

Secuelas de la armonización en el derecho privado: ¿manifestaciones de una *lex mercatoria contemporánea*?

Juan C. Pulido Riveros*

Resumen

En el año 2012, mediante la Ley 1563 “por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones” (Diario Oficial 48.489 de 12 de julio de 2012), el Estado colombiano adoptó la ley modelo de arbitraje comercial internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante CNUDMI o UNCITRAL, por sus siglas en inglés) de 1985, reformada en 2006.

La adopción de la mencionada Ley, se enmarca dentro al proceso de armonización jurídica internacional que se ha fortalecido en las últimas décadas. Al mismo tiempo, la profusión de dicha armonización, se explica por el *acomodamiento* que ante los replanteamientos de paradigmas traídos por la globalización, está experimentando a escala global el derecho privado en sus distintas aristas.

Ahora bien, siendo que la armonización jurídica internacional es susceptible de ser acogida en los estados nacionales mediante distinta s vías –básicamente, mediante la jurisprudencia, la práctica contractual y la legislación–, éste escrito centra su atención en la asimilación del proceso de armonización que opera en virtud de la iniciativa tomada por el legislador colombiano, como cuando en la elaboración de una ley se guía por una norma de *soft law*, i.e. una guía legislativa o ley modelo.

Puestas así las cosas, este artículo plantea el estudio del *Estatuto de Arbitraje Internacional* Colombiano como resultado del proceso de armonización jurídica internacional. En ese contexto, se hace alusión a si dicha clase de secuelas de la armonización jurídica internacional, pueden ser consideradas como manifestaciones de la *nueva lex mercatoria*, tan en boga actualmente en la doctrina.

Palabras clave: Ley 1563, Estado colombiano, ley modelo, armonización jurídica, replanteamiento de paradigmas, globalización, derecho privado, jurisprudencia, práctica contractual, legislación, *soft law*, *nueva lex mercatoria*.

* Abogado egresado de la Universidad Nacional de Colombia (UN), especialista en Derecho Privado Económico de esa misma Universidad. Especialista en Derecho Contractual y en Derecho Comercial de la Universidad del Rosario. Magister en Derecho de la UN. Miembro del Grupo de Investigación en Política y Legislación en Biodiversidad, Recursos Genéticos y Conocimiento Tradicional –PLEBIO–, de la UN. Durante su pregrado en esa universidad, fue también miembro de los grupos de investigación “*Centro de Contratación Internacional*” y “*Derecho y Economía, Comercio Silencioso*”. Se ha desempeñado como docente universitario.

Abstract

In 2012, by the Law 1563 “by means of which the Statute of National and International Arbitration is issued and other dispositions are dictated” (official diary 48.489 of July 12, 2012), the Colombian State adopted the model law of International commercial arbitration of the United Nations Commission on International Trade Law (hereinafter “UNCITRAL”) of 1985, amended in 2006.

The adoption of the aforementioned Law is part of the process of international legal harmonization that has been strengthened in recent decades. At the same time, the profusion of such harmonization is explained by the accommodation that, in the face of the rethinking of paradigms brought by globalization, is experiencing the private law in its various aspects on a global scale.

However, since international legal harmonization is susceptible of being accepted in national states through different channels –basically, through jurisprudence, contractual practice and legislation– this paper focuses on the assimilation of the process of harmonization that operates in virtue of the initiative taken by the Colombian legislator, as when in the elaboration of a law it is guided by a rule of soft law, i.e. a legislative guide or model law.

Put like this, this article raises the study of the Colombian International Arbitration Statute as a result of the process of international legal harmonization. In that context, it is alluded to whether such a sequel of international legal harmonization can be considered as manifestations of the new *lex mercatoria*, so current in the doctrine.

Key words: Law 1563, Colombian State, Model law, legal harmonization, rethinking paradigms, globalization, private law, jurisprudence, contractual practice, legislation, soft law, new *lex mercatoria*.

1. Introducción

“La armonización de la ley del comercio internacional, independientemente del método que se utilice, tiene dos objetivos mutuamente exclusivos. Primero, apunta a la unificación de la ley o, por lo menos, a la identificación de puntos comunes entre las diferentes legislaciones. Segundo, apunta a la reforma y mejoramiento de la ley cuando ésta no puede enfrentarse con el desarrollo de prácticas comerciales, es decir, cuando la ley misma no tiene la capacidad de dar solución a los problemas que el nuevo entorno social y jurídico genera” (Rodríguez Fernández, 2009, pág. 261).

La armonización y la creación del derecho en el plano transnacional del comercio, no es otra cosa que la expresión de la realidad comercial en la actual etapa de las transacciones mercantiles internacionales (Fernández Rozas, 2013b, pág. 58). Justamente, la armonización jurídica refiere a los procedimientos que suponen una modificación del derecho en varios Estados, sin alcanzar una completa unificación pero con el propósito de crear una afinidad esencial

entre varias legislaciones, ya sea de tipo sustantivo o de tipo adjetivo, o procesal.¹

Así, fruto de la necesidad por establecer reglas comunes que compartan principios similares de aplicación extensiva a los países del mundo, el proceso de armonización normativa internacional o de *uniformidad jurídica*, también conocido con el argot jurídico de integración, persigue la construcción de un derecho transnacional autónomo que agilice las operaciones mercantiles, y brinde una solución expedita a las controversias que se generen.² Ese sistema, originado por fuera de los ordenamientos jurídicos nacionales, da paso a una cierta *uniformidad* que refleja la solidaridad de intereses que identifican a los

comerciantes³ (León Robayo, 2015, págs. 187-189).

En ese orden de ideas, las normas que regulan el comercio internacional son pues, reglas que trascienden fronteras nacionales; tales reglas, al armonizar o unificar determinada área del derecho privado, son comunes a gran número de sistemas legales. Ese proceso de armonización, respecto de las normas del comercio internacional, explica el gran apoyo a la autonomía de la voluntad de las partes y a la neutralidad en el derecho de fondo (Petsche, 2010, pág. 487). Puestas así las cosas, el propósito de conseguir un *ius commune*, se inserta en la unificación del derecho uniforme del comercio internacional, o si se prefiere, del derecho mercantil internacional⁴ (Perales Viscasillas, 2014a, pág. 5).

¹ Al propender por el fortalecimiento de las similitudes de los derechos de los diferentes países —en áreas específicas—, pero sin reclamar su unificación, el término “armonización” no encuentra una definición correcta o uniforme, en razón a su bastante flexibilidad e indeterminación, v.gr. el nivel de armonización jamás será el mismo, en razón a múltiples y muy diversas circunstancias (Rodríguez Fernández, 2009, pág. 231).

² Según Perales Viscasillas (2014a), los textos del derecho uniforme no solo aúnan en su seno las diversas tradiciones jurídicas ofreciendo textos con una auténtica vocación internacional, sino que además consiguen equilibrar las diferencias económicas y políticas existentes en el mundo. Para la autora, los instrumentos del derecho uniforme del comercio internacional traducen, en su formulación, una auténtica representación mundial (pág. 8).

³ Precisamente, uno de los frutos más destacables de ese proceso integracionista de las normas del derecho, que a su vez prueba fehacientemente su relativo éxito, ha sido la creación de organismos internacionales dedicados única y exclusivamente a la armonización de las normas del derecho privado. Ello, aunado al reconocimiento que en la práctica, y doctrinalmente, se le ha hecho a los instrumentos resultantes (Rodríguez Fernández, 2009, págs. 230-231).

⁴ El fenómeno de la armonización normativa al que se hace alusión en éste documento, desborda el ámbito de la resolución de conflictos, y se complementa con la adquisición por parte de instrumentos sin vinculatoriedad, de cierto grado de obligatoriedad a través de diversos causes estatales: Los

En dicho contexto, la ley modelo de arbitraje comercial internacional de UNCITRAL de 1985, creada con la intención de armonizar⁵ la regulación del arbitraje del comercio internacional y adaptarla a las necesidades

de la práctica arbitral, y su carácter *blando*⁶, facilitó una onda expansiva de reformas legislativas estatales a nivel global debido, tal vez, a que su no recepción podría implicar no ajustarse a estándares internacionales y, consecuentemente, aislar al país del resto de la comunidad internacional de arbitraje, haciendo que los extranjeros no acudan a sus tribunales y obligando a que sus nacionales tengan que acudir a tribunales foráneos. A la vez que permitió a cada país, adecuar el texto a sus necesidades internas: ello ha dado lugar a que se considere, incluso, a esa ley modelo como un

legisladores, por ejemplo, cuando promulgan una legislación basada en una ley modelo hacen que se convierta en *hard law* lo que antes era *soft law*, v.gr. la ley 527 incorpora en Colombia la ley modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico; así mismo, la ley 1116 hace lo propio con la Ley Modelo de la CNUDMI sobre insolvencia Transfronteriza y, a su turno, la ley 1563 incorpora la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje comercial Internacional. Por su parte, la ley 1676 es una adaptación de la ley modelo de la OEA sobre garantías mobiliarias, que a su vez encuentra su fundamento principal en las legislaciones del Estado de Ontario en Canadá y el Código de Comercio Uniforme de los EEUU (Bonilla Sanabria, 2014).

⁵ Bonilla Aldana (2013) pone de presente que, “aunque la eliminación de las divergencias es uno de los pasos del proceso armonizador, esto no es suficiente para lograr sistemas armónicos entre sí. Se requiere de la adopción de instrumentos internacionales, como convenciones internacionales, normas estándar, trasplantes de normas y principios, para lograr un marco común entre los sistemas que facilite el desarrollo del comercio internacional; estos son el medio para el desarrollo del proceso armonizador y la consecuencia directa de las modificaciones introducidas a la regulación interna de los países” (pág. 8). En esa dirección, para Gopalan (2004) el proceso de armonización termina siendo, para minimizar o eliminar la discordia entre las leyes mercantiles estatales que se aplican a las transacciones comerciales internacionales, reflejado en múltiples intentos, mediante cualquier instrumento, como convenios internacionales, leyes modelo, restatements, contratos tipo, contratos estándar, códigos de prácticas, recopilación de usos, etcétera (pág. 121).

⁶ Es tanta la actual importancia de ese tipo de instrumentos de *soft law*, para el derecho comercial, que refiriéndose a los Principios de UNIDROIT, a los Principios del Derecho Contractual Europeo –PDEC o PECL–, al *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, a los *Trust Principles*, a la *Insurance Initiative*, y a los *Principles of European Tort Law*, Magnus (2012) expresa: “All these sets of principles resemble acts, statutes or international conventions like one egg the other; they strive for comprehensive codifications of their respective fields. However, because of their private or, at best, half-official character, they lack the force of law and must trust that they convince by their quality. This also is expressed by their being named ‘principles’. The majority of the groups participating in their creation have a pure European background and aim at the adoption of European Principles; but the UNIDROIT group is explicitly globally oriented and aims at the development of globally acceptable principles. In any event, all these sets of principles are the fruits of an intense comparison of law. They are also general in the sense that they generalize or modify national solutions in their respective fields” (pág. 165).

uso comercial o parte de la nueva *lex mercatoria* (De Carolis, 2010, pág. 62).

Para Munar Cadena (2015), las consecuencias de la modificación de las condiciones de internacionalidad del arbitraje⁷, así como la creación de una normatividad específica que lo gobierna son, de un lado, la estructura y creación de una ley más acorde con la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI; y, de otro, un modelo pragmático, que tiene como finalidad atender las necesidades del comercio, con miras a hacer del ordenamiento colombiano más competitivo en estos temas.

En la norma colombiana se adopta parcialmente la ley modelo, en tanto que se propone un régimen arbitral dualista, el cual da un tratamiento

dispar al arbitraje comercial nacional, del internacional. En relación con las normas del arbitraje internacional, y siguiendo a una gran mayoría de países a nivel mundial, la Ley colombiana adopta casi textualmente, con algunas variaciones en la redacción, la ley modelo de 1985 junto con sus enmiendas del año 2006 (Rodríguez Mejía, 2012, págs. 380-384).

Cabe advertir que la Ley 1563 de 2012, igualándose a múltiples normas de arbitraje y reglamentos de institutos arbitrales en todo el mundo, dispone en su artículo 101 que, en tratándose de arbitraje internacional, “*el tribunal decidirá de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes*”, admitiéndose así la posibilidad, en Colombia, de someter un contrato a un cuerpo de normas no estatales.

Petsche (2010) destaca que la influencia de la ley modelo aludida, a nivel global, ha empoderado a los tribunales arbitrales a fin de aplicar *rules of law* que, para el autor, se considera una expresión apropiada para referirse a las normas transnacionales⁸. La prác-

⁷ El arbitraje se constituye, en la actualidad, como una consecuencia de la complejidad, rigidez, lentitud y elevado costo de la solución jurisdiccional. A ello se suma, en el tráfico mercantil internacional, la desconfianza hacia las jurisdicciones nacionales por una eventual discriminación y nacionalismo (Fernández Rozas, 2013a, pág. 641). En lo que respecta a las transformaciones que ha impreso la globalización al derecho internacional, y más precisamente, a los mecanismos de solución de controversias, Burgos Silva (2011) destaca que “*la transformación ha consistido en un crecimiento de las instancias como tal, en un empoderamiento progresivo que les permite tomar decisiones aun en contra de la voluntad e intereses del Estado y en una intensificación del uso social del mismo en cuanto referente hoy casi obligado en los imaginarios de la cultura jurídica de los diversos países*” (págs. 27-28).

⁸ Para Aljure Salame (2009), ese tipo de normas reconoce a la *lex mercatoria*. A pesar del autor, ese tipo de normas no reconoce a la nueva *lex mercatoria*, pero sí abre espacios para que ello ocurra. Sobre el particular, refiriéndose a la teoría de la nueva *lex mercatoria*, el autor anota: “*En el plano interno es reconocida en especial por el derecho francés en el artículo 1496 del Nuevo*

tica de las principales instituciones arbitrales en el mundo, confirman esa tendencia (pág. 488).

En ese sentido, Mantilla Blanco (2013) recuerda que la expresión normas de derecho fue extraída del artículo 28 de la ley modelo de arbitraje comercial internacional de la CNUDMI, reformada en 2006, que, “...a su turno, ha sido entendida en el sentido de autorizar a las partes para someter el contrato a reglas y principios que no pertenecen a un ordenamiento jurídico nacional determinado” (págs. 29-30). Para De Ly (2012), el artículo 28 *ejusdem*, así como muchas leyes estatales de arbitraje, autorizan a los árbitros para aplicar normas de derecho escogidas por las partes, en oposición al derecho estatal, o a falta de elección, a aplicar el derecho que determinen por las reglas de conflicto que consideren aplicables (págs. 153-154). En la misma dirección, Moreno Rodríguez (2013) concuerda al afirmar que la expresión *normas de derecho* se entiende más amplia que el término *ley*, y permite a las partes designar como aplicable a su caso las reglas de más de un sistema jurídico, incluyendo las que pudieron

haber sido elaboradas en un plano internacional (pág. 245).

Este panorama es el general⁹. Para el caso de los países latinoamericanos, Fernández Rozas (2013c) destaca que, liderada sobre todo por la UNCITRAL, se registra una nítida labor pedagógica en materia de unificación legal y jurisprudencial en materia de arbitraje. Para el autor, a la hora de legislar en materia de arbitraje, el efecto de la ley modelo elaborada por la UNCITRAL ha sido determinante:

“a partir de aquí, América Latina está mucho más activa en sus esfuerzos para resolver conflictos a través de la mediación o el arbitraje. Por citar un dato estadístico: si la práctica de la Cámara de Comercio Internacional de París registraba en 1990 del total de casos recibidos el 2.3% de asuntos

Código de Procedimiento Civil, que utiliza la expresión ‘regles de droit’ y no ley interna que impediría la aplicación de la lex mercatoria. Lo mismo sucede con el artículo 1054 del Código de Procedimiento Civil Holandés. En el ámbito internacional la reconoce el artículo 28, la ley tipo de arbitraje CNUDMI...” (pág. 367).

⁹ Siguiendo a Del Duca (2012), muchas normas han sido promulgadas con base en esa ley modelo, en por lo menos Australia, Azerbaiyán, Bahréin, Bangladesh, Bielorrusia, Bermuda, Bulgaria, Canadá, Chile, China (Hong Kong Special Administrative Region, Macaus Special Administrative Region), Croacia, Chipre, Egipto, Alemania, Grecia, Guatemala, Hungría, India, Irán, Irlanda, Japón, Cisjordania, Kenia, Lituania, Madagascar, Malta, México, Nueva Zelanda, Nigeria, Omán, Paraguay, Perú, Corea del Sur, Rusia, Singapur, España, Sir Lanka, Tailandia, Tunes, Ucrania, parte del reino Unido (Bermuda y Escocia), cinco estados de EEUU (California, Connecticut, Illinois, Oregon y Texas), Zambia y Zimbabue (págs. 113-114).

de arbitraje internacional que incluían al menos una parte de algún país de América latina, en 1998 el porcentaje pasó a ser del 8.3%, y en la actualidad el porcentaje supera el 10%" (pág. 135).

Sin embargo, a pesar de que numerosas leyes contemporáneas sobre arbitraje les conceden a los tribunales, y a las partes, el derecho de aplicar *normas de derecho*, éstas no les indican cómo hacer su elección. Por lo tanto, los árbitros suelen enfrentarse a la difícil tarea de *identificar o formular* normas de derecho transnacional; no obstante, esa tarea se ha visto facilitada por una serie de organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, que persiguen la progresiva armonización del derecho del comercio internacional (Petsche, 2010, págs. 488-489). Imperceptiblemente, esas organizaciones, de forma consciente o inconsciente, juegan un rol fundamental en la elaboración de nuevas fuentes jurídicas; fuentes que impactan los ordenamientos jurídicos internos de los estados nacionales, y para algunos, incluso conforman el *corpus iuris* de la nueva *lex mercatoria*.

En efecto, en la armonización del derecho están implicados muchos organismos y organizaciones internacionales, algunos de los cuales operan tanto a escala regional como

global. Algunos, se especializan en una rama concreta del ordenamiento jurídico, mientras que otras abarcan diferentes ámbitos; asimismo, mientras unos representan intereses gubernamentales, otros representan intereses privados. Algunos tienen carácter permanente con una sólida estructura funcional, en tanto que otros aparecen y desaparecen de acuerdo a las necesidades del momento (Vargas Gómez-Urrutia, 2000, pág. 24). Del mismo modo, pueden coincidir en el campo del derecho por el que trabajan en armonizar¹⁰ y en el método utilizado para la toma de decisiones interna respecto de las normas uniformes elaboradas; precisamente, ese último rasgo es uno de los más característicos de la armonización actual¹¹.

¹⁰ La floreciente creación de agencias que trabajan por armonizar el derecho comercial internacional, cuyo ámbito de acción tiende a solaparse, no es necesariamente negativo en la medida que ello fomenta una *competencia sana*. Sin embargo, éstas deben actuar coordinadamente con el fin de evitar desperdiciar tiempo, dinero y esfuerzos. De ello, De Carolins pone como ejemplo a UNIDROIT y UNCITRAL, quienes, en la práctica, a través de sus secretarías trabajan conjuntamente con el objeto de evitar la duplicación de esfuerzos. Para el autor, dicho fin sería más asible si se creara un mecanismo informal de consulta en el que participara las agencias armonizadoras, v.gr. a través de un comité conjunto integrado por representantes de las secretarías respectivas y un número limitado de Estados designados (2010, pág. 43).

¹¹ Formalmente, las organizaciones intergubernamentales, en sus sesiones de trabajo,

Algunos de los instrumentos resultantes del trabajo de dichas organizaciones, incluso con carácter de *soft law*, han venido siendo amplia y progresivamente empleados, bien sea como expresión de la denominada *nueva lex mercatoria* —principalmente en el ámbito académico y doctrinal—, o por su propia fuerza persuasiva, v.gr. mediante algunos instrumentos como las guías legislativas y las leyes modelo, se persuade a los legisladores estatales de adoptar una norma para armonizar algún área específica del derecho; pero también, normas de derecho reconocidas globalmente (v.gr. Principios de UNIDROIT), tienen el poder de aportar a la justificación de los argumentos que expone un juez o árbitro en su decisión¹².

están abiertas a la participación, en calidad de observadores, de representantes de organizaciones internacionales, tanto gubernamentales como no gubernamentales y se les permite unirse a todas las sesiones en las mismas condiciones que los miembros, con la única excepción de que no tienen derecho a voto. Esa excepción es, no obstante, de poca importancia; casi nunca se siguen los procedimientos formales de las organizaciones internacionales fundadas sobre la base de negociación y la unanimidad (o la mayoría) de la votación. Por lo general, llegan a sus decisiones por consenso: se hacen los esfuerzos necesarios, durante las sesiones de trabajo, para tener en cuenta todas las preocupaciones planteadas y, de esa manera, llegar a un texto final aceptable para todos (De Carolis, 2010, págs. 52-53).

¹² Alexy distingue de la justificación de las decisiones jurídicas, la justificación interna y justificación externa. En la primera, se

Ahora bien, antes de pasar a hablar de la nueva *lex mercatoria*, es forzoso hacer antes algunas consideraciones en torno a la globalización. Contexto en el que ésta se desenvuelve.

establece si la decisión se deduce lógicamente de las premisas que se aducen para justificarla, mientras que en la segunda, se defiende la aceptabilidad de estas premisas. Así, ésta última es el meollo de los argumentos jurídicos y, por ende, constituye el tema central de la teoría de la argumentación jurídica. En la justificación externa, la pregunta sustancial es la de si los argumentos que se usaron en la justificación interna son aceptables de acuerdo con las normas jurídicas. Siguiendo a Aarnio, la justificación externa busca convencer al destinatario para que acepte la interpretación: se demuestra que la elección de las fuentes jurídicas y las reglas de inferencia están justificadas. Así, el problema central de la interpretación de las normas jurídicas es la elección de las premisas y su contenido, y la manera de elegir los principios de inferencia o los valores básicos convenientes. El problema del discurso legal, se concentra entonces en la justificación externa. Para Peczenik, además de las razones jurídicas que justifican una decisión, se debe demostrar que también es justificada por motivos racionales generales. Así, la justificación de la decisión debe defenderse suficientemente en el contexto de la tradición jurídica y, así mismo, la justificación jurídica debe demostrar que cumple requisitos generales de racionalidad, ser coherente y buscar un consenso razonable, y que está conforme con la ideología jurídica de la comunidad de la que se trate (Feteris, 2007, págs. 150-243).

2. Algunas consideraciones previas: el mundo globalizado

“La progresiva globalización de la economía dejó en evidencia la incapacidad de las legislaciones nacionales para dar solución a los diferentes asuntos que se suscitaban con ocasión del tráfico mercantil que traspasaba las fronteras territoriales, por lo que ante la ausencia de una normatividad internacional con fuerza vinculante para las naciones se hizo necesaria la adopción de normativas propias y uniformes en los ámbitos regional y subregional, que además de facilitar las relaciones comerciales recíprocas procuraran la inserción de los países del área en el nuevo orden económico global”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (3 de Septiembre de 2015) Ref: Exp:SC11822-2015 [M.P. Ariel Salazar Ramírez], 2015).

No hay que perder de vista el contexto en el que se desenvuelve la armonización jurídica internacional, tan actual como interesante: la *globalización* o la existencia de un *planeta globalizado*.

En torno al ámbito jurídico, cabe anotar que en la sentencia del 16 de diciembre de 2010 (M.P. Arturo Solarte Rodríguez), la Corte Suprema de Justicia colombiana admitió ya la relevancia de la globalización al afirmar que *“es innegable que el avance de las comunicaciones, la modernización de los medios de transporte y la globalización de la*

economía, han favorecido el comercio internacional”. En dicha ocasión, además, dijo la Corte *“... que en la actualidad el tráfico mercantil se desarrolla en un escenario que supera las fronteras; es, si se quiere, universal, a diferencia de lo que acontecía antaño, cuando su ámbito propio era el de un territorio o de un país y, excepcionalmente, el escenario era transnacional”* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (16 de diciembre de 2010) Ref: exp. 05001-3103-010-2000-00012-01. [M.P. Arturo Solarte Rodríguez], 2010).

No obstante, el fenómeno del mundo globalizado, desborda las consideraciones meramente jurídicas. En efecto, a partir de las décadas de los 70's y 80' del siglo pasado, de la mano de los grandes avances en tecnología, información y comunicaciones, se ha venido presentando un acelerado proceso de desregularización de los mercados, privatización de servicios públicos, liberalización del comercio, flexibilización de los sistemas de producción, reducción de los costos de transporte e interconexión de los sistemas financieros, lo que ha venido a producir una integración del comercio y de las redes de producción e investigación, ocasionando a su vez, una mayor obtención de recursos a nivel planetario y, por consiguiente, un aumento significativo en el flujo y movimiento de capitales (Cataño Berrío, 2009, pág. 149).

Coetáneamente, la integración del comercio ha sido impulsada por una importante estructura institucional global¹³, v.gr. las normas emanadas de la Organización Mundial del Comercio (OMC)¹⁴, que rigen el comercio entre las naciones, tienen como objetivo central la liberalización mundial del comercio y la facilitación al acceso a los mercados extranjeros a través de la eliminación de las restricciones (Fernández Rozas, 2013b, pág. 28). Actualmente, en razón a la ilimitada e irrefrenable difusión del libre comercio y, especialmente, al movimiento de capitales sin trabas, la 'economía' se libera progresivamente del control político. En efecto, ante cualquier intento de los Estados por entrometerse en la vida económica, los mercados responden con medidas inmediatas. Dicha situación, desnuda la impotencia económica de los Es-

tados (Bauman, 2015, págs. 89-90). Al respecto, Correa Delgado (2014), pone de presente que:

"Mientras que algunos plantean la discusión en términos ideológicos, al justificar un aperturismo indiscriminado en función de estrechísimos conceptos de libertad y una supuesta supremacía de los consumidores, probablemente lo único que lograrían en el largo plazo sería condenar tanto a consumidores como a productores nacionales a la supremacía de los productores extranjeros. Aunque en teoría con esta clase de esquemas los consumidores se beneficiarían en el corto plazo, en el futuro tanto consumidores y productores nacionales se perjudican, ya que, sencillamente, sin producción nacional tampoco puede haber consumo" (págs. 150-151).

Fernández Rozas (2013b) advierte que existe un fuerte componente ideológico derivado del "culto al mercado" llegando incluso a que, sin ningún recato, las instituciones mundiales reguladoras del comercio recomienden un concreto modelo de sociedad hacia el que deben converger los estados, lo que se concreta en postulados tales como la política de privatizaciones, la liberalización de los movimientos de capital, la reducción del papel del Estado en el comercio, etcétera (pág. 33). Sobre el particular, Bauman (2015) resalta como, en realidad ya

¹³ Inconsciente o deliberadamente, las instituciones supralocales actúan con el consenso del *capital global* a fin de ejercer presiones sobre los Estados para que destruyan sistemáticamente lo que limite el libre movimiento de capitales y la *libertad de mercado*. Así, *abrir las puertas de par en par* y abandonar la idea de aplicar una política económica autónoma, es la condición preliminar, para poder recibir *ayuda financiera* (Bauman, 2015, págs. 91-92).

¹⁴ Para Fernández Rozas (2013b), la OMC es el principal ente internacional que se ocupa de las normas que rigen el comercio entre los Estados (pág. 28). Para Del Duca, ésta tiene la capacidad implícita de facilitar la armonización del derecho y, del mismo modo, el acercamiento del *common law* con el *civil law* (2007, pág. 657; 2012, págs. 146-148).

no se espera, de los nuevos Estados, ni de los más longevos —en su actual situación—, que realicen la mayoría de las funciones que antes se consideraban la razón de ser de las burocracias estatales¹⁵.

La crítica recibida por el proceso globalizador entorno a la apuesta del mercado como escuela de virtud, expresada a través de v.gr. las fórmulas que propugnan por la privatización acelerada del patrimonio estatal y de los servicios sociales, como la salud, la educación y la seguridad social, etcétera, ha conducido precisamente a tomar conciencia de que la sociedad de consumo¹⁶ potencia la

erosión de los valores tradicionales de cada comunidad (“globalización cultural”), así como el aburguesamiento del ciudadano, arrastrándolo a la despolitización¹⁷, estimulando el individualismo materialista y las ansias consumistas¹⁸.

memoriales. “Lo decimos en el sentido profundo y fundamental de que la sociedad de nuestros antecesores, los que sentaron sus bases en la etapa preindustrial, era una ‘sociedad de producción’. Esta forma más antigua de sociedad moderna utilizaba a sus miembros principalmente como productores y soldados; la formación que les daba, la “norma” que les mostraba y les instigaba a seguir, obedecían al deber de cumplir esas dos funciones. Cada uno debía ser capaz de cumplirlas, y hacerlo de buen grado. Pero en su actual etapa moderna tardía (Giddens), moderna segunda (Beck), sobremoderna (Balandier) o post-moderna, ya no necesita ejércitos industriales y militares de masas; en cambio, debe comprender a sus miembros como consumidores. La formación que brinda la sociedad contemporánea a sus miembros está dictada, ante todo, por el deber de cumplir la función de consumidor... (Bauman, 2015, pág. 106).

¹⁵ Para el autor, “la función que más brilla por su ausencia, ya que ha sido abandonada por el Estado Ortodoxo o arrancada de sus manos, es la de mantener ese “equilibrio dinámico” que Castoriadis describe como la ‘igualdad aproximada entre los ritmos de crecimiento del consumo y el aumento de la productividad’. Es la tarea que en diversos momentos llevó a los Estados soberanos a prohibir la importación o la exportación e imponer a la demanda interna barreras aduaneras o estímulos keynesianos administrados por ellos. El control del ‘equilibrio dinámico’ ha quedado fuera del alcance —incluso, de las ambiciones— de la abrumadora mayoría de los Estados soberanos (en el sentido político de imposición del orden). La distinción misma entre el mercado interno y el global, o —en términos más generales— de ‘interior’ y ‘exterior’, es cada vez más difícil de mantener en todo sentido, salvo el más estrecho de ‘poder de policía sobre el territorio y la población’” (pág. 88).

¹⁷ Ante una política degradada, nos desentendemos de ella. Judt (2011) recuerda lo peligroso de caer en el apoliticismo cuando menciona que si dejamos el desafío de una renovación política a la clase política existente, pocos o ninguno serán, por regla general, los resultados (págs. 157-158).

¹⁶ Se hace referencia a algo más, que la trivial observación de que los miembros de la sociedad consumen; pues, en realidad, todos los seres humanos —así como los demás seres vivos— consumen desde tiempos in-

¹⁸ “En ésta [la sociedad de consumo], el consumidor difiere radicalmente del de todas las sociedades existentes hasta hoy. Si los filósofos, poetas y predicadores de la mortal entre nuestros antepasados se preguntaban si uno trabaja para vivir o vive para trabajar, el interrogante sobre el cual se medita en la actualidad es si uno debe consumir para vivir o vive para consumir. Es decir, si somos capaces y sentimos la necesidad de separar los actos de vivir y consumir” (Bauman, 2015, pág. 107). La conversión que hemos tenido como consumidores, no se da solo en la vida económica, sino también en

El proceso de globalización, y más propiamente dicho, de la globalización económica, se caracteriza principalmente por la supremacía del sector financiero, con una autonomía frente a los demás sectores de la economía, y la velocidad de sus operaciones en el ámbito global y durante las 24 horas del día, con el apoyo de las nuevas tecnologías de la comunicación y la información¹⁹. La globalización de la economía busca la conformación de un mercado común planetario, para lo cual se requiere generar procesos de

movilidad de capitales y de intercambio de bienes y servicios con la más absoluta libertad, la mayor agilidad y los menores costos posibles²⁰ (Cataño Berrio, 2010, págs. 45-52).

Ahora bien, a pesar de que las fuerzas económicas son parte fundamental de la globalización, éstas no son las

la política: la escogencia entre una amplia gama de objetivos rivales para combinar en un conjunto coherente nos resulta bastante difícil (Judt, 2011, pág. 133). Tocante al ámbito jurídico, la Corte Constitucional ha puesto de manifiesto que “la dispersión de intereses en la sociedad capitalista actual, ha diezmado la importancia del concepto de interés general, repercutiendo así en la legitimidad del órgano legislativo y de la ley misma” (Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión (05 de Junio de 1992) Sentencia T-406/93 [M.P. Ciro Angarita Barón], 1992).

¹⁹ “Las tecnologías que eliminan el tiempo y el espacio necesitan poco tiempo para despojar y empobrecer el espacio. Vuelven al capital verdaderamente global; aquellos que no pueden adoptar ni detener los nuevos hábitos nómadas del capital observan impotentes cómo sus medios de vida se desvanecen hasta desaparecer y se preguntan de dónde vino la plaga. Las travesías globales de los recursos financieros acaso son tan inmateriales como la red electrónica por donde se desplazan, pero dejan rastros locales penosamente tangibles y reales: ‘despoblación cualitativa’, destrucción de economías regionales otrora capaces de mantener a sus habitantes, marginación de millones incapaces de hacerse absorber por la nueva economía global” (Bau-man, 2015, pág. 100).

²⁰ Para Correa (2014) una de las características más criticadas de la globalización, por la pérdida de las políticas nacionales así como por los grandes destrozos que la especulación financiera internacional ha causado en los países en desarrollo —crisis que frecuentemente no son consecuencia de acciones directas de los países que las sufren, sino producto de las conductas de los demás países y hasta del humor de los inversionistas internacionales—, es la alta movilidad de capitales. Menciona el autor que: “Para reducir la volatilidad de capitales, muchos economistas desde hace ya varios años vienen manifestando la necesidad de poner ‘arena en los ejes de la carreta’ de la globalización, esto es, imponer determinadas barreras para disminuir la movilidad de capitales. James Tobin, quien ganó el Premio Nobel de Economía en 1981, ya hace más de veinte años propuso la necesidad de establecer un impuesto a los flujos internacionales de capitales. El impuesto Tobin no solo tendría efectos en cuanto a disminuir la volatilidad de dichos flujos, sino que la recaudación generada podría servir para financiar proyectos de desarrollo. Por supuesto, dada la orientación de la globalización neoliberal, donde el interés que predomina no es el de los países en desarrollo sino el del capital internacional, estas propuestas han sido largamente obviadas” (pág. 144). Piketty (2014) agrega que “la solución correcta es un impuesto progresivo anual sobre el capital; así sería posible evitar la interminable espiral de desigualdad y preservar las fuerzas de la competencia y los incentivos para que no deje de haber acumulaciones originarias” (pág. 644).

únicas que la producen: una serie de factores sociales, económicos y culturales convergen en el fenómeno (Flint Blanck, 2014, pág. 8). De esta manera, la globalización es el resultado de un proceso histórico que, acelerado en los últimos años, surgió por la innovación y el progreso en el campo de la tecnología e involucra la creciente integración, creando vínculos de interdependencia, entre las economías del mundo.

En efecto, ha sido el incesante crecimiento del peso relativo de las transacciones y las conexiones organizativas que atraviesan las fronteras nacionales la piedra angular de la globalización; así como el impacto del comercio y la inversión han sido magnificados por el cambiante y adaptable carácter del comercio. En la actualidad, éste, en lugar de ser un intercambio de bienes y servicios dado entre distintos sistemas productivos de carácter doméstico, se ha convertido en un creciente flujo de bienes dentro de redes productivas que son organizadas de manera global en vez de nacional, siendo producidos, los bienes, a través de la integración de procesos que involucran múltiples territorios nacionales, donde son actores privados quienes incluyen o no el territorio de un estado en esas redes de producción. Son los actores privados, y no los Estados, quienes están en la capacidad de crear y coordinar

la estructura de esas redes globales de producción, que sobrepasan las fronteras geográficas con el fin último de alcanzar una mayor retribución por la inversión realizada. En últimas, los estados solo pueden tratar que sus territorios sean atractivos, a través de diversas medidas, tales como *la reducción de costos laborales o la flexibilización del mercado laboral*²¹, *flexibilización de cargas fiscales y tributarias, promoción de la inversión extranjera, etcétera* (todos ellos, eufemismos con que se justifican medidas que favorecen los intereses del capital), para pertenecer a esas redes globales de producción, pero no pueden dictar la estructura de las mismas (Evans, 2007, págs. 42-57).

²¹ “El mercado laboral es demasiado rígido; hay que flexibilizarlo. Eso significa volverlo más sumiso y complaciente, fácil de manosear y moldear, cortar y amasar, sin que oponga la menor resistencia a lo que se le hace. Dicho de otra manera, el trabajo es ‘flexible’ en la medida en que se convierte en una suerte de variable económica que los inversores pueden excluir de sus cuentas, con la certeza de que sus acciones, y solo ellas, determinaran su conducta”. No obstante, la idea de “flexibilidad” se materializa en la negación –en la práctica–, de lo que afirma: “... para satisfacer las pautas de flexibilidad impuestas por los que hacen y deshacen las reglas –para ser flexibles a los ojos de los inversores–, la suerte de los ‘proveedores de mano de obra’ debe ser lo más rígida e inflexible que se pueda. Más aún, debe ser diametralmente opuesta a “flexible”: la libertad de elegir, aceptar o rechazar, ni qué hablar de formular las reglas de juego, debe ser tallada hasta el hueso” (Bauman, 2015, págs. 136-137).

Para Judt (2011), ello muestra lo paradójico del sistema: aunque los salarios, las jornadas laborales, pensiones y todo lo que importa a la población trabajadora sigue negociándose (y disputándose) a nivel local, los flujos de capital eluden las regulaciones políticas internas (págs. 184-185). Por eso, se dice que hoy tenemos un poder que se ha quitado de encima a la política y una política despojada de poder. El poder ya es global; la política sigue siendo local (Bauman, 2011, págs. 35-36). Para Bauman (2015),

“Las tres patas [la soberanía militar, económica y cultural] del trípode de la soberanía [estatal] están rotas. Se podría decir que la rotura de la pata económica es la más rica en consecuencias. Pérdida la capacidad de equilibrar las cuentas, guiados solo por los intereses expresados políticamente por la población dentro de su área de soberanía, los Estados Nacionales se convierten cada vez más en ejecutores y plenipotenciarios de fuerzas sobre las cuales no tienen la menor esperanza de ejercer algún control”(págs. 88-89)²².

²² El autor agrega: *“En la filosa opinión de un analista político latinoamericano de izquierdas, gracias a la nueva ‘porosidad’ de las economías presuntamente ‘nacionales’, los mercados financieros globales, en virtud del carácter esquivo y extraterritorial del espacio en que operan, ‘imponen sus leyes y preceptos sobre el planeta’. La ‘globalización’ no es sino una extensión totalitaria de su lógica a todos los aspectos de la vida”. Los*

Ciertamente, la globalización comprende nuevas situaciones (realidades fácticas) a las que el derecho, durante los últimos tiempos, se ha visto compelido a responder: *“El lenguaje jurídico (el derecho, antes que nada, es un conjunto de palabras, frases y proposiciones), (...) ha tenido que reaccionar y adaptarse a casos y especies que, en el viejo mundo de estados y naciones más o menos autosuficientes, ni surgía ni eran, para muchos, imaginables”*(Silva Romero, 2002, págs. 4-5).

En todo caso, la globalización conlleva la ampliación e intensificación de las relaciones sociales, economías y políticas. Es un fenómeno multidimensional que abarca muchos procesos diferentes, y que actúa en múltiples escalas temporales y materiales²³ (Rodríguez Fernández, 2009,

Estados carecen de los recursos o el margen de maniobra para soportar la presión, por la mera razón de que ‘unos minutos bastan para que se derrumben empresas e incluso Estados’” (Bauman, 2015, pág. 89)

²³ Es preciso resaltar que si bien, la globalización no es singular [postura aceptada implícitamente por la C. Constitucional, cuando en la sentencia del 23 de abril de 2014 –Sentencia C-259 de 2014– se refirió a la a “globalización jurídica”], sino que hay varias globalizaciones, y cada una de ellas obedece a lógicas y ritmos propios (por lo que los impactos de las globalizaciones son distintos según los campos en los que inciden –sociológicamente hablando–); para los efectos de éste estudio, nos interesa referirnos únicamente a los impactos de la globalización respecto del derecho de los

pág. 95). Por ello, Fernández de Soto (2003) resalta que la globalización es un paradigma que atañe a todos²⁴ y que está determinada por el impacto de las revoluciones tecnológicas del conocimiento, donde los factores clásicos de producción (tierra, capital, trabajo) han dado paso a la tecnología,

el conocimiento y la información (págs. 128-129).

Este proceso, en el que se evidencia la marcha autónoma de la economía, desvirtuó las tesis que la valoraban como un fenómeno que podría ser contralado fácilmente por el Estado (López Villegas, 2011, pág. 74). Tal ha sido la trascendencia de la economía que, respecto del desarrollo capitalista, el cual comenzó con la mercantilización de bienes y servicios, y la tenencia de propiedades, se ha gestado una evolución constante y permanente, a un ritmo impresionante, tanto que hoy asistimos a la mercantilización del tiempo y de las experiencias humanas²⁵: “Factores tales como los viajes y el turismo global, los parques temáticos, la moda, la cocina, el cine, la televisión, etc... se están convirtiendo cada vez en mayor volumen en el centro de una economía cuyo objeto comercial básico son los recursos culturales cuya dimensión internacional resulta

negocios. De los diferentes procesos que hacen parte del fenómeno de la globalización, “la globalización económica es, quizá, el más visible y el que mayores consecuencias ha generado para las naciones, las empresas y las personas. (...) Si bien, no es posible considerar la globalización sólo en términos económicos, sí debe reconocerse que esa es su principal manifestación o, por lo menos, la que tiene mayores repercusiones a nivel social y político. De esta forma, la globalización tiene su ámbito de aplicación más preciso en la economía, principalmente en los niveles comercial, organizativo y financiero, configurando una serie de procesos dirigidos a la interconexión de los mercados de capitales, producción, insumos y comercio a nivel planetario, que conduzcan, finalmente, a una absoluta libertad de intercambio, a la conformación de un gran mercado global” (Cataño Berrío, 2009, pág. 148).

²⁴ A comparación de las sociedades de nuestros padres y abuelos, en las que no se hallaban acosados a un sinfín de riesgos insondables, en la actual, existen mayores dificultades, más vinculados a los fines que a los medios de vida. Según Bauman (2005), ahora ya no se trata del encuentro de los medios para asirlos con firmeza y usarlos con la máxima destreza y la mayor eficacia en pro de fines claramente definidos: “Se trata ahora del carácter evasivo (y, con demasiada frecuencia, ilusorio) de los fines, que se disuelven y desvanecen a la velocidad de lo que cuesta alcanzarlos; indeterminados, inestables y vistos por lo general como indignos de compromiso y dedicación eternos” (pág. 29).

²⁵ “... la globalización y la revolución digital están significando un reajuste inevitable en los equilibrios internacionales, incrementando la circulación de la información y haciendo posible a la vez el reforzamiento de las culturas nacionales y la globalización del mainstream [Literalmente <<dominante>> o <<para el gran público>>. Se dice, por ejemplo, de un producto cultural que aspira a tener una gran audiencia. *Mainstream culture* puede tener una connotación positiva, en el sentido de <<cultura para todos>>, y también negativa, en el sentido de <<cultura dominante>>]” (Martel, 2011, pág. 443).

cada vez más acusada” (Fernández Rozas, 2013b, págs. 32-33).

La globalización, impulsada por la interdependencia de mercados (puesta de manifiesto con la reiteración de las crisis económicas internacionales, v.gr. la desencadenada en 2008, originada en EEUU, que afecto a los mercados de todo el planeta que, a su vez, siembra e irradia, desconoce las fronteras estatales y genera constantemente modelos de negocios, cada vez más, complejos, variopintos y multiformes. Así, la internacionalización de la economía se ha visto, en el último cuarto de siglo, acelerada por esta interdependencia bajo un triple efecto: el incremento de las sociedades transnacionales, el crecimiento de las inversiones internacionales y la deslocalización de la producción (Fernández Rozas, 2013b, pág. 32).

Así las cosas, no se trata ya de un simple intercambio comercial a nivel mundial –vía exportaciones e importaciones–, sino de toda una interconexión a gran escala de los mercados de bienes, servicios, mano de obra, materias primas, capitales y tecnologías, que ha resultado en la concentración del poder financiero y del capital en unos conglomerados. Éstos –que para Fernández Rozas (2013b) son grandes empresas que no responden al interés común, sea en el ámbito local o global, y que hayan, en

un mercado desregulado, el terreno ideal para la búsqueda del máximo beneficio económico posible²⁶ (pág. 32)–, buscan establecer sus propias reglas, formas de resolución de conflictos y cláusulas contractuales, procurando la mayor y más absoluta libertad en el movimiento de sus activos (Cataño Berrío, 2009, págs. 147-148).

A lo anterior, se suma la influencia decisiva de la internacionalización de los mecanismos de financiación y el proceso de aceleración de la revolución industrial que han generado, inevitablemente, la apertura de las diferentes economías nacionales. Así, la interdependencia económica obliga a una estrecha cooperación internacional para establecer mecanismos de regulación y equilibrio de la economía mundial; ello conducido principalmente por dos elementos: La heterogeneidad de la economía mundial²⁷, especialmente derivada de

²⁶ Para ello, según el autor, movilizan inmensas sumas de dinero y desplazan de un lugar a otro las actividades productivas. Ello suele generar profundos efectos desestabilizadores para la economía real, el empleo, el bienestar de la población, el medio ambiente –para Correa (2014) medir el desarrollo sin ignorar la centralidad de la sustentabilidad medioambiental es un acto de *bárbara ignorancia* (pág. 20)–, etcétera (pág. 32).

²⁷ Lo que genera consecuencias tangibles y evidenciables en la vida de todos alrededor del orbe. Según Bauman: “*Para el habitante del primer mundo (...) se desmantelan las fronteras*

la desigualdad de niveles de desarrollo de los estados y de su variedad de sistemas económicos y políticos, así como de sus estructuras sociales²⁸ y, en segundo lugar, que las relaciones económicas internacionales se desarrollan entre grupos –transnacionales, industriales, financieros, farmacéuticos, etcétera– y no entre estados exclusivamente, lo que permite a los primeros imbricarse en el campo de acción de los Estados y sus mercados²⁹ (Fernández Rozas, 2013b, pág. 33).

tal como sucedió para las mercancías, el capital y las finanzas mundiales. Para el habitante del segundo, los muros de controles migratorios, leyes de residencia, políticas de 'calles limpias' y 'aniquilación del delito' se vuelven cada vez más altos; los fosos que los separan de los lugares deseados y la redención soñada se vuelven más anchos, y los puentes, al primer intento de cruzarlos, resultan ser levadizos" (2015, págs. 117-118).

²⁸ "Sin adecuadas instituciones de gobernabilidad mundial para la globalización, probablemente esta tan solo significará para los países pobres más dependencia, haciendo que este proceso se parezca mucho al capitalismo salvaje de los siglos XVII y XVIII, donde perdía la clase trabajadora por falta de garantías laborales mínimas, situación que finalizó después de muchos años de lucha y básicamente con la aparición de los estados nacionales y la correspondiente acción colectiva para controlar estos excesos. En la globalización del siglo XXI, que solo busca crear un mercado mundial y no una sociedad global, ahora son los países del Tercer Mundo los que pueden perder por falta de dicha acción colectiva a nivel global, compitiendo entre sí, por ejemplo, por medio de la precarización sin límites de las condiciones laborales" (Correa Delgado, 2014, pág. 152).

²⁹ En el campo de la industria del entretenimiento, para ilustrar dicha situación, cabe traer a colación la célebre Motion Picture Association

De ahí que se entienda que, en el mejor de los casos, los ordenamientos jurídicos estatales están en una etapa de transformaciones dirigidas a fortalecer el adecuado funcionamiento de los sistemas político y social, y, ante todo, encargarse de las múltiples y diversas exigencias que ha impuesto la economía globalizada (Cataño Berrío, 2009, págs. 147-148).

En este ámbito, la distribución de bienes y servicios ha impuesto la realidad del comercio internacional, en donde para algunos, debe reconocerse que el fenómeno global, como ha venido dándose³⁰, en sí mismo no beneficia

of America (MPAA); sobre esta, Martel (2011) afirma: "A escala internacional, este brazo político de los estudios también se apoya en el congreso para favorecer la exportación de las películas de Hollywood y, con la ayuda del Departamento de Estado y de las embajadas estadounidenses, presiona a los gobiernos para que liberalicen los mercados, supriman las cuotas de pantalla y los aranceles, y suavicen la censura. Con ello y con una docena de despachos y un centenar de abogados en todo el mundo, la MPAA fomenta en el extranjero determinadas prácticas anticompetencia y concentraciones verticales que en territorio estadounidense están prohibidas por el Tribunal Supremo. En el extranjero, muchas veces se considera que actúan con << doble vara de medir >>" (pág. 29).

³⁰ Según Correa (2014) es perfectamente comprensible el entusiasmo de los países avanzados por el *laissez faire*, por cuanto los países que han llegado a la frontera tecnológica son imbatibles en cuanto a competitividad, ganan con el libre comercio y por ello tienden a impulsarlo, no obstante haber utilizado un fuerte proteccionismo para llegar a dicha situación estelar (pág. 160).

a todos los sectores por igual³¹ (se ha evidenciado —expresa, Castriellón y Luna (2011)— que un paulatino empobrecimiento se provoca en las economías que no pueden seguir la forma de desarrollo impuesto por la Globalización)(págs. 4-9), lo que termina por afectar las condiciones de existencia misma de las personas³².

Al respecto, las decisiones económicas no deberían, en ningún caso, significar una ruptura con los ideales de igualdad y justicia de cada sociedad³³. Sobre el particular, Judt (2011) señala que ante un mercado como el actual, que tiende a favorecer las necesidades y deseos que pueden reducirse a criterios comerciales o a medidas económicas³⁴, surgen un tipo de in-

³¹ "Hoy nadie puede pretender seriamente que queda algo de la llamada <<hipótesis del mercado eficiente>>. Una generación anterior de economistas del libre mercado solían señalar que lo que falla en la planificación socialista es que exige el tipo de conocimiento perfecto (tanto del presente como del futuro) al que los mortales nunca pueden aspirar. Tenían razón. Pero sucede que lo mismo es cierto de los teóricos del mercado: no lo saben todo y, en consecuencia, no saben verdaderamente nada. La <<falsa precisión>> de la que Maynard Keynes acusó a sus críticos economistas sigue viva. Peor todavía: hemos introducido subrepticamente un vocabulario pretendidamente <<ético>> para reforzar nuestros argumentos económicos, lo que aporta un barniz autosatisfecho a unos cálculos descaradamente utilitarios. Cuando imponen recortes en las prestaciones sociales, por ejemplo, los legisladores estadounidenses y británicos se enorgullecen de haber sido capaces de tomar <<decisiones difíciles>>" (Judt, 2011, pág. 47).

³² Bauman (2005) hace notar que en los sueños nocturnos de las personas, cuyas ortodoxas y forzosamente devaluadas formas de ganarse la vida ya se han destinado a la destrucción, pueden concebirse a sí mismos bajo la forma de consumidores, pero es la supervivencia física, no el jolgorio consumista (el cual, a su turno, anima el viaje a la continua y permanente obsolescencia —¿programada?—, convirtiendo constantemente en anticuados los productos, o creando la impresión de "lo anticuado" si no se sigue el ritmo —sin mencionar aquí, las catastróficas consecuencias que ello genera para el planeta), lo que ocupa sus días (págs. 82-83).

³³ Aunque las estructuras creadas por la humanidad se han vuelto ilegítimas para la mayoría de las personas, parecen tener vida propia, independientes de las personas, vidas que nos son ajenas y distantes. Nuestro imperativo es mantener a las personas, no a las estructuras creadas por la humanidad, en el centro de la vida pública. Por regla general, se van restringiendo, en todo el orbe, las funciones proteccionistas del Estado en la sociedad, llegando incluso a pasar de un asunto de asistencia social a ser una cuestión de ley y de orden: "la incapacidad de participar en el juego del mercado tienden a criminalizarse de forma progresiva. El Estado se lava las manos ante la vulnerabilidad y la incertidumbre que dimanen de la lógica (o falta de lógica) del libre mercado, redefinida ahora como un asunto de libre mercado, una cuestión que los individuos han de tratar y hacer frente con los recursos que obran en su poder. Tal como lo expresa Ulrich Beck, se espera ahora de los individuos que busquen soluciones biográficas a contradicciones sistemáticas" (Bauman, 2005, pág. 72).

³⁴ "Jeremy Seabrook recuerda a sus lectores que el secreto de la sociedad actual reside en el "desarrollo de una sensación subjetiva de insuficiencia artificialmente creada", ya que "nada podría ser más amenazador" para sus principios fundacionales "que el hecho de que la gente se declarase satisfecha con lo que posee". Así, sus posesiones son relativizadas, denigradas, empujadas por las exhibiciones llamativas y demasiado visibles de las extravagantes aventuras de los sectores pudientes: "Los ricos se tornan objetos de adoración universal" (Bauman, 2015, págs. 124-125).

terrogantes —¿qué hay de esos bienes que los seres humanos siempre han valorado y que no se pueden cuantificar? ¿Qué hay del bienestar? ¿Y de la justicia o la equidad?—, los cuales deben llevar a cuestionarnos a acerca de los desafíos sociales planteados ('fines conflictivos'): De todos ellos, el prioritario es sin duda reducir la desigualdad³⁵ (págs. 160-186). Sobre ésta, el autor destaca que

“Cuanto mayor es la distancia entre la minoría acomodada y la masa empobrecida, más se agravan los problemas sociales, lo que parece ser cierto tanto para los países ricos como para los pobres. No importa lo rico que sea un país, sino lo desigual que sea... La desigualdad es corrosiva. Corrompe a las

sociedades desde adentro. El impacto de las diferencias materiales tarda un tiempo en hacerse visible, pero, con el tiempo, aumenta la competencia por el estatus y los bienes, las personas tienen un creciente sentido de superioridad (o de inferioridad) basado en sus posesiones, se consolidan los prejuicios hacia los que están más abajo en la escala social, la delincuencia aumenta y las patologías debidas a las desventajas sociales se hacen cada vez más marcadas. El legado de la creación de la riqueza no regulada es en efecto amargo” (Judt, 2011, págs. 33-34).

Para Piketty (2014), la evolución dinámica de una economía de mercado y de propiedad privada que es abandonada a sí misma, abraza dentro de sí fuerzas importantes, relacionadas especialmente con la difusión del conocimiento, pero también poderosas fuerzas de divergencias, potencialmente amenazadoras para nuestras sociedades democráticas y para los valores de justicia social en que están basadas. Según el autor:

“La principal fuerza desestabilizadora se vincula con el hecho de que la tasa de rendimiento privado del capital r puede ser significativa y duraderamente más alta que la tasa de crecimiento del ingreso y la producción g . | La desigualdad $r > g$ implica que la recapitalización de los patrimonios procedentes del pasa-

³⁵ Unos pocos ejemplos bastarán. Si hace 40 años, los ingresos del 5% más rico de la población mundial eran 30 veces más altos que los del 5% más pobre, hace 15 años ya eran del 60% más altos, y hacia 2002 habían alcanzado un factor del 114 por ciento. | Tal como señala Jacques Attali en *La voie Humaine*, la mitad del comercio mundial y más de la mitad de las inversiones globales benefician sólo a 22 países que albergan al mero 14% de la población mundial, mientras que los 49 países más pobres, habitados por el 11% de la población mundial, reciben entre todos sólo el 0,5% del producto global: igual a la suma aproximada de los ingresos que obtienen los tres hombres más ricos del planeta. El 90% de la riqueza total del planeta permanece en manos de apenas el 1% de los habitantes. | Tanzania obtiene 2.200 millones de dólares por año, que reparte entre 25 millones de habitantes. El banco Goldman Sachs gana 2.600 millones de dólares, que luego se dividen entre 161 accionistas (Bauman, 2011, págs. 36-37).

do será más rápida que el ritmo del crecimiento de la producción y los salarios. Esta desigualdad expresa una contradicción lógica fundamental. El empresario tiende inevitablemente a transformarse en rentista y a dominar cada vez más a quienes sólo tienen su trabajo. Una vez constituido, el capital se reproduce solo, más rápidamente de lo que crece la producción. El pasado devora el porvenir. [Las consecuencias pueden ser temibles para la dinámica de la distribución de la riqueza a largo plazo, sobre todo si a esto se agrega la desigualdad del rendimiento, en función del tamaño del capital inicial, y si ese proceso de divergencia de las desigualdades patrimoniales tiene lugar a escala mundial]" (pág. 643).

Consecuentemente con lo dicho hasta aquí, la globalización se halla empapada de ideas tales como la liberalización (de la circulación de capital financiero y de los intercambios comerciales), privatización y desregularización³⁶, por lo que existe una clara tendencia a tratar de eliminar

trabas reglamentarias estatales, así como a sustituir el derecho estatal por reglas que consagran la libertad de actuación de los agentes económicos (Rivera, 2007, pág. 524). Esas ideas, o principios del modelo económico, buscan la más absoluta libertad para el movimiento de capitales y divisas, y para el intercambio de bienes y servicios (la desregulación y liberalización de los mercados apuntan a la eliminación de trabas y de controles para la entrada y salida de capitales y mercancías, con una cada vez menor intervención estatal en la intervención de la economía), por encima de las fronteras nacionales (Cataño Berrio, 2010, pág. 50).

Se refleja ello en la práctica de la contratación internacional, manifiesta De Miguel Asensio (2013), a través de una marcada preferencia por la celebración de contratos *deslocalizados*, muy detallados, que pretenden contemplar todos los aspectos relevantes, relegando al mínimo posible el impacto de la ley del contrato para colmar lagunas (pág. 258). En efecto, ciertas características de la globalización económica, como el volumen de las multinacionales de origen estadounidense y de los grandes despachos anglosajones, y su impacto en el desarrollo de las nuevas tecnologías y modelos empresariales, han contribuido a que durante el último cuarto del siglo pasado, se

³⁶ Tres principios básicos del neoliberalismo o de la teoría del monetarismo de Milton Friedman y Friedrich August Von Hayek. A su vez, instituciones líderes de la economía mundial (v.gr. Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional) los impulsan enérgicamente bajo el argumento de que “<<el mercado sin fronteras, ofrece, por lo menos, al Tercer Mundo un camino para salir de la pobreza y el subdesarrollo>> a través de la apertura económica que le permite abrirse hacia los países industrializados” (Cataño Berrio, 2010, pág. 50).

acentuara la expansión internacional del modelo angloamericano de redacción de contratos, favoreciéndose un clausulado muy detallado y extenso, así como el uso generalizado del inglés en las transacciones internacionales (De Miguel Asensio, 2013, pág. 285).

Para Escuti (2011), los EE.UU. son el modelo de referencia para gran parte del globo, al ser el principal proveedor o intermediario en la provisión de capitales del mundo; *“además, es importante señalar como fenómeno significativo del último cuarto del siglo XX y de comienzos del siglo XXI la atenuación creciente y a pasos agigantados de las diferencias entre el civil law y el common law”* (pág. 255). Evocando la transnacionalidad actual del derecho contractual y las corrientes de dominación que provocan el fenómeno, por su lado, Monéger (2011) destaca que al igual que la dominación llevada a cabo por los franceses o ingleses en el s. XIX, o por los romanos en la antigüedad, la contemporánea procede de una diversidad de fuentes económicas, militares, culturales, etcétera; al respecto, afirma el autor:

“La transnationalité du droit contractuel commande l'évocation la circulation des modèles juridiques sur le globe au gré des courants de domination au fil des siècles. Cette domination, cette hégémonie qui s'est voulue globalisante au XIXe siècle pour les Français

ou les Anglais, pour les Américains aujourd'hui, procède, comme pour les Romains, de sources diverses: économiques, militaires, culturelles” (pág. 211).

Dicho de otro modo, ciertos países influncian, entre otras cosas, en la cultura jurídica de los demás. Países dominantes, mediante multiplicidad de canales, v.gr. culturales, académicos, económicos, jurídicos, políticos, etcétera, expanden su influencia:

“En el mundo existen países, a los que podría calificarse de <<centrales>>, que terminan monopolizando la teoría jurídica y exportando sus modelos, debido a la riqueza de su tradición y del bagaje de la información allí circulante, además del sinfín de recursos con los que cuentan. A su vez, los países <<periféricos>>, por llamarlos de alguna forma, reciben textos jurídicos de otras latitudes sin –comúnmente– tener el acceso extratextual y la información acabada del contexto en el que fueron elaborados, desatendiéndose muchas veces las estructuras jurídicas subyacentes, o coyunturas políticas o intelectuales específicas. De allí que se los haya referido como <<ambientes hermenéuticos pobres>>” (Moreno Rodríguez, 2010, pág. 293).

Puestas así las cosas, es necesario afirmar que criticar textos legales basado exclusivamente en sus

influencias, claramente es una visión sesgada. No obstante, no parece dudoso que la circulación de los modelos contractuales, como posibles imposiciones de los usos de las empresas globales, pueda conducir a abusos:

“De allí que el mismo Galgano recuerda una frase de Rousseau quien decía ‘entre la democracia y el despotismo ilustrado, prefiero la democracia porque nadie me asegura que el déspota sea ilustrado’; lo mismo pasa con la lex mercatoria, la ley de las empresas; nadie puede asegurar que el despotismo de las empresas sea ilustrado y por ello es necesaria <<la mediación cultural de los juristas>>” (Subrayas fuera del texto original) (Rivera, 2011, pág. 304).

Así las cosas, son algunos organismos internacionales quienes, hoy por hoy, sirven de canal para la *mediación cultural de los juristas*. En efecto, la ruptura de toda clase de barreras que existen para el comercio, así como la transformación de paradigmas que causa la globalización, se ha propiciado en el orden económico, por las empresas transnacionales y, en el orden jurídico, “*gracias a la acción de los organismos internacionales que preparan esquemas de desarrollo jurídico y económico...*” (Castrillón y Luna, 2011, pág. 14).

De esta manera, la globalización, junto a los reacomodos económicos, sociales y tecnológicos que se presentan, con mayor efecto, a partir de la última década del siglo pasado, ha implicado la ruptura de las barreras geopolíticas en el mundo, así como una necesaria adecuación de los diferentes sistemas jurídicos, especialmente en el campo del derecho privado, y más propiamente del derecho comercial, para la facilitación de las prácticas económicas en todo el orbe, lo que, naturalmente, ha roto los esquemas formales tradicionales de los sistemas jurídicos estatales. A su vez, lo anterior ha provocado la flexibilización de los instrumentos jurídicos para hacer posible la realización de tales prácticas (Castrillón y Luna, 2011, pág. 1). Por ello, algunos hablan de la materialización de una nueva *lex mercatoria*; y del mismo modo, justifican y explican así la proliferación de las leyes modelo —y de otras normas de *soft law*— por todo el globo.

3. Encarnación de la *nueva lex mercatoria* mediante el *soft law*

“Quien se revela contra la idea de un derecho no estatal y demuestra no poder concebir otro derecho que no sea el dictado por ley del Estado o por una convención entre Estados, olvida que el derecho es una realidad mucho más antigua que el estado-nación

y que nuestra civilización, en términos jurídicos, ha tenido vigencia y prosperado sin la existencia del Estado nacional como lo entendemos hoy, durante unos quince siglos” (Escuti, 2011, pág. 256).

Una de las corrientes más influyentes en la escena jurídica de nuestro tiempo, es la aparición de la nueva *lex mercatoria*; tanto así que para Fernández Rozas(2009), el desenvolvimiento de proyección universal de ésta, constituye uno de los aspectos estructurales más importantes en las mutaciones que experimenta el derecho de los negocios internacionales (pág. 107). Haciendo referencia a la incidencia de la *nueva lex mercatoria* sobre el orden jurídico colombiano, León Robayo (2015) va mucho más lejos al afirmar:

“Todavía se está lejos del momento en que este orden jurídico transnacional [la nueva lex mercatoria] se convierta en fuente directa de creación del derecho comercial colombiano, a través de su reconocimiento por una ley formal expedida por el Congreso de la República. Bastaría con que una disposición fuera ubicada dentro del esquema de fuentes en la costumbre internacional y, por supuesto, como normativa aplicable en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes para regir sus contratos. No obstante, su incorporación a través del sistema de principios, y la adhesión que de ellos

se hace a través de la autonomía de la voluntad, a lo que se une su aplicación e interpretación en los fallos judiciales y arbitrales que garantizan su reconocimiento, le permite a la nueva Lex Mercatoria hacer parte del sistema de creación del derecho comercial colombiano” (pág. 248).

Lo anterior, máxime teniendo en cuenta que, sin intervención estatal directa, hoy en día se producen normas para regular relaciones mercantiles, y prácticas comerciales, más allá de unidades políticas territoriales dentro de la órbita del mercado que traspasa fronteras³⁷; proceso que, Moreno Rodríguez (2013) resalta, se ha acentuado en años recientes con la globalización. Para Moreno Rodríguez, renace de alguna manera un derecho consuetudinario universal como lo fue el de los mercaderes de la edad media, llegando incluso a que organismos internacionales proponen su concreción en cuerpos normativos como convenciones o instrumentos peculiares, ejemplificando dicho fenómeno con lo sucedido con

³⁷ De esa manera, los procesos armonización, que en principio no tienen un propósito diferente que el de regular de una manera más adecuada la actividad de los comerciantes en el ámbito internacional, reflejan una faceta de uno de los principales componentes del desarrollo que ha tenido la autorregulación del comercio por los agentes que en él participan (Rodríguez Fernández, 2009, pág. 222).

los Principios de UNIDROIT³⁸, “que no están destinados a ser ratificados por los países, pero que al resumir en reglas y principios las prácticas generalizadas del comercio exterior en la materia pueden, entre varias aplicaciones, ser adoptadas por las partes como reglas en sus contratos o servir como guías a árbitros y juzgadores...” (pág. 220).

Ahora bien, a pesar de la falta de certidumbre que actualmente produce la nueva *lex mercatoria*, la idea subyacente de ésta, es la de superar la incertidumbre que resulta perjudicial para la eficiencia de las relaciones comerciales internacional respecto del derecho aplicable. Al ser internacional la relación jurídica que regula, y no nacional, se suele afirmar que los contratos comerciales internacionales, estando en continuo avance los intereses de las transacciones internacionales, deben ser sujetos de un sistema que sea igualmente capaz

de desarrollarse de manera flexible³⁹ (Cordero Moss, 2010, pág. 47).

El derecho comercial, desde sus orígenes y a lo largo de su historia, se ha transformado para ofrecer respuestas ante los incesantes cambios del tráfico económico, adaptándose a las transformaciones que vienen con cada ciclo histórico (Oviedo Albán, 2006, pág. 25). De esa manera, exhibe su propósito de servir eficientemente de cara a los retos planteados, para y por los agentes del tráfico mercantil. Pues bien, hoy por hoy se habla de un retorno a la génesis del derecho comercial, donde una nueva *lex mercatoria*, de pretendida proyección universal, algunas veces sobrevalorada, hace que se recuerde al *ius mercatorum medieval*; no sólo por el vigor de su base consuetudinaria, la relativa autonomía de su producción, e incluso, el frecuente recurso del arbitraje comercial, sino por la

³⁸ En cuanto a la identificación de los Principios de UNIDROIT como *lex mercatoria*, resulta interesante apreciar como los preámbulos de las versiones 2004 y 2010 establecen que los Principios son reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales, y esto debe hacerse cuando las partes hayan acordado que su convenio se rija por ellos. Igualmente, señalan que ellos pueden ser aplicados cuando las partes acuerden que su contrato se rija por los principios generales del derecho, la nueva *lex mercatoria* o expresiones semejantes, y también si estas no escogieron expresamente un derecho específico que lo regule (León Robayo, 2014, pág. 34).

³⁹ Para Goode (2010), la autonomía del derecho del comercio internacional, teoría motivada por un fuerte deseo de sus proponentes de liberar las transacciones internacionales de los *constreñimientos* del derecho nacional, hace pensar en que la referencia a unas reglas transnacionales posee algunas ventajas: a) evita tener que acudir a normas diseñadas primordialmente para transacciones domésticas; b) el recurso a principios de derecho transnacional sustantivo evita tener que lidiar con cuestiones de DIPr, con el consecuente *fórum shopping*; y, c) se percibe como neutral al derecho transnacional (pág. 84).

predominancia de los intereses de los agentes del tráfico económico⁴⁰.

No obstante, actualmente no hay nada más incierto que la *nueva lex mercatoria*: no existe si quiera coincidencia sobre el alcance de la idea de ésta. Para algunos, es un orden jurídico autónomo, independiente a los sistemas jurídicos nacionales, siendo ésta la acepción más ambiciosa⁴¹; para otros,

es un cuerpo de reglas sustantivas o de fondo, suficiente para decidir una disputa, que opera como alternativa a los derechos nacionales que resultarían aplicables. Desde una óptica más restrictiva, se le concibe como un simple complemento al derecho aplicable, considerándola como una consolidación gradual de los usos y expectativas establecidas en el comercio internacional⁴² (Moreno Rodríguez, 2013, págs. 238-239).

Fernández Rozas (2013c) admite la existencia de un debate, pendiente de conclusión, respecto a la conceptualización de la así llamada *nueva lex mercatoria*. Para el autor, ese debate es intenso en la doctrina norteamericana

⁴⁰ Aunque podría hacerse cierto paralelismo entre la 'antigua' y la 'nueva' *lex mercatoria*, dado que ambas presuntamente están formadas por usos que constituyen derecho espontáneo, uniforme, y en cierta manera, universal; que son propios de los comerciantes, y que son usos que tratan de superar las dificultades del conflicto de leyes cuando se trata de determinar el derecho que regirá la relación, existen notables diferencias entre las mismas, sin mencionar el álgido debate que aún existe entre quienes proclaman y apologizan su existencia, o el otro, aún inconcluso, sobre su conceptualización.

⁴¹ Es conocida la discusión teórica sobre si este conjunto de reglas y prácticas puede ser considerado como un sistema legal u ordenamiento jurídico que se aplique por su propio valor, sin necesidad de fundarse en un derecho nacional. Para Samtleben (2010), los críticos de ésta teoría usan como argumento la incoherencia y casualidad de esta normativa, la cual carece de la integridad y estabilidad propias de un sistema jurídico; no obstante, para dar respuesta a esta crítica, según el autor, se han elaborado instrumentos tales como los Principios de UNIDROIT. Aquí no se trata más de derecho vivo, entendiendo a la *lex mercatoria* como los usos y costumbres, las normas y los principios que resultan de la práctica diaria de los operadores del comercio internacional, que surge de la práctica diaria de los operadores del comercio internacional, sino de una

creación artificial, no espontánea, hecha por profesores de derecho comparado (págs. 423-424).

⁴² Son muchas las controversias alrededor de la *nueva lex mercatoria*, al punto que hasta se debate si su creación responde a una creación deliberada vía formulating agencies como v.gr. la CCI o no, nutriéndose de normas específicas que resultan apropiadas para relaciones internacionales que se han desarrollado consuetudinariamente v.gr. principios generales del derecho, entendidos como un conjunto normativo que no deriva de un único ordenamiento estatal sino que se desprende de la comparación de los derechos nacionales, fuentes internacionales tales como convenios internacionales, jurisprudencia de los tribunales internacionales, etcétera; y el grado de su eficacia, que va a ser considerado desde un simple recurso interpretativo, hasta un verdadero ordenamiento supraestatal (Fernández Rozas, 2013b, pág. 41).

y europea, pero aún es incipiente en América Latina; sectores amplios de la doctrina del DIP'r directamente desconocen su existencia y, por si fuera poco, entre aquellos que la reconocen concurren varias posturas que intentan encuadrar teóricamente el fenómeno observado. Fernández Rozas, en apretada síntesis, clasifica esas posturas atendiendo a los siguientes criterios: el ámbito de materias que abarca, su eventual juridicidad y las técnicas normativas utilizadas (pág. 137)⁴³.

Por su parte, Goode(2010) resume el desacuerdo sobre la nueva *lex mercatoria*, así:

“No existe un acuerdo sobre lo que la lex mercatoria abarca. Para algunos se trata meramente de otro rótulo para

el derecho comercial transnacional y por lo tanto abarca todos los tipos de armonización, formales e informales. Para otros, se trata de un producto de la así denominada creación espontánea de normas internacionales a través del uso internacional del comercio, evidenciando reglas de las cámaras de comercio, las cláusulas de los contratos standard, y los principios generales y las reglas y restatements formulados por agencias internacionales. Se propone a la lex mercatoria como un conjunto de reglas que no solo pueden ser aplicadas por árbitros ex post, sino que pueden ser elegidas por las partes como derecho aplicable para sus contratos” (págs. 85-86).

A su turno, Operti Badán y Fresneda de Aguirre (2010) describen el desacuerdo que gira en torno al fenómeno aludido en éste acápite, en los siguientes términos:

“...la doctrina mantiene un debate en cuanto a la defensa o rechazo de la lex mercatoria –sin que eso obste al reconocimiento de su existencia–, desarrollada en los años 60's y refutada en cuanto al propio contenido de la misma. Los partidarios buscan incluir dentro de ella toda suerte de normas no vinculadas entre sí por principios generales del orden jurídico, como la jerarquía, pilar básico de la doctrina kelseniana. Puede verse que una definición amplia que incluya los usos y

⁴³ A lo que el autor añade: “En rigor, y al margen de si existe un *tertium genus* de carácter espontáneo, si la soberanía es una noción intrínseca al derecho y si el derecho internacional general posee un nivel de coercibilidad muy distinta de la del Estado, es difícil pensar en un ordenamiento jurídico transnacional con autonomía propia en un determinado sector; y menos aún en el marco de las transacciones comerciales donde los intereses nacionales e internacionales están particularmente definidos. Pero no debe ser motivo de escándalo desde la teoría general del derecho hablar de un orden jurídico transnacional, existe en este sector un importante “optimismo juridizante” que se decanta claramente partidario de que la nueva *lex mercatoria* conseguirá su objetivo transformándose desde su propio sistema y bajo el peso de las necesidades del comercio internacional en un orden jurídico perfecto y acabado” (pág. 137).

costumbres del comercio, los principios de UNIDROIT y la Convención de Viena, da cuenta de una recopilación de carácter práctico, sin ajustarse a un ordenamiento regular de las fuentes, a tal punto que llega a tomar en cuenta la jurisprudencia de aplicación de dicha lex mercatoria. Esto último genera, obviamente, dificultades y eventuales contradicciones, así como un fraccionamiento en función del país donde dicha fuente se desarrolla” (pág. 392).

Así las cosas, las principales discusiones ya no se centran en su existencia, sino más bien en establecer sus características y condiciones de aplicación, así como su papel frente al desarrollo de los contratos internacionales. Las críticas más fuertes que se le hacen, recaen en la delimitación de sus fuentes, su pretensión de plenitud, su contenido y efectivas oportunidades de aplicación (Tobar Torres, 2012, pág. 249). En este contexto, Cordero Moss (2010) resalta que:

“La teoría de la lex mercatoria (...) ha recibido apoyo convincente de ciertos círculos académicos, pero ha sido acogida con escepticismo por la práctica judicial. Las principales razones para este escepticismo son: que resulta muy difícil determinar cuál es el contenido exacto de la lex; que los principios que pueden ser determinados como parte de la lex son,

en su mayoría, vagos y, por tanto, no pueden ser usados para decidir conflictos específicos de carácter técnico-legal, y que el contenido de la lex es bastante fragmentario, dejando muchas lagunas en la ley. Algunos de estos aspectos negativos pueden ser solucionados por los restatements, las sistematizaciones y la normalización de la lex que han sido producidas en los últimos años y, en particular, por la Troika [la autora hace referencia a la CISG, los Principios de UNIDROIT y los PDEC]” (pág. 47)⁴⁴.

Al margen de las muchas controversias que se ciernen entorno a la nueva *lex mercatoria*, deben valorarse estas construcciones teniendo en cuenta que puede esconderse, subrepticamente, una labor de marketing por parte de los operadores jurídicos dedicados a la solución de conflictos en el ámbito mercantil internacional, buscando poner en presencia del mercado, soluciones de controversias contractuales mercantiles internacionales. Además,

⁴⁴ Para Perales Viscasillas (2014c), la Convención de las Naciones Unidas para el Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías —a la que califica como uno de los textos de derecho uniforme de mayor éxito, no solo por el altísimo número de países que la han ratificado, sino sobre todo por la influencia que ha ejercido en la conformación de un derecho uniforme cada vez más sólido y universal, aún en proceso de florecimiento y desarrollo— influyó en la elaboración de los Principios de UNIDROIT y los PECL (págs. 21-24).

desde el plano ideológico, podría sostenerse que la construcción de la *lex mercatoria* beneficia solamente a las partes fuertes y países desarrollados, y no sería más que una doctrina del *laissez-faire*, asegurando el cumplimiento obligatorio del contrato. Aunque esas críticas no carezcan totalmente de fundamento, son únicamente los acuerdos legítimamente negociados lo obligatorios para las partes y, además, el principio *pacta sunt servanda* no es de por sí desfavorable para ninguna de ellas (Fernández Rozas, 2009, pág. 108; Moreno Rodríguez, 2013, pág. 379).

Lo anterior, teniendo en cuenta que se ha establecido una práctica jurídica que funciona cuando, al margen de los ordenamientos jurídicos nacionales y de las convenciones internacionales, con un sistema normativo y unos procedimientos de arreglo de controversias privativos que no pueden ser ubicados dentro de la jerarquía normativa clásica entre el derecho nacional y el derecho internacional, las empresas multinacionales celebran entre sí contratos que ya no se someten a ninguna jurisdicción ni a ningún derecho material estatal.

En ese orden de ideas, pareciera que el derecho de los negocios internacionales se configura hoy por hoy, en un conjunto normativo derivado del libre juego de voluntades autónomas, dotado de mecanismos que

aseguran su autonomía respecto de otros sectores de la actividad económica internacional, adquiriendo un aspecto inacabado y poliforme. En los procesos de normación de este *ordenamiento*, al no poder realizarse en su totalidad a través de instituciones estatales o internacionales, instituciones privadas, que provienen de la *autojuridificación* de fragmentos sociales altamente diversos, asumen un marcado protagonismo. La sustracción de la pretensión reguladora de los ordenamientos nacionales y el internacional, y la aspiración a un nivel regulador autónomo, es lo novedoso del actual fenómeno⁴⁵ (Fernández Rozas, 2013b, págs. 43-45).

Cabe decir que, en el ámbito del derecho comercial internacional⁴⁶, la regulación originada en las organi-

⁴⁵ Según Perales Viscasillas (2014a): “se evidencia un sistema propio y específico, que ciertamente revela en algunos aspectos un compromiso entre diferentes reglas jurídicas, pero que está construido sobre la idea de facilitar el intercambio comercial, bajo la influencia del desarrollo de la práctica comercial y a la sombra de una permanente aplicación e interpretación propia conforme a los principios de uniformidad, internacionalidad y buena fe” (pág. 10).

⁴⁶ “Dentro de este marco, es notorio el papel que cumplen los comerciantes desde la historia de los tiempos para regular sus negocios, ajustándose a unas fórmulas de tipo privado y flexible, que les permitan proveer de certeza a los agentes económicos, al menos cuando sus relaciones se desarrollan en un terreno no contencioso” (Opertti Badán & Fresnedo De Aguirre, 2010, pág. 393).

zaciones internacionales públicas, —como la CNUDMI, con la elaboración de tratados, cláusulas modelo, contratos tipo, leyes modelo, etcétera; en un terreno similar, se sitúan los Principios de UNIDROIT que, si bien no constituyen un verdadero código, contribuye a profundizar con amplitud la regulación de esta figura—, o privadas —entre éstas, cabe recordar el trabajo de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), así como la autodenominada Comisión para el Derecho Europeo de Contratos, encabezada por el profesor Ole Lando, cuyo carácter no es oficial, pero aun así despertó el interés de la Unión Europea y ha tenido una amplia difusión al interior de ella—, aunque se relacionan y pueden ser usadas como una forma de su expresión, debe ser distinguida de la nueva *lex mercatoria* cuya evolución, lentamente continúa gestándose con el paso del tiempo.

Puestas así las cosas, no puede perderse de vista que ante un régimen de contratación internacional tan disperso y dísimil como el actual, en el afán de unificar criterios jurídicos, se han creado instituciones, tales como la CNUDMI, el UNIDROIT, la CCI, la Comisión para el Derecho Europeo de Contratos, etcétera, con el propósito de reducir obstáculos al libre mercado a través de la armonización jurídica del comercio internacional. Los instrumentos que

producen dichas instituciones, suelen ser clasificados dependiendo de su vinculatoriedad, en documentos de *hard law* y de *soft law* (Peña Nossa, 2014, págs. 175-176). Precisamente, la teoría de la nueva *lex mercatoria* se ha interrelacionado con varios de esos instrumentos, algunos de los cuales, a pesar de carecer de fuerza vinculante, han sido denotados como expresión, concreción o consolidación de la primera; tal como ocurre con algunas leyes modelo, v.gr. la ley modelo de arbitraje comercial internacional de la CNUDMI de 1985, reformada en 2006.

4. Las leyes modelo: manifestación del proceso de globalización y armonización jurídica

“Gracias a la transformación de los Estados, por influjo de los procesos de integración económica, se han modificado las formas de creación de Derecho, y el soft law es una evidencia de la adaptación a este nuevo contexto global, puesto que la realidad reclama efectividad inmediata y activismo en su adaptabilidad al nuevo entorno”
(Cortés Cabrera, 2014, pág. 60).

Las leyes modelo son manifestaciones de *soft law*. El *soft law* o *derecho blando*, en traducción literal, consiste en todas aquellas reglas y principios generales no coercitivos, que regulan

los contratos transnacionales, y cuya obligatoriedad se deriva de la autonomía de la voluntad, cuando las partes deciden incorporarlos a sus estipulaciones; o, al servir de guía para la toma de decisiones de árbitros y jueces, al fallar principalmente conflictos donde las partes no han escogido la ley aplicable que regulen sus convenios. En la actualidad, el paradigma liberal de la autonomía de la voluntad permite la adaptabilidad a los cambios, ya que son las nuevas realidades las que van transformando al derecho. Así las cosas, hoy por hoy, el *soft law* se instaure como una fuente alternativa, que se caracteriza por la carencia de coercitividad, desapego a la rigidez de la legalidad y por la indeterminación en su contenido. Las condiciones generales de contratación, modelos contractuales y cláusulas tipo, así como recomendaciones, manuales, directrices, compilaciones de principios, términos uniformes, reglas estándar, leyes modelo y guías de distinto alcance, etcétera, son de las principales manifestaciones que tiene el *soft law*.

No obstante, y sin perjuicio del desarrollo de dichos instrumentos, actualmente la más notable manifestación del *soft law*, y de la privatización de la armonización jurídica, es el desarrollo de *Restatements Internacionales*, desarrollados en medios académicos o en el seno de organismos interna-

cionales; son los instrumentos que tienen más potenciales destinatarios y usuarios: no sólo redactores de contratos, sino también, académicos, legisladores nacionales e internacionales, tribunales arbitrales y cortes estatales. Al respecto, haciendo alusión a los Principios de UNIDROIT⁴⁷ como ejemplo de *Restatements Internacionales*, menciona Pablo-Romero Gil-Delgado (2014), que:

“Los Principios Unidroit han sido considerados desde su aparición como un paso significativo hacia la globalización del pensamiento jurídico, en cuanto que representan una codificación privada o restatement de la parte internacional de los contratos y constituyen, sin duda, un esfuerzo importante para armonizar y uniformar el derecho sustantivo aplicable a los contratos comerciales internacionales. En la redacción de los Principios los redactores fueron capaces de olvidarse de sus estrechos patrones jurídicos y con una gran amplitud de miras, con-

⁴⁷ Para Perales Viscasillas (2014b), por su forma de presentación, finalidad y contenido, los Principios de UNIDROIT recuerdan más a los *Restatements* que a los códigos de los sistemas del civil law, excepto por lo que se refiere a su redacción. Sin embargo, aun así ésta última “acoge las orientaciones de los *Restatements* al acompañarse también de ejemplos (*illustrations*) y de un “título” para cada artículo que avanza cuál es su contenido. Por ejemplo, el artículo 2.5. se acompaña de una descripción de su contenido (*Rechazo de la oferta*)” (págs. 241-242).

siguieron el gran logro de llegar a un terreno común. Además han realizado grandes esfuerzos para impulsar su aplicación, ya que sin esta aplicación práctica los principios hubieran tenido un impacto muy limitado" (pág. 255).

Así visto, el soft law alude a textos cuya normatividad no tiene fuerza de obligar en sí misma –por lo que su clave radicaría en la descripción de los fenómenos que comprende y la sujeción al concepto de Derecho que se adopte (Cortés Cabrera, 2014, pág. 59)—, a diferencia de otros instrumentos como las convenciones o los tratados internacionales, que una vez producida su incorporación al derecho interno y dándose sus condiciones de aplicación, resulta n inmediatamente aplicables a una transacción salvo que las partes decidan excluirlos, tal como sucede con la Convención de las Naciones Unidas para los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CNUCCIM o CISG)⁴⁸, sino

⁴⁸ La CNUCCIM, elaborada por la UNCITRAL, es el instrumento vinculante del derecho uniforme más notable en el globo. Al respecto, menciona Perales Viscasillas que esa es la institución que puede responder a los problemas jurídicos universales que se plantean en el comercio global del siglo XXI, superando las soluciones nacionales o particulares. Para dicha autora, UNCITRAL ha legitimado su posición como agencia formuladora capaz de elaborar el derecho exigido por una economía globalizada; sin desconocer la labor de otras organizaciones en el ámbito de los contratos mercantiles internacionales y del arbitraje comercial

que dependen, para su eficacia, del acuerdo de voluntades de las partes (Perales Viscasillas, 2014d, pág. 333).

Pues bien, no debe pasarse por alto que:

"el orden jurídico internacional ya no es un universo cerrado, y hoy los miembros de la comunidad internacional juegan un rol activo en la generación de soluciones, pudiendo acordar nuevas fórmulas para crear derechos, cubriendo lagunas en las cuales la

internacional, como el UNIDROIT o la CCI (2014a, págs. 4-5). Respecto de la UNCITRAL, la C. Constitucional en sentencia del 23 de julio de 1997 (M.P. Jorge Arango Mejía), señaló que al ser su objeto principal la elaboración y puesta a disposición de normas que unifican el derecho comercial internacional, ésta, al encargarse de la compilación de las tendencias más relevantes que se dan al seno del derecho comercial a nivel internacional, reconoció implícitamente la idoneidad que éste tipo de instrumentos, en razón a su vigencia y correspondencia con el contexto del comercio contemporáneo, tiene para regir las relaciones mercantiles. En dicha ocasión, dijo la corporación que: "... la UNCITRAL es una comisión de la Organización de las Naciones Unidas cuyo objeto básico consiste en proponer normas que unifiquen el derecho comercial internacional. De esta forma, esa comisión recoge las que, a su juicio, constituyen las tendencias más relevantes del derecho comercial internacional en torno a un punto específico, las plasma en un proyecto que las codifica y, luego, las somete a la consideración de la comunidad de naciones, recomendando su aprobación o incorporación a los respectivos derechos internos" (Corte Constitucional, Sala Plena (23 de Julio de 1997) Sentencia C-347/97 [M.P. Jorge Arango Mejía], 1997).

legislación es insuficiente, ineficaz o carece de consenso, o satisfaciendo nuevos intereses de la comunidad internacional, que de otro modo se tornaría complejo, al mismo tiempo de ir enriqueciendo aún más el soft law, dotándolo de nuevas características para dar respuesta a nuevos problemas” (Cortés Cabrera, 2014, pág. 59).

El carácter vinculante del que carece el soft law, propio de tratados o convenciones internacionales, es al mismo tiempo el talón de Aquiles de éstos últimos: su concreción demanda demasiados esfuerzos y los países no están en la obligación de ratificar el instrumento. Ello, aunado al tiempo y recursos necesarios que se invierten para su gestación, y que por la rigidez y múltiples dificultades de la armonización vía instrumentos de hard law pueden perderse, motiva la armonización mediante la elaboración de instrumentos de soft law. En efecto, *“uno de los rasgos esenciales del régimen del soft law, en contraposición al hard law, es la participación y aporte de recursos de actores no gubernamentales en la construcción, operación e implementación de instrumentos del soft law” (Cortés Cabrera, 2014, pág. 61).*

Aunque el soft law no puede ser impuesto coactivamente recurriendo a la fuerza pública, ello no significa que carezca de normatividad o que no lle-

gue a ser acatado. Sobre el particular, Kaufmann-Kohler (2010) anota que:

“A pesar de su falta de exigibilidad, los sujetos pasivos de una norma de soft law pueden percibirlo como vinculante e, incluso si no lo hacen, pueden decidir acatarla. Existen diversas razones para este comportamiento, las que son explicadas mejor por psicólogos que por juristas. Estas incluyen en su mayoría un sentido de respeto por la autoridad del <<legislador del soft law>>, autoestima, conformismo social, conveniencia, búsqueda de predictibilidad y certeza, el deseo de pertenecer a un grupo, y el temor a la humillación pública. Sin embargo, el grado de normatividad varía de una norma a la otra. Algunas normas de soft law son más blandas que otras. Lo mismo ocurre con las normas de hard law. En otras palabras, hay una escala móvil de blandura y dureza (o normatividad) en cualquier norma” (pág. 109).

Así las cosas, las leyes modelo suelen ser definidas como textos cuyo papel es cada vez más relevante para la aproximación de las legislaciones estatales en razón, principalmente, por servir a los Estados para la regulación de una materia concreta en la legislación de acuerdo con sus propias necesidades, como soluciones aceptadas internacionalmente a una materia concreta. De cualquier modo,

se trata de una técnica de codificación *alternativa* que comporta un bajo nivel de cooperación internacional, configurándose más, en la mayoría de las veces, en una solución puntual a una concreta situación que como un método genérico de codificación (Fernández Rozas, 2013 b, págs. 64-70).

Como técnica indirecta para lograr la armonización del derecho, la ley modelo carece de valor normativo en el sentido de que los Estados no se obligan internacionalmente a integrarla en su ordenamiento jurídico⁴⁹ (Vargas Gómez-Urrutia, 2000, pág. 75). Así, dado que se trata de un *modelo de ley*, los legisladores estatales pueden ignorarla, promulgarla tal cual, o con las modificaciones que consideren pertinentes. Además, esa flexibilidad otorga a los Estados, en contraste con los necesarios pero engorrosos procedimientos para modificar un tratado, la potestad de efectuar, solamente mediante el proceso legislativo normal, las modificaciones que consideren pertinentes, una vez sea adoptado el texto de la

ley modelo (Del Duca, 2007, pág. 631; 2012, págs. 113-114).

Mientras se armoniza y actualiza la legislación interna, y se pone a tono con la reglamentación aceptada internacionalmente, *se le permite* al Estado modificar o suprimir alguna disposición de la ley modelo, así como adaptar el texto a sus peculiaridades internas. Un gran inconveniente de las leyes modelo es su interpretación: los tribunales estatales, en principio no están en la obligación de considerar el carácter internacional del texto y la necesidad de promover su uniformidad en la interpretación. Por tanto, la aplicación de una ley modelo es un asunto de derecho interno. Así las cosas, si una ley modelo, al principio puede llevar a cabo una cierta armonización, ello pronto podría perderse, fruto de las divergentes interpretaciones que se tenga en cada uno de los Estados que la hayan acogido (Schwenzer, 2013, pág. 728).

La técnica armonizadora de la ley modelo, ha encontrado éxito en algunas instancias; indudablemente, la ley modelo más exitosa ha sido la de UNCITRAL⁵⁰ sobre el arbitraje

⁴⁹ Con todo y eso, la proliferación de leyes modelo, determinados actos normativos característicos del derecho institucional, convenios internacionales disponibles por las partes o la propia fuerza ejemplificativa de determinados convenios internacionales o compilación de principios y/o reglas, ejercen como fuentes, en sentido impropio, y pueden ser tenidas en cuenta tanto por el legislador, así como por el intérprete (Fernández Rozas, 2013b, pág. 74).

⁵⁰ Algunos de los ejemplos de leyes modelo elaboradas por la UNCITRAL son: sobre arbitraje comercial internacional de 1985, sobre transferencias internacionales de crédito de 1992, sobre contratación pública de bienes, obras y suministros de 1994, sobre insolvencia transfronteriza de 1997, sobre

comercial internacional: ésta, junto con la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, es uno de los instrumentos más influyentes en esa área del derecho (Kaufmann-Kohler, 2010, pág. 117). Como ningún otro modelo de ley, el número de jurisdicciones que la han acogido es impresionante, y por si fuera poco, a pesar del limitado enfoque dado deliberadamente por sus redactores, 'arbitraje comercial internacional', un importante número de Estados la tuvo en cuenta para modernizar, además, su derecho doméstico, tanto respecto del arbitraje comercial como del no comercial (Goode, Kronke, & McKendrick, 2015, pág. 168).

Su recepción por los Estados, donde se ha acogido legislativamente como leyes, ha dado lugar a homologación de normas de *soft law*, y a formas híbridas del derecho: son normas con contenidos determinados casi exclusivamente por una fuente no nacional, a pesar de la adopción formal como ley estatal, mediante los tradicionales procedimientos legislativos estatales⁵¹.

Así, se explicitan funciones que cumple el *soft law*, en el marco de las transacciones comerciales internacionales, las cuales pueden concebirse principalmente desde dos perspectivas:

- i) en relación al legislador estatal, es susceptible de configurar una *directriz habilitante*, v.gr. a través de una directiva comunitaria en el ámbito de la UE, pero también puede perseguir un *efecto dinamizador* abriendo nuevas áreas de expansión del derecho. En éste último sentido, el *soft law* trata de procurar la unificación del derecho sin soportar los costes de negociación que supone un proceso *hard* y, de esa manera, abrir la posibilidad de insertar en el razonamiento jurídico principios o reglas no incorporadas directamente al ordenamiento nacional como *ratio scripta*; y,
- ii) en relación al marco judicial, donde se contempla la posibilidad que tienen los intérpretes para utilizar este *derecho impropio*, no incorporado al ordenamiento jurídico

comercio electrónico de 1996 y sobre las firmas electrónicas de 2001, y sobre comercio internacional de 2002, etcétera (Fernández Rozas, 2013b, pág. 64).

⁵¹ Otro ejemplo de ese tipo de hibridación se encuentra en la "Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo I) del artículo VII de la Convención sobre

el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958" por medio de la cual UNCITRAL, a través de un mecanismo de *soft law*, esto es la recomendación, busca unificar, a través de su fuerza persuasiva, una interpretación más amplia de disposiciones de *hard law* (la Convención de Nueva York -1958-) (De Carolis, 2010, pág. 63).

nacional, como instrumento de construcción y/o de interpretación de sus soluciones. El uso de esas *normas*, aunque condicionado a que se utilice como argumento adicional es factible, e incluso es útil para evidenciar una serie de postulados que existen en determinados círculos jurídicos, y que implícitamente, sirven para fundamentar una decisión⁵² (Fernández Rozas, 2013b, pág. 69).

Gaillard (2010) destaca que las leyes modernas sobre arbitraje, en diversos grados, han *rescatado* a los árbitros del yugo de las reglas de conflicto, permitiéndoles aplicar al fondo del asunto *normas de derecho*, en lugar de un *derecho*, comprendidas las normas que no han tenido creación en un derecho estatal determinado; a lo que el mismo autor agrega que, en razón a que el derecho doméstico de cierto número de Estados parecía inadecuado para responder a las necesidades del comercio internacional, se desarrolló la idea de que los árbitros deberían decidir el asunto, ya no seleccionando un derecho con la ayuda de una regla de conflicto, sino cuando ello fuere necesario recurriendo,

⁵² Esto último, teniendo en consideración que la argumentación cumple un papel fundamental en el derecho: se espera que alguien que presenta una tesis jurídica exponga argumentos que la respalden. Así pues, la aceptabilidad de una tesis jurídica depende de la calidad de su justificación.

ante estipulación contractual o ante el silencio de las mismas, a normas sustantivas adaptadas a las necesidades del comercio internacional: “Como lo ha señalado el profesor Loquin, el método refleja un ‘darwinismo jurídico’ que consiste en ‘seleccionar, entre todas las fuentes del derecho, las reglas que sean más aptas para satisfacer las necesidades del comercio internacional’” (págs. 55-56).

Precisamente, el *soft law* encuentra su máximo apoyo en el arbitraje⁵³. Ese proceso, que se ve favorecido por la globalización y el subsecuente debilitamiento del poder regulatorio estatal, al dejar amplias zonas para el desarrollo de la autonomía de los actores no estatales, es impulsado por la “comunidad epistémica global del arbitraje” (pág. 127). Justamente, el proceso de armonización del arbitraje del comercio internacional, está caracterizado por una fuerte hibridación entre instrumentos del

⁵³ De ahí que para algunos, un abuso de éste en la práctica del arbitraje pueda responder, dependiendo del caso, a una búsqueda de fuga del derecho que pretende convertir la *lex mercatoria* en fuente del derecho, cuando no proponer un nuevo realismo jurídico que identificaría al derecho con su doctrina. Estaríamos ante un conjunto normativo que carece de fuerza vinculante y que, no obstante, ejerce una influencia decisiva en la voluntad de los operadores jurídicos a los que se dirigen en materias de carácter predilectamente dispositivo (Fernández Rozas, 2013b, pág. 69).

hard y el soft law, así como por la homologación de normas blandas.

Prueba de lo anterior, es la ley modelo de arbitraje comercial internacional de UNCITRAL de 1985. Fue creada con la intención de armonizar la regulación del arbitraje del comercio internacional y adaptarla a las necesidades de la práctica arbitral y, su carácter *soft*, facilitó una onda expansiva de reformas legislativas estatales a nivel global debido, tal vez, a que su no recepción podría implicar no ajustarse a estándares internacionales y, consecuentemente, aislar al país del resto de la comunidad internacional de arbitraje, haciendo que los extranjeros no acudan a sus tribunales y obligando a que sus nacionales tengan que acudir a tribunales foráneos; a la vez que permitió a cada país, adecuar el texto a sus necesidades internas: ello ha dado lugar a que se considere, incluso, a esa ley modelo como un uso comercial o parte de la *nueva lex mercatoria* (De Carolis, 2010, pág. 62). Su recepción por los Estados, donde se ha acogido legislativamente como leyes, ha dado lugar a homologación de normas *soft*, y a formas híbridas del derecho: son normas con contenidos determinados casi exclusivamente por una fuente no nacional, a pesar de la adopción formal como ley estatal, mediante los tradicionales procedimientos legislativos estatales.

Ahora bien, si se mira con detenimiento el artículo 64 de la Ley 1563 de 2012⁵⁴, podrá observarse que éste autoriza expresamente a los árbitros para que en la interpretación del arbitraje internacional tengan en cuenta dicho carácter y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación, y de la buena fe —el inc. 1º reza: “*En la interpretación del arbitraje internacional habrán de tenerse en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe*”—.

⁵⁴ El cual reza: “*En la interpretación del arbitraje internacional habrán de tenerse en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.*” || Las cuestiones reguladas en materia de arbitraje internacional que no estén expresamente resueltas en ella se resolverán de conformidad con los principios generales que la inspiran. || Cuando una disposición de la presente sección, excepto el artículo 101, deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad entraña la de autorizar a un tercero, incluida una institución, para que adopte esa decisión. || Cuando una disposición de la presente sección, se refiera a un acuerdo que las partes hayan celebrado o que puedan celebrar o cuando, en cualquier otra forma, se refiera a un acuerdo entre las partes, se entenderán comprendidas en ese acuerdo todas las disposiciones del reglamento de arbitraje en él mencionado. || Cuando una disposición de la presente sección, excepto el numeral 1 del artículo 98 y el literal a) del numeral 2 del artículo 105, se refiera a una demanda, se aplicará también a una reconvencción, y cuando se refiera a una contestación, se aplicará asimismo a la contestación de esa reconvencción”.

“Tener en cuenta el carácter internacional” de un asunto, es considerar el contexto en el que éste se ha desarrollado; es tener en cuenta el entorno de la disputa. En efecto, el precepto reconoce que, para la interpretación en ese tipo de controversias, deben tomarse en cuenta el conjunto de circunstancias que rodean la relación de la que nace la disputa; así, el precepto instituye la consideración del origen internacional de la controversia para la interpretación en sede de arbitraje.

Por ello, el texto de la disposición va en la misma vía de lo manifestado por Jaramillo Jaramillo (2014), cuando resalta que, respecto de la integración contractual, hoy es necesario atender a otras realidades, intereses y circunstancias, esencialmente a la confianza legítima que una de las partes pudo eventualmente haber suscitado, elementos extratextuales, así el acuerdo virtualmente apunte a otra dirección (pág. 123). Puestas así las cosas, ¿qué impide, en Colombia, hacer esa misma consideración fuera del arbitraje comercial internacional?

Por otra parte, indica el artículo que debe tenerse en cuenta “la necesidad de promover la uniformidad de la aplicación”. Al respecto, la norma parece confusa pues no se comprende a qué refiere exactamente cuándo invita a una aplicación uniforme: en efecto, ¿a qué se refiere la norma cuando invita

a hacer una aplicación uniforme? ¿Aplicación uniforme de qué? ¿Aplicación uniforme de la interpretación? ¿Aplicación uniforme del arbitraje internacional? ¿Aplicación uniforme de la interpretación del arbitraje internacional? ¿Aplicación uniforme del derecho armonizado del comercio internacional?

Pues bien, debe mencionarse que el precepto original, esto es, el art. 2 A. “Origen internacional y principios generales” de la ley modelo, indica: “en la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe”. Así, fácilmente se observa que hubo una mayúscula desaprensión por parte del legislador colombiano, al limitarse a sustituir la expresión “la presente ley” por “del arbitraje internacional”, pues de la lectura de la norma, no parece claro indicar que debe interpretarse la Ley 1563, o por lo menos la sección tercera de dicha ley, atinente al arbitraje comercial internacional, de manera uniforme considerando su origen internacional, pareciendo ser ello lo pretendido por la CNUDMI con la ley modelo elaborada⁵⁵.

⁵⁵ Lo anterior, teniendo en consideración lo expresado en la Resolución de la Asamblea General de las N.U. 61/33 de 2006 cuando “recomienda que todos los Estados adopten una posición favorable a la incorporación al derecho

A pesar de lo anterior, resulta evidente que en sede de arbitramento internacional, la interpretación y aplicación que se haga del derecho debe atender a la uniformidad del mismo en el campo del comercio internacional, y no a criterios localistas. Así las cosas, aunque ello podría explicarse por una desaprensión en la redacción del proyecto de ley que dio como fruto la norma colombiana en mención, teniendo en cuenta la particularidad de la misma, la cual surgió por la incorporación y adaptación de la ley modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional⁵⁶, de todas maneras, es claro que se advierte por parte del legislador colombiano el ánimo por apoyar la interpretación y aplicación uniforme del Derecho que rige las relaciones internacionales.

Ahora bien, teniendo en consideración que legislativamente en Colombia, a través del Artículo 64 de la Ley 1563 de 2012, se admitió en sede de arbitraje internacional tener en cuenta

en la solución de una controversia, el carácter de internacionalidad y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación, así como la observancia de la buena fe, en principio, no se encuentra impedimento que prohíba utilizar ello en la jurisdicción civil y comercial colombiana, en concordancia con la sistematicidad del ordenamiento jurídico (cfr. Ley 153 de 1887).

No se pierda de vista que un contrato no sólo obliga a lo que en él se estipula, sino que obliga también a todo lo que corresponda a la naturaleza del mismo, según la ley, la costumbre o la equidad natural (art. 1603 del Código Civil y 871 del código de Comercio), por lo que en el ámbito interno colombiano, están abiertas las puertas para aplicar los parámetros vistos de la ley 1563; evidentemente, con el celo y cuidado que ello supone para no distorsionar ningún elemento de la controversia conocida por el decisor jurídico.

Vistas así las cosas, nótese cómo la adopción por parte del Estado Colombiano de la Ley 1563 de 2012, no solo significa desde el ámbito legislativo una señal de asimilación estatal interna, respecto de la armonización jurídica internacional, sino que además, sustenta la teoría de la nueva *lex mercatoria* cuando ésta se apoya en instrumentos propios de la armonización.

74

interno de los artículos revisados de la Ley Modelo, o de la Ley Modelo revisada de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional, cuando aprueben o revisen sus leyes, habida cuenta de la conveniencia de uniformar el derecho relativo a los procedimientos de arbitraje y las necesidades concretas de la práctica en materia de arbitraje comercial internacional".

⁵⁶ Documentos de las Naciones Unidas A/40/17, anexo I, y A/61/17, anexo I. Aprobada el 21 de junio de 1985 y enmendada el 7 julio de 2006 por la CNUDMI.

Asimismo, la introducción de normas de este tipo, abre nuevos derroteros para el derecho privado aplicable al interior de las fronteras, en la medida que introduce figuras que permiten dotar al sistema jurídico colombiano de herramientas capaces de responder a los desafíos que trae la globalización.

5. Conclusiones

La globalización ha provocado en el derecho un doble efecto: conduce a la superación de la estatalidad de éste, ocasionando una ultranacionalidad del derecho oficial, es decir, su aplicación fuera de los confines nacionales del Estado que lo ha elaborado, pero a la vez, actúa por encima del principio de nacionalidad, puesto que se genera la formación de un derecho no oficial, destinado a reglar las relaciones económicas paraestatales. Así las cosas, los legisladores privados están llenando un vacío en el comercio internacional, y los agentes de éste último, mediante el empleo de sus normas, han sabido responder. También responden legisladores nacionales, que en el contexto de la globalización, favorecen la autorregulación o creación de normas sin la activa participación de los Estados al aceptar y reconocer su aplicación, tal como ocurre con el artículo 101 de la ley 1563. Así, se muestra cómo

la globalización no sólo ha transformado gradualmente las estructuras políticas y económicas, sino que además, genera que se transformen los aparatos de producción normativa.

Estando así las cosas, aunque la teoría de la *nueva lex mercatoria* no ha generado, a pesar de ser una de las propensiones más influyentes de la escena jurídica mundial, el consenso necesario entorno a lo que abarca su idea; un gran sector de la doctrina viene afianzándose sobre instrumentos de naturaleza 'soft' como concreción, consolidación o expresión de aquella. Lo anterior, encuentra respaldo en el tipo de normas estatales aquí aludidos; ello, por cuanto el *soft law* encuentra operatividad a escala estatal, donde persigue un *efecto dinamizador* abriendo áreas de expansión para el derecho, ejemplo de ello son algunas leyes adoptadas en Colombia como la Ley 527 de 1999, la Ley 1116 de 2006, la Ley 1563 de 2012 o la Ley 1676 de 2013.

En razón a lo anterior, puede concluirse que la aplicación voluntaria del *soft law*, es decir, el amplio reconocimiento y uso de las normas elaboradas por respetadas y prestigiosas organizaciones internacionales, se constituye en la actualidad, en un importante foco de armonización; dicho fenómeno, que puede calificarse como la *homologación de normatividad blanda*, es

susceptible de darse, a escala estatal, tanto en la órbita judicial, como en el ámbito legislativo y en el de la praxis contractual. Aquí, únicamente se hizo referencia al ámbito legislativo, con la exposición de uno de los ejemplos más ilustrativos, lo que da luces de cómo puede girar el debate futuro en torno a la teoría de la nueva *lex mercatoria*.

Bibliografía

- Aljure Salame, A. (2009). La ley aplicable a los contratos internacionales o con elementos extranjeros. En F. Mantilla Espinosa, & F. Ternera Barrios, (Dir.), *Los Contratos en el Derecho Privado* (pp. 351-370). Bogotá D.C., Colombia: Universidad del Rosario & Legis.
- Bauman, Z. (2005). *Vidas desperdiciadas. La modernidad y sus parias*. Trad. de Pablo Herminada Lazcano. Barcelona, España: PaídosIberica.
- Bauman, Z. (2011). *Daños Colaterales: Desigualdades sociales en la era global*. Trad. de Lilia Mosconi. México D.F., México: Fondo de Cultura Económica.
- Bauman, Z. (2015). *La Globalización: Consecuencias humanas*. Trad. de Daniel Zadunaisky. México D.F., México: Fondo de Cultura Económica.
- Bonilla Aldana, J. (2013, Julio/Diciembre). La armonización del Derecho, concepto y críticas en cuanto a su implementación. *Revista E-Mercatoria*, 12 (2), 80-139.
- Bonilla Sanabria, F. A. (2014). El nuevo régimen legal de las Garantías Mobiliarias: Ley 1676 de 2013. *Revista E-Mercatoria*. Recuperado de: <http://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/actualidad/mobiliarias.pdf>
- Burgos Silva, J. G. (2011, Julio/Diciembre). El derecho internacional en el contexto de la globalización: Conflictos y transformaciones. *Estudios de derecho*, 68 (152), 13-30.
- Cataño Berrío, S. E. (2009). Caracterización del ejercicio de la autonomía privada en el escenario de la transnacionalización de capitales. *Estudios de Derecho*, 66 (148), 145-164.
- Cataño Berrío, S. E. (2010). *La autonomía privada en la transnacionalización de capitales*. Medellín, Colombia: Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
- Castrillón y Luna, V. M. (2011). *La Lex Mercatoria. El derecho del comercio internacional*. Saarbrücken, Alemania: Lap Lambert Academic Publishing GmbH & Co. KG.
- Cordero Moss, G. (2010). El derecho contractual general y su (limitada) aptitud para ser armonizado. En J. Basedow, D. P. Fernández Arroyo & J. A. Moreno Rodríguez (Edits.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial*

- internacional?*(pp.29-50). Asunción, Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP), La Ley & Thompson Reuters.
- Correa Delgado, R. (2014). *Ecuador: de Banana Republic a la No República*. Bogotá D.C., Colombia: Penguin Random House Grupo Editorial S.A.S.
- Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión (05 de Junio de 1992) Sentencia T-406/93 [M.P. Ciro Angarita Barón].
- Corte Constitucional, Sala Plena (23 de Julio de 1997) Sentencia C-347/97 [M.P. Jorge Arango Mejía].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (16 de diciembre de 2010) Ref: exp. 05001-3103-010-2000-00012-01. [M.P. Arturo Solarte Rodríguez].
- Cortés Cabrera, B. A. (2014). El soft law y su aplicación en el derecho comercial internacional. *Revista Tribuna Internacional*, 3 (6), 55-69.
- De Carolis, D. (2010). Some Features of the Harmonisation of International Trade Law in the Third Millennium. *Uniform Law Review*, 15, 37-72.
- Del Duca, L. (2007). Developing Global Transnational Harmonization Procedures for the Twenty-First Century: The Accelerating Pace of Common and Civil Law Convergence. *Texas International Law Journal*, 42(3), 625-660.
- Del Duca, L. (2012). Developing Global Transnational Harmonization Procedures for the Twenty-First Century: The Accelerating Pace of Common and Civil Law Convergence-First Decade Update. En Fogt, M. M. (Ed.) *Unification and Harmonization of International Commercial Law* (pp. 107-150). Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International.
- De Ly, F. (2012). De Facto Harmonization by Means of Party Autonomy and Model Contract Clauses (Lex Mercatoria). En Fogt, M. M. (Ed.) *Unification and Harmonization of International Commercial Law* (pp. 151- 160). Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International.
- De Miguel Asensio, P. A. (2013). Contratación comercial internacional. En J. C. Fernández Rozas, R. Arenas García & P. A. De Miguel Asensio, *Derecho de los Negocios Internacionales* (4ª ed., pp. 257-357). Madrid, España: Iustel.
- Edlund, H. H. (2012). The Concept of Unification and Harmonization. En Fogt, M. M. (Ed.) *Unification and Harmonization of International Commercial Law* (pp. 7 -18). Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International.
- Escuti, I. (2011). Problemas que plantea la circulación de modelos contractuales. En J. A. Moreno Rodríguez & D. Fernández Arroyo, *Contratos*

- y arbitraje en la era global. *Jornadas Franco-Sudamericanas de derecho comparado. Buenos Aires, 26 y 27 de abril de 2011* (pp. 253-264). Asunción, Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP) & Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP).
- Evans, P. (2007). ¿El eclipse del Estado? Reflexiones sobre la estatalidad en la época de la globalización. En M. Carbonel, R. Vázquez, P. Evans, D. Held, R. Toscano, M. Revelli & M. Iglesias Vila, *La Globalización y el orden jurídico; Reflexiones contextuales*. Trad. de Tania Sánchez-Juárez Zugazagoitia, (pp. 37-68). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Fernández De Soto, G. (2003). Una nueva visión de la integración andina en un mundo globalizado. *Revista de derecho Privado* (Universidad de los Andes), pp. 127-149,
- Fernández Rozas, J. C. (2009). Autoregulación y unificación del derecho de los negocios internacionales. En J. González García, *Derecho de la Regulación Económica VIII. Comercio Exterior* (Vol. viii, pp. 83-137). Madrid, España: Iustel.
- Fernández Rozas, J. C. (2013a). Arbitraje Comercial Internacional. En J. C. Fernández Rozas, R. Arenas García & P. A. De Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales* (4ª ed., pp. 639-737). Madrid, España: Iustel.
- Fernández Rozas, J. C. (2013b). Derecho de los negocios internacionales. En J. C. Fernández Rozas, R. Arenas García & P. A. De Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales* (4ª ed., pp. 27-77). Madrid, España: Iustel.
- Fernández Rozas, J. C. (2013c). Un nuevo mundo jurídico: La lex mercatoria en América Latina. En J. A. Silva, *Estudios sobre lex mercatoria: Una realidad internacional* (2ª ed., pp. 95-155). México D.F., México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Flint Blanck, P. (2014). Globalización. En P. Flint Blanck & K. A. Aguirre Moreno, *Negocios y transacciones internacionales* (Vol. 1, pp. 3-51). Lima, Perú: Instituto de Alta Gerencia & Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.
- Gaillard, E. (2010). *Teoría Jurídica del arbitraje internacional*. Asunción, Paraguay: La Ley S.A. & Centreo de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP).
- Goode, R. (2010). Regla, práctica y pragmatismo en el derecho comercial transnacional. En J. Basedow, D. P. Fernández Arroyo & J. A. Moreno Rodríguez (Edits.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?* (pp. 75-106). Asunción, Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Eco-

- nomía y Política (CEDEP), La Ley & Thompson Reuters.
- Goode, R., Kronke, H., & McKendrick, E. (2015). *Transnational commercial law* (2a ed.). New York, United States of America: Oxford University Press.
- Gopalan, S. (2004). New Trends in the Making of International Commercial Law. *Journal of Law and Commerce*, 23, 117-142.
- Jaramillo Jaramillo, C. I. (2014). *Interpretación, calificación e integración del contrato. Aproximación tridimensional al "proceso interpretativo" en el derecho privado contemporáneo*. Bogotá D.C., Colombia: Pontificia Universidad Javeriana & Grupo Editorial Ibañez.
- Judt, T. (2011). *Algo va mal*. Trad. de Belén Urrutia. Bogotá D.C., Colombia: Taurus.
- Kaufmann-Kohler, G. (2010). La codificación y la normatividad del soft law en el arbitraje internacional. En J. Basedow, D. P. Fernández Arroyo & J. A. Moreno Rodríguez (Edits.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?* (pp. 107-127). Asunción, Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CE-DEP), La Ley & Thompson Reuters.
- León Robayo, É. I. (2014). *Los principios de Unidroit como recurso de interpretación contractual en el derecho colombiano*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad del Rosario & Legis.
- León Robayo, É. I. (2015). *Principios y fuentes del Derecho Comercial Colombiano*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- López Villegas, E. (2011). El paradigma de la argumentación de lo razonable. En *Derecho y argumentación* (pp. 73-168). Bogotá D.C., Colombia: Pontificia Universidad Javeriana & Grupo Editorial Ibañez.
- Mantilla Blanco, S. (2013). *¿Derecho a la Carta? Las cláusulas de ley aplicables y tres mitos de la cultura jurídica colombiana*. Bogotá D.C., Colombia: Pontificia Universidad Javeriana & Grupo Editorial Ibañez.
- Magnus, U. (2012). Harmonization and Unification of Law by the Means of General Principles. En Fogt, M. M. (Ed.) *Unification and Harmonization of International Commercial Law* (pp. 161-174). Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International.
- Martel, F. (2011). *Cultura Mainstream. Cómo nacen los fenómenos de masas*. Trad. de Núria Petit Fontseré. México D.F., México: Taurus.
- Monéger, J. (2011). De quelques problèmes posés par la circulation des modèles contractuels. En J. A. Moreno Rodríguez & D. Fernández Arroyo, *Contratos y arbitraje en la era global. Jornadas Franco-Sudamericanas de derecho comparado*. Buenos Aires, 26 y 27 de abril de 2011 (pp. 209-

- 227). Asunción, Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP) & Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP).
- Moreno Rodríguez, J. A. (2010). La contratos y La Haya ¿ancla al pasado o puente al futuro? En J. Basedow, D. P. Fernández Arroyo & J. A. Moreno Rodríguez (Edits.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?* (pp. 245-339). Asunción, Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP), La Ley & Thompson Reuters.
- Moreno Rodríguez, J. A. (2013). *Derecho aplicable y arbitraje internacional*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad del Rosario & Centro de estudios de Derecho, Economía y Política -CEDEP-.
- Munar Cadena, P. O. (2015, Julio) *Internacionalidad del arbitraje en la Ley 1563 de 2012*. Recuperado de: <http://www.vsmlegal.com/notasdesdeescriptorio/internacionalidad-del-arbitraje-en-la-ley-1563-de-2012/>.
- Opertti Badán, D., & Fresnedo De Aguirre, C. (2010). El derecho comercial internacional en el Proyecto de Ley general de derecho internacional privado del Uruguay—Una primera aproximación. En J. Basedow, D. P. Fernández Arroyo & J. A. Moreno Rodríguez (Edits.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?* (pp. 385-411). Asunción, Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP), La Ley & Thompson Reuters.
- Oviedo Albán, J. (2006). Aplicabilidad de la Convención de Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías como Lex Mercatoria. En A. L. Calvo Caravaca & J. Oviedo Albán, *Nueva Lex Mercatoria y Contratos Internacionales*. Tomo II (pp. 22-53). Bogotá D.C., Colombia: Ibáñez.
- Peña Nossa, L. (2014). *De los contratos mercantiles nacionales e internacionales* (5ª ed.). Bogotá D.C., Colombia: Ecoe Ediciones.
- Perales Viscasillas, P. (2014a). Derecho uniforme del comercio internacional y tratados de libre comercio en América. En *Derecho Comercial Internacional* (pp. 3-20). Bogotá D.C., Colombia: Pontificia Universidad Javeriana & Temis.
- Perales Viscasillas, P. (2014b). El derecho uniforme del comercio internacional: Los principios de Unidroit. En *Derecho Comercial Internacional* (pp. 236-318). Bogotá D.C., Colombia: Pontificia Universidad Javeriana & Temis.
- Perales Viscasillas, P. (2014c). La aplicación jurisprudencial en España de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional, los principios de Unidroit y los principios del derecho contractual europeo: de

- la mera referencia a la integración de Lagunas. En *Derecho Comercial Internacional* (pp. 21-48). Bogotá D.C., Colombia: Pontificia Universidad Javeriana & Temis.
- Perales Viscasillas, P. (2014d). Los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales. En *Derecho Comercial Internacional* (pp. 319-343). Bogotá D.C., Colombia: Pontificia Universidad Javeriana & Temis.
- Petsche, M. (2010). *International Commercial Arbitration and the Transformation of the Conflict of Laws Theory*. Michigan State Journal of International Law, 18(3), 454-493.
- Piketty, T. (2014). *El capital en el siglo XXI*. Trad. de Eliane Cazenave-Tapie Isoard & Guillermina Cuevas. Madrid, España: Fondo de Cultura Económica.
- Pulido Riveros, J. C. (2016). *La armonización jurídica en el comercio internacional y su utilidad en la práctica mercantil en Colombia (Tesis de Maestría)*. Bogotá D.C., Colombia: Facultad Nacional de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia. Disponible en: <http://www.bdigital.unal.edu.co/56074/>
- Rivera, J. C. (2007). Ley aplicable al fondo del asunto. En *Arbitraje comercial: internacional y doméstico* (pp. 507-565). Buenos Aires, Argentina: Lexis Nexis.
- Rivera, J. C. (2011). ¿Hacia un derecho supranacional de los contratos en América Latina? En J. A. Moreno Rodríguez & D. Fernández Arroyo, *Contratos y arbitraje en la era global. Jornadas Franco-Sudamericanas de derecho comparado*. Buenos Aires, 26 y 27 de abril de 2011 (pp. 299-320). Asunción, Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP) & Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP).
- Rodríguez Fernández, M. (2009). *Introducción al Derecho Comercial Internacional*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Rodríguez Mejía, M. (2012, Julio/Diciembre). Una aproximación al régimen del arbitraje nacional del nuevo estatuto del arbitraje en Colombia, Ley 1563 de 2012. *Revista de derecho privado*, 23, 379-417.
- Samtleben, J. (2010). Los principios generales del derecho comercial internacional y la lex mercatoria en la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales. En J. Basedow, D. P. Fernández Arroyo & J. A. Moreno Rodríguez (Edits.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?* (pp. 413-426). Asunción, Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP), La Ley & Thompson Reuters.

- Schwenzer, I. (2013). Who Needs a Uniform Contract law, and Why? *Villanova Law Review*, 58, 723-732.
- Silva Romero, E. (2002, Enero/Junio). *Las normas jurídicas aplicables en el arbitraje comercial internacional. Breve contribución al derecho internacional privado colombiano*. *Revista de derecho privado*(28), 3-43.
- Tobar Torres, J. A. (2012, Mayo/Agosto). La nueva Lex Mercatoria o de cuando la realidad supera la ficción. Ataques y defensas de la Nueva Lex Mercatoria en el Comercio Internacional. *Pensamiento Jurídico* (34), pp. 239-274.
- Vargas Gómez-Urrutia, M. (2000). *Contratación internacional en el sistema interamericano*. México D.F., México: Oxford University Press.