como Louis Henkin o Phillip C. Jessup, éste último gestor del concepto de "Derecho transnacional". Esta generación de abogados de renombre, es la que le otorgaría legitimación al Derecho comercial internacional de la Cámara de Comercio. En palabras de Klaus Gunther, quien ilustra este proceso de consolidación definiendo el Derecho "como un proceso", el Derecho nace de los expertos, del *Juristenrecht* –principalmente de los expertos en Derecho, los cuales son generalmente profesores– y de ahí se solidifica hacia instituciones como el Estatuto de Roma y la Corte Penal Internacional. Este es el caso de la *lex mercatoria*. La "santa palabra" de las distinguidas figuras que propugnaban la creación de un Derecho transnacional, con la densidad de sus carreras, habría de convertir el Derecho transnacional en la nueva cara del Derecho internacional. Similar al proceso de condensación que sufrió el Derecho de los glosadores hasta las codificaciones, o al proceso de construcción de los Derechos humanos, el Derecho del arbitraje comercial internacional nacería en los escritorios de los estudiosos del Derecho. De ahí que Trubek, Dezalay y Garth se refieran a esta generación como los "guardianes del templo" o los "grand old men".

Ahora bien, la *lex mercatoria* se refiere a una fuente del Derecho completamente privada. Ciertamente hay otras fuentes de carácter privado en materia comercial internacional, como UNIDROIT o los fallos arbitrales de la Cámara de Comercio Internacional. Sin embargo, la *lex mercatoria* se refiere más bien a un código jurídico objetivo, creado y utilizado por los sujetos de Derecho Privado. Con este fin, resulta interesante hacer un recuento de otro contexto comercial internacional en donde se aplica este lenguaje jurídico objetivo,

generalmente de enorme incidencia social sobre poblaciones enteras, pero de mínima difusión o conocimiento popular.

III. El "Derecho Corporativo" de la segunda mitad del siglo XX

El año de 1945 representa un punto de quiebra para la humanidad. El 12 de abril de 1945, muere el presidente Franklin Roosevelt. Tres semanas más tarde, Alemania firmaba su capitulación. Dos meses después, en junio de 1945, se firmaba en San Francisco, California, el Estatuto de la Organización de las Naciones Unidas. Desde el 17 de Julio hasta el 2 de Agosto de 1945, Winston Churchill, Harry S. Truman y Joseph Stalin se reunían en Potsdam, y empezaba a caer sobre el mundo la "cortina de hierro" de la que hablaba Churchill. El seis de Agosto de 1945 se lanzó la primera bomba atómica sobre Hiroshima. Se iniciaba una nueva era para la historia de la humanidad. Impulsados por una carrera expansionista, las potencias centroeuropeas habían descargado las tensiones acumuladas de doscientos años de industrialismo en dos guerras mundiales. La segunda marcó, de manera definitiva, el punto de quiebra del siglo XX. Ya marcada claramente la amenaza atómica y definida la dinámica social bajo la cual se gestaría el orden social del la segunda mitad del siglo, el orden económico mundial mostraría características de las relaciones estatales que subsisten al día de hoy, como la presencia hegemónica de los Estados Unidos, por ejemplo.

Ya bien entrado el siglo XX, la política del New Deal de Roosevelt y el Plan Marshall produjeron un cambio en la concepción del Estado. Poco a poco, se comenzó a construir el "Estado empresario", lo que implicaba un papel más activo del Estado en las economías locales. En el plano del tercer mundo, en donde

paulatinamente –aproximadamente en un plazo aletargado de unos veinte años- se fue absorbiendo este movimiento, la influencia en la concepción del Estado como empresario originó una nacionalización de los recursos del Estado, entre ellos el suelo y el subsuelo. Como resultado de este movimiento de nacionalización de los recursos, surgieron conflictos, especialmente en el campo del petróleo, entre las empresas que explotaban el petróleo, y que de ahora en adelante se veían forzadas a explotar estos recursos en calidad de concesionarios, y los Estados nacionales, que habían monopolizado el uso del subsuelo. Esta época, que puede ser delimitada en la década de los sesentas especialmente, constituyó un “boom” en el arbitraje comercial internacional. Muchos de los conflictos de construcción o materia de petróleo con Estados del Medio Oriente, fueron dirimidos en tribunales arbitrales ad hoc, los cuales ganaron gran popularidad. Adicionalmente, el grado creciente de especialización y experiencia del gremio de los abogados que se dedicaban al arbitraje comercial internacional le permitió a las partes involucradas encontrar un ambiente en donde se les proporcionara una solución aparentemente neutral, expedita y eficiente.

El perfil del grupo de abogados de renombre, especialistas en arbitraje comercial internacional, surgidos con el boom de los petrodólares, no difería mucho de las características con las que definimos a los “Grand Old men”. Su situación como actores políticos difería, sin embargo, en un aspecto

muy importante: su carácter de “agentes dobles”. A diferencia de los profesores de Derecho privado de Europa, como Berthold Goldman o Clive Schmitthoff, los grand old men del tercer mundo poseían una gran influencia sobre el ámbito estatal.¹⁷ Algunos árbitros “Grand Old Men” pero del Tercer Mundo eran Ahmed El-Kosheri de El Cairo, el Juez Mohammed Bedjaoui de Algeria, el Juez Khaled Kadiki de la Corte Suprema de Libia, y el juez uruguayo de la Corte Mundial, Eduardo Jiménez de Aréchaga.

De esta manera, el arbitraje comercial internacional se volvió más específico, con la figura de personajes del arbitraje dedicadas de manera permanente a la promoción de este tipo de arreglo de controversias. Al día de hoy, la Cámara de Comercio puede ser identificada plenamente como una institución¹⁸.

En el caso del tercer mundo, el arbitraje comercial internacional, y las figuras que lo materializan, poseen en su mayoría, un papel de “agentes dobles”. Por un lado, son figuras reconocidas en el medio por haber llevado cargos públicos, y por el otro lado, el acceso a esta información les permite desenvolverse como consultores privados.

Cabe preguntarse si como parte del aparente resquebrajamiento de la incidencia estatal sobre las decisiones jurídicas de una economía, se puede evidenciar la transformación del Estado hacia nuevas formas jurídicas mediante el surgimiento de órganos internacionales de resolución alternativa de conflictos.

¹⁷ Este carácter de doble agente, es lo que Trubek y Dezalay llaman -por influencia de Bordieu-, “legal fields”: “Por “legal field” (campo legal), se entiende no sólo el ensamble de instituciones y prácticas mediante las cuales se produce la ley, sino también el conjunto de éstas que la interpretan y la incorporan al proceso de debate y de decisión social.” Ver Trubek, David M y Dezalay, Yves. Global Restructuring and the law: Studies of the internationalization of legal fields and the creation of transnational arenas. Case Western Reserve Law Review. Vol. 44, Fascículo 2.

El primer antecedente importante en la normativa internacional de arbitraje son los protocolos de Ginebra suscritos por la Sociedad de las Naciones. Por iniciativa de la Sociedad de las Naciones, se inició un proyecto que consistía en la elaboración de una Convención que reconociera la validez de las cláusulas arbitrales. Este proyecto dio como resultado el Protocolo suscrito en Ginebra el 24 de setiembre de 1923, el cual entró en vigencia el 29 de julio de 1924, conocido como el *Protocolo Relativo a las Cláusulas Arbitrales en Materia Comercial*. Este protocolo se conoce también como el protocolo de Ginebra de 1923. Poco tiempo después, en 1927, se sintió la necesidad de regular la ejecución y el cumplimiento de los acuerdos de arbitraje que se hubieren firmado bajo el marco de dicho protocolo. Es por esta razón que el Comité Económico de la Sociedad de las Naciones, por medio de un Comité de Expertos, redactó un proyecto de Convención que regulaba la fase de ejecución de los acuerdos arbitrales firmados bajo el amparo del Protocolo de 1923, el cual fue abierto a firma de los Estados miembros el 26 de setiembre del mismo año, y entró en vigor el 25 de julio de 1929. La problemática surgida a raíz de las dos Convenciones de Ginebra, la de 1923 y la de 1927, comenzó a aglutinar a los sectores comerciales alrededor de las convenciones estatales. De esta manera, organizaciones como la Cámara de Comercio Internacional, comenzaron a ganar presencia ante la Sociedad de las Naciones. Santos Balandro nos ofrece su punto de vista, desde una postura que, sin duda, evoca la teoría del pluralismo

jurídico y de la Escuela del Derecho Libre que acabamos de estudiar: “En ese momento, la Cámara de Comercio Internacional CCI resultó el portavoz de un movimiento de opinión de los sectores económicos interesados en el arbitraje. Integraba una tendencia que negaba el carácter exclusivamente estatal del Derecho y postulaba el reconocimiento de otra fuente de producción jurídica representada por la autonomía de la voluntad”¹⁹ Ya para 1945, la Organización de las Naciones Unidas estaría constituida tal y como la conocemos hoy. De esta manera, en 1953, la Cámara de Comercio Internacional, cuya Corte Internacional de Arbitraje ya estaba en funcionamiento desde 1923 y poseía cierta experiencia en la materia, redactó un informe sobre la ejecución de las sentencias arbitrales internacionales. Este documento de la Cámara de Comercio Internacional sería presentado ante el Secretario General de las Naciones Unidas, el cual lo trasladó al Consejo Económico y Social en 1954. Después de haber sido estudiado por un Comité de Expertos, (y de habersele dado audiencia a los Estados miembros y a institutos especializados de Derecho comparado como UNIDROIT, para que emitieran su opinión con respecto al informe), el informe pasó, finalmente, a ser debatido en la Conferencia de Plenipotenciarios realizada en Nueva York del 20 de mayo al 16 de Junio de 1958. Después de una acalorada deliberación, y de haber sido ratificada por tan sólo 10 Estados, el 7 de junio de 1959, entraría en vigor la Convención de Nueva York, el principal instrumento de Derecho internacional que regula el arbitraje comercial internacional.²⁰

19 Santos Balandro, Rubén. *Arbitraje Comercial Internacional*. Oxford University Press México DF SA de CV, 2000. México DF p.9. Ver esta obra para un marco histórico más detallado de la problemática de la normativa comercial internacional de la Sociedad de las Naciones.

20

Como vemos, el arbitraje como fenómeno transnacional, tiene como escenario inicial el contexto de la postguerra. Con la reconstrucción de Alemania, se puso en marcha en Europa la implementación del Plan Marshall, con la correspondiente cuota de influjo de inversión extranjera -especialmente estadounidense- que esto significaba para la economía local. Una de las tantas corrientes estadounidenses que llegó a transformar la estructura económica alemana fue la inserción del ejercicio de la profesión legal como actividad corporativizada en un ambiente en donde había sido ejercida de manera más “clásica”, personal y académica.

Años anteriores a la Segunda Guerra Mundial, Paul Cravath, un abogado estadounidense, al observar la revolución técnica que los métodos de Henry Ford suponían para el diseño de la producción industrial, decidió incorporar los mecanismos de producción en serie al ejercicio de la profesión legal. Esto quería decir varias cosas: en primer lugar, la especialidad o, en palabras menos favorables de Ortega y Gasset, “la barbarie del especialismo” de cada uno de los integrantes del bufete.²¹ Es decir, que cada abogado que formara parte de la firma, fuera un especialista de cada tema o materia jurídica que el bufete atendiera. Cravath se refería a su bufete como “la fábrica”. Su modo de operación, impulsado por una serie de “jóvenes irreverentes” como los llamó el periódico Times de Nueva York, causó revuelo en Nueva York. En segundo lugar, Cravath personificaba una actitud

pragmática hacia el Derecho. De acuerdo a la “american way of life”, ejercer la profesión suponía respuestas rápidas; una reacción pronta del bufete ante las demandas de sus clientes. De esta manera, el “cravathism” llegó a ser la manera en que las firmas legales estadounidenses llegaron a comprender su función como asesores legales.

Cravath Swain & Moore LLP (Cravath) es definitivamente, una de las más prestigiosas firmas legales en los Estados Unidos. Con su base de operaciones en la Ciudad de Nueva York, y con una oficina adicional en Londres, Cravath opera desde 1819. El bufete proviene de dos firmas anteriores, una en la ciudad de Nueva York y otra en la ciudad de Auburn, en las afueras de Nueva York. En 1854, estos bufetes se fusionaron para fundar “Blatchford, Seward & Griswold”. Uno de sus socios, William H. Seward, sirvió como senador y gobernador de Nueva York, y posteriormente ocupó el cargo de Secretario de Estado, tanto bajo la administración del Presidente Lincoln como la del presidente Andrew Johnson. En 1867, fue este abogado quien negoció la compra de Alaska a Rusia. Paul Drenan Cravath se unió a la firma en 1899. Fue él, como explicamos en el párrafo anterior, quien instituyó el “Sistema Cravath”, un riguroso plan de entrenamiento para asociados, el cual rotaba a los abogados recién graduados en cada una de las oficinas de los abogados socios, dentro de cada área de práctica específica. Después de una serie de cambios. Cravath, Swaine & Moore, se

21 Ortega y Gasset habla de esta manera de lo que él llama el hombre-masa: “No es un sabio, porque ignora formalmente cuanto no entra en su especialidad.; pero tampoco es un ignorante porque es un *hombre de ciencia* y conoce muy bien su porciúncula de universo”. Ortega y Gasset, José. La Rebelión de las Masas. Espasa-Calpe S.A. Decimooctava edición. Colección Austral. Madrid, 1969. p.106.

quedó como el nombre permanente de la firma a partir de 1944. Desde sus orígenes, Cravath ha representado íconos de la industria y del mercado, desde corporaciones como FB Morse -el inventor del telégrafo- hasta gigantes del mundo corporativo como IBM, Price Waterhouse Coopers, y la compañía de televisión norteamericana CBS. También realizó los actos necesarios para la constitución de la televisora NBC. En las décadas más recientes, Cravath ha representado a compañías de informática, tales como Netscape, que en un litigio contra Microsoft concilió por una suma cercana a los setecientos cincuenta millones de dólares. Resulta muy interesante comparar estas estimaciones multimillonarias con los presupuestos anuales y el PIB de los Estados Nacionales del Tercer Mundo, para darse una idea de la simetría en el poder de incidencia. Como si fuera poco, Cravath ha dirigido varios procesos de fusión y adquisición tales como la fusión entre las empresas automovilísticas Ford-Jaguar, o la fusión Bristol-Myers-Squibb, y dos demandas muy sonadas en los medios de comunicación, en las cuales una de las partes procede de un ámbito estatal significativo: una defendiendo a la cadena Time Inc., contra el israelí Ariel Sharon, y otra defendiendo a la televisora CBS contra el general de las fuerzas armadas estadounidenses William Westmoreland. Cravath, Swaine & Moore ha representado a compañías como el grupo AOL Time Warner, Bristol Meyers, IBM, Unilever y Vivendi Universal. Esta última es una compañía de telecomunicaciones francesa, de cuyo seno han salido –coincidentalmente– dos funcionarios muy importantes de la Cámara de Comercio Internacional: el actual secretario general de la CCI y el anterior presidente de la Cámara de Comercio Internacional, el francés Jean-René Fourtou.

La puesta en marcha del Plan Marshall vinculaba a los abogados estadounidenses con la sociedad europea. Tanto los abogados de los bufetes grandes de Estados Unidos, como los gerentes de las compañías estadounidenses que los contrataban, comenzaron a relacionarse y a formar familias con la población francesa y alemana. A su vez, comenzaron a buscar, en Europa, abogados o contadores que satisficieran las necesidades de las corporaciones que dirigían. Esto originó una nueva forma de ver el Derecho en países como Francia y Alemania. Se empezó a entender el bufete como un establecimiento de corte más comercial, y con una relación profesional menos personalizada y menos estrecha en la relación cliente-abogado. El giro comercial de los bufetes empezó a variar, ofreciendo una variedad de servicios adicionales, tales como contabilidad o asesoría tributaria. Cada uno de los abogados que conformaba el bufete se encontraba especializado en una materia específica, y su especialización le brindaba experiencia y antecedentes dentro de un rango de conocimiento cercano e inmediato, dentro del cual podía resolver la cuestión de hecho de una manera rápida y eficiente, invirtiendo menores costos y tiempo en la investigación, pero distanciándose un poco de la rígida relación personal con su cliente. Por otro lado, en Alemania, el culto de la Ciencia Jurídica seguía siendo ejercido por los legatarios de los glosadores. Haciendo uso de la ancestral relación entre Derecho y Religión, Yves Dezalay y Brian Garth explican la situación del ejercicio profesional en Francia y Alemania desde la figura de lo que ellos llaman “los sacerdotes del Derecho”. “Guardians of the temple” y “Grand Old men”, son dos términos que los autores acuñan para referirse a las “vacas sagradas” que forjaron la idea de un nuevo Derecho

comercial internacional.²² Según explican los autores, en Europa, la función del jurista era un legado de sus ancestrales directos, los glosadores. Los profesionales en Derecho eran a su vez académicos, cuyos estudios en cada una de sus temas en materia civil consistían en tratados detallados y elaborados acerca de conceptos jurídicos comúnmente nominados según su ascendencia latina: “la actio”, “la exceptio doli generalis”, etc. Cuando se presentaba un caso, el cual se le mostraba al abogado de manera muy particular, por medio de una relación muy personal entre el jurista y su cliente, el primero disponía de tiempo para meditar acerca de la situación jurídica en específico, y para emitir finalmente el resultado de sus deliberaciones conforme al acompasado y minucioso trabajo que había realizado como producto de las necesidades de su cliente.

Sin embargo, con la inserción de capital estadounidense en Europa Central, las compañías americanas trajeron consigo su *modus operandi* y sus costumbres comerciales. Los abogados practicantes, y aquellos

individuos que habían permanecido inmersos en el quehacer diario de la ley (notificadores, registradores, abogados litigantes), empezaron a surgir como grandes protagonistas en la creación de la nueva costumbre jurídica, y a pesar de que antes habían sido vistos de reojo y con cierto desdén por parte de la comunidad jurídica, se convertían en un activo de gran valor para los bufetes americanos. De esta manera, los jóvenes discípulos de los “templos de derecho puro”, los “practitioners” como los llama Dezalay, empezaron a emigrar hacia fuera de los templos y hacia el derecho industrial, pragmático y corporativo que generaban las industrias de capital americano, desplazando a los grandes sacerdotes del derecho como fuente monopolística del estudio y la enseñanza del derecho. Esto obligó a los bufetes centroeuropeos tradicionales a dinamizarse y a reestructurar su forma de ejercer el Derecho. Algunos lograron desenvolverse en esta transición, al punto de que el bufete “híbrido” (con capital estadounidense e inglés) más grande de Europa, y el segundo más grande del mundo, Clifford Chance, emplea hoy en día a cerca de mil cien abogados.

22 En ese sentido, Yves Dezalay, David M. Trubek y Brian C. Garth, son tres autores que han trabajado en forma conjunta el tema de los bufetes corporativizados, descendientes de los métodos de Cravath, como actores principales de los fenómenos sociales del Derecho de la segunda mitad del siglo XX. Como discípulos del sociólogo francés Pierre Bordieu, el *approach* de Garth y de Dezalay tiene una gran influencia estructuralista. Esto representa una influencia metodológica cuantitativa y cualitativa importante. Por ejemplo, la metodología utilizada para su reveladora obra, consistió en más de trescientas entrevistas con abogados ligados al mundo del arbitraje. Su aproximación a la investigación del arbitraje y a las ciencias sociales en general, consiste en analizar y hacer observaciones acerca del sistema social, pero siempre con referencias específicas a ejemplos individuales. Es por esta razón que en su obra existe una constante ejemplificación de los fenómenos sociales mediante resúmenes de la vida profesional o conexiones personales de los principales actores políticos del arbitraje. Dezalay es sociólogo y director de investigación en el *Centre national de la recherche scientifique*, ligado al *Centre de sociologie européenne de la Ecole des hautes études en sciences sociales* y al *Collège de France*. Garth es un abogado de Chicago. Antes de asociarse a la barra norteamericana, fue Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Indiana en Bloomington. Ver Dezalay, Yves y Garth, Bryant G. Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the construction of a transnational legal order. The University of Chicago Press, 1996. Chicago, Illinois; Trubek, David M y Dezalay, Yves. Global Restructuring and the law: Studies of the internationalization of legal fields and the creation of transnational arenas. Case Western Reserve Law Review. Vol.44. Fascículo 2.

De esta manera, el estilo corporativo de las firmas legales o contables, ya no sólo en Estados Unidos o en Europa, sino como un modelo de ejercicio de la profesión que ha sido absorbido mundialmente, constituye un factor de las relaciones internacionales y de la globalización que vale la pena analizar. El fenómeno de la recepción del “método cravath” para el ejercicio de la profesión legal no es un fenómeno propio o único de la Europa central de la segunda mitad del siglo XX. Este fenómeno, con distorsiones y variables que lo hacen único en cada región, ha sido una dinámica de alcances mundiales. El ejercicio corporativo de la abogacía en países o regiones como Indonesia, Egipto, India, China, Suecia y Latinoamérica, presenta particularidades propias que están íntimamente relacionadas con las formas culturales preexistentes a la llegada de los bufetes americanos. En una escala menor a lo que representó la acepción del Estado Moderno, cada región presenta una distorsión distinta –un resultado social distinto– con relación al modelo que provenía de la otra sociedad que lo creó. Cada resultado social es producto de una mezcla social particular. En este sentido, resulta muy interesante las conclusiones a las cuales llega el *case study* de Dezalay y de Garth. El mismo examina la inclusión del arbitraje comercial internacional en países como Algeria, Lybia o India y compara estos casos con países de economías más desarrolladas tales como Suecia, Hong Kong

y China.²³ En relación con la incorporación de los bufetes estilo primer mundo en el Tercer Mundo, los autores llegaron a una conclusión similar, y hablan de una “caricaturización” del fenómeno legal propia para cada región.²⁴ Es curioso como la adaptación del fenómeno jurídico a cada sociedad se parece al problema de la transdisciplinariedad de las ciencias. Así como no existe una traducción fidedigna para trasladar un idioma a otro, o de la misma forma en que las ciencias no pueden comunicarse sino al producir una nueva forma de ciencia, cada sociedad tiene su forma particular de adaptar el mundo jurídico corporativo a su entorno social. Surge así, cada vez, una forma distinta de distorsionar o caricaturizar el Derecho. ¿Estaremos cambiando los emblemas, las banderas y escudos nacionales, por *logos*, *slogans* e imágenes corporativas?

Grandes bufetes, como Baker & McKenzie “el más grande del mundo– o Morgan & Morgan; bloques de presión o asociaciones de abogados, como Global Law, Lexis Nexis o Lex Mundi, con operaciones a una escala mundial y con una planilla de cientos” y a veces hasta miles– de abogados, tienen un alcance y una influencia notable sobre las dinámicas sociales. Baker & McKenzie, por ejemplo, es un bufete fundado por dos abogados de Nuevo México, Russell Baker y John McKenzie, con cerca de 3000 abogados asociados, y 8400 profesionales de otras profesiones. Ha

23 Naturalmente, hacemos la aclaración de que “desarrollado” procede de una nomenclatura de teoría del desarrollo ya superada. Hoy en día se reconoce de forma más general, que el desarrollo o la calidad de vida responde a muchos factores y no sólo al económico. Hay varios términos políticamente correctos, que la teoría del desarrollo ha ideado como sinónimos a la pobreza (desde los términos ya superados, como “economías subdesarrolladas” o “tercer mundo” hasta eufemismos conscientes como “países en vías de desarrollo”, “economías de escala”. Para no hacer una digresión y no enredarnos en lenguaje iushumanista, reconocemos el hecho de que esta terminología será usada de manera indistinta en el presente trabajo.

24 Dezalay, Garth. Op. cit. p. 240.

representado a multinacionales tan grandes como Abbott Laboratories, y ha servido como intermediario en fusiones y adquisiciones enormes, tales como la compra de Boeing por otra compañía, Mc Dowell Douglas; la fusión de AOL con la televisora Time Warner; la fusión de las compañías de telecomunicaciones MCI y Worldcom; la fusión de la compañía de telecomunicaciones Lucent con otra compañía de telecomunicaciones, Ascend.

Su doble carácter de corporación multinacional y de representante de los intereses corporativos, una especie de “agentes dobles”, le otorga a los bufetes una flexibilidad y una posición bastante ventajosa. Esta “capacidad para incidir”, es decir la capacidad de la comunidad de abogados para incidir sobre otros sectores sociales, es lo que en terminología de Garth y Dezalay podemos entender como “campos legales” (“legal fields”). Esta terminología proviene del autor deconstructivista francés Pierre Bordieu, quien habla en términos sociológicos -no tan relacionados a la actividad jurídica- de “campos sociales” o “social fields”.

El bufete de Baker, empezó en Nuevo México con la idea de suplir de mano de obra inmigrante a las empresas de Texas. Es interesante ver como su círculo de injerencia logró incidir no sólo sobre el funcionamiento de su empresa, sino también sobre su ambiente social, transformando una ciudad entera, y constituyendo un lenguaje jurídico particular que hoy empieza vulgarmente a llamarse

dentro del lenguaje de los abogados como “derecho corporativo” o “derecho empresarial”. Se habla también de la “McDonalización del Derecho”²⁵. El sistema social jurídico, el lenguaje de los abogados transnacionales, el arbitraje internacional y del derecho corporativo, es un sistema social de alcance mundial. Tomando en cuenta que el arbitraje contiene principios que resultan muy atractivos para las empresas, especialmente la confidencialidad, es importante que estos sistemas sociales de resolución alterna de conflictos generen confianza en las poblaciones sobre las cuales tendrán efecto, que se garantice su a fin de que puedan generar legitimación. Son recurrentes los análisis que hacen una lectura vertical-horizontal del fenómeno mercantil, generando una oposición a veces hasta innecesaria.

IV. El caso latinoamericano

La “época postmoderna” supone cambios cuantitativos de tal magnitud que inciden directamente sobre la cualidad de los métodos y la racionalidad de las personas²⁶.

Algunos autores, comparan el frenesí de la humanidad hacia la productividad con un individuo quien, afanado en cortar las ramas de un árbol de manera eficiente, no se da cuenta que está cortando la rama en la cual está sentado. *El medio no es un fin, sino que el fin decide sobre los medios.*²⁷ La idea inicial de vender un bien y recibir una correspondiente retribución monetaria se convierte con el

25 Rivero Sánchez, Juan Marcos. Op.cit. p.203 y ss.

26 El término “postmoderno” adolece de una tremenda ambigüedad. Sin embargo, aludimos al concepto como una forma de hacer referencia, en términos generales y abstractos, a las relaciones de producción y el desarrollo de las técnicas de producción en masa propias de la segunda mitad del siglo XX.

27 Hinkelammert, Franz J. El sujeto y la ley. El retorno del sujeto reprimido. Editorial Universidad Nacional. San José, 2003.

despegue comercial en una política empresarial de *marketing* de magnitudes mundiales. Las ideas no se modifican en sustancia, pero su proporción y aumento cuantitativo hace que se vean obligadas a redefinirse. Esto hace que una empresa cuya meta inicial era la simple idea de vender galletas o zapatos se convierta con el tiempo en una transnacional con intereses políticos que afectan la esfera cotidiana de una inmensa cantidad de gente. La post-modernidad permite la transformación del trueque en el capitalismo, pero, sorprendentemente es –a la vez– producto de ésta. De igual manera que la “economía monetaria” ensancha las posibilidades del mercado, éste se convierte en una red de comunicación con una lógica propia.

Ahora bien, la postmodernidad y los avances tecnológicos no son sólo mecanismos productivos destinados al caos y al abuso de los recursos naturales. Son instrumentos que le han permitido y le permiten a la humanidad, día con día, alcanzar metas en cada disciplina y propósitos que mejoran la calidad de vida y conseguir logros sociales que en otras épocas hubieran sido inimaginables.

Como parte de un cambio radical de circunstancias históricas y contextos sociales, es necesario que el Derecho costarricense se formule una postura consensuada ante la categórica transformación social que vive el entorno en donde el abogado costarricense debe practicar el Derecho.

El contexto ya presenta fenómenos, tanto de manera particular como social.

Por un lado, después de haber sufrido serios enfrentamientos en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), institución de arbitraje del Banco Mundial con sede en Washington, especialmente debido a casos relacionados a contratos de administración del recurso hídrico con concesionarias globales como Bechtel, conocido como el caso Aguas del Tunari en Cochabamba, Estados Nacionales como Bolivia, Venezuela y Ecuador empiezan a separarse de las convenciones internacionales de Arbitraje, con la intención a crear sus propios Centros de Arbitraje regionales en el cono sur. Principios como la confidencialidad de las resoluciones arbitrales y lo cerrado de los círculos arbitrales desincentivan a los Estados latinoamericanos a recurrir a estos procedimientos. No obstante, es importante que Latinoamérica no reproduzca modelos de antagonismo ideológico propios de la etapa de la guerra fría y de la época posterior a la segunda guerra mundial. Ante la derrota electoral de los sandinistas en Nicaragua, del desencantamiento de la revolución cubana, el colapso del socialismo en Europa del Este, la caída del muro de Berlín y la desintegración de la Unión Soviética en 1991, tal vez sea posible que nuestra región finalmente entienda que las discusiones polarizantes sobre el papel del Estado sólo dividen a nuestros países ante ideologías, dejando de último la pronta resolución de los problemas prácticos de la región.²⁸ Algunos analistas internacionales –tal vez asediados por viejos fantasmas ideológicos– han comenzado a hablar de la *nueva guerra fría*, cuando en realidad Latinoamérica finalmente experimenta una

28 Ver Forrest D. Colburn. *Latin America at the End of Politics*. Princeton University Press, 2002.

fase de representación democrática y electoral muy distinta a la que tuvieron que soportar generaciones anteriores.

Por otro lado, se presenta una situación inmediata en el ejercicio diario de la profesión.

Muchos abogados ya no ejercen la profesión de manera personal, de acuerdo a la tradición civil. Su actividad se ve permeada por una serie de factores históricos, dentro de los cuales debe tomarse en cuenta la institución mercantil de la sociedad anónima como una nueva forma de hacer su contribución profesional. Por esta razón, por ejemplo, si el Derecho costarricense tuviera la intención de sujetarse rigurosamente a formalidades notariales, arraigadas en métodos de Derecho Civil consagrados en la Europa de la época de la Restauración del siglo XVIII, cuando actualmente hay bancos de alcance global realizando transacciones masivas en cuestión de horas, sólo afectará la forma en la que el Derecho debe perpetuar su existencia en la dinámica social; aferrarse a los códigos de deberes morales del Colegio de Abogados, prohibiéndole al abogado que se anuncie públicamente, si éste propone que el abogado ejerza su función fuera de la corporación jurídica,

ignora el hecho de que las empresas jurídicas se han convertido en una fuente de ejercicio de la profesión muy importante. Regular el cuadro contractual con base sólo en la tipicidad de los contratos civiles y la doctrina en nuestra jurisprudencia, ante la influencia de negociaciones no previstas en la legislación civil, sólo generará una serie de anomalías y patologías negociales. Contratos que normalmente se denominan atípicos, como el contrato de franquicia, el joint venture u otros derivados del Common Law, son contratos con una aplicabilidad generalizada de ya casi 30 años, y el derecho costarricense debe mantenerse a tono con las costumbres comerciales internacionales. Nuestras instituciones jurídicas, tanto los supremos poderes como los órganos propios de la función jurídica o notarial, han sabido adaptarse a este nuevo orden de las cosas. Desconocer la transformación del Derecho y su posibilidad de evolucionar es destinarlo a su obsolescencia.

En conclusión, la certeza de que el Estado se encuentra en transformación nos da la oportunidad de esperar que el nuevo Estado en construcción, o el híbrido de éste con la corporación empresarial, pueda ser instaurado sobre bases democráticas y solidarias.

Bibliografía

Berman, Harold J. *Recht und Revolution, die Bildung des westlichen Rechtstradition*. Trad. del inglés al alemán de Hermann Vetter. Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1991, p. 539.

Black's Law Dictionary, p.1138, citado por: Solano Porras, Julián. La lex mercatoria: sistema romano civilista y sistema del Common Law. *Revista Judicial*. Año XXII, N° 76, Setiembre de 1999. San José Costa Rica. P.13.

Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Editorial Temis. Santa Fé de Bogotá. 1999.

Colburn, Forrest D.. *Latin America at the End of Politics*. Princeton University Press, 2002.

Courtis, Christian. Estrategia de nuestra araña. Una visión crítica del Derecho y del rol del abogado desde perspectivas contemporáneas. en: AAVV Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad del Perú. José F. Palomino Manchego (director). *Discusión sobre el carácter anti-científico del Derecho (De Kirchmann a la discusión epistemológica actual)*. Editora Jurídica Grijley. Lima, Perú. 1999.p.262.

De Sousa Santos, Boaventura. *Toward a new legal common sense. Law, Globalization and Emancipation*. Butterworths Lexis Nexis, 2nda Edición. 2002. Londres, Reino Unido, p.209.

Deutsche Geschichte in Quellen und Darstellung. Band 7: vom Deutschen Bund zum Kaiserreich (1815-1871). [Historia Alemana con Fuentes e Ilustraciones. Tomo 7: De la Liga Alemana al Imperio. (1815-1871)] Edit. Phillip Reclam. Stuttgart, 1997.p.151

Frigiani, Aldo. *Il Diritto del Commercio Internazionale*, citado por Solano Porras, Julián. Ibidem.

Guier, Jorge Enrique. *Historia del Derecho*. Tomo II, p.599. Edit. Costa Rica. 1968.

Hinkelammert, Franz J. *El sujeto y la ley. El retorno del sujeto reprimido*. Editorial Universidad Nacional. San José, 2003.

McLaren Magnus, Rosemarie. *Los Principios de UNIDROIT en la Jurisprudencia Comercial Internacional*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. Agosto, 2003. Tesis 22650.

Meyer, Rudolf. *Bona Fides und Lex Mercatoria in der europaischen Rechtstradition*. Wallstein Verlag. Gotinga, 1994. (www.tldb.de)

Mosset Iturraspe, Jorge. *Cómo contratar en una economía de mercado*. Kubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 1999. pp110-116.

Mustill, Michael. *The New Lex Mercatoria: The First twenty-five years*. Kluwer Law International. (www.tldb.de)

Ortega y Gasset, José. La Rebelión de las Masas. Espasa-Calpe S.A. Decimooctava edición. Colección Austral. Madrid, 1969.

Pérez Vargas, Victor. La lex mercatoria. Conferencia Académica de Inauguración del Curso de Arbitraje Comercial del Centro latinoamericano de Arbitraje Empresarial y Universidad para la Cooperación Internacional. 21 de Enero de 2002. San José. Costa Rica.

Rivero Sánchez, Juan Marcos. Episteme y Derecho: una exploración jurídico-penal. Editorial Comares, 2004. Granada, España. p.203 y ss.

Romano, Santi. El Ordenamiento jurídico. Segunda edición, traducción de Sebastián Martín Retortillo y Lorenzo Martín Retortillo. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1963.

Santos Belandro, Rubén. Arbitraje Comercial Internacional. Oxford University Press México D.F. S.A. de C.V., 2000. México D.F.

Sassen, Saskia. Losing Control? Sovereignty in the Age of Globalization. Columbia University Press, Nueva York, 1996.

Teubner, Gunther. Recht als autopoietisches System. Suhrkampf. Frankfurt am Main. 1989.

Trubek, David M y Dezalay, Yves. Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the construction of a transnational legal order". The University of Chicago Press, 1996. Chicago, Illinois.

Trubek, David M y Dezalay, Yves. Global Restructuring and the law: Studies of the internationalization of legal fields and the creation of transnational arenas. Case Western Reserve Law Review. Vol.44. Fascículo 2.

Von Ihering, Rudolf. El fin en el Derecho. Edit. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1960.

Wieacker, Franz. "Supuestos históricos y paradigmas de los ordenamientos jurídicos privados supranacionales." Revista de Derecho Privado española. Tomo 66; Enero-Diciembre, 1982, Madrid. Pp.899-912.