

**LA *LEX MERCATORIA* EN EL DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO PERUANO**

Volumen 66 *Biblioteca de Arbitraje del*
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

**La *lex mercatoria* en el derecho
internacional privado peruano**

Raúl Antonio Bravo Sender

CENTRO DE
ARBITRAJE



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ**



Universidad Católica
San Pablo



**ASOCIACION
IBEROAMERICANA
DE DERECHO
PRIVADO**

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

LA LEX MERCATORIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PERUANO

- © RAÚL ANTONIO BRAVO SENDER
raulbravoabogado@gmail.com

- © ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.
Av. Arequipa 2327, Lince, Lima, Perú
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

- © CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
Av. Canaval y Moreyra 751, San Isidro
Telfs. (511) 626-7400 / 626-7401
www.consensos.pucp.edu.pe

- © UNIVERSIDAD CATÓLICA SAN PABLO
Urb. Campiña Paisajista s/n Quinta Vivanco - Barrio de San Lázaro
Telfs. (51) 54-605630 / 54-605600, anexos 200, 300 ó 390
www.ucsp.edu.pe

- © ASOCIACIÓN IBEROAMERICANA DE DERECHO PRIVADO
Calle 56 # 41 - 147 Medellín - Colombia
Telfs. +57 (4) 2398080
<http://www.aiddp.com/>

Primera edición, mayo 2019

Tiraje: 500 ejemplares

Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.

Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.

Miguel Aljovín n.º 414, Miraflores, Lima

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del autor.

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2019-05643

ISBN: 978-612-4400-14-8

Impreso en el Perú - Printed in Peru

*A mis padres Luis y Pilar; así como a mis hermanos
Juan Francisco, Manuel Arturo, Iván Gustavo y
María del Pilar; y a Luis Raúl que está en el cielo.*

AGRADECIMIENTOS

Quiero expresar mi agradecimiento a los doctores: Enrique Gherzi Silva, Alfredo Bullard González, María del Carmen Tovar Gil, Fernando de Trazegnies Granda y Roberto MacLean Ugarteche, por las orientaciones brindadas para abordar desde distintos enfoques el tema objeto de investigación de este texto, el cual es producto de una tesis sustentada en la Unidad de Postgrado de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en junio del 2018. Doy también testimonio de reconocimiento a mi asesor, el doctor Ricardo Beaumont Callirgos; y, en especial, mi gratitud al doctor Mario Castillo Freyre, quien a través de la *Biblioteca de Arbitraje* del Estudio que lleva su nombre, hace posible esta publicación.

ÍNDICE

	Página
Nota del editor	13
Prólogo <i>Enrique Ghersi Silva</i>	15
Introducción	19
Aspectos preliminares	23
Capítulo primero <i>Un poco de historia</i>	25
Capítulo segundo <i>Autonomía privada de la voluntad, libertad de contratación y teoría general del contrato</i>	47
Capítulo tercero <i>La lex mercatoria como derecho según la Escuela Austríaca de Economía</i>	57
Capítulo cuarto <i>Interpretación económica de las obligaciones contractuales y de la lex mercatoria en el ámbito del derecho internacional privado</i>	69
Capítulo quinto <i>La lex mercatoria como derecho sustantivo: entre el sistema uniforme y el sistema conflictualista</i>	73

Capítulo sexto	81
<i>Reglas del conflicto de leyes en la lex contractus</i>	
Capítulo séptimo	87
<i>La lex mercatoria: entre el individualismo metodológico y el orden público internacional</i>	
Capítulo octavo	101
<i>La lex mercatoria frente a la soberanía estatal y la transnacionalización del derecho</i>	
Capítulo noveno	107
<i>Contexto actual sobre la aplicabilidad de la lex mercatoria</i>	
Capítulo décimo	121
<i>Propuestas sobre la factibilidad de aplicación de la lex mercatoria por los jueces estatales</i>	
Fuentes bibliográficas	129

NOTA DEL EDITOR

Para la *Biblioteca de Arbitraje* el presente libro es uno muy representativo, dado que la materia sobre la que trata, es decir, la *lex mercatoria*, representa uno de los aspectos fundamentales en el nacimiento y desarrollo del arbitraje.

Es sabido que la legislación sobre materia arbitral siempre ha sido posterior a los acuerdos de los comerciantes en aras de solucionar las controversias surgidas de sus contratos.

Tal situación ha derivado en que el arbitraje constituya un área de permanente y dinámica evolución y que los organismos e instituciones nacionales y supranacionales encargados de su estudio y sistematización, deban recoger permanentemente aquellas prácticas que hacen que los procesos arbitrales sean cada día más dinámicos, lo que ha conducido y conduce en la actualidad a que este medio de solución de controversias tenga un dinamismo muy grande y sea preferido tanto en materia comercial, como de inversiones y hasta en sede de contratación estatal en nuestro país.

La obra de Raúl Bravo Sender, si bien no se ocupa únicamente del arbitraje, no deja de tratar sobre él y de reconocer la importancia de la *lex mercatoria* y de su evolución en el arbitraje y en sus mejores prácticas.

Por otra parte, es muy grato para la *Biblioteca de Arbitraje* publicar la obra de Raúl, pues se trata de un joven y muy buen abogado, a la par que permanente y agudo investigador, cuyos trabajos reflejan su constante pensamiento crítico sobre la realidad peruana.

Además, Raúl es iqueño, tierra de donde, precisamente, proviene parte de mi familia paterna, ya que mi bisabuelo fue el ilustre médico iqueño don Juan Cancio Castillo, primer peruano en realizar una transfusión de sangre, quien —a su vez— fuera padre de mi abuelo, el doctor Juan Lino Castillo Vargas, fundador del derecho tributario en el Perú.

Sirvan estas breves líneas, para rendir homenaje a Ica, tierra de hombres emprendedores y también de notables juristas, para lo cual bastaría recordar a don Manuel Pablo Olaechea Guerrero —gran abogado—, fundador del estudio de abogados que lleva su apellido y que es hoy el más antiguo del Perú.

Además, la obra cuenta con un excelente prólogo del doctor Enrique Gherzi Silva, notable abogado, jurista y pensador, que enriquece la publicación.

Por último, quiero reiterar mi agradecimiento al doctor Raúl Bravo Sender por confiar su obra «La *lex mercatoria* en el derecho internacional privado peruano», a la *Biblioteca de Arbitraje* y nuestra felicitación por tan meritorio y logrado esfuerzo académico.

Lima, febrero del 2019

Mario Castillo Freyre*

* Abogado, magíster y doctor en derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; abogado en ejercicio; socio del estudio que lleva su nombre; miembro de número de la Academia Peruana de Derecho; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. www.castillofreyre.com

PRÓLOGO

Pocas veces un profesor de derecho tiene la oportunidad de prologar un libro que se aparte del positivismo y del *jusnaturalismo*, predominantes en nuestros tiempos, para ofrecer una visión del derecho como un fenómeno dinámico, espontáneo, fruto de la cooperación social.

Raúl Bravo Sender hace muy bien en calificarlo como praxeológico y explica con larga y minuciosa erudición el sentido del derecho como un fenómeno social análogo al lenguaje en la sociedad. Consecuencia de la cooperación entre los seres humanos, el derecho es visto como un orden espontáneo sin autor ni creador que se genera autónomamente de la voluntad deliberada de las personas y que es, precisamente, el vehículo que le permite cooperar entre sí.

El derecho como orden espontáneo ya ha sido ciertamente objeto de estudio. En particular por Friedrich Hayek, Premio Nobel de Economía 1974. Pero, antes que él por Karl von Savigny y sus discípulos de la escuela histórica del derecho.

El propio Hayek, menciona, además, a Wilhelm von Humboldt y Vico como antecesores. Creo que hay que agregar a ellos a Karl Olivecrona, de la Escuela Realista Escandinava y al fantástico Roscoe Pound.

Si vamos a hacer justicia, Jean Carbonnier y el propio Léon Duguit, con su esencial idea de la propiedad como producto de la división del trabajo se incluyen en esa misma tradición, junto con Planiol y su negativa a entender la propiedad como un derecho real, sino como un derecho personal.

En esa tradición se inscribe este trabajo. Raúl ha querido abordar el proceso espontáneo de creación de las normas jurídicas en el derecho internacional y para el efecto ha recurrido a la denominada *lex mercatoria*.

La *lex mercatoria* es el derecho creado por los comerciantes. Ha sido objeto de múltiples estudios. Harold Berman en su monumental *Law and Revolution* lo considera uno de los pilares de la evolución del *common law* y de la aparición del derecho moderno.

El comercio genera normas, pues no hay otra forma en que pueda llevarse a cabo. Esas normas no son de origen estatal, sino privado. Lo que Raúl estudia bajo el epígrafe tradicional de autonomía de la voluntad. Como tales, carecen de coacción estatal y su cumplimiento se basa, fundamentalmente, en la reputación y la aceptación general: el comerciante que las desobedece o pretende apartarse de ellas, no puede hacer negocios y termina siendo repudiado por sus colegas.

Este consenso colectivo es quizás la fuerza más grande que la *lex mercatoria* tiene. Se obedece voluntariamente. No porque llega alguien con un garrote forzándote a hacerlo.

Leonard Liggio había preparado para la conferencia de Mont Pelerin en Lima en el 2015 una presentación precisamente sobre la *lex mercatoria* a través de la historia. La muerte impidió que la pronunciara. Pero, pudimos publicarla a tiempo para que todos los asistentes pudieran leerla.

Leonard claramente explica en ella que el derecho moderno surge en las ferias de los comerciantes medievales como una fusión de usos y costumbres con el ropaje del derecho romanista: una síntesis maravillosa entre el derecho romano tardo-bizantino y el derecho canónico, que tan bien había expresado San Isidoro de Sevilla en sus *Etimologías*.

El derecho es un fenómeno dinámico. No estático. Como el lenguaje. Se genera descentralizada y competitivamente. No es un producto monopólico del Estado, como dicen los positivistas, ni de la voluntad divina o natural, como dicen los *jusnaturalistas*, religiosos o seculares según sea.

El derecho es un proceso inacabado, imprevisible e implanificable. Nunca podemos conocer anticipadamente las reglas del futuro porque ellas son consecuencia implícita de la cooperación social.

Que habrá reglas, nadie lo duda, pero ellas serán consecuencia de un proceso competitivo en un medio de recursos escasos y conocimiento disperso, lo que claramente genera un proceso jurídico de evolución permanente.

La *lex mercatoria* es, tal vez, el puntal de esa evolución. Como el comercio tiene una velocidad que responde a la necesidad de explotar los recursos escasos y crear nuevos recursos que no existen mediante la inversión y la creatividad empresarial, la velocidad de creación de normas jurídicas va más allá de lo que cualquier legislador puede siquiera imaginar.

Raúl Bravo Sender estudia en este libro ese proceso al interior del derecho internacional con gran inteligencia porque se trata, precisamente, de un área del derecho donde la coacción estatal es muy baja, si no inexistente, y el espacio de creación de normas por parte de los ciudadanos y los jueces, muy importante.

Enrique Chirinos Soto, ilustre jurista y periodista arequipeño, fue mi jefe en el recordado diario *La Prensa*, allí por principios de los ochenta. Enrique no creía que el derecho internacional fuera derecho porque —decía— carecía de coacción.

Tributario de una idea *hobbesriana* del derecho como fruto del monopolio de la fuerza legítima del Estado, esa visión positivista tradicional es refutada con gran entusiasmo por Bravo Sender.

Lo mismo con el *jusnaturalismo*. Ciertamente, el de origen religioso no juega en esta discusión por su carácter determinista y moralista, pero el secular ha tenido mucha influencia en el derecho contemporáneo, especialmente desde Grocio y su doctrina de los derechos del hombre, convertida contemporáneamente en la doctrina de los derechos humanos. Para ellos el derecho es racional en el sentido de que consiste en un razonamiento silogístico que es posible deducir de determinados principios generales.

Bravo Sender se inscribe en una tradición diferente. La austríaca, según la cual el derecho es racional, pero no en el sentido de la lógica, sino en el de la preferencia. No gobierna al *derecho* la lógica de la razón, sino la lógica de la preferencia.

Son las preferencias de los ciudadanos las que crean las normas jurídicas y justifican la cooperación. Ésta es la esencia de la *lex mercatoria* vista como una consecuencia de la libertad.

Felicito a Raúl por este libro que con gran originalidad viene a contribuir en un estéril debate jurídico nacional plagado de positivismo en el que no se debaten los temas de fondo como los que él recoge.

Estoy seguro de que el Perú conocerá de sus méritos y valorará su esfuerzo. Éste es un libro que invito a todos los abogados y estudiosos del derecho a leer con gran atención.

Lima, 22 de febrero de 2019

Enrique Ghersi

INTRODUCCIÓN

Acaso el tema de la *lex mercatoria*, en un contexto internacional de cada vez mayor interdependencia entre los países del mundo, merezca un estudio jurídico desde las bases teóricas de la Escuela Austríaca de Economía, incidiendo también en algunos aportes del análisis económico del derecho (AED).

Se ha sostenido que la *lex mercatoria* es un conjunto de normas comerciales consuetudinarias, de alcance transnacional, utilizadas por los agentes económicos para regular sus relaciones jurídicas comerciales.

Como todo conjunto de normas, es derecho. Pero, lo que la caracteriza, es que no es dada —ni creada— por Estado alguno. Es decir, se gesta al margen de las naciones, siendo una manifestación de la comunidad transnacional como derecho anacional. Lo interesante es que la *lex mercatoria* es más antigua que el Estado moderno, pues rigió entre mercaderes y comerciantes de diferentes nacionalidades, durante la transición de la Edad Media hacia la Modernidad.

Hoy, cuando el derecho es entendido como creación exclusiva de los Estados soberanos, nos encontramos en un nuevo proceso de globalización que ha reivindicado a la *lex mercatoria*. En este contexto, cada Estado cuenta con sus propias normas jurídicas —su propio derecho positivo y codificado—.

Sin embargo, las relaciones privadas entre los individuos traspasan las fronteras, surgiendo la rama del derecho que se encarga de determinar la competencia de los tribunales y la ley aplicable a la controversia, que es el derecho internacional privado.

La idea básica de que el derecho no ha sido ideado deliberadamente por nadie —por ningún legislador ni científico—, sino que, por el contrario, es *praxis* humana y ha evolucionado espontáneamente por la convergencia de miles y millones de voluntades, es la que nos ayuda a sostener que la *lex mercatoria* es derecho. Ésta, es el conjunto de usos y costumbres mercantiles a los que recurren voluntariamente los mercaderes para regular sus relaciones jurídicas comerciales transnacionales. Se trata de un derecho forjado al margen de los Estados.

Recurriendo a una variada literatura en torno al tema que nos convoca, en este estudio nos abocaremos a investigar y desentrañar la naturaleza jurídica de la *lex mercatoria*, desde los aportes del orden espontáneo y los procesos sociales evolutivos —así como del individualismo metodológico— de la Escuela Austríaca de Economía, para sostener, finalmente, que la *lex mercatoria* es derecho; y, en tal sentido, puede ser aplicada —sustantivamente— por los jueces estatales peruanos en controversias derivadas de obligaciones contractuales de derecho internacional privado.

Hoy, cuando el derecho es entendido como creación exclusiva de los soberanos Estados, nos encontramos en un nuevo proceso de globalización que ha reivindicado a la *lex mercatoria*. En este contexto, cada Estado cuenta con sus propias normas jurídicas —su propio derecho positivo y codificado—.

Sin embargo, las relaciones privadas entre los individuos traspasan las fronteras, surgiendo la rama del derecho que se encarga de determinar la competencia de los tribunales y la ley aplicable a la controversia, que es el derecho internacional privado.

La idea básica de que el derecho no ha sido ideado deliberadamente por nadie —por ningún legislador ni científico—, sino que por el contrario, es *praxis* humana y ha evolucionado espontáneamente por la convergencia de miles y millones de voluntades, es la que nos ayuda a

sostener que la *lex mercatoria* es derecho. Ésta, es el conjunto de usos y costumbres mercantiles a los que recurren voluntariamente los mercaderes para regular sus relaciones jurídicas comerciales transnacionales. Se trata de un derecho forjado al margen de los Estados.

Recurriendo a una variada literatura en torno al tema que nos convoca, en este estudio nos abocaremos a investigar y desentrañar la naturaleza jurídica de la *lex mercatoria*, desde los aportes del orden espontáneo y los procesos sociales evolutivos —así como del individualismo metodológico— de la Escuela Austríaca de Economía, para sostener, finalmente, que la *lex mercatoria* es derecho; y, en tal sentido, puede ser aplicada —sustantivamente— por los jueces estatales peruanos en controversias derivadas de obligaciones contractuales de derecho internacional privado.

ASPECTOS PRELIMINARES

La doctrina no es uniforme respecto del tratamiento jurídico de la *lex mercatoria*. Un sector de la misma le niega la calidad de derecho sustantivo, capaz de ser aplicado por los jueces estatales en controversias sobre obligaciones contractuales en casos de derecho internacional privado. Otro sector, sin reconocerla como un ordenamiento jurídico autónomo con la fuerza vinculante y coercitiva con que sí cuenta el derecho estatal; sin embargo, acepta la posibilidad de que pueda ser aplicada, pero como una fuente privilegiada del derecho.

Es en este contexto de negación de la *lex mercatoria* como un derecho sustantivo, que las normas de derecho internacional privado contenidas en los estatutos nacionales, pierden la oportunidad de recurrir a normas materiales capaces de brindar soluciones eficaces y eficientes a las controversias de los mercaderes del comercio transnacional, contenidas en un derecho, que si bien se ha forjado al margen de los Estados como consecuencia de los reiterados y uniformes usos y costumbres a los que recurren los comerciantes transnacionales, bien pueden constituir una herramienta de primera mano, a ser aplicada por los jueces estatales al momento de dar solución a asuntos de relaciones contractuales en casos de conflicto de leyes.

La situación de los jueces estatales se complica por encontrarse atados al sistema conflictualista de sus normas nacionales de derecho internacional privado. A diferencia del árbitro internacional, quien, al carecer de nacionalidad, ostenta mayor libertad al momento de aplicar el derecho que le dará solución al tema de fondo de la controversia, pudiendo ser la *lex mercatoria*, sin necesidad de aplicar normas de conflicto.

Al margen de ello, las normas de derecho internacional privado peruanas abren la posibilidad de que el juez estatal pueda aplicar la *lex mercatoria*, en virtud de los artículos 2047, 2095 y 2096 del Código Civil. Sin embargo, la redacción de los textos de los dos últimos artículos, en cuanto al factor de conexión de la *lex voluntatis*, al precisar «la ley elegida por las partes», es confusa, por cuanto el término ley alude a derecho estatal, cerrando la posibilidad —según lo interprete el juez de la causa— a la aplicación de la *lex mercatoria* —que no es un derecho estatal—.

La técnica legislativa contenida en nuestro Código Civil, en cuanto al factor de conexión de la *lex voluntatis* contenido en la categoría de obligaciones contractuales en casos de conflicto de leyes, puede mejorarse. Creemos oportuno reemplazar el término «ley» por el de «derecho», término más amplio que contemplaría a la *lex mercatoria*, y no únicamente al derecho estatal.

En todo este contexto nos formulamos las siguientes interrogantes: ¿puede la *lex mercatoria* ser aplicada por un juez estatal peruano para resolver controversias derivadas de relaciones contractuales en el ámbito del derecho internacional privado en virtud de los artículos 2047, 2095 y 2096 del Código Civil? ¿Puede reconocérsele a la *lex mercatoria* el carácter de derecho sustantivo y material aplicable a las relaciones contractuales en el ámbito del derecho internacional privado? ¿Prevalece la autonomía privada de la voluntad como fundamento ético de la *lex mercatoria* sobre el orden público internacional? En torno a estas inquietudes ensayaremos algunas ideas.

CAPÍTULO PRIMERO UN POCO DE HISTORIA

Abordar el tema de la *lex mercatoria* nos obliga a remitirnos a sus antecedentes históricos, para comprender su evolución como todo proceso social y jurídico. Así, nuestras bases romanistas del derecho, se centran en el *ius civile*. Éste se desarrolló como un derecho consuetudinario. La dación del *Corpus iuris civilis* por parte de Justiniano, frenó esa creación espontánea del derecho.

Aparte del *ius civile*, que era aplicado a los romanos, encontramos en Roma el *ius gentium*, «[...] nacido de la necesidad de juzgar los litigios entre ciudadanos y extranjeros, o bien entre extranjeros, a los cuales no podía aplicarse el *ius civile* y eran sometidos al *pretor inter peregrinos*. Es el *ius gentium* un derecho interno que los tribunales fueron extendiendo a medida que Roma ensanchaba su imperio. No contenía normas entre Estados; solamente reglas que hoy llamaríamos de “derecho internacional privado”».¹ Es, pues, en Roma donde encontramos el primer antecedente histórico del derecho internacional privado: el *ius gentium*, que era el derecho aplicado por los pretores peregrinos (jueces) a los extranjeros, es decir, a quienes no eran romanos.

Sin embargo, la unidad política del Imperio trajo consigo, en forma progresiva, la unidad legislativa; y, por consiguiente, la implantación de un derecho territorial. La igualdad civil de romanos y peregrinos, que data de la *lex Julia*, se aplicó más tarde a todo el Imperio, en virtud de la dictación de la Constitución

¹ FERRERO R., Raúl. *Derecho internacional. Tercer mundo. Temas de derecho internacional*. Lima: Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Concytec), 1989, p. 58.

de Caracalla, Constitución que derribó las bases mismas de la diferenciación legislativa, pues hizo destinatarios del *ius civile* a todos los habitantes del Imperio. Esta evolución trajo como lógica consecuencia, la supresión paulatina de todo problema de conflicto de leyes.²

Luego de la caída y desmembración del Imperio romano, ese vasto territorio que modernamente conocemos como Europa, y que en el mundo antiguo estuvo cohesionado por el régimen de los césares, se va a atomizar en un conjunto de feudos y señoríos dispersos y con poca comunicación entre sí. Surge de esta manera la figura del señor feudal, quien va a empoderarse sobre sus vasallos y tributarios.

La economía feudal de la Edad Media se basó en la propiedad sobre la tierra, así como en la producción gremial de los talleres, para la satisfacción de las necesidades del feudo. Este régimen de economía cerrada y autárquica era totalmente esquivo al comercio a gran escala, es decir, al dado entre mercaderes y comerciantes de distintas localidades.

Por otro lado, la Iglesia Católica —que vino a reemplazar al Imperio romano en el rol regente de este vasto territorio— con una concepción determinista de las cosas basada en el sentimiento de culpa por el pecado original, ayudó en moldear a los individuos exactos para este régimen. La alta Edad Media «[...] se desenvolvería en medio de un sistema de certidumbre y, de divina revelación [...]. Las individualidades no se tomaban en cuenta, pues el universal orden lo era todo. Aristóteles sería un referente. El “yo” no se asumía».³

² GUZMÁN LATORRE, Diego. *Tratado de derecho internacional privado*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1989, p. 215.

³ BRAVO SENDER, Raúl Antonio. *El poder papal y el poder imperial en la Constitución del Estado moderno*. En *Iusirandum*. Una revista de la Asociación Centro de Estudios Jurídicos-CEJ. Facultad de Derecho y CC.PP. de la Universidad Nacional San Luis Gonzaga de Ica. Ica, 2008, 1.ª edición, pp. 68-71, p. 68.

La sociedad feudal, si bien otorgaba seguridad, al mismo tiempo ataba al individuo a un preestablecido orden del cual era difícil mudar. Sin embargo, la cristiandad y su moral basada en el derecho natural, trajo consigo la idea de la universalidad del individuo, al margen de las naciones. Es así como «La comunidad internacional se fue ampliando desde el siglo XII por el desarrollo del comercio, la celebración de ferias y la aparición de nuevos instrumentos, como la letra de cambio y los bancos lombardos».⁴

Jacques Le Goff ve en el mercader medieval a un precapitalista, dado que «[...] concentra ya los medios de producción en manos privadas y acelera el proceso de enajenación del trabajo de los obreros y de los campesinos transformados en asalariados».⁵ Efectivamente, la sociedad moderna y capitalista empieza a gestarse en la baja Edad Media. Surge un nuevo personaje: el mercader errante, quien, al abandonar el feudo, se aventura en las ferias —como la de Champaña— a intercambiar bienes. Pronto empiezan a desarrollarse las ciudades.

Así fue. El proceso de edificación de las modernas urbes va acompañado con el germen del comercio, en contraposición al mundo rural propio del feudalismo. «Fueron especialmente las expediciones que comenzaron en las postrimerías del siglo XI las que estimularon el desarrollo de la actividad específica de las ciudades, esto es, el comercio y las manufacturas. Viejos centros urbanos de origen romano, decaídos durante la temprana Edad Media, y nuevas poblaciones levantadas en los cruces de los caminos o en las proximidades de algún lugar de peregrinación, empezaron a atraer a los campesinos que lograban escapar de los vínculos señoriales para iniciar allí una nueva vida».⁶

⁴ FERRERO R., Raúl. *Op. cit.*, p. 58.

⁵ LE GOFF, Jacques. *Mercaderes y banqueros de la Edad Media*. Buenos Aires: Editorial Universitaria, 1981, 9.ª edición, p. 52.

⁶ ROMERO, José Luis. *La Edad Media*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1987, p. 62.

No olvidemos que aún nos encontramos en la Edad Media. La clase nobiliaria, aferrada a sus privilegios señoriales y de título, verá cómo es que su mundo empieza a desmoronarse frente al ascenso de otro. Los comerciantes provenientes de la clase plebeya empezaron a acumular riqueza y capital. En algunos casos, estos comerciantes se asimilaron —y mezclaron— con la clase nobiliaria que los acogió. En otros, las diferencias dieron lugar a la erosión de los nobles. Esta mezcla les dio a los comerciantes mayor y mejor *status*, poder e influencias en la sociedad.

Recordemos que el derecho medieval es muy complejo y muy rico. No es, como hoy en día, un derecho rehén del poder político, cuya fuente, legitimidad y vigencia efectiva depende exclusivamente del Estado.⁷

En la atmósfera aún se respiraba del clásico derecho romano, el cual, gracias a la labor de los glosadores, logró sobrevivir, coexistiendo con el derecho canónico y el derecho local —los estatutos de las ciudades—. Pero, aún no se había edificado ese *Leviatán* que monopolizaría más tarde la creación del derecho a través de la legislación —y, consiguientemente, la administración de justicia—. El derecho aún era asumido como un proceso espontáneo que atañe más a la interacción de todos en sociedad, antes que a la voluntad del gobernante.

El sistema conflictual de las leyes propio de la Edad Media, fue el de la territorialidad. Como ya se ha precisado, el feudalismo se basaba en la propiedad sobre la tierra. Es así que «El señor feudal dicta la ley que impera dentro de los límites de su territorio: ésa es la única ley válida y su aplicación excluye la de cualquiera otra extraña».⁸

⁷ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «¿*Lex mercatoria* rediviva? Primera parte: De la Edad Media a la postmodernidad». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, n.º 3. Artículo rescatado de: http://www.peruarbitraje.org/pdf/revista/REVISTA_PERUANA_DE_ARBITRAJE_RPA_3_2006.pdf, pp. 15-51, p. 17.

⁸ GUZMÁN LATORRE, Diego. *Op. cit.*, p. 217.

Un mundo totalmente dinámico —y desconcertante— por la novedad de los intercambios, dando lugar a la generación espontánea de usos y costumbres basados en el reconocimiento de lo que es de cada quien (respeto por el derecho de propiedad), y que muy pronto serán reconocidos como *lex*. Es en este contexto que empieza a gestarse *la antigua lex mercatoria medieval*.

Nuevas fuerzas económicas hicieron su aparición durante la baja Edad Media, minando las bases de la sociedad feudal. Así fue como surgieron las ciudades, las que albergaron en sus fábricas y talleres, a los hombres libres. Una nueva clase empresarial apareció, que apostó por el comercio, sustentado en la circulación de la moneda, frente a los privilegios de la clase terrateniente —constituida por los señores feudales—. «Todas las fuerzas económicas y sociales que caracterizan a la sociedad moderna ya se habían desarrollado en el seno de la sociedad medieval de los siglos XII, XIII y XIV [...]. Como siempre acontece en la historia, todos los elementos del nuevo sistema social ya se habían desarrollado en el seno del viejo orden, reemplazado por aquél».⁹

Se ha sostenido que durante la Edad Media las actividades económicas estaban subordinadas a las necesidades del individuo, debido a la fuerte influencia del mensaje cristiano propagado por la Iglesia, que apostaba por llevar una vida sencilla y austera. Todo ello empezó a cambiar durante la baja Edad Media, cuando emergió una nueva clase de comerciantes que reivindicaron al individuo y las viejas prácticas del período romano clásico.

Con el Renacimiento, se reivindicaría al individuo, gracias a la apertura comercial que experimentaron las regiones itálicas [...] El Mediterráneo sería navegado nuevamente. Lo mercantil irrumpió. En adelante, no existiría otra moral que la apuesta por el lucro y la satisfacción individual. El *pacta sunt servanda* co-

⁹ FROMM, Erich. *El miedo a la libertad*. México D.F.: Origen-Planeta, Editorial Artemisa, 1985, p. 63.

menzaría a fluir por el torrente monetario. Precisamente, lo que junta a judíos, cristianos, musulmanes, franceses y alemanes, bajo un mismo techo. Pues, el mercado no entiende de banderas ni de morales. El ruido de las plazas desbordaría el silencio de los templos medioevales.¹⁰

El comercio a mayor escala se abría paso en medio de una economía básicamente rural y aferrada a sus privilegios señoriales.

La sociedad medieval se derrumbó primero en la Italia renacentista. Ello «[...] se debió a un cierto número de factores económicos y políticos. Entre ellos, debe contarse la posición geográfica de Italia y las ventajas comerciales resultantes, en un período en que el Mediterráneo era la mayor ruta comercial de Europa; la lucha entre el papado y el imperio, de la cual resultaba la existencia de un gran número de unidades políticas independientes; la cercanía del oriente, cuya consecuencia fue la introducción en Italia, antes que en otras partes de Europa, de ciertas profesiones que eran importantes para el desarrollo de las industrias, [...]».¹¹ La geografía de las tierras itálicas es más proclive al intercambio mercantil por su cercanía al Mediterráneo antes que a las actividades rurales propias del régimen feudal.

Podía observarse un individualismo creciente en todas las esferas de la actividad humana, el gusto, la moda, el arte, la filosofía y la teología.¹²

Así fue.

Mientras el comercio medieval había sido principalmente un modesto negocio interurbano, durante los siglos XIV y XV el comercio nacional e internacional creció rápidamente. Aun cuando los historiadores no están de acuerdo acerca del momento de

¹⁰ BRAVO SENDER, Raúl Antonio. *Op. cit.*, p. 68.

¹¹ FROMM, Erich. *Op. cit.*, p. 67.

¹² FROMM, Erich. *Op. cit.*, p. 66.

iniciación de las grandes compañías comerciales, coinciden en que en el siglo xv ellas se estaban volviendo cada vez más poderosas y se habían desarrollado en monopolios que, por la fuerza superior de su capital, amenazaban tanto al pequeño comerciante como al consumidor.¹³

Se ha reconocido que durante este período de transición de la Edad Media hacia la Moderna,¹⁴ rigió la denominada *antigua lex mercatoria*. Es durante el mismo —debido a la cada vez mayor interacción entre mercaderes y comerciantes— que surge el derecho mercantil o comercial y sus principales instituciones. «El derecho comercial más importante fue el interlocal nacido y aplicado en las ferias, destinado a aquellos vínculos de comerciantes de mayor envergadura económica. Allí nacieron y se desarrollaron la letra de cambio, que permitió evitar el transporte de dinero, y los negocios bancarios».¹⁵

Derecho gestado al margen de los Estados —los cuales estaban en proceso de constitución— precisamente, a raíz de las relaciones comerciales entre mercaderes y comerciantes de distintas naciones, y siendo la clase empresarial y capitalista la que minó las bases del antiguo régimen

¹³ FROMM, Erich. *Op. cit.*, p. 79.

¹⁴ Durante la transición del Medioevo a la Modernidad ocurrieron una serie de cambios y transformaciones en la sociedad europea en todos los órdenes: (i) en lo político, tanto el Imperio como el Papado perdieron terreno y fueron reemplazados por las monarquías nacionales; (ii) en lo religioso, los movimientos protestantes (Lutero y Calvino) rompieron con la interpretación oficial de la fe católica; y (iii) en lo económico, perdió vigencia el antiguo régimen feudal-señorial basado en la propiedad de la tierra y en una economía autárquica (autosuficiente), para dar lugar al capitalismo.

Es, precisamente, en el orden económico que, ya durante la baja Edad Media, se experimentaría un incremento en el intercambio comercial. Como resultado de esas múltiples relaciones comerciales, se edificaría un derecho anacional (sin Estado), es decir, un derecho al margen de las naciones de los comerciantes, basado en los usos y las costumbres.

¹⁵ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Ius mercatorum. Autorregulación y unificación del derecho de los negocios transnacionales*. Madrid: Colegios Notariales de España, 2003, p. 33.

feudal. En ese sentido, «[...] no es de llamar la atención que cuando se produce un movimiento extraño en la sociedad medieval, promovido por la reaparición del comercio a distancia que había estado ausente desde el fin del Imperio romano, tienda también a crearse un derecho apropiado a las nuevas circunstancias».¹⁶ Precisamente, la *lex mercatoria medieval* de aquellos mercaderes y comerciantes.

Y es así como surge la *lex mercatoria* que se presenta como una regulación nacida de la costumbre especializada, que sobrepasa los derechos locales y tiende a ser universal dentro de su época y de su especialidad.¹⁷

Este derecho conocido como *lex mercatoria* regiría entre mercaderes y comerciantes de distintas naciones. Cuando entre aquellos se suscitaban controversias, los mismos las resolvían recurriendo al *amigo componedor*, al tercero imparcial, que era un árbitro privado, el cual resolvía el fondo del pleito aplicando sustancialmente aquella *lex mercatoria* y según su *leal saber y entender*.¹⁸

La *antigua lex mercatoria* era aplicada sustancialmente por los árbitros privados de aquel entonces (amigos componedores, terceros imparciales, de mucho prestigio y solvencia, tanto moral como jurídica), a los cuales los mercaderes recurrían para resolver sus controversias. Efectivamente, «El arbitraje es el medio de solución más antiguo en la historia de la humanidad y hasta hoy se mantiene como una alternativa frente a la justicia estatal. Es más, muchos historiadores confirman con cierta

¹⁶ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Op. cit.*, p. 17.

¹⁷ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *El Poder Judicial peruano en la historia*. Publicado en: http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/images/Fernando_de_Trazegnies._EL_PODER_JUDICIAL_PERUANO_EN_LA_HISTORIA.pdf.

¹⁸ La *lex mercatoria* fungiría de reglamento, eficazmente, hasta antes del ascenso del Estado moderno. Efectivamente, el Leviatán, en adelante, frenaría la creación espontánea del derecho, dado que monopolizó su creación a través de la legislación. La *lex mercatoria* quedaría postergada aún más, con el proceso de codificación del derecho de siglo XIX.

certidumbre que el arbitraje se utilizó como una forma de resolución de conflictos antes de la aparición del proceso judicial». ¹⁹

Como ha precisado Le Goff: «El desarrollo de las ciudades está vinculado a los progresos del comercio, y en el marco urbano debemos situar el auge del mercader medieval». ²⁰ Debemos ver en el ascenso de las ciudades —en contraposición al mundo rural y feudal, durante la baja Edad Media— el contexto en el que se desarrolló *la antigua lex mercatoria medieval*. Así es, «Iba desarrollándose una legislación comercial, al principio obra de los mismos mercaderes, como, por ejemplo, la que se realizó en el seno del famoso Tribunal de la Mercanzia de Florencia que, como veremos, iba a constituir una de las bases del poderío político de los grandes mercaderes florentinos; y luego se desarrollaría en escala internacional hasta insinuarse en la legislación pública». ²¹

El surgimiento de las modernas ciudades va de la mano con el auge del comercio de la época. El individuo cobra carta de independencia y deja atrás el mundo agrario y apaciguado para involucrarse en arriesgadas empresas mercantiles.

Ya en el siglo XII algunas ciudades obtuvieron del rey de Francia una carta municipal que les aseguraba cierto margen de independencia gracias al cual les fue posible desarrollar libremente sus actividades económicas. Otras ciudades francesas y flamencas obtuvieron semejantes franquicias, y la misma suerte cupo a las de Aragón, Castilla, Dos Sicilias, Alemania e Inglaterra. Las industrias empezaron a florecer, especialmente la de los tejidos, y un activo comercio empezó a desarrollarse en todo el Occidente. Venecia, Génova, Florencia, Amalfi y Pisa, en Italia; Lübeck, Hamburgo y Colonia, en Alemania; Gante, Brujas y Malinas, en

¹⁹ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y arbitraje*. Prólogo de César Guzmán Barrón Sobrevilla. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, 2.ª edición, p. 13.

²⁰ LE GOFF, Jacques. *Op. cit.*, p. 15.

²¹ LE GOFF, Jacques. *Op. cit.*, p. 34.

los Países Bajos, y tantas otras adquirieron un rápido esplendor gracias al intenso movimiento comercial que se desarrolló entre ellas.²²

El comercio de esta época pudo darse allí donde la autoridad central era escasa, y más bien se obraba en función al respeto de la propiedad privada y al cumplimiento de las obligaciones.

La expansión industrial moderna no surgió en los entornos geográficos en los que prevalecía indiscutido algún poder soberano, sino en las ciudades del Renacimiento italiano, de la Alemania meridional, de los Países Bajos; y, finalmente, en la escasamente gobernada Inglaterra. Nuestra civilización industrial surgió en entornos en los que florecía la burguesía y no en los que prevalecía la fuerza de la espada.²³

La pugna entre política y religión (Imperio y Papado), serviría para modelar al Estado moderno. Frente al desconcierto que traerían consigo, el renacimiento comercial y la reforma protestante, se apostaría por restablecer un orden calcado del de los *césares*.

Las monarquías, que habían sido recortadas en su influencia por los señores feudales, muy pronto se aliaron con esta nueva clase burguesa, la conformada, precisamente, por los mercaderes y comerciantes, resolviendo ofrecerle su protección y representar sus intereses en el ámbito político.

Los reyes vieron en las poblaciones de las ciudades sus aliados naturales contra los señores, no sólo porque pagaban su protección con dinero contante y sonante que permitía la creación de un tesoro real, sino también porque servían fielmente a sus intereses hostilizando a los señores en procura de su libertad comunal. Las cartas municipales o los fueros acordados por el rey independi-

²² ROMERO, José Luis. *Op. cit.*, p. 63.

²³ VON HAYEK, Friedrich Auguste. *La fatal arrogancia. Los errores del socialismo*. Unión Editorial. Edición digital rescatada de: <https://javuresistencia.files.wordpress.com/2014/04/208-friedrich-hayek-la-fatal-arrogancia.pdf>

zaron a las ciudades de la tutela y la explotación de los grandes señores feudales y les permitieron apresurar su desarrollo económico, en la que debía tener origen una clase burguesa con intereses e ideales opuestos a los tradicionales de la sociedad feudal.²⁴

De esta manera es que se constituyeron los modernos Estados-nación.

Erich Fromm²⁵ ve en el ascenso del Estado moderno (el Estado-nación), la solución que encontró el individuo de este período para evadir la responsabilidad que implicaba el ejercicio de sus libertades, en los ámbitos del comercio y lo religioso, ganadas con el renacimiento comercial y la reforma protestante, respectivamente. Pues, de ahora en adelante el Leviatán asumirá la responsabilidad de las terrenales existencias.

En adelante, dentro de un mundo formado ya no por comunidades pequeñas tenuemente orquestadas hasta constituir un tejido de autonomías, sino por Estados-naciones, sólo existirá: (a) el derecho privado constituido por ley, que regula las relaciones entre los particulares pero que es creado e impuesto por el Estado; (b) el derecho público que determina la organización del propio Estado; y (c) el derecho internacional que es la forma como los Estados, en tanto que tales, se relacionan unos con otros. En otras palabras, todo el derecho —incluso el privado— ha sido puesto en las manos del Estado.²⁶

²⁴ ROMERO, José Luis. *Op. cit.*, p. 62.

²⁵ La tesis de Fromm es que el individuo de esta época experimentó altos grados de impotencia al saberse responsable de sí mismo debido a la libertad que había ganado en el ámbito económico gracias al capitalismo. Pues, si bien es cierto que el feudalismo le brindaba seguridad y un lugar en la sociedad, al mismo tiempo lo ataba a un predeterminado orden del que no podía mudarse.

²⁶ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *¿Lex mercatoria rediviva? Primera parte: De la Edad Media a la postmodernidad*. En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, n.º 3. Artículo rescatado de: http://www.peruarbitraje.org/pdf/revista/REVISTA_PERUANA_DE_ARBITRAJE_RPA_3_2006.pdf, pp. 15-51, p. 21.

Los modernos monarcas europeos para justificar su autoridad se ampararon en la idea de la soberanía estatal. Ésta es la capacidad que tiene un Estado para auto-normarse en el plano interno y no someterse a ningún poder externo. Efectivamente, la «[...] idea de soberanía [...] nació a finales de la Edad Media, cuando los reyes franceses derrotaron al imperio, al papado y a los señores feudales, y consolidaron un Estado nacional que no reconocía poderes superiores a él».²⁷

De ahora en adelante, el Estado monopolizará la creación del derecho a través de la legislación y la administración de justicia por medio de sus jueces. El derecho mercantil y comercial consuetudinario, que se había creado espontáneamente a través de las prácticas y usos repetitivos, constantes y uniformes, quedará en un segundo plano.

La formación de los Estados a partir del siglo XVI trajo como resultado la organización de la administración de justicia y la función jurisdiccional pasó a ser exclusividad del mismo Estado, [...].²⁸

Partiendo de la premisa *hobbesiana* de un supuesto estado natural de guerra de todos contra todos, es que se va a edificar el Estado dador de *pax*. «En efecto, donde el Estado no se ha constituido, existe, como hemos manifestado anteriormente, una situación de guerra perpetua de cada uno contra su vecino».²⁹ De ahora en adelante, para hacer negocios y comerciar, se requerirá del visto bueno del funcionario estatal.

²⁷ CARPIZO, Jorge. «Globalización y los principios de soberanía, autodeterminación y no intervención». En *Anuario mexicano de derecho internacional*, vol. IV, 2004. Artículo rescatado de: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/89/142>, pp. 117-148, p. 118.

²⁸ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Jurisdiccionalidad del arbitraje». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, n.º 3/2006. Artículo rescatado de: http://www.peruarbitraje.org/pdf/revista/REVISTA_PERUANA_DE_ARBITRAJE_RPA_3_2006.pdf, pp. 53-62, p. 56.

²⁹ HOBBS, Thomas. *Leviatán I o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Madrid: Sarpe, 1984, p. 252.

El derecho se estatiza, de modo que el Estado se transforma en el productor monopólico del derecho y no reconoce otras normas que las propias, a tal punto que el derecho extranjero es considerado un mero hecho y la costumbre es desconocida o tiene un valor secundario.³⁰

Poco a poco las monarquías europeas se van consolidando, y luego del Tratado de Westfalia (1648) que puso fin a las guerras de religión, nace el protagonista de las relaciones internacionales: el Estado moderno, es decir, el Estado-nación. Es sobre la base de las monarquías nacionales europeas que se van a erigir sus respectivos Estados.

La aparición de las nacionalidades y la consolidación del sistema de Estado nacional llevó, a partir de ese momento, a cada Estado a nacionalizar el derecho mercantil y sentar las bases para que la primitiva tendencia a la uniformidad del mismo fuera perdiéndose.³¹

La historia de Europa³² y de la civilización occidental, en adelante, será la de una pugna constante por las naciones en erigirse en un super

³⁰ RAMOS MEJÍA, Juan F. *La lex mercatoria y la regulación del comercio internacional*. Buenos Aires, 2005. Artículo rescatado de: <http://studylib.es/doc/7722327/la-lex-mercatoria--el-arbitraje-internacional-y-el-derecho>, p. 20.

³¹ TOVAR GIL, María del Carmen. *Op. cit.*, p. 159.

³² Debemos ubicarnos históricamente en el descubrimiento de América. Carlos V (Carlos I de España), intentaba legitimar la posesión del «Nuevo Mundo» en el hecho del descubrimiento. Sin embargo, Francisco de Vitoria, desde las aulas de la Universidad de Salamanca, ponía en duda la legitimidad del Emperador como dueño de todo el orbe, incluidos los indios americanos. Las enseñanzas de Vitoria se encuentran contenidas en sus selecciones (véase: OSSORIO, Ángel. «El pensamiento vivo de P. Vitoria». Buenos Aires: Editorial Losada, 1943). Se trata de un integrante de la denominada «Escuela de Salamanca» de la España del siglo XVI. Luis Perdices de Blas y Julio Revuelta López en un *paper* titulado: «Mercado y fiscalidad: los principios tributarios modernos y la Escuela de Salamanca» (Esic Market, enero-abril 2011. Rescatado de: http://www.esic.edu/documentos/revistas/esicmk/110105_123204_E.pdf, pp. 117-143) ofrecen una visión general de la Escuela de Salamanca, y ven en ella un antecedente de los ilustrados escoceses

Estado (Estado supranacional) capaz de gobernar a las demás bajo sus directivas. Primero fue España, luego Francia e Inglaterra y, en el siglo xx, Alemania y Rusia. Hoy, luego del fin de la guerra fría y el atentado al *World Trade Center* de Nueva York en el año 2001, nos encontramos en el contexto de un mundo multipolar (con muchas potencias en pugna).

Fue la amenaza española lo que hizo del Estado-nación de Bodin la causa «progresista» de toda Europa. Sólo por ser tan grande y tan real esa amenaza, se aceptaron las recomendaciones de Bodin: el Estado-nación y sus instituciones; un servicio civil centralmente controlado, responsable sólo ante el soberano; control central de las fuerzas militares y un ejército permanente mandado por oficiales profesionales nombrados por el gobierno central y responsables ante éste; control central de la emisión de moneda, los impuestos, las aduanas; jueces profesionales nombrados por el gobierno central, en lugar de tribunales compuestos por magnates locales.³³

Es en este contexto que Adam Smith³⁴ le dice a las naciones, que su riqueza reposaba en la división del trabajo. Y, para ello, debían especializarse en lo que mejor sabían hacer aprovechando sus ventajas comparativas. Pues,

del siglo xviii y de la Escuela Austríaca de Economía de los siglos xix y xx, al precisar lo siguiente: «Estas ideas, que, como queda anotado, fueron llevadas a otros lugares de la península ibérica, también se extendieron por Italia, debido a la influencia de los jesuitas en Roma, y a lo largo de Portugal, sobre todo a través de la Universidad de Coimbra. Más tarde llegaron hasta los iusnaturalistas protestantes y, a través de ellos, a los fisiócratas y los ilustrados liberales escoceses, alcanzando, incluso, a Adam Smith. Por otra parte, sus ideas desembocaron, a través de Italia, en Menger, siendo reconocida, hoy en día, la influencia de la Escuela de Salamanca en la Escuela Austríaca» (p. 125).

Las ideas esbozadas a lo largo de estas páginas, se sustentan en los aportes formulados por la Escuela Austríaca de Economía, concretamente en la idea de entender al derecho como un proceso social espontáneo y, en la del individualismo metodológico.

³³ DRUCKER, Peter F. *La sociedad post capitalista*. Bogotá: Editorial Norma, 1994, p. 102.

³⁴ *Una investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. Londres, 1776.

como consecuencia de aquella especialización, vendrían los intercambios comerciales. Sin embargo, la consolidación de los Estados-naciones en la Europa del equilibrio de potencias, dio lugar al surgimiento de un conjunto de barreras y trabas al libre tráfico de bienes, servicios y mercancías entre las que alguna vez fueran ciudades libres. Ello significó el *mercantilismo europeo continental*. La no menos célebre frase: *laissez faire et laissez passer, le monde va de lui même*,³⁵ significó una protesta contra ese estado de cosas que frenó el libre intercambio que había florecido durante la transición de la Edad Media a la Moderna. La frase reivindicaba la libertad de industria y la libertad de intercambios, en un contexto en el cual los empresarios cortesanos aprovechaban los favores reales.

A pesar de ello, el capitalismo logró triunfar como un modelo labrado por mercaderes y comerciantes impulsados por su espíritu emprendedor de lucro y satisfacciones, capaz de integrar al mundo urbano a ingentes masas de campesinos explotados en el régimen feudal-medieval, otorgándoles la libertad de decidir por sí mismos. El sociólogo del derecho, Max Weber, tiene una interpretación sobre los orígenes del capitalismo moderno. En un artículo que escribí y publiqué en octubre del 2016, resumo la idea central del autor de la Constitución de Weimar, en los siguientes términos:

En «La ética protestante y el espíritu del capitalismo», el sociólogo alemán nos ofrece una interpretación sobre cómo el capitalismo moderno se formó a partir de la ética del protestantismo europeo propio de la reforma. En la atmósfera religiosa los creyentes estaban preocupados por el más allá, y el juicio final juzgaría sus conductas terrenales para determinar si gozarían o no de la gracia divina. El trabajo honrado y honesto, renunciando al mundano derroche de lo acumulado, ayudó a mitigar esa preocupación. Fue así como se edificó una ética profesional que es la base del moderno capitalismo.

³⁵ «Dejar hacer, dejar pasar, el mundo va solo». Frase atribuida a Jacques Claude Marie Vincent de Gournay (1712-1759).

Propiamente no se acumulaba dinero como una medida de éxito, sino que era el resultado de renunciar al irresponsable despilfarro de placeres y excentricidades que gobernaba a quienes no tenían la gracia divina. La idea protestante de que somos un instrumento de Dios gobernaba el accionar de los comerciantes, quienes no veían otra forma de ser útiles a tales propósitos que sirviendo a los demás en los intercambios. Cada quien se asumía como un engranaje de esa enorme maquinaria llamada mercado. Así, el protestantismo fue distanciando a los urbanos capitalistas del feudal mundo campesino y católico.³⁶

Según Weber, fueron la disciplina, el ahorro, el trabajo honesto, y la renuncia a los excesos y placeres —propios del derroche—, los que les permitieron a los protestantes europeos sentar las bases de una sociedad capitalista. Sin embargo, creemos que atribuirle a la ética protestante la exclusiva fundación del capitalismo, significa desconocer el hecho de que ya en la Baja Edad Media podemos hallar vestigios de capitalismo.

Luego vino la fiebre y el auge de la positivización del derecho a través de su codificación, entre los siglos XVIII y XX. Las naciones comienzan a darse códigos, como cuerpos normativos sistematizados de una determinada área del derecho o de ramas afines.

[...] Jeremy Bentham ya había establecido las bases fundamentales de eso que hoy solemos denominar positivismo moral y jurídico, es decir, de esa interpretación constructivista de los esquemas jurídicos y éticos según la cual la validez y contenido de éstos depende exclusivamente de la voluntad e intención de quienes los establecen.³⁷

³⁶ BRAVO SENDER, Raúl. «Comerciantes, capitalismo y racionalidad». Diario *Lucidez*, 25 de octubre de 2016. Artículo publicado en: <http://www.lucidez.pe/opinion/comerciantes-capitalismo-y-racionalidad-por-raul-bravo-sender/>.

³⁷ VON HAYEK, Friedrich Auguste. *Op. cit.*, p. 98.

La idea era otorgar certeza y seguridad a las relaciones jurídicas de las personas. Uno de esos exponentes cuerpos jurídicos fue el Código Civil dado por Napoleón Bonaparte para el pueblo francés en el año de 1804. Tres años más tarde, el mismo Emperador daría el Código de Comercio. De esta manera, el derecho, cuya creación —creemos y afirmamos— emerge de la interacción espontánea entre los individuos —y, más aún, el comercial y mercantil— se encasilla en una suerte de camisa de fuerza, frenando su curso y evolución natural.

Las demás naciones europeas no quisieron quedarse atrás y se dieron sus respectivos códigos. En la Prusia del insigne jurista y máximo representante de la Escuela Histórica del Derecho, Federico Carlos von Savigny, se había desatado el debate sobre la urgente necesidad de que la nación prusiana también contara con su propio Código Civil.

Así,

Mientras que Thibaut postulaba la necesidad de sancionar un Código Civil para dar unidad a la nación alemana y otorgar mayor seguridad jurídica a las transacciones, Savigny replicaba que el derecho es sustancialmente un producto histórico y no un producto de laboratorio como sería un Código Civil.

Para Savigny, el derecho es algo vivo que nace en el espíritu del pueblo (*Volksgeist*) y se manifiesta en sus costumbres. La codificación, por el contrario, supone matar el derecho, puesto que lo cristaliza en un momento dado e impide su evolución.³⁸

En palabras del propio Savigny:

La síntesis de esta opinión es que todo derecho tiene su origen en aquellos usos y costumbres, a las cuales por asentimiento universal se suele dar, aunque no con gran exactitud, el nombre de derecho consuetudinario; esto es, que el derecho se crea primero

³⁸ RAMOS MEJÍA, Juan F. *Op. cit.*, p. 12.

por las costumbres y las creencias populares, y luego por la jurisprudencia; siempre, por tanto, en virtud de una fuerza interior, y tácitamente activa, jamás en virtud del arbitrio de ningún legislador.³⁹

En esa misma línea interpretativa, adelantando lo que sostendremos en los siguientes capítulos y basándonos en las bases doctrinarias de la Escuela Austríaca de Economía, afirmamos que el derecho es un fenómeno social *praxeológico*, resultado de la convergencia e interacción espontánea de miles y millones de voluntades, y que no ha sido creado por persona o entidad alguna, en particular, ni por la voluntad arbitraria de ningún sabio o justo legislador o gobernante.

Se han intentado establecer rasgos de similitud entre el proceso de gestación y desarrollo de *la antigua lex mercatoria medieval* con el proceso de globalización comercial experimentado a partir de la segunda mitad del siglo xx.⁴⁰ El surgimiento de una nueva clase empresarial, de alcance transnacional, que rige sus relaciones mercantiles y comerciales (*nueva lex mercatoria*) al margen de las regulaciones estatales.

Lo cierto es que el real capitalismo —entendido como un proceso de libres y espontáneos intercambios basados en la propiedad privada— llegó a su fin en el siglo xix. Pues, desde el siglo xx en adelante, lo que

³⁹ DE SAVIGNY, Federico Carlos. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho*. La España Moderna. Madrid. Edición digital de una reproducción fotográfica facsimilar del original perteneciente al fondo bibliográfico de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Rescatado de: <http://fama2.us.es/fde/ocr/2012/deLaVocacionDeNuestroSiglo.pdf>, p. 28.

⁴⁰ Efectivamente, se ha sostenido que el fenómeno de la globalización comercial que venimos experimentando desde la segunda mitad del siglo xx, se asemeja a aquellos tiempos en que rigió la antigua *lex mercatoria*, tiempos en los cuales también se presentó un proceso de globalización comercial. En ese sentido, este proceso en el cual estamos sumergidos —y del que son protagonistas los comerciantes internacionales—, ha dado lugar a la consolidación de un derecho espontáneo, anacional y sin Estado, al cual se le ha denominado, precisamente, como la *nueva lex mercatoria*.

prevalece en el contexto internacional son Estados, en mayor o menor grado, reguladores e intervencionistas.

Acaso puedan establecerse similitudes entre ese proceso de transición del Estado-feudal al Estado-moderno, que significó el reemplazo de un clase terrateniente —la cual sustentaba su riqueza en el aprovechamiento de la tierra y en una economía localista—, por una nueva clase de comerciantes que apostaron por el libre cambio, con el actual proceso de globalización comercial, en el que se está deslegitimando la soberanía absoluta del Estado-nación, dando paso a la constitución de lo que se denomina el Estado-supranacional, legitimado por el surgimiento de una nueva clase de empresarios y comerciantes —capitalistas—, que están reemplazando a los empresarios aferrados a la economía nacional, proteccionista y mercantilista.

Puede apreciarse que el surgimiento de una nueva clase —terrateniente, burguesa, proletaria, transnacional— trae consigo la implantación de un nuevo orden jurídico y político. Los señores feudales trajeron su modelo de Estado-feudal; los comerciantes del renacimiento trajeron su Estado-nación y los capitalistas transnacionales están edificando un Estado-supranacional. Así, pues, las bases del edificio feudal fueron socavadas para edificar las de uno nuevo: el capitalismo. De esta manera es que se transitó del Estado-feudal al Estado-burgués —el Estado-nación—.

Como consecuencia de la globalización comercial del siglo xx se van a constituir un conjunto de organismos internacionales, en el contexto de los Acuerdos de Bretton Woods del año 1944: el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial (BM). Posteriormente, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) del año 1947, que durante la Ronda de Uruguay del año 1994 cambió de denominación y dio lugar a la actual Organización Mundial del Comercio (OMC).

Sin embargo, ¿el libre comercio necesita de instituciones que lo regulen? ¿O aquella regulación lo desnaturaliza? Pues, no son los Estados y sus organizaciones multilaterales los que comercian, sino las personas y los emprendedores, quienes autorregulan por sí mismos sus acuerdos. Por ello, el verdadero reto de organizaciones internacionales como la OMC, radica en lograr que los Estados desregulen sus mercados y se abran al comercio internacional. Los erradamente denominados «Tratados de Libre Comercio», celebrados en el contexto de las relaciones bilaterales entre Estados, pueden ayudar en ese proceso; pero, no representan, en esencia, al libre comercio. Éste significa la posibilidad que tienen los agentes económicos de regular por sí mismos sus relaciones jurídicas y mercantiles.

Tras las dos guerras mundiales del siglo xx, el mundo se dividió ideológicamente entre capitalistas y socialistas. La Guerra Fría se dio en el contexto de aquel enfrentamiento. Las tesis económicas sugerían que los Estados debían abrir sus mercados para el libre intercambio de bienes y servicios entre los agentes económicos de distintas naciones. Con la caída del Muro de Berlín (1989) y la desmembración de la Unión Soviética (1991), el politólogo Francis Fukuyama, siguiendo las tesis hegelianas, que parten de la idea central de que la historia de la humanidad es la de una lucha constante de ideas opuestas, concluyó en que la historia había llegado a su fin y que, por ende, ya no había nada más que discutir, pues el único modelo político y económico capaz de brindarle prosperidad a las naciones, era el de la democracia liberal y la economía capitalista.

Fukuyama se pregunta:

¿De qué manera la democracia liberal moderna «reconoce» universalmente a todos los seres humanos?

Lo hace concediendo y protegiendo sus *derechos*. Es decir, cualquier ser humano nacido en el territorio de Estados Unidos o

Francia u otro Estado liberal está dotado, por el hecho de nacer, de ciertos derechos de ciudadanía.⁴¹

Esta abstracción que la democracia liberal en el plano político —y su correlato económico, la economía de mercado— hace del individuo, al margen de las diferencias naturales que existen entre las personas, es la que ha permitido el desarrollo pacífico del comercio a una escala que lo ha globalizado todo. Pues, el comercio hace abstracción de las personas.

A partir de la segunda mitad del siglo xx el mundo empieza a globalizarse comercialmente. Producto de este fenómeno es aquella nueva clase de comerciantes que traspasan las fronteras y las legislaciones de los Estados.

[...] llama la atención comprobar que los comerciantes han generado, en forma espontánea, una respuesta propia a sus necesidades de regulación, mediante la creación de usos, que aplican como la normativa adecuada para sus transacciones internacionales. Estos usos, que no tienen una fuente de generación ni un respaldo estatal, constituyen una realidad que no puede ser desconocida por los juristas.⁴²

Es así que se ha reconocido el surgimiento de una *nueva lex mercatoria*, y que rige las relaciones comerciales de estos agentes económicos, encontrando en los arbitrajes internacionales el escenario idóneo para su aplicación sustantiva. Siendo la Cámara de Comercio Internacional (CCI) con sede en París, la organización internacional con mayor prestigio que apuesta por su consolidación jurídica.

⁴¹ FUKUYAMA, Francis. *El fin de la historia y el último hombre*. Panamá: Editorial MundiMedia S.A. 2006, p. 240.

⁴² TOVAR GIL, María del Carmen. *Lex mercatoria internacional como instrumento de regulación de las relaciones privadas internacionales*. Agenda Internacional, 2004, año xi, n.º 21. Rescatado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/viewFile/7288/7496>, pp. 157-176, p. 158.

La *lex mercatoria* es pues, el nuevo *droit commun* de los mercaderes u operadores del comercio internacional que opera en función de dichos agentes económicos en pro de una justicia mercantil supranacional de orden dispositivo.⁴³

Ahora bien, la *lex mercatoria* no es lo mismo que: (i) los tratados comerciales internacionales, los cuales son celebrados por los Estados; (ii) la legislación de los organismos internacionales; y (iii) el derecho internacional privado, el cual se limita a determinar el derecho estatal aplicable al caso concreto, utilizando el método conflictualista de solución de casos. La *lex mercatoria* es el resultado de la autonomía privada de la voluntad de los agentes económicos transnacionales que autorregulan sus relaciones jurídicas.

⁴³ BOUTIN I., Gilberto. *Op. cit.*, p. 5.

CAPÍTULO SEGUNDO

AUTONOMÍA PRIVADA DE LA VOLUNTAD, LIBERTAD DE CONTRATACIÓN Y TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO

Las personas, en principio, gozamos de la autonomía privada de la voluntad, que consiste en la facultad de poder autorregular nuestras relaciones jurídicas. Esta facultad es una manifestación de la libertad individual. Como sostiene Mijail Bakunin:

La libertad de los individuos no es en absoluto un hecho individual, es un hecho, un producto colectivo.⁴⁴

Efectivamente, la libertad la ejercemos en la sociedad. Pero, somos libres dentro de la ley. La idea de ser libre bajo el imperio de las leyes se remonta a Roma, cuando Marco Tulio Cicerón sentenció una de las frases que lo inmortalizaría:

Seamos esclavos de las leyes para poder ser libres.

Y es que donde no hay ley no hay libertad.

Es de esta manera que la auto-regulación y el orden social pueden ser entendidos como manifestaciones inteligentes de la libertad.⁴⁵

Friedrich von Hayek ensaya una noción de libertad a partir de la propiedad.

⁴⁴ BAKUNIN, Miguel. *La libertad*. México D.F.: Editorial Grijalbo, 1972, p. 31.

⁴⁵ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Op. cit.*, p. 38.

La libertad individual presupone la autonomía del sujeto en su entorno personal y sólo resulta posible en la medida en que el colectivo respete el principio de la propiedad plural, institución sobre la que se basan tanto el orden extenso como la posibilidad de tomar en consideración, en nuestro esfuerzo productivo, realidades situadas más allá del horizonte directamente perceptible por el jefe-conductor o la propia colectividad.⁴⁶

De esta suerte, muy bien podemos afirmar que la autonomía privada de la voluntad es una fuente de creación normativa, es decir, es una fuente del derecho.

Dicha autorregulación normativa ha generado normas anacionales, neutras, espontáneas y consensuales las cuales tienen vigencia paralela y funcional con el derecho positivo estatal.⁴⁷

Las normas anacionales a las que se refiere Boutin, son, precisamente, las que han configurado este derecho extra-estatal, que es *la nueva lex mercatoria*.

Al relacionarnos con nuestros pares, ganamos derechos y adquirimos obligaciones. De esta manera, el contrato es un reglamento normativo que regula la conducta de las personas (acreedor y deudor), cuya fuente es, precisamente, la voluntad de las partes que lo han celebrado.

Como muy bien precisa Vincenzo Roppo:

El concepto que mejor expresa este significado es «autonomía»: es decir, *poder de darse por sí las propias reglas* (en nuestro contexto las reglas relativas a las propias relaciones jurídicas patrimoniales), antes que vérselas imponer desde el exterior. Autonomía contractual es sinónimo de libertad contractual.⁴⁸

⁴⁶ VON HAYEK, Friedrich Auguste. *Op. cit.*, pp. 95 y 96.

⁴⁷ BOUTIN I., Gilberto. *Op. cit.*, p. 5.

⁴⁸ ROPPO, Vincenzo. *El contrato*. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, 1.^a edición, p. 48.

Efectivamente,

El Código de 1984 reconoce esta naturaleza esencialmente libre del contrato privilegiando su carácter consensual. Es así como el Código garantiza la autonomía de la voluntad estableciendo que las partes determinan libremente el contenido del contrato (artículo 1354).⁴⁹

En ese contexto, la libertad de contratación es una manifestación o el contenido de la autonomía privada de la voluntad. Es la facultad que tenemos las personas de decidir si contratar o no y cuándo, cómo, dónde y con quién celebrar un contrato, además de ponernos de acuerdo en su contenido. De esta manera, la libertad de contratación comprende:

- (i) La libertad de contratar, que consiste en decidir si se celebra o no un contrato, y con quién.
- (ii) La libertad contractual, que consiste en ponerse de acuerdo contra la otra parte, en cada una de las cláusulas del contrato.

La libertad de contratación está reconocida dentro de nuestro ordenamiento jurídico como un derecho fundamental —y constitucional— al estar prevista en el inciso 14 del artículo 2 de la Constitución Política.

Resulta importante que partamos por distinguir los dos grandes sistemas jurídicos occidentales: el anglosajón y el romano-germánico. Aparentemente, los directos herederos del derecho romano (del *ius*) serían los ordenamientos jurídicos latinos. Sin embargo, ello no es tan exacto. Realmente, quienes hoy más se aproximan a la forma de cultivar

⁴⁹ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «El Código Civil de 1984: ¿Vejez prematura o prematura declaración de vejez? Reflexiones a propósito del papel del contrato en la construcción de un orden social libre». En *Thémis*. Revista de Derecho. Lima, 2004, n.º 49. Rescatado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8566/8922>, pp. 23-35, p. 24.

el derecho como lo hacían los romanos, son los ordenamientos jurídicos del *common law* inglés.

Efectivamente,

Tanto los romanos como los ingleses compartieron la idea de que la ley es algo que se debe *descubrir* más bien que *promulgar*, y que nadie debe ser tan poderoso en su sociedad como para poder identificar su propia voluntad con la ley del país.⁵⁰

Resulta interesante la comparación que realiza Leoni en torno a los sistemas jurídicos y sus correlatos del ámbito económico. De esta suerte, la economía de mercado empata con el sistema jurídico del *common law*, mientras que la economía centralmente planificada con el sistema jurídico romano-germánico.

Si no me equivoco, hay más que una simple analogía entre la economía de mercado y un sistema jurídico basado en los jueces y abogados, de la misma manera que hay mucho más que una analogía entre una economía planificada y la legislación.⁵¹

El sistema jurídico del *common law* es, fundamentalmente, jurisprudencial. Aquí el derecho se descubre desde los tribunales de justicia. La labor de los jueces consiste en descubrir —y describir— el derecho que vive en la sociedad. Sin embargo, en el sistema jurídico romano-germánico, el derecho se crea centralizada y monopólicamente desde los Parlamentos.

Semejante discusión embarca a Hayek en la necesidad de tomar partido por determinada concepción del derecho. Lo hará contradiciendo el modelo del continente europeo, mayoritariamente codificado, y tomará como ejemplo del sistema jurídico

⁵⁰ LEONI, BRUNO. *La libertad y la ley*. Madrid: Unión Editorial, 1995, p. 28.

⁵¹ LEONI, BRUNO. *Op. cit.*, p. 41.

donde prima el ideal de libertad al sistema del precedente judicial propio del *common law* británico.⁵²

Para comprender mejor la nueva *lex mercatoria* que ha emergido por la interacción de mercaderes y comerciantes en el mercado, es importante que distingamos entre derecho, ley y legislación. En estas páginas hacemos nuestra la idea esbozada por los integrantes de la Escuela Austríaca de Economía, la cual sostiene que el derecho es un proceso social que ha evolucionado espontáneamente como consecuencia de la interrelación de miles y millones de individuos, quienes, al interactuar en sus relaciones jurídicas, selectivamente por el racional ejercicio ensayo-error recurren a ciertos usos y costumbres aceptados socialmente para regular sus conductas.

El derecho, según Hayek, debe consistir de reglas abstractas que hagan posible la formación de un sistema espontáneo mediante la libre actuación de los individuos.⁵³

No nos limitamos a la muy difundida idea del constructivismo racional, el cual limita al derecho a un conjunto de normas jurídicas ideadas por el jurista para regular la conducta social de las personas.

Al igual que el lenguaje y el dinero, el derecho es producto de un proceso social espontáneo, no deliberado por nadie en particular. Estos tres fenómenos sociales han surgido y evolucionado sin ningún propósito definido *ex ante*. Como sostiene Carl Menger:

⁵² SOSA VALLE, Federico G.M. «El concepto *hayekiano* de orden espontáneo». Tesis de maestría en el máster en economía y administración de empresas de Eseade. Rescatado de: <http://www.eseade.edu.ar/wp-content/uploads/2016/08/Tesis-Federico-G.-M.-Sosa-Valle-El-concepto-hayekiano-de-orden-espontaneo.doc>, p. 8.

⁵³ GONZÁLEZ TABOADA, José. *El pensamiento económico y legal de Friedrich A. Hayek*. Rescatado de: <http://svc.summit-americas.org/sites/default/files/Biografia%20Hayek%20%281%29.pdf>, p. 15.

[...] sólo podemos entender el origen del dinero si aprendemos a considerar el establecimiento del procedimiento social del cual nos estamos ocupando como un resultado espontáneo, como la consecuencia no prevista de los esfuerzos individuales [...].⁵⁴

El derecho es acción humana. Es *praxis*. Y es producto de la convergencia de miles y millones de individuos, quienes al perseguir sus propios fines e intercambiarlos en el escenario de plazas y mercados, participan en su proceso de creación impersonal. Es decir, todos tenemos una cuota —por muy minúscula que parezca— en dicho proceso. La *lex mercatoria* ha surgido así.

Los usos heredados son fruto de procesos de selección a lo largo de los cuales compiten entre sí un conjunto de irracionales o, mejor dicho, «injustificados» tipos de comportamiento, llegando hasta las siguientes generaciones tan sólo aquellos que, sin que nadie se lo haya propuesto intencionadamente, más han contribuido a facilitar el crecimiento de la población de aquellos colectivos que decidieron asumirlos [...].⁵⁵

Por otro lado, la noción de ley que asumimos difiere de lo que hoy en día realizan los legisladores. En realidad, lo que hacen éstos en los parlamentos, es legislación. La ley está reservada para salvaguardar libertades. Los legisladores han confundido su labor y creen que pueden otorgar derechos desde la ley. Repito, eso no es ley, es legislación. Pues la ley, al reconocerle u otorgarle un derecho a alguien, obliga a otro a dárselo, disponiendo de su propiedad y de su libertad. En realidad, lo que creen que otorgan mediante la dación de una ley no es un derecho sino un privilegio.

La función de los legisladores no consiste en dar normas que regulen la conducta de las personas, pues «[...] la *lex* se promulgó para

⁵⁴ MENDER, Carl. *El origen del dinero*. Rescatado de: <http://www.eumed.net/course/textos/Menger-origen-dinero.pdf>, p. 10.

⁵⁵ HAYEK, Friedrich Auguste von. *Op. cit.*, p. 131.

asegurar el desenvolvimiento humano en el escenario privado, donde millones de *voluntades* cooperan (*contrato*) en el logro de *finés* que son legítimamente particulares». ⁵⁶

En ese contexto, «El Estado debería proporcionar solamente una estructura en la cual la libre colaboración de los hombres (y por esto no “dirigida conscientemente”) tenga el máximo de campo». ⁵⁷

Así, la función de la *lex* consiste, en asegurar un orden en el cual prime la *voluntad privada* y, en no otorgarle poder a nadie respecto de sus semejantes (igualdad formal), [...]. ⁵⁸

La verdadera función de los legisladores es la de ponerle límites al ejercicio del poder, para que no invada la esfera privada de las personas. Así es como surgió el Parlamento inglés, para hacer de contrapeso con el monarca, detentador por entonces del poder estatal.

⁵⁶ BRAVO SENDER, Raúl Antonio. *Ideas para liberar al Perú*. Ica: Instituto de Capacitación en Administración, Derecho y Economía —Icadepade—, 2016, p. 8.

⁵⁷ VON HAYEK, Friedrich Auguste. *Individualismo: el verdadero y el falso*. Documento. Estudios Públicos, n.º 22. Rescatado de: <http://www.hacer.org/pdf/Hayek04.pdf>, p. 20.

En este interesante ensayo, Hayek nos ofrece una distinción entre el verdadero individualismo y el falso individualismo. De raigambre, principalmente, inglesa, el verdadero individualismo parte de la premisa de que el individuo no está gobernado infaliblemente por la razón como erradamente supone el falso individualismo de corte cartesiano, sino que sus acciones oscilan entre el instinto y la razón.

«Friedrich von Hayek en su lectura *Individualism, True and False* (1945) intenta dar al individualismo una imagen más aceptable, identificando como verdaderos individualistas a los hombres de la tradición inglesa desde Locke, pasando por Mandeville, Hume, Smith y Burke; y, caracterizando como falsos individualistas a los *benthamistas* y los filósofos radicales y, en el continente, aquéllos influenciados por el racionalismo cartesiano, los enciclopedistas franceses y los fisiócratas». (MINGUILL, María Cecilia. *Individualismo metodológico*. En *Boletín de Lecturas Sociales y Económicas*. UCA. FCSE, año 3, n.º 13. Rescatado de: <http://200.16.86.50/digital/33/revistas/blse/minguillon1-1.pdf>, pp. 20-34, p. 25).

⁵⁸ BRAVO SENDER, Raúl Antonio. *Op. cit.*, p. 8.

De esta suerte, la autonomía privada de la voluntad, como erróneamente se cree, no es aquella porción de libertad que el legislador nos reconoce para autorregular nuestras relaciones jurídicas. Es decir, no consiste en una dádiva o regalo que nos otorgue la autoridad. La ley, por el contrario, está para asegurar su desenvolvimiento espontáneo en la sociedad, sobre la base del respeto de los derechos de los demás. Así es.

No hay fuerzas mecánicas misteriosas: sólo existe la voluntad de cada individuo para satisfacer su demanda de diversos bienes [...]. Lo que hace la gente en la economía de mercado es la ejecución de sus propios planes [...]. Lo que defienden quienes se llaman a sí mismos planificadores no es la sustitución del dejar que las cosas sigan curso por la acción planificada. Es la sustitución de los planes de sus conciudadanos por el plan del propio planificador.⁵⁹

El contrato, que es un acuerdo de voluntades, se traduce en una norma jurídica. Es derecho. Y expresa lo acordado por las partes, en el ejercicio libre y espontáneo de sus respectivas voluntades privadas. Este reglamento normativo regirá la relación contractual entre acreedor y deudor. Los terceros, ni ganan derechos ni adquieren obligaciones. Y bajo esa premisa, no tienen el poder de meter sus narices en el mismo. Y cuando me refiere a los terceros, también lo hago a los legisladores.

Bajo las ideas del orden espontáneo,

[...] el derecho, es decir, la ley aplicable al caso no depende del Estado sino de un proceso de creación espontánea que tiene como principales protagonistas a personalidades ajenas al poder estatal.⁶⁰

⁵⁹ VON MISES, Ludwig. *Caos planificado*. Rescatado de: <http://reial.org/download/5ef4f6086d4a590262d986c1edf525da.pdf/47>, p. 18.

⁶⁰ RAMOS MEJÍA, Juan F. *Op. cit.*, p. 12.

De las ideas expuestas hasta aquí, hacemos nuestra la interrogante planteada por Cristián Giménez Corte:

¿Están facultadas las partes, por medio de la autonomía de la voluntad, a elegir como derecho rector de su contrato a la *lex mercatoria*?⁶¹

Bajo las ideas expuestas, y que se sustentan en los postulados de la Escuela Austríaca de Economía, las cuales sostienen que el derecho es un proceso espontáneo y que la libertad individual —sustento de la autonomía privada de la voluntad— prevalece sobre la voluntad de los legisladores (individualismo metodológico), sí sería posible que las partes puedan someter su contrato a esta fuente extra-estatal del derecho, como es la *lex mercatoria*.

El derecho internacional privado, que es la rama del derecho que se ocupa de solucionar los casos privados con elementos extranjeros, en el sentido de determinar la ley aplicable a una determinada situación o controversia jurídica, hace suyo este principio universalmente aceptado, el de reconocerle a las personas el poder de auto-normar sus relaciones jurídicas, incluidos los contratos, «[...] principio que permite a los contratantes optar por una reglamentación adecuada a sus necesidades [...]».⁶²

⁶¹ GIMÉNEZ CORTE, Cristián. *Op. cit.*, p. 357.

⁶² RODRÍGUEZ MENESES, Carolina. *Op. cit.*, p. 11.

CAPÍTULO TERCERO

LA LEX MERCATORIA COMO DERECHO SEGÚN LA ESCUELA AUSTRÍACA DE ECONOMÍA

Para entender a la *lex mercatoria* como un derecho espontáneo⁶³ debemos partir haciéndonos la siguiente pregunta: ¿qué es lo que funda la legalidad y el derecho? Esta interrogante la respondemos abandonando la idea que sostiene que el derecho se reduce a la ley que dan los legisladores. Por el contrario, sostenemos que el derecho es lo que los propios individuos van coligiendo en el diario trajinar de sus intercambios comerciales. Por lo que, la única tarea que le queda a aquellos legisladores, es la de ser guardianes de los derechos y de las libertades individuales.

⁶³ El texto de este libro, como he precisado, es el resultado de una investigación en torno a una tesis que sustenté en la unidad de postgrado de derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en junio del 2018, para optar el grado académico de magister en derecho con mención en derecho civil y comercial. Y la concluí —o al menos, creí concluirla— entre agosto y septiembre del 2017. Y digo esto, pues quienes nos dedicamos a la investigación jurídica, somos conscientes de que nunca debemos dar por cerrado un tema, ya que la dialéctica de los intercambios de opiniones, dejan abierto el debate. Es por ello que recojo el valioso aporte de Fabio Núñez del Prado, en un artículo suyo titulado: «*Hayek vs. Kelsen: el fundamento liberal de la lex mercatoria*», publicado en la edición n.º 72 de *Thémis*, revista de derecho de la PUCP (pp. 127-157), y disponible en edición digital en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/20242>. En efecto, compartimos la idea de Núñez del Prado, quien recoge los aportes del gran economista austríaco Friedrich von Hayek, en especial en lo referente a la configuración de los órdenes espontáneos —entre ellos el derecho—, para fundamentar el origen de la *lex mercatoria*. Y Núñez va más allá, al darle un fundamento liberal al fenómeno jurídico objeto de estudio. No es partidario de ese constructivismo kelseniano que inspira a gran parte de nuestra legislación positivista, y que arrogantemente —en términos de Hayek—, pretenden planificar unos cuantos sabios juristas y justos legisladores.

Así es como se van aceptando una serie de axiomas, usos y costumbres que el legislador⁶⁴ se ve obligado a elevar a la categoría de ley —escrita—, es decir, a reconocerlos —jamás a inventar modelos deliberados—. El orden espontáneo de las cosas. Lo que el integrante de la Escuela Austríaca de Economía, Friedrich A. Von Hayek, califica como *praxis* en contraposición a *cosmos*. «El nombre que tiene Hayek para un orden tal es el de “orden espontáneo” o *cosmos*, en contraste con *taxis* u orden dirigido. Su teoría jurídica y política supone una defensa radical y completa del ideal de la sociedad como un orden espontáneo unida a una crítica mordaz del dirigismo y del socialismo en todas sus formas».⁶⁵

De esta manera el derecho es un fenómeno *praxeológico* que no tiene diseñador ni creador, y que se asemeja al surgimiento de las lenguas y de la moneda. En efecto, no existe voluntad alguna que lo planifique, pues todos, desde nuestras atómicas existencias, contribuimos en su creación. Somos los individuos quienes en nuestras transacciones, acuerdos y contratos,⁶⁶ lo vamos edificando de manera espontánea.

Ahora bien, la Escuela Austríaca de Economía es una escuela de pensamiento económico integrada por un conjunto de economistas cuyos aportes se dieron entre los siglos XIX y XX. Se ha logrado establecer una suerte de relación de continuidad del pensamiento económico de los austríacos con los escolásticos españoles de los siglos XVI y XVII integrantes de la Escuela de Salamanca, entre ellos: Martín de Azpilcueta, Francisco de Vitoria, Diego de Covarrubias y Juan de Mariana; así como también con los ilustrados escoceses del siglo XVIII, entre ellos: David Hume, Adam Smith y Adam Ferguson.

⁶⁴ Originariamente, el Parlamentarismo Clásico —el inglés—, buscó colocarle frenos a la arbitrariedad del monarca.

⁶⁵ MACCORMICK, Neil. *Orden espontáneo e imperio de la ley: algunos problemas*. Rescatado de: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620813462839088024/cuaderno6/Doxa6_19.pdf, pp. 309-327, p. 316.

⁶⁶ El contrato es ley entre las partes (*pacta sunt servanda*).

Entre los máximos representantes de la Escuela Austríaca de Economía podemos citar a: Carl Menger, Eugen von Böhm-Bawerk, Ludwig von Mises, Friedrich von Hayek y Murray Rothbard.

Martín Krause⁶⁷ ofrece un estudio sistemático respecto de los principales aportes de esta escuela, siendo los siguientes: (i) la subjetividad del valor; (ii) el individualismo metodológico; (iii) las fluctuaciones y el ciclo económico; (iv) la imposibilidad del cálculo económico socialista; (v) el conocimiento disperso y los órdenes espontáneos; y (iv) el proceso de mercado, los desequilibrios y, el papel del emprendedor.

Es evidente la estrecha relación que existe entre el derecho y la economía. Las leyes tienen repercusiones en las decisiones de los agentes económicos. De esto se encarga el análisis económico del derecho (AED). Según Alfredo Bullard González:

La mayoría de gente no entiende bien ni los postulados ni la utilidad del AED. En primer lugar, como el AED se basa en un análisis costo-beneficio, se tiende mucho a pensar que es un análisis deshumanizante: es convertir en números el derecho, que tiene que ver con la justicia, con la conducta humana y con los valores. Eso no es lo que persigue el AED. Lo que persigue es evitar que los sistemas jurídicos, a la hora de legislar, generen desperdicios. Y, como dice Calabresi, desperdiciar, en una sociedad donde los recursos son escasos, es injusto.⁶⁸

El derecho cumple la función económica de reducir los costos de transacción. Contratar cuesta. No sólo es el bien objeto del intercambio, sino la cantidad de tiempo e información dedicados a la conclusión de ese contrato, además de las cosas que se dejan de hacer. Las institu-

⁶⁷ KRAUSE, Martín. *Fundamentos de la Escuela Austríaca*. Conferencia dictada en el marco de la Universidad El Cato-Fundación para el progreso. Santiago de Chile, 2012. Rescatada de: <https://www.youtube.com/watch?v=ddv4pj0KMUY>.

⁶⁸ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra Editores, 2009, 2.^a edición, p. 43.

ciones legales y formales —desde el AED— deben reducir esos costos en buscar información y dedicar tiempo.⁶⁹

A lo largo de estas líneas, hacemos nuestras dos ideas centrales de la Escuela Austríaca de Economía: la que sostiene que el conocimiento se encuentra disperso a manera de piezas de un rompecabezas entre cada uno de los agentes económicos, dando lugar a la configuración de órdenes sociales espontáneos; y la del individualismo metodológico.

Efectivamente, «Entre los principales éxitos teóricos y contribuciones de la Escuela Austríaca al avance de la humanidad, destaca la demostración científica de la imposibilidad de organizar la sociedad en base a mandatos y reglamentos coactivos (socialismo e intervencionismo), pues no es posible que el órgano regulador o planificador se haga con la información de primera mano que necesita para dar un contenido coordinador a sus mandatos [...]».⁷⁰

Jesús Huerta de Soto ha reconocido que aquella conclusión de la Escuela Austríaca de Economía, sobre la imposibilidad de organizar y planificar a la sociedad mediante normas jurídicas, por la natural incapacidad humana de aprehender toda la realidad y que se debe a que la información se encuentra dispersa entre todos, ya la había ensayado el escolástico Juan de Mariana.

⁶⁹ GHERSI, Enrique. *Teoría de los contratos (parte I)*. Conferencia dictada en la Universidad Francisco Marroquín. Ciudad de Guatemala, 2009. Rescatada de: <https://newmedia.ufm.edu/video/teoria-de-los-contratos-parte-i/>.

⁷⁰ HUERTA DE SOTO, Jesús. «La esencia de la Escuela Austríaca y su concepto de eficiencia dinámica». *Nuevas corrientes de pensamiento económico*, marzo-abril 2012, n.º 865 ICE. Rescatado de: http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE_865_55-70__CF94DC59198AE5EF7A1F08A27F3D4322.pdf, pp. 55-69, p. 56.

Dicha información consiste en un conocimiento práctico que se encuentra disperso entre una cantidad enorme de individuos y que es de carácter eminentemente subjetivo e inarticulable.⁷¹

El mercado es el escenario en el que interactúan los mercaderes y comerciantes. Se trata de un proceso social de asignación de recursos.

Para ello, los agentes económicos deben tomar decisiones sobre la base de un conocimiento imperfecto de la información, que se encuentra dispersa entre todos. Siendo los precios señales de información para aquella toma de decisiones.

Efectivamente,

Fundamentalmente, en un sistema en que el conocimiento de los hechos pertinentes se encuentra disperso entre muchas personas, los precios pueden actuar para coordinar las acciones separadas de diferentes personas en la misma manera en que los valores subjetivos ayudan al individuo a coordinar las partes de su plan.⁷²

Hayek parte de la distinción entre el conocimiento científico y el tipo de conocimiento que él mismo denomina de las circunstancias de tiempo y lugar, «[...] que por su naturaleza no puede formar parte de las estadísticas ni, por consiguiente, ser transmitido a ninguna autoridad central en forma estadística».⁷³

⁷¹ CUE MANCERA, Agustín. «La escuela austríaca de economía». *Comercio exterior*, diciembre 2000. Rescatado de: <http://revistas.bancomext.gob.mx/rce/magazines/41/10/RCE.pdf>, pp. 1100-1106, p. 1103.

⁷² VON HAYEK, Friedrich Auguste. «El uso del conocimiento en la sociedad». Ensayo. *Estudios Públicos*. Traducido del *American Economic Review*, septiembre, 1945, xxxv, n.º 4. Rescatado de: <http://institutoamagi.org/download/HayekFriedrich-Elusodelconocimientoenlasociedad.pdf>, pp.157-169, p. 164.

⁷³ VON HAYEK, Friedrich Auguste. *Op. cit.*, pp. 162 y 163.

Ese tipo de conocimiento se generaría descentralizada y competitivamente en la misma dinámica social, mientras que el conocimiento científico lo haría centralizada y monopólicamente desde las instancias de poder. Es así como las personas ajustan sus comportamientos al limitado conocimiento y a la dispersa información, en virtud de sus particulares circunstancias de lugar y tiempo.

Y así también los mercaderes y comerciantes ajustan sus decisiones a las señales que brindan los precios, formándose éstos espontáneamente por la mayor o menor confluencia de ofertantes o demandantes.

Es en este contexto de intercambios que la *lex mercatoria* se ha edificado como un derecho sustantivo al margen de las legislaciones estatales, producto de la convergencia espontánea de los agentes económicos.

Hayek [...] demuestra cómo la sociedad es un fenómeno complejo que ninguna mente individual puede captar en todos sus detalles. Solamente la libertad individual permite lograr un orden social donde los individuos puedan satisfacer la mayor cantidad posible de necesidades particulares.⁷⁴

No hay mejor orden que aquél que cae por su propio peso.

Frente a esta distinción que realiza Hayek entre dos tipos de conocimiento: uno científico y generado centralizadamente, y otro generado descentralizadamente, en función a las circunstancias de tiempo y lugar, el economista austríaco se inclina por afirmar que:

De esto se deduce que la planificación central basada en información estadística, por su naturaleza, no puede considerar directamente estas circunstancias de tiempo y lugar y que el planificador central tendrá que encontrar alguna forma en que las

⁷⁴ CACHANOSKY, Juan Carlos. *La Escuela Austríaca de Economía*. Rescatado de: <http://www.hacer.org/pdf/cacha.pdf>, p. 8.

decisiones dependientes de ellas puedan ser dejadas al «hombre que está en el terreno».⁷⁵

En otras palabras, el legislador (el planificador) es incapaz de prever los resultados de las leyes que da, pues ese conocimiento de tiempo y lugar no le es dado, ya que se genera descentralizada y competitivamente en las interacciones de las personas. En este escenario, las personas en vez de seguir leyes que no responden a su realidad, terminan adecuando sus comportamientos a sus particulares circunstancias, dando lugar a un conjunto de usos y costumbres (derecho espontáneo).⁷⁶

La *lex mercatoria* es la prueba palpable de que el derecho es un proceso social espontáneo que se forja sin la necesidad de un Estado.

Si partimos de la presunción de que el orden social se genera espontáneamente, es intrínseco en la sociedad, no es creado deliberadamente por nadie, sino consecuencia descentralizada de la cooperación entre centenares de millones de personas, cada una tratando de buscar su propio y particular interés, la idea de que el derecho se origina monopólicamente, sencillamente resulta insostenible.⁷⁷

Efectivamente,

Este cuerpo legal se ha ido formando a lo largo de siglos de historia del comercio y reconoce sus antecedentes en los estatutos de los comerciantes y la *lex mercatoria* de la Edad Media. Evolucionó de modo espontáneo como una creación del sector pri-

⁷⁵ VON HAYEK, Friedrich Auguste. *Op. cit.*, p. 163.

⁷⁶ Desde esta tesis también sería posible explicar otros fenómenos sociales, como el de los altos índices de informalidad en la economía peruana.

⁷⁷ GHERSI, Enrique. «El carácter competitivo de las fuentes del derecho». En *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados*, octubre 2007, n.º 47. Rescatado de: http://www.eseade.edu.ar/wp-content/uploads/2016/08/47_3_ghersi_silva.pdf, pp. 89-109, p. 96.

vado en un marco de competencia y sin ninguna planificación central de los Estados.⁷⁸

Mercaderes y comerciantes de distintas nacionalidades, al margen de las regulaciones estatales, han configurado un conjunto de usos y costumbres, que son reconocidos por todos los agentes económicos, como de obligatorio cumplimiento, sin que sea necesario contar con órganos coercitivos estatales, dado que quien opera al margen de la *lex mercatoria*, no es tomado en cuenta para hacer negocios.

Los legisladores, por muy buenas intenciones que tengan, son incapaces de poder prever las consecuencias de las normas jurídicas que dan, por la natural incapacidad de aprehender toda la realidad, dado que la información se encuentra dispersa entre todos. Es por ello que las leyes deben limitarse a contener mandatos generales y abstractos para todos, sin aludir a nadie en particular ni a situaciones específicas. Lo contrario invitaría a regular normativamente en exceso todos los aspectos de la vida de las personas.

Nadie debe tener tanta autoridad en la sociedad como para establecer como el derecho su voluntad. En ese sentido,

Aunque nadie tiene el poder de alterar el derecho, éste evoluciona y se desarrolla. Crece con independencia de propósito y es de esa manera que produce el sistema espontáneo. Las reglas generales de conducta se desarrollaron (el comercio ayudó mucho a ese desarrollo) y no fueron el producto de la autoridad.⁷⁹

Los usos y costumbres que proveen más beneficios son los que logran dar el salto y convertirse en norma, es decir, en *lex mercatoria*. Lo que los legisladores no entienden es que cumplir la ley (la norma jurídica), cuesta. Y ese proceso de cumplir o incumplir la ley se ajusta

⁷⁸ RAMOS MEJÍA, Juan F. *Op. cit.*, p. 3.

⁷⁹ GONZÁLEZ TABOADA, José. *Op. cit.*, p. 16.

en la sociedad y el mercado por la acción individual de cada mercader o comerciante, quienes toman sus decisiones en mérito a la subjetiva valoración de costo-beneficio.

Enrique Ghersi explica formidablemente ese carácter competitivo que se presenta entre las distintas fuentes del derecho, a manera de un proceso evolutivo, cultural y económico, recurriendo a una perspectiva económica.

Así, «A partir de la teoría económica existe la posibilidad de aproximarse al problema de las “fuentes del derecho” desde una perspectiva completamente distinta. A saber, que el origen del derecho no es monoplóico, sino competitivo».⁸⁰

De esta suerte, los mercaderes y comerciantes, los agentes económicos, en suma, las personas comunes y corrientes, por una valoración subjetiva de costo-beneficio, deciden regular sus relaciones jurídicas por la fuente del derecho (ley positiva, usos, costumbres, etc.) que les provea, evidentemente, más beneficios que costos.

Y es así como unas fuentes logran mayor reconocimiento social que otras, cayendo en desuso. Ya Hayek se había dado cuenta de ese carácter competitivo entre las instituciones del derecho —entiéndase: normas—.

Según Hayek, existe una relación de grupos en la evolución cultural. Su idea consiste de dos pasos:

1. Los grupos con diferentes conjuntos de reglas compiten entre sí. El grupo con mayor éxito domina e impone sus reglas sobre los demás. También es posible que el grupo débil va a imitar las reglas exitosas del grupo fuerte.

⁸⁰ GHERSI, Enrique. *Op. cit.*, p. 95.

2. El éxito de un grupo se mide por la población que el grupo puede sostener. Entre más exitosas las reglas, más grande el crecimiento de la población.⁸¹

Sin embargo, a partir del surgimiento del Estado Moderno y soberano, empezó a entenderse al derecho como un proceso creado desde las instancias del poder estatal, es decir, desde los recintos parlamentarios. Efectivamente, el Estado asumió el monopolio de la creación del derecho. De esta manera, la concepción que lo asume como un conjunto de normas que regulan la sociedad —normativismo— es la que va a predominar.

En adelante, no se concebirá al derecho como el resultado de un proceso impersonalizado de usos y costumbres que los propios individuos van aceptando tácitamente con el devenir del tiempo y que, a la larga, los legisladores —por la presión de la opinión pública (la opinión pública, en las democracias, tiende a reemplazar a la legislación)— se ven obligados a elevar a la categoría de ley, pues «[...] cada vez menos gente parece comprender que, lo mismo que el lenguaje y la moneda son el producto de la convergencia de acciones y decisiones espontáneas de un vasto número de individuos, también el derecho puede, teóricamente, ser un producto similar de convergencia [...]».⁸²

La *lex mercatoria*, es, pues, derecho. Y encuentra en las resoluciones de los tribunales arbitrales internacionales, una fuente de primer orden, dado que para laudar, los árbitros tienen que recoger las prácticas, usos y costumbres de los agentes económicos —comerciantes—.

Esto «[...] se trata de usos seguidos por los comerciantes que los consideran obligatorios y las decisiones arbitrales deben estimarse en

⁸¹ VAN SEUMEREN, Jacco A. «El orden espontáneo y la teoría de la evolución cultural en Hayek». *Laissez Faire*. Rescatado de: [http://laissezfaire.ufm.edu/index.php?action=ajax&rs=GDMgetFile&rsargs\[\]=laissezfaire15_5.pdf](http://laissezfaire.ufm.edu/index.php?action=ajax&rs=GDMgetFile&rsargs[]=laissezfaire15_5.pdf), pp. 61-77, p. 71.

⁸² LEONI, Bruno. *Op. cit.*, pp. 25 y 26.

su justa medida como reflejo de realidades económicas y disposiciones acordes con las necesidades del comercio internacional». ⁸³ Esos usos, prácticas y costumbres, que reiteradamente son empleados por los agentes económicos transnacionales, y que son aplicados por los tribunales arbitrales internacionales, han venido a denominarse, modernamente, como la *nueva lex mercatoria*.

En opinión de Delgado Barreto, Delgado Menéndez y Candela Sánchez, la *lex mercatoria* es un conjunto de normas extraestáticas o transnacionales,

[...] que nacen de un medio social transnacional de naturaleza no estatal: el comercio internacional. [siendo que] En materia comercial, entonces, el derecho uniforme surge y se desarrolla no solo a través del derecho convencional uniforme, sino también y sobre todo por la acción autónoma y espontánea de la práctica que ha dado origen al llamado derecho espontáneo o *nueva lex mercatoria internacional*, porque supone en gran medida la resurrección de la *lex mercatoria* que surgió en el siglo XIII y que rigiera por tanto tiempo al comercio interregional europeo. ⁸⁴

Se ha sostenido que este conjunto de reglas, que han edificado los comerciantes, ha hecho emerger un orden internacional al margen de las regulaciones nacionales. «Sostiene esta corriente, que la situación actual asemeja en mucho a la que se inició en Roma con el “Pretor Peregrinus”⁸⁵ y permitió el desarrollo de la *lex mercatoria* en el medioevo. El

⁸³ CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo. «¿Derecho internacional del comercio, derecho del comercio internacional o derecho del comercio exterior?». En *Revista Latinoamericana de Derecho*, año III, n.º 6, julio-diciembre 2006. Rescatado de: www.bibliojuridica.org/estrev/pdf/derint/cont/6/cmt/cmt16.pdf, pp. 125 – 153, p. 150.

⁸⁴ DELGADO BARRETO, César, María Antonieta DELGADO MENÉNDEZ y César Lincoln CANDELA SÁNCHEZ. *Introducción al derecho internacional privado. Conflicto de leyes. Parte general*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Dirección Académica de Investigación, 2006, tomo I, p. 76.

⁸⁵ Los pretores peregrinos aplicaban el *jus gentium* —hoy, derecho internacional privado— a los extranjeros.

punto de partida es el mismo, la existencia de costumbres que escapan de los derechos locales y que regulan las relaciones mercantiles internacionales. Afirman así que existe un movimiento hacia un derecho mercantil universal homogéneo y que existen los elementos para ello».⁸⁶

Aquí surge lo privado como factor primero para edificar un orden, en este caso, transnacional, que ha desbordado las fronteras de los Estados-nación. Estas prácticas, usos y costumbres de los mercaderes —denominados en conjunto: *lex mercatoria*— bien pueden constituir las bases legitimadoras para la edificación de un Estado supranacional. Un derecho que está allí, rigiendo las actividades mercantiles de los nuevos sujetos de derecho internacional: los agentes económicos transnacionales.

Este orden que escapa a la regulación de los Estados-nación, está trayendo consigo sus instituciones —reglas—. El uso reiterado de la *lex mercatoria*, evidencia que el derecho es un fenómeno que busca seguridad, certeza y predictibilidad en las relaciones mercantiles. «Los usos mercantiles en el comercio internacional, surgen de la necesidad de los comerciantes de crear unas reglas comunes y justas, que se adapten a los fines de los operadores del comercio».⁸⁷ El derecho, de esta manera, se va perfeccionando con la concurrencia de otras de sus fuentes: los usos y las costumbres (derecho no escrito) y las decisiones de terceros imparciales.⁸⁸

⁸⁶ TOVAR GIL, María del Carmen. «Aplicación de la *lex mercatoria* internacional por los árbitros». En *Lima Arbitration*. Revista del Círculo Peruano de Arbitraje. Lima, 2007, n.º 2. Rescatado de: http://www.limaarbitration.net/LAR2/maria_del_carmen_tovar_gil.pdf, p. 107.

⁸⁷ TOVAR GIL, María del Carmen. *Op. cit.*, p. 109.

⁸⁸ En el ámbito del comercio internacional, como ya se ha señalado, es frecuente la concurrencia a tribunales arbitrales.

CAPÍTULO CUARTO

INTERPRETACIÓN ECONÓMICA DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES Y DE LA LEX MERCATORIA EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El análisis económico del derecho (AED) parte de la premisa de que el derecho cumple una función económica, que consiste en reducir los costos de transacción. Contratar cuesta. El derecho genera incentivos entre los agentes económicos, quienes parten de una situación de escasez de recursos. El objetivo consiste en maximizarlos.

El derecho y la economía están íntimamente vinculados. Sin embargo, se ha levantado sobre estas dos disciplinas una frontera imaginaria que antaño no existía. Adam Smith, el padre de la economía moderna, enseñaba jurisprudencia en la Universidad de Glasgow. Los tratados sobre economía en aquellos años eran abordados como una exposición de ideas debidamente fundamentadas a modo de prosa.⁸⁹ Es con la posterior introducción del método científico⁹⁰ en el análisis de la economía,

⁸⁹ «Ensayo sobre la naturaleza del comercio en general» de Richard Cantillon (1730), «Reflexiones sobre la formación y distribución de la riqueza» de Turgot (1766), «La riqueza de las naciones» de Adam Smith (1776), «Tratado de Economía Política» de Jean Baptista Say (1803), «El capital» de Carlos Marx (1867), «Principios de Economía Política» de Carl Menger (1871), etc.

⁹⁰ De ahora en adelante, el único conocimiento aceptado en economía será el científico, es decir, el validado con el empleo de las matemáticas. Quienes expongan sus ideas sin el rigor científico que otorgan los números serán considerados herejes. Los integrantes de la Escuela Austríaca de Economía manifestaron su rechazo por la introducción de las matemáticas en la explicación de los fenómenos económicos. Pues, dado que la economía estudia el comportamiento humano, resulta difícil medir en términos cuantificables, dichos procesos. A lo mucho nos ofrecerá una aproximación a la realidad. Por otro lado, la corriente del análisis económico

que los estudios recurrirán al lenguaje matemático para demostrar sus hipótesis y conclusiones expuestas.

Ahora bien, del derecho se sostiene que persigue como fin la justicia, mientras que, de la economía, la eficiencia. El AED, como se ha precisado, busca reducir los costos de transacción partiendo de una situación de escasos recursos. Desde una perspectiva del AED, las soluciones más justas —en términos del derecho— no necesariamente son las más eficientes —en términos económicos—.

Ambos enfoques, el AED y la Escuela Austríaca de Economía, reconocen el importante papel que desempeña el establecimiento —o reconocimiento— de derechos de propiedad privada en la sociedad. Cuando la ley protege y ampara los derechos de propiedad privada —reconociendo lo que es tuyo y mío—, es entonces que las personas cuentan con el incentivo de intercambiar lo suyo por lo del otro, dando el salto hacia el tráfico mercantil. De tal suerte que, lo que se produce en los contratos, es un intercambio de titularidades.

Frente a ello, distingamos al AED de las ideas *hayekianas* (austríacas) en las que nos sustentamos respecto de la manera de entender y asumir al derecho, en especial, el derecho de los contratos en el ámbito internacional y su aproximación a la *lex mercatoria*.

Ambas concepciones, tanto el AED como la Escuela Austríaca de Economía, se inclinan por un derecho jurisprudencial en el cual el juez extrae la solución de la costumbre. La labor del juez no consistiría en crear derecho sino en hallarlo (descubrirlo y describirlo de la misma dinámica social: lo consuetudinario, los usos y las costumbres). Al respecto, Eduardo Stordeur sostiene lo siguiente: «[...] la adhesión frecuente de los partidarios de la EAE⁹¹ al derecho como producto de la evolución

(AED) es más permeable con el empleo de las matemáticas al abordar los procesos económicos.

⁹¹ Escuela Austríaca de Economía.

espontánea, corre en paralelo a la conocida hipótesis del AED de la mayor eficiencia del derecho común». ⁹²

Ahora bien, en materia de contratos, tanto el AED como la Escuela Austríaca de Economía verían en el contrato una herramienta de cooperación social: desde el AED para la maximización de los escasos recursos, y desde la Escuela Austríaca de Economía, para la consecución de legítimos fines privados, pues son las personas quienes desde sus particulares circunstancias de lugar y tiempo están en mejores condiciones de saber lo que les resulta beneficioso.

Sin embargo, un punto que distanciaría la interpretación austríaca sobre los contratos de la del AED, sería la idea del constante desequilibrio que caracteriza a los órdenes espontáneos forjados a partir de acciones individuales, frente al esquema equilibrado de corte paretiano al que se adhieren los tributarios del AED. Al respecto, el doctor Bullard precisa que: «[...] en una situación óptima, si alguien gana algo es porque alguien perdió algo. Este principio, permite a los economistas identificar una situación ideal bajo la cual se ha alcanzado una auténtica eficiencia económica». ⁹³

Una interpretación austríaca permitiría afirmar que no existiría en el mercado tal estado de reposo. En realidad, el caótico y espontáneo mercado estaría en permanentes ajustes, como consecuencia de los reiterativos acuerdos contractuales que efectúan las personas, dado que el conocimiento es limitado y la información está dispersa. Un orden paretiano parte de la premisa de una competencia perfecta, en donde una persona no podría mejorar su situación si es que otra no empeora

⁹² STORDEUR, Eduardo. «Economía de los contratos y Escuela Austríaca de Economía: consideraciones preliminares». En *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados*. Buenos Aires: Eseade, marzo 2011, n.º 54. Rescatado de: http://www.eseade.edu.ar/wp-content/uploads/2016/07/33.-Stordeur_h.pdf, pp. 87-133, p. 106.

⁹³ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Op. cit.*, p. 260.

la suya. Se trataría de un ejercicio de suma cero. Esta interpretación partiría de una suerte de stock limitado de recursos.

Sin embargo, apelando a otro de los aportes de la Escuela Austríaca de Economía, como es el papel del empresario en el mercado, la riqueza de unos no dependería de la pobreza de otros, sino de su propio emprendimiento.

Ahora bien, ambos enfoques, tanto el AED como la Escuela Austríaca de Economía, compartirían la noción del criterio selectivo que emplearían las personas, al momento de elegir el derecho apropiado al contrato. Desde el AED se elegiría un derecho en términos de maximización de recursos (lo utilitario), mientras que desde la interpretación austríaca las personas lo harían porque son quienes están en mejores condiciones de saber lo que les resulta beneficioso (la racionalidad de corte individualista de la que trata Hayek) partiendo de sus particulares circunstancias de tiempo y lugar.

Si los mercaderes transnacionales recurren a la *lex mercatoria* como derecho que regula sus relaciones comerciales, es porque tienen la noción que les resulta más útil a sus intereses particulares (AED), y porque son quienes están en mejores condiciones de saber lo que les es beneficioso (Escuela Austríaca de Economía). Ni los jueces ni los legisladores podrían prever lo mejor para cada quien. Al respecto, el fraude a la ley no está previsto en nuestras normas de derecho internacional privado contenidas en el Código Civil.

CAPÍTULO QUINTO
LA *LEX MERCATORIA* COMO DERECHO SUSTANTIVO:
ENTRE EL SISTEMA UNIFORME Y EL SISTEMA CONFLICTUALISTA

El proceso de edificación de la *lex mercatoria* es consuetudinario, a diferencia del derecho estatal que es eminentemente formal y legalista. La *lex mercatoria* tiene como principal fuente a la autonomía privada de la voluntad, que es el poder de los particulares —en este caso, los comerciantes transnacionales— para autorregular sus transacciones mercantiles. La codificación del derecho civil —y comercial—, fenómeno puramente estatal, tiene como fuente a la voluntad del legislador.

El derecho comercial tiene como principal fuente a la costumbre, dado que el comercio es dinámico y no entiende de rígidos esquemas legales. La ley es dada como resultado de un proceso político que tiene como propósito regular un aspecto de la sociedad. Sin embargo, es imposible que el legislador pueda colocarse en todos los supuestos, por lo que las leyes terminan siendo incumplidas. A su turno, la *lex mercatoria* se amolda a la dinámica cambiante del comercio.

El mercado, que es el escenario donde se realizan millones de transacciones comerciales, escapa a la regulación estatal. Mercaderes y comerciantes prefieren regular sus relaciones jurídicas, no por leyes nacionales, sino por normas extraestatales, como la *lex mercatoria*, que tienden a la uniformidad.

Lo que debe quedar claro es que la *lex mercatoria* es un derecho amorfo, sin límites, que día a día está configurándose. Sin embargo, resulta oportuno resaltar la labor de su sistematización —de la *lex mercatoria*— que han desplegado instituciones privadas como la Cámara

de Comercio Internacional (CCI) de París. La CCI ha codificado un conjunto de cláusulas comerciales en los denominados Incoterms (Términos de Comercio Internacional). Por otro lado, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit), le ha dado forma a una serie de contratos (la mayoría, contratos atípicos como: *joint venture*, franquicia, *leasing*, *know-how*, etc.) en los denominados «principios de contratación internacional».

Ahora bien, «Si por *lex mercatoria* entendemos el uso, en la solución de conflictos transnacionales en materia comercial, de una costumbre internacional que surge de diversas fuentes (usos, jurisprudencia, doctrina) y que los tribunales arbitrales internacionales aplican, podríamos decir que estamos efectivamente ante una *lex mercatoria*».⁹⁴

Asumiendo que la *lex mercatoria* es derecho sustantivo, bien podría ser aplicada por jueces estatales para darle solución a la controversia de fondo en casos de derecho internacional privado derivados de relaciones contractuales. Hoy en día es cada vez mayor la aceptación en afirmar «[...] que existe un movimiento hacia un derecho mercantil universal homogéneo y que ya existen los elementos para ello. Llega, incluso, a decirse que existe una *lex mercatoria* como derecho sustantivo, independiente de todo orden normativo nacional, aplicable a la sociedad de comerciantes».⁹⁵

Sin embargo, debemos partir del actual contexto en el cual aún los protagonistas de las relaciones internacionales, continúan siendo los Estados Modernos. Bajo esa premisa, los jueces estatales siguen atados a sus respectivos derechos nacionales. Y, en ese sentido, darán preferencia al orden público internacional de sus países antes que a cualquier norma jurídica extranjera o anacional (entiéndase: *lex mercatoria*).

⁹⁴ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Op. cit.*, p. 50.

⁹⁵ TOVAR GIL, María del Carmen. *Op. cit.*, p. 161.

Es por ello que el escenario donde se ha desarrollado más ampliamente la *lex mercatoria*, es en el de los arbitrajes internacionales. El árbitro internacional, al carecer de foro, no se encuentra vinculado o atado a alguna ley nacional; y, en consecuencia, goza de mayor autonomía en aplicarla sustancialmente para darle solución a la controversia de fondo en un caso de derecho internacional privado derivado de relaciones contractuales.

Sin embargo, compartimos el cuestionamiento que José Carlos Fernández Rozas hace sobre el particular:

Si los árbitros acceden a respuestas jurídicas adaptadas con fidelidad a los negocios internacionales, y en ocasiones mejor acomodadas a éstos que las normas estatales, cabe plantearse por qué un juez no puede seguir el ejemplo. Sobre todo, cuando tales respuestas derivan de la voluntad de las partes en el contrato. Además, la referencia a la *lex contractus* como ley de un Estado no se limita a la ley en sentido formal, sino al derecho en su totalidad y si éste incorpora como parte y fuente del mismo determinadas prácticas comerciales que cumplen una serie de condiciones, incluidas la que se refieren a sus relaciones con las leyes, dichas prácticas habrán de integrarse como ley aplicable.⁹⁶

El derecho internacional privado surgió como consecuencia de la dispersión de distintos ordenamientos jurídicos durante la explosión de las ciudades y urbes en la Europa de la Baja Edad Media. Surgen las diferentes escuelas estatutarias que constituyen el primer gran esfuerzo en unificar criterios, al momento de determinar la ley aplicable, frente a

⁹⁶ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. «*Lex mercatoria* y autonomía conflictual en la contratación transnacional». En *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*. Madrid, 2004. Rescatado de: http://eprints.ucm.es/6964/1/LEX_MERCATORIA_Y_AUTONOMIA_CONFLICTUAL.pdf, pp. 35-78, p. 53.

la territorialidad de las leyes del sistema feudal y a la personalidad de las leyes del derecho germano.⁹⁷

Sin embargo, paralelamente —cuando aún no se habían edificado los Estados modernos— coexistía —y regía eficazmente— la antigua *lex mercatoria* medieval. Se trataba de un genuino sistema uniforme para darle sustancialmente solución a las controversias derivadas de las relaciones contractuales privadas del tráfico mercantil y comercial entre mercaderes y comerciantes de distintas plazas comerciales (ciudades), los cuales se encontraban arraigados a sus respectivos estatutos.

El sistema uniforme tiende a armonizar las normas sustantivas que le darán solución a tales controversias, derivadas de las relaciones contractuales privadas del tráfico mercantil y comercial internacional. Pero, lo hace directamente y sin necesidad de recurrir a normas de remisión, como ocurre en el sistema conflictualista.

Hoy en día, la *lex mercatoria* constituye el intento de la sociedad de mercaderes de distintas plazas comerciales, en armonizar sustantivamente las normas por las cuales gobernarán sus relaciones jurídicas; y, de suscitarse alguna controversia, por medio de estas normas, las solucionarán.

Así es, «El Derecho Uniforme del Comercio Internacional (DUCI) que se identifica con la uniformidad de reglas entendidas como aspiración esencial desplazando a la técnica conflictual; es por excelencia un

⁹⁷ Efectivamente, «con el objeto de conciliar los dos principios opuestos, esto es, el de la personalidad de las leyes establecida por los bárbaros, y el de la territorialidad de las mismas, aplicada en forma exagerada por el feudalismo medieval, nació la llamada “teoría de los estatutos”, que no fue, como pudiera creerse, una sola doctrina, sino más bien un conjunto de ellas, que los juristas de distintos países elaboraron a partir de la primera mitad del siglo XIII hasta fines del siglo XVIII, para resolver los conflictos que podían suscitarse entre las costumbres de un mismo país, o entre las leyes nacionales de distintos países» (GUZMÁN LA TORRE, Diego. *Op. cit.*, p. 217).

derecho previsor y no meramente resolutivo. Su principal asiento lo reconoce en la *lex mercatoria*.⁹⁸

Por otro lado, el sistema conflictualista del derecho internacional privado, contempla los criterios por los cuales se determina la ley aplicable que dará solución a la controversia de fondo. Es decir, se trata de normas de carácter de remisión que, precisamente, remitirán al juez estatal a un ordenamiento jurídico sustantivo, el cual solucionará el conflicto o situación jurídica en cuestión. Todo ello en función al correspondiente factor de conexión contemplado en la categoría (nacionalidad, domicilio, *lex rei sitae*, *lex voluntatis*, etc.).⁹⁹

Siguiendo las enseñanzas de su maestro, el profesor Roberto MacLean Ugarteche, María del Carmen y Javier Tovar Gil, explican y desarrollan didácticamente¹⁰⁰ el método conflictualista de solución de casos, que puede resumirse en los siguientes pasos:

- (i) Lo primero que el juez estatal debe determinar, es si se encuentra o no frente a un caso de derecho internacional privado; para ello, deberá advertir la presencia de determinados elementos extranjeros que pueden ser de carácter personal, real o conductual (acto jurídico).
- (ii) Una vez que ha determinado que el caso es de derecho internacional privado, tendrá que establecer si existe o no algún tratado internacional que rijan el caso en cuestión; si existiera tratado,

⁹⁸ RAPALLINI, Lilita Etel. «Evolución del *ius mercatorum* como fuente del derecho internacional privado». En: *Anales*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, U.N.L.P. Argentina, 2011, n.º 41. Rescatado de: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/19364/Documento_completo_.pdf?sequence=1, pp. 108-116, p. 112.

⁹⁹ El principal factor de conexión previsto en nuestras normas peruanas de derecho internacional privado, es el del domicilio.

¹⁰⁰ TOVAR GIL, María del Carmen y JAVIER TOVAR GIL. *Derecho internacional privado*. Lima: Fundación M. J. Bustamante de la Fuente, 1987, pp. 29-31.

entonces, aplicará sus normas para darle solución a la controversia, incluida la determinación sobre si puede o no asumir jurisdicción.

- (iii) Si no existiera tratado que regulase el asunto controvertido, entonces se remitirá a las normas de derecho internacional privado peruanas contenidas en el Libro X del Código Civil, el cual, en su sección segunda, contempla las reglas para determinar si un juez estatal es competente o no para asumir jurisdicción. Si como resultado de aplicar dichas normas, resulta que no puede asumir jurisdicción, entonces, el juez deberá declararse incompetente. En caso contrario, pasará al siguiente paso.
- (iv) Habiendo determinado que sí es competente para asumir jurisdicción según las normas peruanas de derecho internacional privado, entonces, deberá calificar la controversia o situación jurídica; es decir, deberá ubicarla dentro de una de las categorías contempladas en la sección tercera del Libro X del Código Civil.
- (v) El artículo correspondiente contendrá la categoría que, en función al factor de conexión que contemple, remitirá al ordenamiento jurídico (extranjero o nacional) competente para darle solución a la controversia o situación jurídica de fondo.
- (vi) En caso de que el ordenamiento jurídico que resulte por remisión del factor de conexión contenido en la categoría respectiva, sea extranjero, deberá filtrarse —en el caso de nuestras normas peruanas de derecho internacional privado— por la excepción de orden público internacional, que constituye una limitación a la aplicación de leyes extranjeras por parte de los tribunales estatales peruanos. Si la ley extranjera colisiona con las normas nacionales de orden público, entonces, la controversia se resolverá conforme a las normas del derecho interno peruano.

El problema que formulamos se centra en determinar si, como resultado de la aplicación del sistema conflictualista explicado, es posible que el juez estatal peruano pueda aplicar la *lex mercatoria* como derecho sustantivo para darle solución a las controversias derivadas de las relaciones contractuales del ámbito del derecho internacional privado, en virtud de los artículos 2047, 2095 y 2096 del Código Civil.

A la luz de lo previsto en la legislación nacional, específicamente, en los citados artículos del Código Civil, sí sería posible que un juez estatal pueda aplicar la *lex mercatoria* para darle solución a la controversia de fondo en un caso de derecho internacional privado derivado de relaciones contractuales.

Sin embargo, no pretendemos hallar únicamente en lo que establezcan las leyes nacionales vigentes, la justificación para ello. Existen suficientes razones y motivos, doctrinarios, históricos y jurisprudenciales, de mucho peso, para que un juez estatal pueda proceder en ese sentido. Para afirmar lo sostenido, nos basamos en los principales aportes de la Escuela Austríaca de Economía: los órdenes espontáneos configurados por la coordinación de miles y millones de voluntades frente a la información dispersa, y el individualismo metodológico.

CAPÍTULO SEXTO REGLAS DEL CONFLICTO DE LEYES EN LA *LEX CONTRACTUS*

Según Tonatiuh García Castillo, existen dos corrientes para determinar la *lex contractus* (ley aplicable al contrato) en casos de derecho internacional privado:

La primera corriente sostiene que la ley que regula un contrato puede ser elegida por las partes contratantes, a esto se le conoce como el principio de la autonomía de la voluntad o *lex voluntatis*. La segunda corriente sostiene que la solución a qué ley pertenece el contrato debe buscarse en las reglas de conflicto del foro.¹⁰¹

Ahora bien, el Código Civil peruano vigente, en el artículo 2095 de su Libro X (derecho internacional privado), establece que:

Las obligaciones contractuales se rigen por la ley expresamente elegida por las partes y, en su defecto, por la ley del lugar de su cumplimiento. Empero, si deben cumplirse en países distintos, se rigen por la ley de la obligación principal y, en caso de no poder ser determinada ésta, por la ley del lugar de celebración. Si el lugar del cumplimiento no está expresamente determinado o no resulta inequívocamente de la naturaleza de la obligación, se aplica la ley del lugar de celebración.

¹⁰¹ GARCÍA CASTILLO, Tonatiuh. *La lex contractus en los contratos internacionales*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Rescatado de: www.juridicas.unam.mx, pp. 63-89, p. 68.

María del Carmen y Javier Tovar Gil, al abordar la categoría de obligaciones contractuales en el derecho internacional privado peruano, señalan que:

El artículo 2095 nos ofrece una serie de factores de conexión alternativos que se aplican supletoriamente en un orden determinado. Se dispone el siguiente orden de alternativas:

1. La ley expresamente elegida por las partes.
2. Si no se ha realizado elección expresa de la ley del lugar del cumplimiento de la obligación.
3. Si el lugar del cumplimiento no está expresamente determinado, o no resulta inequívocamente de la naturaleza de la obligación, se aplicará la ley del lugar de celebración.¹⁰²

De tal manera que el Código Civil establece como reglas para determinar la ley aplicable al contrato internacional, en primer lugar, a la *lex voluntatis*; y, supletoriamente, a la *lex executionis* (ley del lugar de ejecución) y la *lex celebrationis* (ley del lugar de celebración).

En opinión de Tonatiuh García Castillo, el sistema conflictualista:

[...] consiste en buscar la solución a través de las reglas de conflicto del foro. Esto significa restringir el principio de la autonomía de la voluntad y establecer conexiones subsidiarias que nos ayuden a determinar la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

Bajo esta perspectiva el arbitrio judicial es guiado por conexiones establecidas en el sistema legal en particular que está conociendo. La idea subyacente a esta postura es que en realidad no opera la *lex voluntatis*, sino que antes de que las partes determinen qué ley regirá su compromiso, ya existe alguna que le da vida y validez.¹⁰³

¹⁰² TOVAR GIL, María del Carmen y Javier TOVAR GIL. *Op. cit.*, p. 308.

¹⁰³ GARCÍA CASTILLO, Tonatiuh. *Op. cit.*, p. 74.

Las reglas de conflicto del foro recurrirán a una serie de factores de conexión para establecer la ley aplicable al contrato. Los más representativos y utilizados, en la categoría de obligaciones contractuales, como se ha señalado, son: la ley de ejecución del contrato y la ley de celebración del contrato.

No han faltado autores, sin embargo, que se han inclinado por la división del contrato, considerando separadamente la ley aplicable a su creación y a sus efectos. Entre ellos se cuenta a Fiori, Foelix, Manresa, Valery y Valverde.

Esa posición es la adoptada por el *Restatement* (§ 332) y por Suiza, cuya jurisprudencia en forma constante ha aplicado la ley del lugar del contrato en lo tocante a la formación y validez del mismo, y a los efectos, la que resulte de la intención de las partes y subsidiariamente la ley del lugar de cumplimiento.¹⁰⁴

El artículo 2095 del Código Civil, como se ha señalado, establece supletoriamente que la ley aplicable al contrato será la del lugar de ejecución del contrato, a falta de manifestación expresa o de las partes en fijarla.

Ahora bien, cuando sean dos los lugares en que deba ejecutarse el contrato, será la ley de la obligación principal; y si no puede determinarse cuál es la obligación principal, entonces, se recurrirá a la ley del lugar de su celebración.

Por otro lado, si el lugar de ejecución del contrato no está expresamente estipulado por las partes, o no resulta inequívocamente de la naturaleza de la obligación, se recurrirá también a la ley del lugar de su celebración.

¹⁰⁴ GARCÍA CALDERÓN, Manuel. *Derecho internacional privado*. Lima: Fondo Editorial San Marcos, 1969, p. 244.

Subsidiariamente se recurre a este punto de contacto cuando no sea posible recurrir a la ley del lugar de ejecución del contrato. ¿Por qué el codificador ha preferido, en primer lugar, recurrir a la *lex executionis* que a la de celebración? Principalmente, el que el lugar donde concluyeron las partes el contrato, es decir, donde lo celebraron, puede haber sido circunstancial o aleatorio.

Sin embargo,

El problema típico que se plantea en este factor de conexión es el del contrato entre ausentes. Las posiciones doctrinales fundamentales pueden reducirse a dos. La teoría de la declaración, que considera el contrato perfeccionado en el lugar y tiempo en que la parte aceptante mostró su conformidad con la oferta del proponente y la teoría de la cognición, que toma como tiempo y lugar de perfección aquéllos en que el oferente tuvo conocimiento de la aceptación.¹⁰⁵

Por otro lado, la práctica jurisprudencial del sistema jurídico del *common law* ha dado lugar a la elaboración del denominado principio: *the proper law of the contract* (el derecho apropiado al contrato). Este principio determina la ley aplicable a un contrato en función al derecho apropiado a la naturaleza del mismo, y se va determinando caso por caso. «El método en sí, consiste en que cada caso debe ser visto de una manera personalizada».¹⁰⁶

Como sabemos, el sistema jurídico anglosajón se ha construido jurisprudencialmente, caso tras caso.

Efectivamente,

¹⁰⁵ TOVAR GIL, María del Carmen y Javier TOVAR GIL. *Op. cit.*, p. 315.

¹⁰⁶ ZAVALETA CUBA, Fernando. *Derecho internacional privado. Parte general*. Lima: Ediciones Jurídicas, 1997, p. 123.

La discusión sobre cuál es la ley aplicable a los contratos internacionales ha sido más fuerte en la tradición romano-germana que en la anglosajona. Los autores de esta última tradición han dado menos importancia al tema debido a que no han defendido tan fuertemente el principio de la autonomía de la voluntad, sino que caso por caso determinan la *proper law of the contract*.¹⁰⁷

De esta manera, cuando las partes no se hayan pronunciado sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales que las vincula, es tarea del juez determinar el derecho que mejor se amolde al contrato internacional. Bajo este principio, es posible que la ley más apropiada al contrato sea la *lex mercatoria*.

¹⁰⁷ GARCÍA CASTILLO, Tonatiuh. *Op. cit.*, p. 63.

CAPÍTULO SÉPTIMO
LA *LEX MERCATORIA*: ENTRE EL INDIVIDUALISMO
METODOLÓGICO Y EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

La autonomía privada de la voluntad, como ya se ha precisado, es el poder que tienen las personas para autorregular jurídicamente sus intereses, el cual —según un sector de la doctrina— les es conferido por la ley y es tarea de ésta fijar los límites de su ejercicio.

Según Fernando Vidal Ramírez, el ordenamiento jurídico tiene

[...] que reconocer eficacia jurídica a la voluntad de los sujetos, cuando con ella norma sus relaciones jurídicas. Ésta es la idea básica y fundamental del principio de la autonomía de la voluntad.¹⁰⁸

De esta manera, los efectos a los contratos celebrados por las partes los pone la ley, en la medida que calcen en el supuesto de hecho contenido en la norma positiva.

Sin embargo, en nuestro sistema de derecho civil, la autonomía privada de la voluntad está limitada por el orden público. Ripert y Boulanger, citados por Vidal Ramírez,

[...] consideran que, si bien todas las leyes tienen carácter obligatorio, las partes están en libertad de colocarse fuera del terreno de aplicación de ciertas que están hechas únicamente para regular las relaciones de aquéllos que no han previsto su régimen

¹⁰⁸ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Teoría general del acto jurídico*. Lima: Cultural Cuzco, 1985, 1.^a edición, p. 47.

por sí mismos. El legislador —acotan—, por medio de una ley imperativa, establece un orden que se impone a todos, un orden público, ya que no puede tolerar que dos o más personas alteren ese orden público instituyendo para su propio uso un orden privado.¹⁰⁹

La pugna entre autonomía privada de la voluntad y orden público, nos remite a la dicotomía entre la libertad y el orden. Así pues, se sostiene que la voluntad privada está limitada por normas de orden público —de carácter imperativo—, muchas de ellas elevadas a la categoría de ley oficial —del Estado— por la labor deliberante de los recintos parlamentarios.

De esta manera, la tarea de los legisladores —según esta corriente— está en ponerle límites a esa voluntad privada. Ésta es una tesis que cree que el derecho —el fenómeno jurídico— es lo que se les antoja a los legisladores —parlamentarios—, reduciéndolo tan sólo a la ley escrita.

Otro sector de la doctrina sostiene que no hay mejor orden que el espontáneo, siendo la única labor de los legisladores la de reconocer ese caos espontáneo, pues los propios individuos son quienes desde sus actividades mercantiles reguladas por el contrato —ley entre las partes— van edificando un derecho aceptado tácita e impersonalizadamente por la generalidad en base al racional ejercicio ensayo-error.

El Libro X de nuestro Código Civil, en su artículo 2095, como ya se ha señalado, establece que:

Las obligaciones contractuales se rigen por la ley expresamente elegida por las partes y, en su defecto, por la ley del lugar de su cumplimiento.
[...].

¹⁰⁹ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Op. cit.*, p. 47.

El artículo 2095 le reconoce sólo a las partes de un contrato internacional —pues, «Si todos los elementos del contrato son nacionales no cabe aplicar un derecho que no sea el nacional»—¹¹⁰ la autonomía de la que gozan para establecer la ley que sustancialmente regulará las obligaciones que surgen del instrumento que las vincula jurídicamente. Pero, «La jurisprudencia americana ha decidido muchas veces que la ley escogida debe serlo de “buena fe”; que ella no puede ser “ficticia”; que ella debe tener una “relación normal” con el contrato».¹¹¹ Ello podría dar lugar a la excepción de fraude a la ley. Sin embargo, en nuestro sistema peruano de derecho internacional privado, no se encuentra prevista.

Sin embargo, se han formulado múltiples críticas a la autonomía de las partes en establecer el derecho que regirá las obligaciones contractuales. Como señala Diego Guzmán Latorre: «Se ha criticado, no sin razón, a fines del siglo XIX y a comienzos del siglo XX, la solución así formulada. No pertenece a las partes, se ha dicho, escoger la ley que gobernará sus relaciones, sino a la ley decidir qué relaciones gobierna: así resulta de la simple lógica y de la autoridad de la ley».¹¹²

Por otro lado, como señalan Delgado Barreto, Delgado Menéndez y Candela Sánchez, la facultad que tienen las partes en fijar la ley aplicable al contrato posibilita:

[...] la elusión de leyes imperativas internas vía internacionalización del contrato. Sin embargo, estos casos extremos podrían neutralizarse con la excepción del fraude a la ley, admitido por la propia teoría subjetivista.¹¹³

Asimismo, como refiere Manuel García Calderón,

¹¹⁰ TOVAR GIL, María del Carmen y JAVIER TOVAR GIL. *Op. cit.*, p. 309.

¹¹¹ GUZMÁN LATORRE, Diego. *Op. cit.*, p. 521.

¹¹² GUZMÁN LATORRE, Diego. *Op. cit.*, p. 518.

¹¹³ DELGADO BARRETO, César, MARÍA ANTONIETA DELGADO MENÉNDEZ y CÉSAR LINCOLN CANDELA SÁNCHEZ. *Op. cit.*, pp. 201 y 202.

Quienes niegan la libertad de las partes para elegir la ley aplicable sostienen que todo contrato está normalmente sujeto a una ley determinada, que es la que señala la norma de conflicto. Esa ley debe ser, en la mayoría de los casos, la del lugar donde ha sido hecho el contrato, que les es impuesta imperativamente a las partes sin tomar en cuenta su intención; [...].¹¹⁴

De igual manera, Martin Wolff —citado por Tonatiuh García Castillo— ha señalado que:

[...] la autonomía de las partes tiene sus límites. Uno de ellos está lejos de duda y es reconocido en todos sitios: las partes no tienen ningún poder para excluir, por su elección de derecho, las reglas de orden público o característico del foro.¹¹⁵

Un tema controvertido en torno a la ley aplicable en las obligaciones que surgen de un contrato internacional, es el de: ¿a qué leyes imperativas se somete el contrato?; ¿a la ley que las faculta a elegir una ley que regirá el contrato o a esta última? Este punto lo ubicamos en el artículo 2096 del Código Civil, que a la letra prescribe:

La ley competente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2095, determina las normas imperativas aplicables y los límites de la autonomía de la voluntad de las partes.

En opinión de María del Carmen y Javier Tovar Gil,

[...] de acuerdo a la redacción del texto definitivo del Código Civil, el juez peruano no deberá aplicar al contrato en cuestión otras normas que las del derecho elegido aun cuando se pacte contra normas imperativas peruanas. Tendremos, entonces, por ejemplo, que si se pacta que es aplicable a un contrato internacional un derecho que permite la renuncia a la lesión y en tal contrato se renuncia a la lesión, el juez peruano deberá de res-

¹¹⁴ GARCÍA CALDERÓN, Manuel. *Op. cit.*, p. 250.

¹¹⁵ GARCÍA CASTILLO, Tonatiuh. *Op. cit.*, p. 79.

petar el dispositivo de la ley extranjera, aun cuando vaya contra una norma que en el derecho peruano es derecho imperativo.¹¹⁶

Evidentemente, lo señalado en el artículo 2096 del Código Civil hay que concordarlo con el artículo 2049 del mismo Código, conforme al cual la ley aplicable al contrato elegido por las partes, al igual que cualquier derecho extranjero aplicable, en razón del punto de contacto que determine la norma conflictual, está limitada por el orden público internacional o las buenas costumbres.

La doctrina no es uniforme en torno al tema del orden público. Hoy en día se discute sobre otros órdenes públicos, como el supranacional, el transnacional y el comunitario, además de las normas imperativas y normas de policía. Pero, al momento de distinguir entre orden público interno y orden público internacional; por un lado, se sostiene que el primero limita la autonomía privada de la voluntad, mientras que el segundo limita la aplicación de una ley extranjera. «Empero, existen estudiosos que no creen que existan dos tipos de orden público, como lo creía Savigny».¹¹⁷ De esta suerte, el orden público internacional sería el mismo orden público interno, en el sentido de que se opone a la aplicación de una ley extranjera, precisamente por contradecirlo o vulnerarlo.

Según José Antonio Moreno Rodríguez,

[...] podemos caracterizar a los principios de orden público como aquellos que inspiran un ordenamiento jurídico determi-

¹¹⁶ TOVAR GIL, María del Carmen y JAVIER TOVAR GIL. *Op. cit.*, p. 312.

¹¹⁷ KLEIN VIEIRA, Luciane. *El orden público internacional: la defensa de la identidad del Estado y los procesos de integración*. Buenos Aires: Centro Argentino de Estudios Internacionales Programa Integración Regional. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2008. Rescatado de: <http://www20.iadb.org/intal/catalogo/pe/2008/01602.pdf>, p. 7.

nado, reflejando los valores esenciales de una sociedad en un momento dado.¹¹⁸

Ahora bien, si el orden público refleja los valores esenciales de una sociedad en un momento dado, respecto de la sociedad peruana podemos afirmar que se trata de una eminentemente informal cuyos habitantes eluden la ley oficial del Estado para regular sus relaciones jurídicas por sus propias normas consuetudinarias (usos y costumbres). En nuestro medio estamos familiarizados con términos como: «criollada», «formalismo», «desconfianza», «hecha la ley, hecha la trampa», «sacarle la vuelta a la ley», «la ley del embudo», «para mis amigos, todo; para mis enemigos, la ley».

Todo ello se reduce a dos rasgos característicos de nuestro *peruviano* orden público: la informalidad y el mercantilismo.

La informalidad es un fenómeno social que ha sido investigado profundamente. Uno de los principales estudios realizados en el Perú en torno a esta realidad, es «El otro sendero» (1986). De Soto, Ghersi y Ghibellini, sustentándose en las ideas austríacas y *hayekianas* de los órdenes espontáneos, llegan a la conclusión que las causas de la informalidad se encuentran en una excesiva reglamentación estatal que genera costos. Sin embargo, los informales, al evadir esas costosas leyes del Estado —calificadas de mercantilistas—,¹¹⁹ han dado lugar a sus propios códigos de normas basados en usos y costumbres.

¹¹⁸ MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. «Orden público y arbitraje: algunos llamativos pronunciamientos recientes en Europa y el Mercosur». En *Lima Arbitration*. Revista del Círculo Peruano de Arbitraje. Lima, 2007, n.º 2. Rescatado de: http://www.limaarbitration.net/LAR2/jose_antonio_moreno_rodriguez.pdf, pp. 63-105, p. 68.

¹¹⁹ Si bien el mercantilismo fue un sistema económico de los siglos XVI y XVII de la Europa absolutista, hoy modernamente alude a un régimen en el cual ciertos grupos de interés logran ventaja gracias a los favores del gobierno de turno. En el Perú se reduce a la frase del expresidente, General Óscar R. Benavides, quien llegó a decir categóricamente: «Para mis amigos, todo; para mis enemigos, la ley». Es decir, se trata de un escenario en el cual sólo los amigos del gobernante gozan de

Ahora bien, la libertad de contratación, que es una manifestación de la autonomía privada de la voluntad, en nuestro país se ejerce en el contexto del régimen económico de economía social de mercado, previsto en el artículo 58¹²⁰ de la Constitución Política.

El capítulo económico de nuestra Carta Magna contiene normas de orden público. La economía social de mercado se trata de un régimen en el cual el Estado garantiza las más amplias libertades económicas, entre ellas, la de contratación, de conformidad con lo previsto en el artículo 62¹²¹ de la misma Constitución.

Sin embargo, el Estado también asume, básicamente, tres funciones: (i) regular al mercado; (ii) realizar actividad empresarial subsidiaria; y (iii) promover y orientar el desarrollo. Se trata, pues, de un modelo ecléctico entre la economía de libre mercado y la economía centralmente planificada.

Si en función a las normas del régimen económico —que son de orden público— contenidas en la Constitución, el Estado garantiza las

una serie de privilegios, mientras que a la generalidad, se le aplica la ley; y más aún con mayor rigor a la competencia de estos grupos y a los enemigos del gobierno.

¹²⁰ Artículo 58.- Economía social de mercado

La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

¹²¹ Artículo 62.- Libertad de contratar

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

libertades individuales, entre ellas, la de contratación, entonces, el mismo orden público estaría dejando abierta la posibilidad de la aplicación de la *lex mercatoria* por los jueces en casos derivados de relaciones contractuales de derecho internacional privado.

Ahora bien, debe tenerse presente que el régimen económico que nos rige, se incorporó en la vigente Constitución en el contexto de las reformas económicas que se implementaron durante la década de los noventa, con el propósito de reinsertar al Perú en el comercio internacional, atraer inversión extranjera y mejorar nuestra balanza comercial —exportación—. Pero, para ello, era necesario implementar las instituciones y las reglas de juego en medio de las cuales los agentes económicos —tanto nacionales como extranjeros— se desarrollaran.

Fue así como se desregularon los mercados, bajo la premisa de que son los agentes económicos (mercaderes y comerciantes) quienes regulan sus propias transacciones mercantiles en un régimen de competencia.

Sin embargo, tratándose de un régimen ecléctico, la economía social de mercado contemplada en la Constitución, según ésta, en su artículo 65¹²² se le asigna al Estado un rol protector de los consumidores y usuarios,¹²³ garantizando el derecho a la información de los mismos. Al respecto, José Antonio Moreno Rodríguez reconoce dos variantes del orden público: uno de dirección y de coordinación y otro de protección.

¹²² Artículo 65.- Protección al consumidor

El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.

¹²³ Abriendo un paréntesis respecto a este punto, toda la lógica del rol tuitivo del Estado en relación a los consumidores y usuarios parte de la premisa de asumirlos como irresponsables, irracionales e incapaces de valerse y tomar decisiones por sí mismos.

Ello puede responder a un fuerte interés político o guardar relación general con las políticas públicas de un país, tanto para la consecución de objetivos sociales y económicos (y aquí se habla de un orden público «de dirección» y «de coordinación») como para el resguardo de partes consideradas débiles y, por ende, necesitadas de tutela (aquí se habla de orden público «de protección»).¹²⁴

Se sostiene que el orden público internacional constituye una excepción a la aplicación de una ley extranjera, por contradecirlo. Como toda excepción debe estar sujeta a ciertos supuestos, pues la regla general es la aplicación de dicha ley extranjera. Sin embargo, materialmente se trata de un concepto gaseoso y abstracto, cuyos límites son determinados jurisprudencialmente por los jueces, quienes le toman el pulso a la sociedad en el día a día caso por caso.

Así, solamente será negada la aplicación de una ley extranjera si ésta es contraria al orden público vigente en el momento en que el caso esté siendo juzgado.¹²⁵

Esa concepción *a posteriori*, que le deja al juez la tarea de verificar en casos concretos si la ley extranjera vulnera o no al orden público internacional, ha sido flanco de cuestionamientos, en el sentido de que ello significaría, en el fondo, someterse a su arbitrariedad. En ese sentido, una forma de limitar a aquellas interpretaciones antojadizas respecto del orden público del lugar y momento dados en que pudiera incurrir el magistrado, sería por medio del establecimiento *a priori* —a manera de candados— de determinadas y específicas normas imperativas.

Las normas imperativas se distinguirían del resto de normas de carácter dispositivo por el mandato que contendrían mediante un «deber ser». Si una norma estableciera que «deberá», sería de carácter imperativo, mientras que, si señalase que «podrá», entonces, su carácter sería

¹²⁴ MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. *Op. cit.*, pp. 68 y 69.

¹²⁵ KLEIN VIEIRA, Luciane. *Op. cit.*, p. 6.

dispositivo (facultativo). Según este criterio, sería en el marco de las normas de carácter dispositivo que se desenvolvería plenamente la autonomía privada de la voluntad y su manifestación en el ámbito de los contratos, que es la libertad de contratación. De esta suerte no podría pactarse contra las normas imperativas.

La dicotomía entre autonomía privada de la voluntad y orden público internacional, no sería otra que la existente entre el individualismo y el colectivismo. Ahora bien, sustentándonos en las teorías de la Escuela Austríaca de Economía, específicamente en lo que se refiere al «individualismo metodológico», lo único real y concreto son las interacciones libres y espontáneas entre individuos.

Así es,

El individualismo metodológico parte de la premisa de que todas las interacciones sociales son, en último término, interacciones entre individuos. Por lo tanto, todo fenómeno social puede ser descrito en su totalidad en términos de los individuos que lo conforman.¹²⁶

Entidades abstractas e ideales como el Estado o el orden público son sólo eso. Pero, no se trata de una noción de individuo aislado, sino de uno social. Es en la sociedad que el individuo ejerce sus derechos y libertades. Lo que importa son las acciones individuales y no colectivas. Como diría Martín Krause, no es la Argentina la que exporta carne a Alemania, sino un señor que le vende a otro señor.¹²⁷

Efectivamente, como sostiene Friedrich von Hayek:

[...] no hay otra forma para llegar a una comprensión de los fenómenos sociales si no es a través de nuestro entendimiento de las acciones individuales dirigidas hacia otras personas y guiadas

¹²⁶ MINGUILL, María Cecilia. *Op. cit.*, p.26.

¹²⁷ KRAUSE, Martín. *Cit.*

por un comportamiento esperado. Este argumento está dirigido primordialmente contra las teorías propiamente colectivistas de la sociedad, que pretenden ser directamente capaces de considerar a los conjuntos sociales, como la sociedad, y otras en cuanto entidades *sui generis* que existen en forma independiente de los individuos que las componen.¹²⁸

Ese orden público sería el resultado de la interacción de miles y millones de individuos, quienes, siguiendo sus propios fines y propósitos particulares, van estableciendo una serie de pautas, usos y axiomas que, a la larga, logran reconocimiento por costumbre y se convierten en norma.

El punto es que al delinear los efectos combinados de las acciones individuales se pone de manifiesto que muchas de las instituciones en las cuales descansan los logros humanos están funcionando sin una mente que las dirija y las diseñe.¹²⁹

Es decir, el orden público se trataría no de una institución monolítica y estática sino de un proceso dinámico e impersonal que está constantemente haciéndose «[...] como el resultado imprevisto de las acciones individuales».¹³⁰ De tal suerte, que limitar la aplicación de una ley extranjera como resultado de un examen judicial concluyente en el extremo que vulneraría el orden público internacional sería, por al menos decirlo, una decisión que alteraría el discurso de ese orden labrado espontáneamente —en realidad, sin ninguna intención de hacerlo— por las acciones descoordinadas de miles y millones de individuos.

Hayek no desconoce la existencia de principios que guíen el accionar de las personas. Pero, son sólo eso: principios que, a manera de

¹²⁸ VON HAYEK, Friedrich Auguste. «Individualismo: el verdadero y el falso». Documento. *Estudios Públicos*, n.º 22. Rescatado de: <http://www.hacer.org/pdf/Hayek04.pdf>, p. 6.

¹²⁹ VON HAYEK, Friedrich Auguste. *Op. cit.*, p. 7.

¹³⁰ VON HAYEK, Friedrich Auguste. *Op. cit.*, p. 7.

normas generales y abstractas, garantizan el desenvolvimiento libre y espontáneo de cada quien siguiendo su propio norte. Efectivamente, «El principio más general sobre el cual se basa un sistema individualista es que utiliza la aceptación universal de principios generales como el medio para poner orden en los asuntos sociales».¹³¹

En ese proceso, las decisiones que tomamos parten de la natural incapacidad de conocer —y aprehender toda la realidad—, dado que estamos limitados por nuestros sentidos. Hayek ya se ha referido respecto de la formación de órdenes espontáneos que se configuran en torno al conocimiento incompleto y la información dispersa entre cada uno de nosotros a manera de rompecabezas.

Como afirma:

El carácter peculiar del problema de un orden económico racional está determinado precisamente por el hecho de que el conocimiento de las circunstancias que debemos utilizar no se encuentra nunca concentrado ni integrado, sino que únicamente como elementos dispersos de conocimiento incompleto y frecuentemente contradictorio en poder de los diferentes individuos.¹³²

Se trata, pues, el orden público internacional, de un orden espontáneo que constantemente está redefiniendo sus fronteras y contenido, como consecuencia de la interacción entre las personas, quienes toman decisiones limitadas a su capacidad comprensiva de la realidad, al partir de información dispersa y conocimiento incompleto.

¹³¹ VON HAYEK, Friedrich Auguste. *Op. cit.*, p. 17.

¹³² VON HAYEK, Friedrich Auguste. *El uso del conocimiento en la sociedad*. Ensayo. Traducido del *American Economic Review*, n.º 4, xxxv (septiembre, 1945). Rescatado de: <http://institutoamagi.org/download/HayekFriedrich-Elusodelconocimientoenlasociedad.pdf>, pp. 157-169, p. 158.

Semejante orden limita el ejercicio de poderes coercitivos principalmente a un método, pero aún permite un campo de acción casi ilimitado para que el ingenio humano diseñe el más efectivo conjunto de normas; y, aunque las mejores soluciones a los problemas concretos en la mayoría de los casos tendrán que ser descubiertos por experiencia, hay mucho más que podemos aprender de los principios generales del individualismo con respecto a la naturaleza y los contenidos deseables de tales normas.¹³³

No es un proceso que quede petrificado en una norma jurídica escrita dada por algún sabio y justo legislador.

Hayek, se inclina, entonces, por un orden basado en principios y normas abstractas, antes que en normas y mandatos concretos y específicos. Se trata de un orden que calza mejor con un sistema jurídico basado, antes que en la actividad legislativa de los recintos parlamentarios, en los precedentes de los tribunales de justicia.

De esta suerte, la tarea de los jueces consiste en descubrir el derecho que evoluciona por la interacción individual de miles y millones de personas, y no porque a algún iluminado legislador se le haya ocurrido o lo haya planificado centralizadamente.

¹³³ VON HAYEK, Friedrich Auguste. *Individualismo: el verdadero y el falso*. Documento. *Estudios Públicos*, n.º 22. Rescatado de: <http://www.hacer.org/pdf/Hayek04.pdf>, p. 18.

CAPÍTULO OCTAVO

LA *LEX MERCATORIA* FRENTE A LA SOBERANÍA ESTATAL Y LA TRANSNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO

Hoy en día, en el contexto de la globalización de los mercados internacionales y de la integración de los países en bloques económicos, se discute en los escenarios académicos la configuración de otros órdenes públicos, como el transnacional, el comunitario y el supranacional.

José Antonio Moreno Rodríguez plantea la idea de un verdadero orden público internacional, «[...] constituido por principios de justicia universal capaces de conformar una especie de *ius gentium* o derecho común cosmopolita».¹³⁴

La generación espontánea de un derecho basado en usos y costumbres mercantiles ha dado lugar a la configuración de un orden público transnacional, es decir, uno que no está ni por encima ni por debajo de la soberanía de los Estados, sino fuera. El derecho se ha desnacionalizado. Son los mercaderes y comerciantes de distintas plazas comerciales, quienes, al recurrir reiteradamente a una serie de usos y costumbres, le han dado forma. Un genuino derecho sustantivo edificado por la autonomía privada de la voluntad al margen de los Estados.

Esto es hoy en día el derecho transnacional, el cual

[...] se «trataría de un derecho espontáneo, nacido de la práctica comercial internacional, con unas fuentes propias, fundamentalmente, los usos comerciales, y unos medios de solución

¹³⁴ MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. *Op. cit.*, p. 85.

de conflictos de intereses específicos al margen del poder de los tribunales del Estado y de los tribunales internacionales, a través del arbitraje». ¹³⁵

Sin embargo, su principal crítica radica en «[...] no ofrecer certeza, predictibilidad y definición en cuanto a sus contornos, sustancia y aplicación». ¹³⁶ A pesar de ello, no puede dejarse de lado la valiosa labor que realizan instituciones como el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit) o la Cámara de Comercio Internacional (CCI) de París, que vienen compilando una serie de usos y costumbres de tráfico mercantil internacional, como son los Principios Unidroit y los Incoterms, respectivamente.

Por otro lado, la integración de los países en espacios y zonas de libre comercio, como son los casos de la Unión Europea (UE), la Comunidad Andina de Naciones (CAN), el Mercado Común del Sur (Mercosur) y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (Tlcan), ha dado lugar a la configuración del denominado orden público comunitario, constituido por un conjunto de normas que emanan de los órganos con atribuciones legislativas de estas organizaciones internacionales. Y la tendencia ha sido a que los Estados que las conforman hayan ido progresivamente modificando sus legislaciones internas para que sus respectivos órdenes públicos internos se adecúen al orden público comunitario.

Reglas básicas del derecho comunitario europeo, como el libre movimiento de bienes y personas o la libre competencia han sido hechas parte del orden público de los Estados miembros de la Unión Europea, lo que lleva a que el orden público nacional se vaya diluyendo cada vez más. ¹³⁷

O también ha sido el caso de los tratados de libre comercio, instrumentos jurídicos internacionales que, en el contexto de las relaciones

¹³⁵ GIMÉNEZ CORTE, Cristián. *Op. cit.*, p. 101.

¹³⁶ MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. *Op. cit.*, p. 87.

¹³⁷ MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. *Op. cit.*, p. 90.

bilaterales, han obligado (*jus cogens*) a los Estados partes a que, de igual manera, adecúen sus legislaciones internas bajo las pautas que contemplan para que así guarden coherencia. Es el caso de los acuerdos bilaterales de inversión, celebrados entre Estados con el objeto de otorgar garantías y seguridades a las inversiones provenientes del otro Estado.

En cuanto al Perú se refiere, a raíz de estos acuerdos que ha venido concluyendo, se ha introducido en el orden público interno la garantía a la inversión extranjera respecto de las expropiaciones indirectas o regulatorias, al extremo de haber alcanzado pronunciamientos del Tribunal Constitucional.¹³⁸

Hoy en día, las relaciones internacionales se mantienen en el plano interestatal. Aún no se ha constituido un Estado supranacional capaz de ejercer plenamente todos los poderes coercitivos que mantienen monopólicamente los Estados-nación.

La salida del Reino Unido de la Unión Europea en junio del 2016, ratifica lo afirmado. Aún los Estados-nación conservan sus soberanías.

Ahora bien, con relación a la Unión Europea, puede llegarse a precisar que,

Si el objetivo fue forjar un espacio de libre circulación de personas, bienes y capitales, entonces la UE debiera limitarse a garantizar el libre mercado. En este proceso, el traspaso de soberanías no debe desconocer la pluralidad indispensable para asegurar un régimen de competencia.¹³⁹

¹³⁸ Sentencia recaída en el expediente n.º 01735-2008-PA/TC expedida por el Tribunal Constitucional.

¹³⁹ BRAVO SENDER, Raúl. *¿Qué es Europa? A propósito del Brexit*. Diario *Lucidez*, 5 de julio del 2016. Artículo publicado en: <http://www.lucidez.pe/opinion/que-es-europa-a-proposito-del-brexit-por-raul-bravo-sender/>.

Se ha deslizado la teoría de la soberanía compartida. Es decir, en este nuevo escenario con actores políticos y representantes diplomáticos, los Estados que conforman la Unión Europea, si bien no han dejado de ser plenamente soberanos; sin embargo, comparten sus soberanías en un área geográfica mayor, constituida, precisamente, por sus territorios. Las fronteras se han ampliado.

En este contexto, la interrogante que queda por absolver es: ¿en mérito a qué orden público es que deben actuar los tribunales de justicia estatales, dado que de una u otra manera los órdenes públicos internos —o más propiamente los órdenes públicos internacionales de los Estados a los cuales se encuentran atados— se han visto trastocados —o erosionados— por la configuración de otros órdenes públicos, como son el transnacional y el comunitario?

Por otro lado, la globalización de los mercados internacionales ha globalizado ciertas actividades ilícitas también. El contrabando, el tráfico de drogas, de armas y la trata de personas, se han convertido en rentables negocios que traspasan las fronteras de los Estados, los cuales resultan incapaces de controlar o frenar el accionar de organizaciones y redes criminales multinacionales y transnacionales, que cuentan con los recursos, la logística y los contactos políticos en distintas latitudes como centros de operaciones.

Las fuerzas que impulsan el auge económico y político de las redes mundiales de contrabandistas son las mismas que motorizan la globalización. Estas fuerzas constituyen el tema de este capítulo: cómo los cambios de la década de 1990 no sólo potenciaron la delincuencia, sino que, al mismo tiempo, debilitaron a los organismos encargados de combatirla. Las redes delictivas crecen con la movilidad internacional y con su capacidad para aprovechar las oportunidades que emanan de la separación de los mercados en Estados soberanos con fronteras. Para los delin-

cuentes, las fronteras crean oportunidades comerciales al tiempo que convenientes escudos protectores.¹⁴⁰

No son sólo las fronteras en términos de espacios físicos y líneas imaginarias que delimitan los territorios de los países, sino lo son también los excesivos controles estatales, que se han convertido en el incentivo para que organizaciones criminales organizadas vean en lo ilícito un rentable negocio, debido a los altos costos que implica el operar al margen de la ley; costos que, finalmente, son trasladados a los consumidores finales y a la sociedad en su conjunto.

Los protagonistas del concierto internacional ya no son exclusivamente los Estados *westfalianos* que, sin embargo, aún continúan siendo los depositarios de la, muy venida a menos, soberanía. Además de las organizaciones internacionales constituidas por los Estados mediante la celebración de tratados y de empresas transnacionales que operan en los mercados internacionales, las bandas criminales también se han globalizado, pero en la sombra y el anonimato de los negocios clandestinos.

En este contexto, el objetivo de la comunidad de Estados, es el logro de la paz y la seguridad internacionales. El comercio internacional se ha convertido en un eficaz mecanismo para tales objetivos. Ha favorecido a que las pretensiones belicistas de los Estados, se diluyan en un clima de justos intercambios que propicia la red de transacciones mercantiles.

Desde esta perspectiva, el comercio internacional, la democracia y las instituciones políticas globales crean una red de restricciones que disminuye tanto el atractivo como la viabilidad de ir a la guerra. Cuantos más países se encuentren vinculados por el comercio y la inversión, menor será la probabilidad de que se ataquen mutuamente.¹⁴¹

¹⁴⁰ NAÍM, Moisés. «Ilícito como traficantes, contrabandistas y piratas están cambiando el mundo». *Debate*. Barcelona, 2006, p. 27.

¹⁴¹ NAÍM, Moisés. *Op. cit.*, p. 320.

Así pues, mientras los comerciantes hacen la paz, los políticos hacen la guerra. La ventaja de la *lex mercatoria* es que ha sido edificada espontáneamente por los mismos protagonistas del comercio internacional; y, en tal sentido, goza de la legitimidad y aceptación voluntaria para el logro de estos objetivos.

CAPÍTULO NOVENO CONTEXTO ACTUAL SOBRE LA APLICABILIDAD DE LA *LEX MERCATORIA*

La *lex mercatoria* ha alcanzado un mayor desarrollo en los tribunales arbitrales internacionales, más que en los tribunales estatales, por cuanto el árbitro internacional, a diferencia del juez estatal, no se encuentra atado a una ley del foro, es decir, no está vinculado a un sistema conflictualista. Y en esa medida, cuenta con mayor libertad para aplicar directa y sustantivamente aquel derecho uniforme constituido por usos y costumbres.

La aplicación de la *lex mercatoria* en controversias derivadas de relaciones contractuales, como se ha precisado, ha logrado un mayor desarrollo en los arbitrajes internacionales.

Efectivamente,

El arbitraje comercial internacional juega un *rol* importantísimo en la construcción del sistema jurídico transnacional, ya que los árbitros se han constituido en los órganos de aplicación de este nuevo derecho comercial, cumpliendo una especie de función «jurisdiccional» dentro del sistema.¹⁴²

Ello, por cuanto el árbitro internacional no se encuentra atado a una ley del foro —como sí lo está un juez estatal—; y, por ende, a un sistema conflictualista, ostentando mayor libertad y autonomía para aplicar directamente a la *lex mercatoria* como el derecho sustantivo que

¹⁴² GIMÉNEZ CORTE, Cristián. *Op. cit.*, pp. 353 y 354.

le dará solución al tema de fondo; es decir, cuenta con la posibilidad de recurrir al sistema uniforme.

Ahora bien, centrándonos en la aplicabilidad de la *lex mercatoria* por los jueces estatales —en especial, los peruanos— en controversias sobre obligaciones contractuales de casos de derecho internacional privado, debemos remitirnos a las normas contenidas en el Libro X del Código Civil, por ser las normas del foro del juez nacional.

En su tesis para optar el grado académico de magíster en derecho con mención en derecho internacional económico, titulada: «*Lex mercatoria* internacional y su relación con el derecho interno de los Estados», la doctora María del Carmen Tovar Gil nos ofrece un panorama sobre la viabilidad de la aplicación de la *lex mercatoria*, tanto en sede arbitral como jurisdiccional.

Según la doctora Tovar, pueden presentarse distintos supuestos y alternativas de aplicación de la *lex mercatoria*: (i) en forma directa, en el caso se le reconozca a la *lex mercatoria* la naturaleza de ordenamiento autónomo o la de fuente privilegiada de derecho; (ii) por disposición de la ley interna declarada competente, esto es, por aplicación indirecta basada en la disposición de una ley nacional interna; y (iii) por elección de las partes, presentándose supuestos de remisiones generales o particulares a los usos y por las prácticas contractuales.

En este contexto, afirma la doctora Tovar:

En nuestra opinión, la constatación fáctica de la aplicación de la *lex mercatoria* como norma por parte de los comerciantes y la verificación de que dicha aplicación pueda ser excluida en caso de conflictos extremos, es el argumento más contundente para afirmar la necesidad de hallar las bases adecuadas para afianzar mediante la garantía del reconocimiento estatal. De lo contra-

rio, se daría la situación de que la respuesta del derecho sea ajena a la realidad social que regula.¹⁴³

En estas líneas nos centramos en la posibilidad que tienen los jueces estatales peruanos de aplicar la *lex mercatoria* en controversias derivadas de relaciones contractuales en casos de derecho internacional privado. El profesor Fernando de Trazegnies Granda da referencias de que en el Perú virreinal del siglo XVII se estableció un tribunal consular que aplicaba la *lex mercatoria* y que lo asemeja al arbitraje comercial de aquellos tiempos.

En el Perú virreinal, encontramos el Real Tribunal del Consulado que fue establecido por Real Cédula expedida por Felipe II el 29 de diciembre de 1593, pero que empezó a funcionar recién en 1613, el cual es definido como «Tribunal de Prior y Cónsules, diputado para el conocimiento de las Causas de los Mercaderes, tocantes a su mercancía, según una ley recopilada». Como puede verse, la autoridad de este Tribunal le es otorgada por la Corona; sin embargo, se rige por la *lex mercatoria* (una ley recopilada) y sus miembros son elegidos por los mercaderes.¹⁴⁴

Siguiendo la tesis de la doctora Tovar, pueden presentarse hasta tres supuestos en los cuales sea posible que un juez estatal peruano pueda aplicar la *lex mercatoria* en controversias derivadas de relaciones contractuales en casos de derecho internacional privado, los cuales son: (i) por aplicación directa; (ii) por remisión de la ley interna; y (iii) por elección de las partes.

¹⁴³ TOVAR GIL, María del Carmen. «*Lex mercatoria* internacional y su relación con el derecho interno de los Estados». Tesis para optar el grado académico de magíster con mención en derecho internacional económico por la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2003, p. 61.

¹⁴⁴ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «El Poder Judicial peruano en la historia». Rescatado de: http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/images/Fernando_de_Trazegnies._EL_PODER_JUDICIAL_PERUANO_EN_LA_HISTORIA.pdf.

Sin embargo, los jueces peruanos, al ejercer la jurisdicción estatal, deben, por responsabilidad funcional, aplicar las leyes de nuestro país. De esta manera, están vinculados a un sistema conflictualista. Dicho sistema conflictualista vincula al juez estatal peruano a determinar varios aspectos, entre ellos y, principalmente, el tema que nos interesa, esto es, las posibilidades de que al determinar la ley aplicable que le dará solución a la controversia de fondo, sea la *lex mercatoria*.

En resumen, tales posibilidades se presentan en el siguiente escenario: sometida la controversia al juez estatal peruano, éste debe, en primer lugar, determinar si el caso es de derecho internacional privado o no, en función a la presencia o ausencia de determinados elementos extranjeros; habiendo determinado que el caso sí es de derecho internacional privado, entonces, determinará si resulta aplicable algún tratado internacional —resolviendo además, en función al mismo, su competencia—, siendo el caso del Estado peruano que se encuentra vinculado a la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, cuyo artículo 9 abre tal posibilidad, al establecer que:

Artículo 9

1. Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.
2. Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenía o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.

En el caso de que no exista tratado internacional que resulte aplicable, entonces, el juez estatal peruano se remitirá a la aplicación de las normas de derecho internacional privado contenidas en el Libro X del Código Civil; en virtud a estas normas, el juez tendrá en primer lugar

que determinar si puede asumir competencia jurisdiccional; y, si en función a las mismas no puede asumirla, entonces, procederá a archivar el proceso; en caso contrario, entonces, proseguirá con la calificación, es decir, ubicar el caso dentro de la categoría que corresponde a las controversias derivadas de obligaciones contractuales, esto es, la contenida en el artículo 2095 del Código Civil.

El artículo en cuestión contempla una serie de factores de conexión, supletorios uno respecto de otros. En primer lugar, puede darse la situación en que las partes hayan acordado¹⁴⁵ remitir la solución de la controversia a la aplicación de la *lex mercatoria*; sin embargo, si de tal aplicación resultara la *lex mercatoria* contraria a las normas imperativas del derecho nacional, entonces, el juez procederá a aplicar la excepción de orden público internacional, prevista en el artículo 2049 del Código Civil.

La doctora Tovar precisa el escenario en el cual, si la *lex voluntatis* no prevé normas para solucionar el caso en cuestión, entonces, el juez tendrá que proseguir con los otros factores de conexión: ley del lugar de cumplimiento de la obligación; y, subsidiariamente, la ley del lugar de celebración del contrato en caso el lugar de cumplimiento de la obligación no esté expresamente determinado o no resulte inequívocamente de la naturaleza de la obligación. Estos dos factores de conexión (*lex*

¹⁴⁵ «[...] dentro de los matices que puede tener la selección de una ley aplicable al contrato, hay dos modalidades que pueden ser identificadas bajo la expresión “contrato sin ley”.

Una de estas modalidades es la del contrato autorregulado, en que las partes excluyen toda ley y/o regla de derecho, de modo que el contrato se constituya en la única fuente de los derechos y obligaciones de las partes.

Otra es la del contrato en que las partes han seleccionado un ordenamiento jurídico no estatal, como la *lex mercatoria*, los principios generales del derecho comercial internacional, los usos y costumbres del comercio internacional, los Principios Unidroit o una convención internacional que de por sí no sería aplicable a ese contrato» (RIVERA, Julio César. «Arbitraje comercial internacional: la cuestión de la ley aplicable al fondo del asunto». Rescatado de: <http://www.rivera.com.ar/es/assets/Uploads/Noticias/eleccion-de-la-ley-aplicable-al-fondo-del-asunto.pdf>, p. 9).

executionis y *lex celebrationis*) remitirán la solución de la controversia a una ley estatal, que podrá ser nacional o extranjera.

En segundo lugar, podrá presentarse el escenario en el cual las partes hayan acordado solucionar la controversia remitiéndose a una ley estatal o, no habiendo elegido ninguna, si resultare de la aplicación de los otros factores de conexión (*lex executionis* y *lex celebrationis*) alguna ley estatal, en el caso de que sea extranjera, cabe la posibilidad de que la misma contemple sustantivamente a la *lex mercatoria* (usos y/o costumbres) como el derecho aplicable para darle la solución a la controversia.

En el caso que, como consecuencia de aplicar los otros factores de conexión (*lex executionis* y *lex celebrationis*) resultare como la ley estatal la ley peruana, ésta, sustantivamente abre la posibilidad de que se aplique *la lex mercatoria*, a lo largo de una serie de normas contenidas, tanto en el aún vigente Código de Comercio¹⁴⁶ de 1902 como en el Código Civil.

¹⁴⁶ Artículo 2.- Régimen jurídico del acto de comercio

Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas, por las del derecho común.

Serán reputados actos de comercio, los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga.

Artículo 50.- Régimen jurídico de los contratos mercantiles

Los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción, y capacidad de los contratantes, se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en leyes especiales, por las reglas generales del derecho común.

Artículo 57.- Principio de buena fe

Los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueren hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones.

Por otro lado, a lo largo de una serie de artículos (1381, 1382, 1547, 1558, 1571, 1573, 1580, 1581, 1610, 1659, 1660),¹⁴⁷ de

¹⁴⁷ Artículo 1381.- Si la operación es de aquéllas en que no se acostumbra la aceptación expresa o si el destinatario ha hecho una invitación a ofrecer, se reputa concluido el contrato si la oferta no fue rehusada sin dilación.

La prueba de la costumbre y de la invitación a ofrecer corresponde al oferente.

Artículo 1382.- La oferta obliga al oferente, si lo contrario no resulta de los términos de ella, de la naturaleza de la operación o de las circunstancias del caso.

Artículo 1547.- En la compraventa de bienes que el vendedor vende habitualmente, si las partes no han determinado el precio ni han convenido el modo de determinarlo, rige el precio normalmente establecido por el vendedor.

Si se trata de bienes que tienen precio de bolsa o de mercado, se presume, a falta de indicación expresa sobre el precio, que rige el de lugar en que debe realizarse la entrega.

Artículo 1558.- El comprador está obligado a pagar el precio en el momento, de la manera y en el lugar pactados.

A falta de convenio y salvo usos diversos, debe ser pagado al contado en el momento y lugar de la entrega del bien. Si el pago no puede hacerse en el lugar de la entrega del bien, se hará en el domicilio del comprador.

Artículo 1565.- El comprador está obligado a recibir el bien en el plazo fijado en el contrato, o en el que señalen los usos.

A falta de plazo convenido o de usos diversos, el comprador debe recibir el bien en el momento de la celebración del contrato.

Artículo 1571.- La compraventa de bienes a satisfacción del comprador se perfecciona sólo en el momento en que éste declara su conformidad.

El comprador debe hacer su declaración dentro del plazo estipulado en el contrato o por los usos o, en su defecto, dentro de un plazo prudencial fijado por el vendedor.

Artículo 1573.- Si la compraventa se hace sobre muestra, el comprador tiene derecho a la resolución del contrato si la calidad del bien no es conforme a la muestra o a la conocida en el comercio.

Artículo 1580.- En la compraventa sobre documentos, la entrega del bien queda sustituida por la de su título representativo y por los otros documentos exigidos por el contrato o, en su defecto, por los usos.

Artículo 1581.- El pago del precio debe efectuarse en el momento y en el lugar de entrega de los documentos indicados en el artículo 1580, salvo pacto o uso distintos.

Artículo 1610.- En el suministro continuado, el precio se paga, a falta de pacto, de acuerdo con los usos del mercado.

una u otra manera el Código Civil hace alusión a la *lex mercatoria*, al referirse a términos como: los usos, la costumbre, la naturaleza o las circunstancias, lo normalmente establecido, lo conocido en el comercio, usos del mercado.

Ahora bien,

En el caso el derecho nacional aplicable sea el derecho peruano la remisión particular a los usos [...] deberá interpretarse como una incorporación en el contrato de los usos. Tendrá la virtud de derogar las normas de derecho interno dispositivo, pero no necesariamente dejará sin efecto las normas imperativas del derecho peruano.¹⁴⁸

Esto es así por cuanto la libertad de contratación, según nuestro sistema de contratación nacional, se ejerce dentro de lo que legalmente nos está permitido (normas dispositivas) y siempre que no se colisionen las normas imperativas (de orden público).

En suma, bajo nuestro sistema de derecho internacional privado, es posible que el juez estatal peruano pueda aplicar sustantivamente a la *lex mercatoria* para darle solución a controversias derivadas de relaciones contractuales. Nuestras normas de conflicto así lo permiten, bien sea por remisión a un tratado, a la voluntad de las partes o, en el caso que por aplicar los otros factores de conexión (*lex executionis* y *lex celebrationis*) resulte un derecho estatal (nacional o extranjero) que contenga como normas materiales a la *lex mercatoria*.

Artículo 1659.- La entrega de lo que se presta y su devolución se harán en el lugar convenido o, en su defecto, en el que se acostumbre hacerlo.

Artículo 1660.- Cuando no se ha convenido lugar ni exista costumbre, la entrega se hará en el sitio en que se encuentre el bien y la devolución en el domicilio del mutuatario.

¹⁴⁸ TOVAR GIL, María del Carmen. *Op. cit.*, p. 119.

Partiendo de lo dispuesto por nuestro ordenamiento jurídico nacional, sí resulta factible que un juez estatal peruano pueda aplicar sustantivamente a la *lex mercatoria* para resolver controversias derivadas de relaciones contractuales en casos de derecho internacional privado.

En mérito a lo previsto en el artículo 2047¹⁴⁹ del Código Civil, el cual establece que:

El derecho aplicable para regular relaciones jurídicas vinculadas con ordenamientos jurídicos extranjeros se determina de acuerdo con los tratados internacionales ratificados por el Perú que sean pertinentes y, si éstos no lo fueran, conforme a las normas del presente Libro.

Entonces, en primer lugar, en caso resulte aplicable un tratado, ello sí es posible, por cuanto el Perú es signatario de la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980; instrumento internacional que, en su artículo 9 prevé tal posibilidad de aplicación de la *lex mercatoria* como derecho material para solucionar controversias derivadas de relaciones contractuales.

En resumen, la categoría prevista en el artículo 2095 del Código Civil, abre la posibilidad de que el juez estatal peruano pueda aplicar

¹⁴⁹ El artículo 2047 del Código Civil, que contempla las fuentes del derecho internacional privado a las cuales puede recurrir el juez estatal para darle solución a controversias vinculadas con ordenamientos jurídicos extranjeros, no prevé entre sus fuentes a las que tienen un origen privado, entre ellas, a la *lex mercatoria*. Como precisa César L. Candela Sánchez: «Si bien la norma en comentario enuncia taxativamente las fuentes del derecho internacional privado que hemos presentado, omite empero hacer referencias a la costumbre, a la jurisprudencia y a las fuentes privadas del derecho internacional privado (nueva *lex mercatoria*), todas las cuales no serían fuentes del derecho internacional privado en sentido estricto, ya que el sistema peruano de derecho internacional privado podría ser catalogado como sistema que prioriza la base legal». (En *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, tomo x. Rescatado de: <https://andrescusi.files.wordpress.com/2014/03/codigo-civil-comentado-tomo-x.pdf>)

sustantivamente a la *lex mercatoria* para darle solución a controversias derivadas de relaciones contractuales.

Esto es así, por cuanto el primer supuesto que prevé como factor de conexión, reconoce al derecho elegido por las partes, siendo el caso de que éstas se hayan inclinado por la *lex mercatoria* o por algún derecho estatal (nacional o extranjero) que contenga entre sus normas materiales a la *lex mercatoria*. Y en el caso del derecho nacional, tanto el Código de Comercio como el Código Civil, contemplan tal posibilidad, como se ha precisado. Ahora, también es posible en el escenario de falta de voluntad de las partes, por cuanto al momento de determinar el derecho aplicable por remisión subsidiaria de los otros factores de conexión (*lex executionis* y *lex celebrationis*), resulte un derecho estatal (nacional o extranjero) que contenga entre sus normas materiales a la *lex mercatoria*.

Por otro lado, si partimos de las teorías de la Escuela Austríaca de Economía, expuestas a lo largo de estas líneas, específicamente, en cuanto a la configuración de los órdenes espontáneos, la *lex mercatoria* sí puede ser reconocida como derecho sustantivo y material aplicable a las relaciones contractuales en el ámbito del derecho internacional privado. La *lex mercatoria* es derecho. Según la teoría en cuestión, el derecho es un proceso social espontáneo que se configura como consecuencia de la interacción de las personas, quienes lo van labrando en el devenir diario de sus relaciones jurídicas. Se trata de un proceso impersonal, no deliberado por nadie en particular, como por el contrario sí ocurre con la legislación estatal.

Bajo esta premisa, la *lex mercatoria* se ha configurado en el escenario de las relaciones mercantiles transnacionales, es decir, al margen de la actividad legislativa de los Estados, como consecuencia de la interacción de los comerciantes, al recurrir a una serie de usos y costumbres, de manera constante y uniforme. La *lex mercatoria* surge —siguiendo la teoría del carácter competitivo de las fuentes del derecho del doctor Enrique Ghersi— descentralizada y competitivamente. A diferencia de

la ley positiva que se crea centralizadamente desde las esferas de poder. Lo mundano y real frente a lo oficial y artificial.

Los órdenes sociales espontáneos parten de una situación de información dispersa y conocimiento limitado. Sin embargo, el sistema descentralizado de precios —a manera de señales— constituye un eficaz y eficiente mecanismo de información, siendo el caso que adecúan sus comportamientos a tales señales al momento de tomar sus decisiones. Y al hacerlo, adecúan también ese derecho espontáneo que van labrando día a día en sus relaciones jurídicas. La cantidad de información y de conocimiento estará limitada al ámbito y entorno de cada persona, a la capacidad de ésta en aprehender la realidad. Cada individuo parte de una situación específica. A esto Hayek denomina «el conocimiento de las circunstancias particulares de tiempo y lugar».

Asimismo, si nos remontamos a los antecedentes históricos del desenvolvimiento y desarrollo de la *lex mercatoria*, la denominada antigua *lex mercatoria* medieval rigió plenamente entre mercaderes y comerciantes desde antes de que se constituyera el Estado-nación; y lo hizo como derecho sustantivo con el que aquellos regulaban sus relaciones mercantiles y comerciales, logrando inclusive reconocimiento entre los amigos compondores al momento que éstos resolvían las disputas que les sometían sus pares. Es más bien, cuando el Estado moderno empieza a monopolizar la creación del derecho por medio de la legislación, que la *lex mercatoria* va a quedar relegada en un segundo plano; más aún con la configuración de los sistemas nacionales del ya reconocido para entonces como conflicto de leyes (derecho internacional privado). Y el proceso de codificación del derecho del siglo XIX, bajo la idea de recopilar exegéticamente normas afines en un cuerpo normativo, con el carácter de imperativas bajo la noción de orden público resguardado por el Estado, acentuó todo ello.

Más tarde, la idea de reducir el derecho a la norma jurídica escrita y dictada por una autoridad estatal competente, sustentada por las

escuelas positivistas del derecho que creen que el mismo es producto del constructivismo racionalista de los legisladores, servirá para legitimar la coerción del Estado en su aplicación. Todo lo que está fuera del derecho positivo —de lo oficial— no es derecho. En otras palabras, desde esta perspectiva, la *lex mercatoria* no sería derecho.

En ese orden de ideas, la principal crítica para no reconocer en la *lex mercatoria* un genuino y auténtico derecho sustantivo y material, se basa en que no cuenta con los mecanismos coercitivos para su ejecución forzada en ausencia de ejecución voluntaria de las partes. Sin embargo, no puede desconocerse que la *lex mercatoria* sí cuenta con aquellos mecanismos, los cuales en la práctica resultan más eficaces que los estatales, por cuanto en el mundo del comercio, quien no cumple sus obligaciones (*pacta sunt servanda*) o se aparta de una norma, simple y sencillamente es dejado de lado para hacer negocios. De tal suerte que los mercaderes y comerciantes, por propia voluntad, para seguir haciendo negocios, se ven incentivados en no apartarse de la *lex mercatoria* y cumplirla.

Por otro lado, partiendo de la teoría del individualismo metodológico de la Escuela Austríaca de Economía, puede sostenerse que es la autonomía privada de la voluntad —como fundamento ético de la *lex mercatoria*— la que prevalece sobre el orden público internacional. Según esta teoría, los procesos sociales sólo pueden ser entendidos en función a las acciones de los individuos, quienes, al interactuar, van labrando un orden espontáneo, no deliberado ni decidido por nadie en particular. Como se ha precisado, Hayek distingue entre dos clases de individualismo: el verdadero y el falso.

El falso individualismo parte de premisas erradas respecto del cómo se construye la racionalidad individual. Sustentado en el racionalismo de corte cartesiano, sostiene que las personas sólo actuarían gobernadas por la razón. A diferencia de este enfoque, para el verdadero individualismo, las personas actúan entre los esquemas instintivos y racionales,

siendo que en el diario trajinar, a lo largo de todo un proceso de ensayo y error, moldean la racionalidad.

Es en el enfoque del individualismo de corte cartesiano que se va a sustentar la idea de un orden público delimitado en sus fronteras y contenido por los legisladores. Hayek cita al mismo René Descartes en esta errada idea de someternos a los designios de un sabio y justo legislador, cuando refiere lo siguiente:

[...] para iluminar este punto, Descartes agrega que en su opinión «la pasada preeminencia de Esparta no se debía a la preeminencia de cada una de sus leyes en particular..., sino a la circunstancia de que, creadas por un solo individuo, todas tendían a un solo fin».¹⁵⁰

Al momento de fundamentar las razones por las cuales sí es posible reconocer en la *lex mercatoria* un genuino derecho sustantivo y material capaz de ser aplicado a las relaciones contractuales en el ámbito del derecho internacional privado, nos hemos referido a la teoría de los órdenes espontáneos que se configuran sobre la base de información dispersa y conocimiento limitado. Sin embargo, para el falso individualismo, es posible que un grupo de legisladores reunidos en una camarilla política, puedan legislar sabia y justamente, por una aparente capacidad en centralizar toda la información. Lo cierto es que como se ha precisado, la misma se encuentra dispersa a manera de rompecabezas entre cada una de las personas que interactúan en la sociedad.

De esta suerte, el orden público no es delimitado ni en su contenido ni en sus fronteras por unos cuantos legisladores. Ello se debe a la natural incapacidad de poder aprehender toda la realidad, y con mucha mayor razón concentrar toda la información al momento de legislar para todos. El orden público —y el orden público internacional— son delimitados en sus fronteras y contenido por la interacción espontánea

¹⁵⁰ VON HAYEK, Friedrich Auguste. *Op. cit.*, p. 9.

y descentralizada de las personas, quienes al seguir sus propios intereses particulares, sin proponérselo, terminan sirviendo a los demás. El orden público internacional, en su configuración, tiene, entonces, bases individualistas, dado que es el resultado de la interacción de los individuos. No es ideado deliberadamente por nadie en particular, ni mucho menos por un sabio y justo legislador.

CAPÍTULO DÉCIMO

PROPUESTAS A LA FACTIBILIDAD DE APLICACIÓN DE LA *LEX MERCATORIA* POR LOS JUECES ESTATALES

La doctora Tovar Gil en su ya citada tesis en torno al tema que nos interesa, exhorta a

[...] favorecer que los Estados incorporen normas que reconozcan el valor de la *lex mercatoria* y permitan al derecho internacional privado contar con una nueva herramienta para la regulación de las relaciones comerciales internacionales.¹⁵¹

De los argumentos y fundamentos, tanto históricos como teóricos y normativos, existen razones suficientes para otorgarle a la *lex mercatoria* el valor de un genuino derecho sustantivo y material, capaz de ser recurrido por los jueces estatales para solucionar controversias derivadas de relaciones contractuales en casos de derecho internacional privado.

Ahora bien, respecto del problema sobre si la *lex mercatoria* puede ser aplicada por un juez estatal peruano para resolver controversias derivadas de relaciones contractuales en el ámbito del derecho internacional privado en virtud de los artículos 2047, 2095 y 2096 del Código Civil, se plantea como propuesta de solución la modificatoria en la redacción de los artículos 2095 y 2096 —para que guarden coherencia con el artículo 2047, en cuanto al derecho aplicable—, cuyos textos serían como sigue:

¹⁵¹ TOVAR GIL, María del Carmen. *Op. cit.*, p. 54.

Artículo 2095.- Las obligaciones contractuales se rigen por el derecho expresamente elegido por las partes y, en su defecto, por la ley del lugar de su cumplimiento. Empero, si deben cumplirse en países distintos, se rigen por la ley de la obligación principal y, en caso de no poder ser determinada ésta, por la ley del lugar de celebración.

Si el lugar del cumplimiento no está expresamente determinado o no resulta inequívocamente de la naturaleza de la obligación, se aplica la ley del lugar de celebración.

Artículo 2096.- El derecho o la ley competente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2095, determina las normas imperativas aplicables y los límites de la autonomía de la voluntad de las partes.

Creemos que al señalar el artículo 2095 del Código Civil como primer factor de conexión, que «las obligaciones contractuales se rigen por la ley expresamente elegida por las partes [...]», el término ley denota derecho estatal. Entonces, el artículo 2095, en cuanto al factor de conexión de la *lex voluntatis*, ¿se circunscribiría únicamente a un derecho estatal? Creemos que no. Aquí la ley debe ser interpretada de manera extensiva y no reducirse a la ley estatal, sino que también puede comprender los usos y costumbres mercantiles del ámbito de la contratación comercial internacional que

[...] ha quebrado, a través de la *lex mercatoria*, los moldes nacionales y la medida estatal de la norma de conflicto, de la misma manera como el derecho mercantil se ha ido independizando progresivamente del derecho civil.¹⁵²

Sin embargo, frente a la confusión de términos que utilizamos indistintamente asignándoles distintos contenidos, creemos oportuno modificar el artículo 2095 en el extremo de reemplazar el término «ley» por el de «derecho», en cuanto al factor de conexión de la *lex voluntatis*;

¹⁵² DELGADO BARRETO, César, María Antonieta DELGADO MENÉNDEZ y César Lincoln CANDELA SÁNCHEZ. *Op. cit.*, p. 77.

es decir, las partes tendrían la libertad de elegir el derecho aplicable, término más amplio que comprendería además a la *lex mercatoria*, bajo la idea que ya hemos sostenido, esto es, de asignarle a la *lex mercatoria* el carácter de un genuino derecho sustantivo y material capaz de ser aplicado para resolver controversias derivadas de relaciones contractuales en casos de derecho internacional privado; y no como actualmente está redactado el artículo en cuestión, que las partes tienen la libertad de elegir la ley aplicable, porque —reiteramos— esa redacción remite más a un derecho estatal.

Bajo esta lógica, y dado que el cuerpo normativo del Código Civil debe guardar coherencia, es necesario que el texto del artículo 2096 también sea modificado, quedando redactado más ampliamente en los siguientes términos: «El derecho o la ley competente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2095, [...]».

Estos dos artículos guardarían relación con el texto del artículo 2047 del Código Civil (las fuentes del derecho internacional privado peruano), por cuanto emplea el término más amplio de «derecho aplicable», en vez de «ley aplicable o competente», abriendo la posibilidad de poder incluir a la *lex mercatoria* como derecho sustantivo y material en la resolución de controversias relativas a contratos en casos de conflicto de leyes.

La *lex mercatoria* es derecho. Es así que hago propios los postulados de la Escuela Austríaca de Economía, concretamente las teorías de los órdenes espontáneos y del individualismo metodológico. Existiendo sólidas bases históricas, teóricas y normativas para afirmar esta idea.

Considero que no se le otorga el valor de derecho a la *lex mercatoria* debido a la errónea idea de creer y suponer que el derecho se reduce únicamente a las leyes dadas por el Estado, es decir, al derecho positivo. En realidad, la labor que realmente realizan los legisladores en nuestro país —al igual que en la mayoría de países que orbitan alrededor del

sistema jurídico romano-germánico— es legislar, que no es lo mismo que dar leyes. El verdadero propósito de las leyes es garantizar derechos y libertades, y no regular la conducta de las personas.

Ahora bien, si la ley únicamente se limita a garantizar derechos y libertades y no se mete a regular la conducta de las personas, entonces, ¿cómo se regula ésta? Es a través de la autonomía privada de la voluntad que los individuos autorregulan sus relaciones jurídicas. Siendo la libertad de contratación una de sus manifestaciones. Mediante la celebración de contratos, al recurrir a una serie de usos y costumbres, le van dando forma al derecho. Esto es, la *lex mercatoria*.

El derecho no se crea centralizada y monopólicamente desde el poder. La ley está para limitar su ejercicio y garantizar derechos y libertades. Todos de una u otra manera tenemos una cuota de participación en su evolución espontánea. Los mercaderes y comerciantes que, al operar en el comercio internacional, propio de la globalización, recurren y le dan forma a una serie de usos y costumbres mercantiles y comerciales, nos han devuelto esa manera de entender el derecho como un proceso que concierne más a la sociedad que al Estado.

Al ser la *lex mercatoria* derecho, bien puede ser aplicada por los jueces estatales peruanos —al igual que los de otros países— como norma sustantiva y material para darle solución a controversias derivadas de relaciones contractuales en casos de derecho internacional privado.

Así, tomamos partido por el supuesto en el cual exista la posibilidad de que las partes hayan elegido un orden jurídico anacional, constituido por los usos y costumbres mercantiles internacionales que, al ser derecho, el juez estatal peruano deberá respetarlos, aplicándolos sustancialmente para resolver el caso sobre obligaciones contractuales de derecho internacional privado.

En realidad, el artículo 2095 del Código Civil, en vez de emplear el término «ley» para conjugar el factor de conexión de la *lex voluntatis*, debió utilizar el término «derecho», dado que es más amplio, pues como se ha sostenido, no sólo se reduce a la ley estatal, sino que también abarca a los usos y costumbres (derecho), que constituyen la *lex mercatoria*.

En suma, la *lex mercatoria* sí puede ser aplicada sustancialmente por un juez estatal para resolver controversias que versen sobre obligaciones contractuales en casos de derecho internacional privado. La *lex mercatoria* sí es derecho, pues tiene existencia real, rige y evoluciona espontáneamente por la interacción de los mercaderes y comerciantes transnacionales.

Ahora bien, al ser un derecho que se ha dado al margen de los Estados, no se encuentra ni por encima ni por debajo de los derechos nacionales de los Estados. En el actual contexto internacional de interdependencia de los países, que se ha dado debido a la división internacional del trabajo y a la especialización con los consecuentes intercambios mercantiles, la lógica de los Estados independientes y soberanos en términos absolutos, no tiene cabida, pues aquella concepción obedecía al antiguo esquema de equilibrio de naciones europeas del siglo XVI.

Los Estados se erigieron como la suma de una serie de potestades que concentraron monopólicamente —y se las arrebataron a la sociedad—, entre ellas, la creación del derecho y la solución de controversias. Sin embargo, afirmamos categóricamente que la *lex mercatoria* es una suerte de «derechos humanos del derecho internacional privado», por su tendencia a la universalización. Se trata de un derecho transnacional.

La implementación de la modificatoria de los artículos 2095 y 2096 del Código Civil, en el sentido de reemplazar el término «ley» por el de «derecho», tendría como consecuencias una mejor técnica legislativa, así como una apropiada interpretación de las normas de derecho

internacional privado en cuanto a la ley aplicable a controversias de obligaciones contractuales en casos de conflicto de leyes por parte de los operadores de justicia (jueces y abogados).

Esta modificatoria abriría las puertas a una interpretación más amplia y receptiva en cuanto a la posibilidad de aplicar sustantivamente a la *lex mercatoria* como norma que dé solución a conflictos sobre obligaciones contractuales en casos de derecho internacional privado. Ello, por cuanto, el término «derecho», al ser más amplio que el término «ley» —pues, éste se limitaría al derecho estatal—, abarcaría también a la *lex mercatoria*, entendida como un conjunto de usos y costumbres mercantiles transnacionales, que son derecho.

Ahora bien, no menos cierto es que las consecuencias de una medida de tal magnitud, como es la dación de una ley —en este caso, la modificatoria de los artículos 2095 y 2096 del Código Civil; es decir, del Decreto Legislativo n.º 295—, son relativas de prever. Sustentándonos en las mismas teorías sobre las cuales descansan las ideas expuestas, esto es, la que se refiere a los órdenes espontáneos que se configuran sobre la base de información dispersa y conocimiento limitado, resulta difícil —por no decir imposible— que un legislador tome conocimiento de toda la información dispersa entre las personas.

De tal manera que, al margen de la propuesta legislativa esbozada en esta tesis, cuyo propósito se centra en ampliar las posibilidades de aplicación por parte de los jueces estatales peruanos de la *lex mercatoria* como derecho sustantivo a controversias sobre obligaciones contractuales de casos de derecho internacional privado, lo cierto es que el orden en el que se desarrolla la *lex mercatoria*, esto es, el universo hacia el cual va dirigida la modificatoria —los mercados transnacionales—, se caracteriza, precisamente, por el caos y la evolución espontánea.

No menos cierto es que, al ampliar las posibilidades de aplicación de la *lex mercatoria* por parte de los jueces peruanos, ello puede tener

consecuencias en el derecho interno, en la medida de que colisione con las normas de carácter imperativo.

Sin embargo, para ello está la excepción de orden público, como limitación a tal aplicación. Ahora, hemos hecho nuestra una noción de orden público internacional basada en el individualismo metodológico, es decir, un orden público internacional que parte, no de la acción planificadora y deliberada de los legisladores, sino de las acciones individuales de miles y millones de personas, quienes, al interactuar, le van dando forma a un conjunto de usos y costumbres que, a la larga, se convierten en derecho, por su constancia y uniformidad. Un orden público que empataría con la noción de *lex mercatoria*.

No cabe duda de que los beneficios que aporta la propuesta son muchos y abarcaría a todos (mercaderes, comerciantes, consumidores, usuarios; en fin, a la sociedad en su conjunto).

En primer lugar, se obtiene una mejor técnica legislativa en cuanto a la redacción de los artículos 2095 y 2096 del Código Civil, facilitando la labor de interpretación de los operadores de justicia, al no limitar los supuestos del factor de conexión de la *lex voluntatis* (la ley elegida por las partes) únicamente a un derecho de carácter estatal en función del término ley, sino a otros órdenes jurídicos como el de la *lex mercatoria*, en mérito a un término más amplio como es el de derecho.

Con ello se podrían obtener en los tribunales de justicia estatales, soluciones más justas, eficaces, eficientes y apropiadas a las reales intenciones de las partes, cuando por propia voluntad han decidido solucionar sus controversias derivadas de obligaciones contractuales en casos de derecho internacional privado, sometiéndose a los usos y costumbres que conforman el grueso de la *lex mercatoria*.

Además, se obtendría la adecuación y adaptación de nuestro sistema conflictualista peruano contenido en las normas de derecho interna-

cional privado del Libro X del Código Civil, al dinámico escenario de la red de intercambios y transacciones mercantiles, contenido materialmente en los usos y costumbres de la *lex mercatoria*.

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

ALVARADO FUENTES, Sergio José Domingo. «La nueva *lex mercatoria* y la necesidad de que Guatemala ratifique la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa de mercaderías». Tesis previa a conferirse el grado académico de licenciado en ciencias jurídicas y sociales y los títulos profesionales de abogado y notario. Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala, septiembre del 2013. Rescatada de: http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_11148.pdf.

BAKUNIN, Miguel. *La libertad*. México D. F.: Editorial Grijalbo, 1972.

BOUTIN I., Gilberto. *La lex mercatoria en el derecho internacional privado*. Panamá: Centro de Estudios de Derecho, 2002. Rescatado de: <http://www.ohadac.com/telechargement/bibliographie/25/0/lex-mercatoria-en-derecho-intern.boutin-gilberto.pdf>.

BRAVO SENDER, Raúl. *Comerciantes, capitalismo y racionalidad*. Diario *Lucidez*, 25 de octubre de 2016. Artículo publicado en: <http://www.lucidez.pe/opinion/comerciantes-capitalismo-y-racionalidad-por-raul-bravo-sender/>.

BRAVO SENDER, Raúl Antonio. «El poder papal y el poder imperial en la Constitución del Estado moderno». En *Iusirandum*. Revista de la Asociación Centro de Estudios Jurídicos-CEJ. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional San Luis Gonzaga de Ica. Ica, 2008, 1.^a edición.

BRAVO SENDER, Raúl Antonio. «Estado y justicia supranacionales. A propósito de la juridificación del derecho internacional». Tesis para op-

tar el título de abogado por la Universidad Nacional San Luis Gonzaga. Ica, 2010.

BRAVO SENDER, Raúl Antonio. *Ideas para liberar al Perú*. Ica: Instituto de Capacitación en Administración, Derecho y Economía —Icapade—, 2016.

BRAVO SENDER, Raúl. «¿Qué es Europa? A propósito del Brexit». Diario *Lucidez*, 5 de julio de 2016. Artículo publicado en: <http://www.lucidez.pe/opinion/que-es-europa-a-proposito-del-brex-it-por-raul-bravo-sender/>.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Derecho y economía El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra Editores, 2.^a edición, 2009.

CACHANOSKY, Juan Carlos. *La Escuela Austríaca de Economía*. Rescatado de: <http://www.hacer.org/pdf/cacha.pdf>.

CARPISO, Jorge. «Globalización y los principios de soberanía, autodeterminación y no intervención». En *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2004, vol. IV. Artículo rescatado de: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/89/142>, pp. 117-148.

CASTRO MONTERO, Karen. «Las nuevas fuentes de la *lex mercatoria*». En *Revista Judicial*. Costa Rica, septiembre 2012, n.º 105. Rescatado de: https://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos/documentos/revs_juds/revista%20105/revista%20105%20formato%20html/pdf/09_lasnuevas.pdf, pp. 153-181.

CIFUENTES OCHOA, Mynor José. «La aplicabilidad de la *lex mercatoria* en integración a las disposiciones del derecho mercantil guatemalteco». Tesis. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar. Quetzaltenango, septiembre 2014. Rescatado de: <http://biblio3.url.edu.gt/Tesario/2013/07/01/Cifuentes-Mynor.pdf>.

CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo. «¿Derecho internacional del comercio, derecho del comercio internacional o derecho del comercio exterior?». En *Revista Latinoamericana de Derecho*. julio-diciembre 2006, año III, n.º 6. Rescatado de: www.bibliojuridica.org/estrev/pdf/derint/cont/6/cmt/cmt16.pdf, pp. 125-153.

CUE MANCERA, Agustín. «La Escuela Austríaca de Economía». *Comercio Exterior*, diciembre 2000. Rescatado de: <http://revistas.bancomext.gob.mx/rce/magazines/41/10/RCE.pdf>, pp. 1100-1106.

DELGADO BARRETO, César, María Antonieta DELGADO MENÉNDEZ y César Lincoln CANDELA SÁNCHEZ. *Introducción al derecho internacional privado. Conflicto de leyes. Parte general*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Dirección Académica de Investigación, Fondo Editorial, 2006, tomo I.

DE SAVIGNY, Federico Carlos. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho*. Madrid: La España Moderna. Edición digital de una reproducción fotográfica facsimilar del original perteneciente al fondo bibliográfico de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Rescatado de: <http://fama2.us.es/fde/ocr/2012/deLaVocacionDeNuestroSiglo.pdf>.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «El Código Civil de 1984: ¿Vejez prematura o prematura declaración de vejez? Reflexiones a propósito del papel del contrato en la construcción de un orden social libre». En *Themis. Revista de Derecho*. Lima, 2004, n.º 49. Rescatado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8566/8922>, pp. 23-35.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *El Poder Judicial peruano en la historia*. Publicado en: http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/images/Fernando_de_Trazegnies._EL_PODER_JUDICIAL_PERUANO_EN_LA_HISTORIA.pdf.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «¿*Lex mercatoria rediviva?* Primera parte: de la Edad Media a la postmodernidad». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, n.º 3. Artículo rescatado de: http://www.peruarbitraje.org/pdf/revista/REVISTA_PERUANA_DE_ARBITRAJE_RPA_3_2006.pdf, pp. 15-51.

DRUCKER, Peter F. *La sociedad post capitalista*. Bogotá: Editorial Norma, 1994.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Ius mercatorum. Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*. Madrid: Colegios Notariales de España, 2003.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. «*Lex mercatoria* y autonomía conflictual en la contratación transnacional». En *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*. Madrid, 2004. Rescatado de: http://eprints.ucm.es/6964/1/LEX_MERCATORIA_Y_AUTONOMIA_CONFLICTUAL.pdf, pp. 35-78.

FERRERO R., Raúl. *Derecho internacional tercer mundo temas de derecho internacional*. Edición auspiciada por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología. Lima: Concytec, 1989.

FRANCO LEGUÍZAMO, Camilo Armando. «De la *lex mercatoria* a la *lex constructionis*». En *Revista e-Mercatoria*, 2007, vol. 6, n.º 1. Rescatado de: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1492111.

FROMM, Erich. *El miedo a la libertad*. México D.F.: Origen/Planeta, Editorial Artemisa, 1985.

FUKUYAMA, Francis. *El fin de la historia y el último hombre*. Panamá: Editorial MundiMedia, 2006.

GARCÍA CALDERÓN, Manuel. *Derecho internacional privado*. Lima: Fondo Editorial San Marcos, 1969.

GARCÍA CASTILLO, Tonatiuh. *La lex contractus* en los contratos internacionales. México D.F.: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Rescatado de: www.juridicas.unam.mx, pp. 63-89.

GHERSI, Enrique. «El carácter competitivo de las fuentes del derecho». En *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados*, octubre 2007, n.º 47. Rescatado de: http://www.eseade.edu.ar/wp-content/uploads/2016/08/47_3_ghersi_silva.pdf, pp. 89-109.

GHERSI, Enrique. «Teoría de los contratos» (parte I). Conferencia dictada en la Universidad Francisco Marroquín. Ciudad de Guatemala, 2009. Rescatada de: <https://newmedia.ufm.edu/video/teoria-de-los-contratos-parte-i/>.

GIMÉNEZ CORTE, Cristián. «*Lex mercatoria*, garantías independientes y coacción extraestatal». En *International Law*. Revista Colombiana de Derecho Internacional, 2004, n.º 3, junio 2004. Rescatado de: <http://www.redalyc.org/pdf/824/82400311.pdf>, pp. 343-361.

GONZÁLEZ TABOADA, José. *El pensamiento económico y legal de Friedrich A. Hayek*. Rescatado de: <http://svc.summit-americas.org/sites/default/files/Biografia%20Hayek%20%281%29.pdf>.

GRANDE, Silvana. «La *lex mercatoria* en los laudos de la Cámara de Comercio Internacional». En *Dikaion*. Chía: Universidad de la Sabana, diciembre 2008, año 22, n.º 17. Rescatado de: <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1402/1539>, pp. 199-244.

GRUN, Ernesto. «Los nuevos sistemas jurídicos del mundo globalizado». En *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 2000/2001, n.º 4. Rescatado de: <http://www.rtdf.es/numero4/1-4.pdf>, pp. 1-13.

GUZMÁN LATORRE, Diego. *Tratado de Derecho Internacional Privado*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1989.

HOBBS, Thomas. *Leviatán I o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Madrid: Sarpe, 1984.

HUERTA DE SOTO, Jesús. «La esencia de la Escuela Austríaca y su concepto de eficiencia dinámica». *Nuevas Corrientes de Pensamiento Económico*, marzo-abril 2012, n.º 865. ICE. Rescatado de: http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE_865_55-70__CF94DC59198AE5EF7A1F08A-27F3D4322.pdf, pp. 55-69.

KLEIN VIEIRA, Luciane. *El orden público internacional: la defensa de la identidad del Estado y los procesos de integración*. Centro Argentino de Estudios Internacionales Programa Integración Regional. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2008. Rescatado de: <http://www20.iadb.org/intal/catalogo/pe/2008/01602.pdf>.

KRAUSE, Martín. *Fundamentos de la Escuela Austríaca*. Conferencia dictada en el marco de la Universidad El Cato-Fundación para el progreso, Santiago de Chile, 2012. Rescatada de: <https://www.youtube.com/watch?v=ddv4pj0KMuY>.

LABARIEGA VILLANUEVA, Pedro Alfonso. «La moderna lex mercatoria y el comercio internacional». En *Revista de Derecho Privado*, n.º 26. Instituto de Investigaciones Académicas de la UNAM. Rescatado de: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-derecho-privado/article/view/20320/18247>, pp. 43-56.

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y arbitraje*. Prólogo de César Guzmán Barrón Sobrevilla. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, 2.^a edición.

LE GOFF, Jacques. *Mercaderes y banqueros de la Edad Media*. Buenos Aires: Editorial Universitaria, 1982, 9.^a edición.

LEONI, Bruno. *La libertad y la ley*. Madrid: Unión Editorial, 1995.

LÓPEZ RUIZ, Francisco. «Notas sobre la nueva *lex mercatoria*». En *Revista de Derecho del Mercado Financiero*. Working Paper n.º 1/2007, diciembre 2007. Rescatado de: <https://rdmf.files.wordpress.com/2007/12/lopez-ruiz-notas-sobre-la-nueva-lex-mercatoria.pdf>.

MACCORMICK, Neil. *Orden espontáneo e imperio de la ley: algunos problemas*. Rescatado de: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620813462839088024/cuaderno6/Doxa6_19.pdf, pp. 309-327.

MADRID MARTÍNEZ, Claudia. «Notas sobre la *lex mercatoria*: entre el silencio del legislador europeo y el silencio de los Estados americanos. En *Derecho internacional privado y derecho de la integración. Libro Homenaje a Roberto Díaz Labrano*. Asunción: Cedep, 2013. Rescatado de: <https://socioedip.files.wordpress.com/2013/12/cmm-lex-mercatoria-1-copy.pdf>.

MENGER, Carl. *El origen del dinero*. Rescatado de: <http://www.eumed.net/cursecon/textos/Menger-origen-dinero.pdf>.

MINGUILL, María Cecilia. «Individualismo metodológico». En *Boletín de Lecturas Sociales y Económicas*. UCA. FCSE, año 3, n.º 13. Rescatado de: <http://200.16.86.50/digital/33/revistas/blse/minguillon1-1.pdf>, pp. 20-34.

VON MISES, Ludwig. *Caos planificado*. Rescatado de: <http://relial.org/download/5ef4f6086d4a590262d986c1edf525da.pdf/47>.

MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. *Orden público y arbitraje: Algunos llamativos pronunciamientos recientes en Europa y el Mercosur*. En *Lima Arbitration*. Revista del Círculo Peruano de Arbitraje. Lima, 2007, n.º 2. Rescatado de: http://www.limaarbitration.net/LAR2/jose_antonio_moreno_rodriguez.pdf, pp. 63-105.

NAÍM, Moisés. *Ilícito como traficantes, contrabandistas y piratas están cambiando el mundo*. Barcelona: Debate, 2006.

NÚÑEZ DEL PRADO, Fabio. «Hayek vs. Kelsen: el fundamento liberal de la lex mercatoria». En *Thémis*. Revista de Derecho. Lima, 2017, n.º 72. Rescatado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/20242>, pp. 127-157.

OSSORIO, Ángel. *El pensamiento vivo de P. Vitoria*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1943.

PERDICES DE BLAS, Luis y Julio REVUELTA LÓPEZ. «Mercado y fiscalidad: los principios tributarios modernos y la Escuela de Salamanca». Esic Market, enero-abril 2011. Rescatado de: http://www.esic.edu/documentos/revistas/esicmk/110105_123204_E.pdf, pp. 117-143.

RAMOS MEJÍA, Juan F. *La lex mercatoria y la regulación del comercio internacional*. Buenos Aires, 2005. Artículo rescatado de: <http://studylib.es/doc/7722327/la-lex-mercatoria---el-arbitraje-internacional-y-el-derecho>.

RAPALLINI, Liliana Etel. «Evolución del *ius mercatorum* como fuente del derecho internacional privado». En *Anales*, n.º 41. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, U.N.L.P. Argentina, 2011. Rescatado de: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/19364/Documento_completo__.pdf?sequence=1, pp. 108-116.

RIVERA, Julio César. *Arbitraje comercial internacional: la cuestión de la ley aplicable al fondo del asunto*. Rescatado de: <http://www.rivera.com.ar/es/assets/Uploads/Noticias/eleccion-de-la-ley-aplicable-al-fondo-del-asunto.pdf>.

RODRÍGUEZ MENESES, Carolina. «¿El orden público es una limitante a la autonomía de la voluntad en el ámbito de los contratos internacionales?». Santiago de Cali: Pontificia Universidad Javeriana, julio 2015. Rescatado de: http://vitela.javerianacali.edu.co/bitstream/handle/11522/3932/Orden_publico_limitante.pdf?sequence=1.

ROJAS, AB. Valerie. «La *lex mercatoria* en el derecho del comercio internacional y su influencia en la formación del derecho uniforme». Tesis de la maestría en derecho mención derecho internacional económico. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, 2013. Rescatado de: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3316/1/T1234-MDE-Rojas-La%20Lex.pdf>.

ROMERO, José Luis. *La Edad Media*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1987.

ROPOPO, Vincenzo. *El contrato*. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, 1.^a edición.

SOSA VALLE, Federico G.M. «El concepto *hayekiano* de orden espontáneo». Tesis de maestría en el master en economía y administración de empresas de Eseade. Rescatado de: <http://www.eseade.edu.ar/wp-content/uploads/2016/08/Tesis-Federico-G.-M.-Sosa-Valle-El-concepto-hayekiano-de-orden-espontaneo.doc>.

STORDEUR, Eduardo. «Economía de los contratos y Escuela Austríaca de Economía: consideraciones preliminares». En *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados*. Eseade, marzo 2011, n.º 54. Rescatado de: http://www.eseade.edu.ar/wp-content/uploads/2016/07/33.-Stordeur_h.pdf, pp. 87-133.

TOVAR GIL, María del Carmen. «Aplicación de la *lex mercatoria* internacional por los árbitros». En *Lima Arbitration*. Revista del Círculo Peruano de Arbitraje. Lima, 2007, n.º 2. Rescatado de: http://www.limaarbitration.net/LAR2/maria_del_carmen_tovar_gil.pdf.

TOVAR GIL, María del Carmen. «*Lex mercatoria* internacional como instrumento de regulación de las relaciones privadas internacionales». *Agenda Internacional*, 2004, año XI, n.º 21. Rescatado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/viewFile/7288/7496>, pp. 157-176.

TOVAR GIL, María del Carmen. «*Lex mercatoria internacional* y su relación con el derecho interno de los Estados». Tesis para optar el grado académico de magíster con mención en derecho internacional económico por la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2003.

TOVAR GIL, María del Carmen y Javier TOVAR GIL. *Derecho internacional privado*. Lima: Fundación M. J. Bustamante de la Fuente, 1987.

VALDIVIESO EGUIGUREN, Rafael. «La aplicación de la *lex mercatoria* para la regulación de los contratos en el Ecuador: Un enfoque a la CCIM y los UPIC». Tesis. Quito: Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, octubre 2012. Rescatado de: <http://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/1865/1/105961.pdf>.

VAN SEUMEREN, Jacco A. *El orden espontáneo y la teoría de la evolución cultural en Hayek*. Laissez Faire. Rescatado de: [http://laissezfaire.ufm.edu/index.php?action=ajax&rs=GDMgetFile&rsargs\[\]=laissezfaire15_5.pdf](http://laissezfaire.ufm.edu/index.php?action=ajax&rs=GDMgetFile&rsargs[]=laissezfaire15_5.pdf), pp. 61-77.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Jurisdiccionalidad del arbitraje». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, n.º 3. Artículo rescatado de: <http://www.peruarbitraje.org/pdf/revista/RE->

VISTA_PERUANA_DE_ARBITRAJE_RPA_3_2006.pdf, pp. 53-62.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Teoría general del acto jurídico*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1985, 1.^a edición.

VON HAYEK, Friedrich Auguste. *El uso del conocimiento en la sociedad*. Ensayo. Traducido del *American Economic Review*, septiembre 1945, xxxv, n.º 4. Rescatado de: <http://institutoamagi.org/download/Hayek-Friedrich-Elusodelconocimientoenlasociedad.pdf>, pp. 157-169.

VON HAYEK, Friedrich Auguste. «Individualismo: el verdadero y el falso». Documento. *Estudios Públicos*, 22. Rescatado de: <http://www.hacer.org/pdf/Hayek04.pdf>.

VON HAYEK, Friedrich Auguste. «La fatal arrogancia. Los errores del socialismo». *Unión Editorial*. Edición digital rescatada de: <https://javuresistencia.files.wordpress.com/2014/04/208-friedrich-hayek-la-fatal-arrogancia.pdf>.

ZAVALETA CUBA, Fernando. *Derecho internacional privado. Parte general*. Lima: Ediciones Jurídicas, 1997.

LA *LEX MERCATORIA* EN EL DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO PERUANO
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
MAYO DEL 2019, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., MIGUEL ALJOVÍN 414, URB. SANTA RITA,
MIRAFLORES, TELÉFONO: 620-5795
LIMA 18, PERÚ