

La ley aplicable para solución de controversias en materia de contratos internacionales

Fernando de Trazegnies Granda¹

Quiero referirme a la ley aplicable en la solución de controversias en materia de contratos que involucran varios países.

De primera intención, podríamos decir que este tema no representa problema alguno porque resulta evidente que la ley con la que se solucionarán en el Perú los conflictos contractuales derivados de contratos celebrados en el Perú y a ejecutarse en este país tiene que ser la ley peruana. En este sentido, tratándose de una materia eminentemente civil, el cuerpo legal aplicable por antonomasia es el Código Civil, particularmente en sus aspectos relativos al derecho de las obligaciones y, en particular, a los contratos, aunque muchas veces también las reglas sobre propiedad participan de manera muy importante en las relaciones contractuales.

Sin embargo, hay también otras leyes que intervienen eventualmente en la configuración del tema y, por tanto, en la construcción y en la solución del problema. Es así como habrá que recurrir al Código de Comercio, o quizá será preciso hacer intervenir ciertas leyes especiales, como las que se refieren a urbanizaciones u otros temas relativos a situaciones específicas que tienen una reglamentación propia. Todas estas son leyes peruanas.

Sin embargo, las relaciones modernas son bastante más complicadas que la simple vinculación entre un hecho y una ley nacional aplicable.

El mundo en que vivimos es indudablemente globalizado. La globalización es un proceso imparable e insoslayable.

Todos hablamos continuamente sobre la globalización que nos afecta en las buenas y en las malas y que comprende aspectos tan diversos como la economía, la salud, la cultura, etc. Es un estupendo tema de conversación o de investigación.

Sin embargo, pocas veces nos ponemos a pensar en la enorme incidencia de esta globalización en nuestra vida diaria y en el extremo al que ha llegado la relación entre personas, empresas y países tan distantes unos de otros, tan lejanos geográficamente, pero tan cercanos en nuestros quehaceres cotidianos. ¿Saben ustedes cuántos procesos globalizantes han tenido lugar para qué tengan las comodidades que hoy día tienen?

¹ Profesor Principal y ex Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado en ejercicio y árbitro en controversias nacionales e internacionales.

Yo les pido que hagan un ejercicio muy simple. Tomen cualquier elemento que se encuentra frente a ustedes: un lápiz, un papel, la ropa que usan, el libro que están leyendo. En cualquiera de estos casos, cada toma de contacto con la realidad es, propiamente, una apertura al mundo en general. El lápiz que tienen en la mano quizá se fabricó íntegramente con materiales peruanos, pero las máquinas que se utilizaron para esa fabricación fueron quizá importadas de los Estados Unidos. Y, su vez, el material que se empleó en la construcción de las máquinas quizá fueron minerales procedentes de Australia o de Chile. Para llevar esos materiales hasta Estados Unidos y luego para traer las máquinas al Perú, hizo falta barcos construidos quizá en Holanda y tripulados por capitanes ingleses y marineros chinos. Podríamos seguir el ejercicio preguntándonos de dónde llegaron a Holanda los materiales con que se fabricaron esos barcos.

El papel en el que se escribe este artículo puede haber sido fabricado en cualquier país del mundo, posiblemente con madera de árboles de Noruega. El automóvil que los llevará a sus casas es quizá coreano, con baterías fabricadas en Japón y con tecnología norteamericana.

Y así, cada objeto de nuestra vida diaria nos pone en contacto con el mundo entero ya que, cuando nos preguntamos cuántos países han intervenido para que ese objeto sea fabricado y llegue hasta nuestras manos, tenemos que saltar de un país a otro en cada nivel de preguntas y respuestas; lo que nos hace entender lo que realmente significa la globalización, es decir, esa interrelación mundial que caracteriza a la civilización actual y sin la cual casi ninguno de los objetos que usamos diariamente y casi ninguna de nuestras acciones sería posible.

Jorge Luis Borges escribió un estupendo cuento que lo tituló "El Aleph", que es la primera letra del alfabeto hebreo. Y el cuento trata de una persona que descubre en el sótano de su casa un ángulo, un punto de vista, una suerte de ventana, desde el cual puede divisar el mundo entero. Pues bien, en la actualidad, todo objeto es un aleph si sabemos interrogarlo adecuadamente.

Con ello quiero decir que las relaciones contractuales que se celebran en un país determinado para ser ejecutadas en el mismo país, constituyen actualmente sólo una parte de las posibilidades contractuales; y que la otra gran parte no es fácil localizarla en un solo país y someterla a una determinada ley nacional.

La existencia actual de contratos que tienen lugar entre personas que están sometidas a regímenes legales diferentes, así como de contratos que tienen que ejecutarse en lugares distintos de los de su suscripción, nos genera la cuestión de determinar cuál es la ley nacional aplicable en ese caso. Y noten que no me estoy refiriendo solamente al caso de contratos binacionales, es decir, de las relaciones entre dos sujetos de nacionalidades diferentes sino que muchos de los actuales contratos internacionales involucran a partes de varios países y también prestaciones a realizarse en diferentes lugares del mundo.

En consecuencia, en el mundo actual se ha vuelto muy importante el llamado Derecho Internacional Privado, que regula precisamente ese tipo de situaciones. Esta rama del Derecho era antiguamente considerada casi como un exotismo académico. El ejemplo clásico que ponían los profesores de este curso era plausible pero estrambótico: un ciudadano peruano se casa en Argentina con una mujer brasileña; tiene un hijo en el Perú, pero luego su empresa lo traslada a Alemania; ahí tiene relaciones con su secretaria, una guapa berlinesa, y como consecuencia nace un hijo extramatrimonial en ese país; a ruegos de su esposa que quiere salvar el matrimonio, la transnacional en la que trabaja lo saca de Berlín y lo envía a Italia; se compra un departamento en Roma y nace un segundo hijo legítimo; pero el ilustre peruano se enamora de una linda italiana y esta vez abandona a su mujer e incluso renuncia a la empresa; viaja a Estados Unidos y en uno de los Estados que no exige muchos requisitos para la celebración del matrimonio, se casa con la italiana; es contratado por otra empresa norteamericana quien lo envía a Grecia, donde se compra una hermosa casa de playa en una de las islas griegas; y ahí en Grecia, le nace un nuevo hijo dentro del matrimonio con la italiana. aun cuando nunca se divorció de la brasileña; finalmente, va de paseo a Arabia Saudita y, cuando estaba buceando en el Mar Rojo, le viene un infarto y muere. La gran pregunta, entonces, es qué ley se va a aplicar para determinar quiénes son sus herederos y los derechos que corresponden a cada uno sobre el departamento en Roma, la casa de playa en Grecia y los demás bienes que forman su patrimonio. ¿Será la ley peruana, porque él era peruano? ¿Será la ley de Arabia Saudita porque murió ahí? ¿se considerará válido el matrimonio bajo la ley norteamericana y, por consiguiente, la mujer italiana será también heredera? ¿Qué ley se tendrá en cuenta para saber si los hijos legítimos e ilegítimos heredan igual o si, como sucedía en el Código Civil peruano de 1936, los hijos ilegítimos debían heredar sólo la mitad de lo que le corresponda a un hijo legítimo?

Como pueden ver, todas estas eran situaciones verosímiles pero poco frecuentes.

En cambio, en la actualidad, es muy fácil imaginarnos un contrato entre una firma constituida en los Estados Unidos con una firma constituida en México, porque esta última ha obtenido la concesión para poner una planta de energía eléctrica en el Perú, pero necesita contar con la tecnología norteamericana. Ahora bien, esa compañía norteamericana es la que se encarga del diseño de la planta, pero el mismo contrato involucra a una compañía alemana que proporciona las maquinarias. Y, a su vez, para la obra física de ingeniería, la compañía mexicana contrata a una compañía constructora peruana. Todas estas obligaciones contractuales están interrelacionadas a fin de que la construcción de la planta pueda llevarse a cabo de manera coordinada. Y, dado que quizá algunas de estas compañías son filiales de las otras o de una tercera que hace de holding, se prefiere celebrar un solo contrato que incluya a todas. Como pueden ver, aquí el contrato tiene partes sujetas a diferentes regímenes jurídicos y, a su vez, las prestaciones se realizan en diferentes países.

Para solucionar ese posible conflicto de leyes, el contratante moderno generalmente busca un acuerdo con su contraparte respecto de la ley que se aplicará si surgen controversias en ejecución del contrato. Este pacto, generalmente aceptado por casi todas las legislaciones, es perfectamente válido en el Perú por cuanto lo autoriza el artículo 2095 del Código Civil. Es así como un contrato celebrado por una empresa peruana con una empresa francesa podría teóricamente someterse a la ley china. Es muy probable que esto no suceda; pero, si una empresa peruana contrata con una empresa hindú, es posible que se pongan de acuerdo en que la ley aplicable sea no la peruana ni la hindú sino la inglesa, que resulta más confiable para ambas partes que la ley de la contraparte.

Notemos que estamos hablando de la ley aplicable y no de la jurisdicción aplicable que es un problema distinto. La jurisdicción se refiere a la nacionalidad del juez que deberá conocer la controversia; y puede incluso pactarse que no sea un juez sino un tribunal arbitral internacional el que decida la discusión entre las partes. Pero cualquiera que sea la jurisdicción, ese juez o tribunal arbitral debe juzgar de acuerdo a un cierto sistema jurídico; y es la decisión sobre cuál sistema jurídico se aplicará, lo que llamamos determinación de la ley aplicable.

Puede suceder que las partes no se hayan logrado poner de acuerdo en esta materia; pero, pese a ello, han celebrado un contrato. En tal caso, la ley peruana establece que se aplica la ley del lugar donde será cumplida la prestación. Sin embargo, la aplicación concreta de esta norma presenta muchas dificultades. De un lado, puede ocurrir, como antes hemos dicho, que la prestación o cumplimiento del contrato se realice en varios países. Nuestro Código Civil se ha puesto en ese caso y establece que, si las obligaciones deben cumplirse en países distintos, la ley que rige es la del país donde debe prestarse la obligación principal. Pero, indudablemente, la evaluación de las diferentes prestaciones para determinar cuál es la principal puede ser muy ambigua. Todavía esta posibilidad ha sido también prevista por la ley peruana, prescribiendo que, en todos los casos en que exista duda sobre el lugar de cumplimiento, se aplica la ley del lugar de celebración.

Pero esto no es todo. Debemos tener en cuenta que esos son los criterios que establece la ley peruana ante la falta de pacto contractual sobre la ley aplicable y que, por tanto, deben seguirse necesariamente por un juez peruano o por un tribunal arbitral nacional. Pero esas normas no tienen fuerza legal frente a una jurisdicción extranjera; de manera que si la controversia se ventila ante un juez de otro país o ante un tribunal internacional y no hay pacto sobre ley aplicable, probablemente se aplicarán las normas de Derecho Internacional Privado del país en el que se encuentra radicada la jurisdicción para determinar cuál será la nacionalidad de la ley aplicable.

Pero nuestro Código Civil reconoce también que los tratados pueden establecer normas sobre la ley aplicable en caso de controversias entre

nacionales de uno y otro país. De manera que, además de las posibles leyes nacionales aplicables, tenemos que agregar lo que dicen los tratados.

Notemos que, en general, las relaciones económicas internacionales tienden a dividirse actualmente en relaciones de inversión y relaciones de comercio.

En lo que se refiere a las relaciones de inversión, actualmente se utilizan mucho los llamados tratados BIT (según su sigla en inglés) que significa Tratados Bilaterales de Inversión. Y estos Tratados usualmente establecen que la ley aplicable es la del país donde se hubiera efectuado la inversión. El Perú ha firmado 33 de estos Tratados, con países tan diferentes como Alemania, Argentina, Malasia, Francia, Singapur, España, Italia, etc. Todo ellos en términos relativamente similares establecen que, a falta de pacto, se toma como base la ley del país donde se hizo la inversión.

En muchos casos, las naciones someten las controversias vinculadas a estos Tratados a la jurisdicción arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (conocido como CIADI), que forma parte del Banco Mundial. Este Centro, creado a su vez por un Tratado Internacional, resuelve las controversias de manera similar, esto es, con las normas que han sido acordadas por las partes; y si no hubiese acuerdo, se aplica la ley del Estado en el que se ha realizado la inversión (art. 42). Sin embargo, dentro de una tónica que viene acentuándose cada vez más y de la que hablaré más adelante, se faculta también al tribunal arbitral para que considere las normas de Derecho Internacional Privado que pudieran ser aplicables e incluso faculta para juzgar *ex aequo et bono*, esto es, de acuerdo a su propia consciencia (Art. 42, 3).

Como decía antes, paralelamente a las controversias sobre inversión existen las controversias sobre relaciones comerciales. En las primeras generalmente se trata de un empresario privado extranjero que demanda al Estado en el cual ha hecho su inversión porque considera que se le está discriminando por ser extranjero o se está abusando de su condición de inversionista. En las segundas, generalmente las dos partes son empresas privadas de países diferentes cuya relación no se basa en una inversión sino en un intercambio comercial. Esto significa, por ejemplo, que el comprador europeo de espárragos que no ha recibido a tiempo la mercadería prometida, demanda por daños y perjuicios contractuales al proveedor peruano. Este último puede sostener que hubo una plaga que arruinó la cosecha y que, por tanto, se trata de un caso fortuito o de fuerza mayor. Pero el comprador europeo responde que esa plaga no alcanzó otras zonas de cultivo y que, por tanto, su proveedor debió adquirir espárragos de terceros, aun cuando fuera a mayor precio, para cumplir con entregarle los espárragos prometidos contractualmente. Y así tienen planteada una controversial comercial: ¿puede liberarse de responsabilidad el productor peruano alegando caso fortuito? ¿O es que estaba obligado a conseguir espárragos de dónde pudiera y aunque perdiera plata, por lo que, no habiéndolo hecho, debe pagar los daños por la responsabilidad contractual en la que ha incurrido?

Este tipo de conflictos puede solucionarse ante los tribunales nacionales de uno u otro país involucrado, según sea el caso aplicando las reglas del Derecho Internacional Privado. Pero actualmente es más frecuente que estas controversias sean sometidas a arbitraje. En tal caso, pueden presentarse varias opciones de arbitraje. De un lado, puede llevarse a cabo un arbitraje en cualquiera de los dos países involucrados, según se haya convenido. Pero, dado que existen partes residentes en diferentes países, el arbitraje será considerado internacional. A su vez ese arbitraje puede ser *ad hoc* o institucionalizado. Por ejemplo, un pleito por la calidad de las frutas enviadas por un productor de Ica a un comprador holandés que se encarga de la distribución en Europa, puede ser conocido por un tribunal arbitral internacional con sede en el Perú. Pero este tribunal puede estar conformado por personas que nombran las partes sin intervención ni supervigilancia de institución alguna o puede ser un arbitraje –siempre internacional- patrocinado por la Cámara de Comercio de Lima, con árbitros que pertenecen a su plantel y actuando ésta como Secretaria del Tribunal.

Pero en cualquiera de estos casos, la ley aplicable para solucionar la controversia será, como lo establece el Código Civil peruano, la ley acordada por las partes o la que determinan las normas de Derecho Internacional Privado para el caso de que no hubiera habido convenio sobre ley aplicable.

También existen instituciones internacionales que se encargan de patrocinar estos arbitrajes y que son muy utilizadas porque, de esta manera, las partes pueden estar seguras de que ninguna de ellas tendrá influencia sobre el proceso. Algunas de estas instituciones son muy especializadas en razón de los productos o servicios que son objeto del comercio. Pero indudablemente la institución más caracterizada en este campo es la Corte Internacional de Justicia de la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París. No confundirla con la Corte Internacional de Justicia de La Haya que es una jurisdicción de derecho internacional público, donde sólo litigan los Estados. Aquí estamos ante una institución privada que se ocupa de diferencias comerciales entre partes privadas. En realidad, no es una Corte propiamente: no es ella la que juzga, sino que se nombran árbitros independientes reconocidos por la Cámara de Comercio Internacional y dicha Corte dirige y supervisa la marcha del tribunal arbitral. Esta Corte también admite que las partes se pongan de acuerdo en materia de la ley que se aplicará al caso. Pero si no lo hacen, el Reglamento le otorga al tribunal las más amplias facultades, pues se aplicarán las normas que este Tribunal considere apropiadas (art. 17.1 del Reglamento de Arbitraje).

El Tratado de Libre Comercio suscrito por el Perú con los Estados Unidos está dentro de la línea de un BIT, pero tiene un carácter más amplio que un BIT porque no solamente se refiere a la inversión sino también a las relaciones comerciales y a las tasas aduaneras.

Hasta aquí nos hemos estado refiriendo a las leyes nacionales y a los tratados internacionales que pudieran ser aplicables en los arbitrajes o procedimientos judiciales en materia de contratos que involucran sujetos domiciliados o prestaciones por ejecutarse en diferentes países.

Sin embargo, los conflictos transnacionales son tan complejos que han generado un derecho propio.

Como sabemos, ya en la Edad Media los comerciantes decidieron organizarse para solucionar con sus propios criterios los conflictos que pudieran presentarse en su actividad tanto local como internacional. Y es así como surgió la **lex mercatoria** y también la jurisdicción comercial, distinta de la jurisdicción civil. La **lex mercatoria** es una suerte de derecho consuetudinario creado en el interior de un ambiente específico de actividades que es el mundo del comercio. Por ello, tiene de un lado alcances recortados ya que se refiere sólo a los conflictos surgidos en las relaciones comerciales; pero, de otro lado, no se limita a las fronteras locales o nacionales sino que pasa sobre ellas para reunir bajo un solo derecho y un foro especializado a quienes realizan tales actividades.

Ese derecho comercial, independiente del mundo político, tuvo un auge extraordinario y se mantuvo como tal hasta principios del siglo XIX. Los llamados tribunales del Consulado -es decir, tribunales que no eran del Estado ni estaban formados por abogados sino por comerciantes- subsistieron en el Perú hasta la Independencia.

Sin embargo, este Derecho resultaba incompatible con la organización del Estado moderno, de carácter centralista. En la Edad Media, primaba el derecho consuetudinario; y de esta forma, no solamente las diferentes naciones tenían distintos derechos sino que las diferentes regiones de una nación tampoco tenían necesariamente un derecho común, salvo las reminiscencias del Derecho romano. Igualmente los gremios creaban un derecho propio, siendo la **lex mercatoria** el derecho gremial que más éxito tuvo. Pero, a partir del siglo XVII, se afirma la teoría de que cada nación constituye un solo Estado y que, por consiguiente, sólo puede tener un Poder Legislativo y un Poder Judicial. Por ello, el denominado Estado-Nación resulta incompatible con la autonomía de los derechos consuetudinarios. Y es así como la **lex mercatoria** desaparecerá poco a poco engullida por un Derecho comercial que nace del Estado y que, llegada la hora de los códigos, se convierte en el Código de Comercio, que regula la actividad de los comerciantes con ayuda de leyes y reglamentos especiales, siempre emitidos por el Estado central.

Pese a ello, los comerciantes se resisten y conservan unas ciertas formas propias de llevar a cabo sus operaciones comerciales. Por ello, el Derecho estatal se ve obligado, a su pesar, a abrir una pequeña puerta a ese Derecho consuetudinario, estableciendo en el Código de Comercio que, si bien la ley es la fuente principal del Derecho comercial, también lo es la costumbre en la medida que no se oponga la ley. Notemos cómo se ha subordinado el Derecho

consuetudinario al Derecho nacional: la *lex mercatoria* no es ya un Derecho por sí misma sino solamente una costumbre autorizada por la "verdadera" ley; y por ello, no puede ser creativa dado que está sometida a los marcos que la ley le impone.

Sin embargo, cuando en el S. XX la economía se libera de las fronteras nacionales y se expande al mundo entero, esa *lex mercatoria* vuelve a aparecer con una fuerza cada vez más intensa; y, dado que no existe un Estado mundial, ese Derecho consuetudinario que resurge en el medio internacional se encuentra mucho más libre para crear instituciones y principios nuevos que regulen las relaciones económicas entre los ciudadanos y las empresas de los distintos Estados-Nación, así como las que surgen entre los ciudadanos y empresas de un país con relación a un Estado extranjero.

Hemos dicho que estas nuevas características del mundo económico han llevado a la suscripción de muchos tratados que constituyen ley positiva internacional. Pero paralelamente se ha venido desarrollando una doctrina y una jurisprudencia bastante independientes, creada por juristas con una mentalidad supranacional y también por los laudos que tribunales arbitrales internacionales, tales como los de los tribunales del CIADI y de la Cámara de Comercio internacional.

Esta presencia emergente de un nuevo Derecho Internacional Económico ha tenido que ser reconocida tanto por los Estados como por los organismos internacionales.

Así nos encontramos, que el artículo 2047 de nuestro Código Civil vigente, al tratar el derecho aplicable para regular relaciones jurídicas vinculadas con ordenamientos jurídicos extranjeros, no sólo se refiere a las leyes nacionales y a los tratados internacionales sino que también establece que son aplicables, supletoriamente, los principios y criterios consagrados por la doctrina del Derecho Internacional Privado.

Asimismo, en la mayor parte de los tratados se consigna que estos principios y criterios doctrinarios forman parte del derecho aplicable a las relaciones económicas reguladas por tales instrumentos internacionales. Por ejemplo, el Tratado de Libre Comercio del Perú con los Estados Unidos establece en su artículo 10.22.2. (b). (ii) que si las normas legales no han sido especificadas o acordadas en un contrato, se aplica tanto la legislación del demandado como también las normas del Derecho Internacional. El Tratado Bilateral de Inversiones suscrito por el Perú con España dispone que los arbitrajes sobre las materias comprendidas en tal Tratado deben basarse, además de la ley nacional del país donde se hizo la inversión, en las reglas y principios del derecho internacional generalmente admitidos (art. 9,3).

Los organismos internacionales también han favorecido este surgimiento de un nuevo derecho consuetudinario internacional económico.

El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de la Haya establece que, además de las convenciones internacionales, la Corte debe decidir las controversias atendiendo a (1) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; (2) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; y (3) las decisiones judiciales y las doctrinas de los juristas de mayor competencia de las distintas naciones.

Esta misma definición amplia de Derecho Internacional ha sido acogida por el artículo 42 de la Convención CIADI, la que establece que los arbitrajes se regirán por la ley pactada por las partes. Si no existe tal pacto, se regirán por la ley del Estado involucrado incluyendo sus normas de Derecho Internacional Privado, y “aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina ha discutido cuáles son estas normas de Derecho Internacional que pudieran ser aplicables y si lo son incluso contra las normas del Derecho nacional del Estado que es una de las partes de la controversia.

En lo que se refiere a qué se entiende por Derecho internacional, el CIADI ha acogido sin lugar a dudas la definición de la Corte Internacional de Justicia, como expresamente lo señala el informe de la Comisión conformada por sus Directores Ejecutivos. Por consiguiente, no cabe duda de que la costumbre entendida en su sentido restringido como también la costumbre en su sentido amplio –que incluye los principios generales del Derecho así como la jurisprudencia y la doctrina, en tanto que son reconocidos por los Tribunales internacionales- son aplicables adicionalmente a la ley del Estado involucrado. Y es así como, aunque las decisiones arbitrales anteriores no constituyen precedente obligatorio, los Tribunales arbitrales CIADI las utilizan frecuentemente en casos posteriores. De la misma forma, dichos Tribunales utilizan las publicaciones académicas. Y todo ello forma parte del Derecho Internacional aplicable en los Tribunales CIADI porque refleja el Derecho Consuetudinario Internacional.

Sin embargo, la jurisprudencia y doctrina han ido todavía más lejos: los Tribunales CIADI y los tratadistas han considerado que el derecho internacional no sólo se aplica cuando no hay pacto expreso entre las partes sino que también interviene aun cuando las partes hayan pactado someterse a una determinada ley nacional.

Es así como el Derecho Internacional, entendido de una forma no positivista sino más bien en su producción consuetudinaria, pasa a constituir un standard mínimo de protección al extranjero y a sus propiedades, que no puede ser obviado en ningún caso. Guido Tawil lo dice de una manera muy tajante: “deben preservarse ciertos standards internacionales mínimos, aun en ausencia de una referencia al Derecho Internacional en una cláusula de opción de ley aplicable. Las normas mandatorias del Derecho Internacional que proveen un standard internacional mínimo de protección al extranjero, existen

independientemente de cualquier elección de ley. Su naturaleza obligatoria no está abierta a la voluntad de las partes. El contrato o convenio permanece sujeto al sistema jurídico doméstico escogido por las partes. Sin embargo, esta elección es verificada por un cierto número de reglas internacionales mandatarias...”.

Por su parte, Christoph Schreuer advierte que si el pacto de ley nacional aplicable excluyera la aplicación del Derecho Internacional, “Esto significaría que un inversionista extranjero, simplemente por el hecho de pactar una ley aplicable, estaría renunciando a los mínimos standards de protección a los extranjeros y a sus propiedades, que han sido desarrollados en el Derecho Internacional Consuetudinario”.

Es interesante notar que estamos ante el surgimiento de un Derecho no estatal; es decir, que no es la consecuencia del *imperium* de un Estado ni tampoco es necesariamente un acuerdo entre Estados. Por ello, los productores de este nuevo Derecho son muy variados.

En realidad, los generadores de las prescripciones de este Derecho internacional consuetudinario no son legisladores (cuya existencia es sólo posible tomando como referencia a un Estado, con su potestad de dar leyes) sino que sus autores resultan ser los propios usuarios de este orden jurídico *sui generis*: redactores de contratos cuyos textos se van haciendo generalmente aceptados; instituciones financieras que van desarrollando instrumentos de pago o de crédito aceptables por los operadores de diferentes países, independientemente de los Derechos nacionales; sentencias expedidas por Tribunales constituidos directamente por los gremios que operan en el área comercial cuyo contenido es asimilado como precedente para los casos futuros.

Este nuevo Derecho tiene un fuerte ingrediente técnico o práctico, ya que proviene del mundo de los negocios. Eso permite una participación muy importante de quienes conocen y utilizan esas técnicas. Es así como podemos ver acuerdos internacionales ajenos a los Estados que surgen dentro del medio mercantil, como los INCOTERMS o los Usos y Reglas Uniformes relativos a los Créditos Documentarios, ambos desarrollados por la Cámara de Comercio Internacional de París.

Pero también el carácter no legislativo –no político- de este Derecho permite una revaloración del jurista y de su papel social.

En realidad, los juristas habían sido oprobiosamente postergados por el Estado moderno debido a que no se les permitía tener participación en la creación del Derecho: sólo el Estado es creador porque sólo el Estado tiene el poder político para hacerlo y sólo el Estado tiene el poder coercitivo para obligar que se cumpla lo que él manda.

Notemos que, dentro de la concepción estrecha del Estado-Nación, la ley no era ya creada necesariamente por juristas sino por políticos en el Congreso, sean éstos juristas o no; ya la condición de ser jurista no era relevante para producir normas obligatorias.

Por su parte, los jueces tenían por función ser simplemente los megáfonos de la ley; debían encargarse únicamente de “decir” el Derecho frente a un caso concreto, esto es, de aplicar el mandato del Estado *ad pedem litteram*, evitando toda interpretación.

Y los juristas académicos, los tratadistas, quedaban relegados a practicar solamente la exégesis, es decir, a extraer el significado intrínseco de la ley políticamente impuesta sin permitirseles interpretación alguna: tenían que poner de relieve lo que la norma ya dice, sin atreverse a tocar en lo menor el texto sagrado aprobado por los nuevos sacerdotes del Derecho que eran ahora los políticos.

Sin embargo, hoy aparece en las relaciones transnacionales un nuevo Derecho, más a tono con la globalización, que precisamente cuestiona toda la arquitectura política del Derecho moderno, desvinculando la noción de orden jurídico del poder político.

Ya no son los Estados quienes crean la ley internacional sino la actividad efervescente de los propios actores privados. Es la actividad económica que asume la responsabilidad de regularse a sí misma bajo la guía de los abogados. Porque no cabe duda de que los juristas tienen un papel preponderante en este proceso de rejuvenecimiento del Derecho, ya sea actuando como árbitros, como abogados ante tribunales arbitrales o como académicos que analizan, expanden, afinan y hacen concordar la producción jurídica no estatal.

¿Cuáles son las características fundamentales de este Derecho – fantasmagórico desde el punto de vista del Estado-Nación- pero cada vez más importante en las relaciones económicas internacionales?

Quizá el elemento central, el principio básico en la construcción de este nuevo Derecho transnacional es el de la buena fe, del cual se van a deducir gran parte de las teorías y principios que regulan este tipo de relaciones al margen de los Estados.

Como antes he dicho, ese nuevo derecho internacional económico funciona principalmente en dos grandes campos que tienen características propias y que, por tanto, crean variantes dentro del nuevo Derecho consuetudinario a que nos venimos refiriendo. Estas son el área de inversiones y el área comercial.

Ahora bien, mientras el Derecho internacional comercial coloca uno frente a otro a dos comerciantes que quieren hacer negocios y se seducen

recíprocamente, en el caso del Derecho de la Inversión extranjera es un Estado quien seduce a los particulares para que inviertan dentro de sus fronteras, ofreciéndoles toda clase de seguridades. Como dice Walde, “En el arbitraje comercial no está en juego el abuso de potestades gubernamentales, que constituye, en cambio, un aspecto medular de las normas sobre adecuada gestión previstas en los tratados de protección de inversiones. De lo que se trata es de impedir que un gobierno abuse de su papel como soberano y regulador”.

Esto da lugar a que en el arbitraje internacional comercial el principio de la buena fe se expresa a través del criterio de **caveat emptor** y exige la debida diligencia del comprador, a fin de evitar perturbaciones del mercado sobre la base de continuas reclamaciones por parte de los compradores una vez que tienen en su poder el bien adquirido.

Por su parte, en el arbitraje transnacional de inversión, ese principio de buena fe se manifiesta fundamentalmente en el respeto del Estado receptor de las promesas que realizó para seducir al inversionista extranjero y atraer su inversión. Es así como la buena fe se plasma en estos casos en los *standards* del trato correcto y equitativo (**fair and equitable treatment**), el respeto a las expectativas legítimas (**legitimate expectations**), el rechazo a la confiscación de bienes y, muy particularmente, a la confiscación indirecta (**creeping expropriation**).

El respeto a las expectativas legítimas conlleva, como consecuencia de la buena fe, la aplicación de la teoría de los actos propios (conocida en el mundo anglosajón, con algunas variantes, como **stoppel**), por la cual nadie puede desdecirse de lo que dijo a su otra parte contratante o a lo que le dio a entender a ésta para entrar en el contrato. La **creeping expropriation** puede traducirse como la expropiación rastrea o solapada que consiste no en quitarle directamente la propiedad al inversionista privado a través de una confiscación sino en hacerle la vida imposible, negándole los permisos para funcionar o para importar maquinarias, cobrándole impuestos excesivos, etc., hasta que el inversionista se vea obligado a venderle al Estado a muy bajo precio su inversión -que ha perdido todo su valor por la imposibilidad de llevar adelante la empresa- o a renunciar a la concesión que le había sido otorgada, quedándose el Estado con toda la inversión ya realizada.

Dado que este Derecho internacional consuetudinario insurgente extiende cada día más su campo de aplicación, ¿podemos hablar de una resurrección de la **lex mercatoria**? En realidad, más que una resurrección pienso que se trata de la creación de un nuevo orden jurídico que, como la **lex mercatoria**, responde a las necesidades del mundo económico privado en el plano internacional, pero que se produce dentro de condiciones bastante distintas.

Notemos que la antigua **lex mercatoria** era un producto fabricado por los propios comerciantes y aplicado por ellos mismos; es decir, se trataba de comerciantes que actuaban como juristas. En la actualidad, esos principios,

critérios e instituciones del nuevo Derecho Internacional Económico Privado son el producto de juristas que piensan desde el punto de vista del empresario o del hombre de negocios. Esto hace que ese nuevo derecho no abandone la técnica jurídica sino que, por el contrario, ésta lo haga más eficiente. Así, esta suerte de derecho consuetudinario contemporáneo no se construye en contradicción con los principios y las técnicas del derecho positivo nacional e internacional sino que se complementan mutuamente.

Por otra parte, podríamos decir también que la denominación de *lex mercatoria* resulta un poco estrecha para este nuevo Derecho, ya que ésta se refería fundamentalmente a los actos mercantiles -es decir, de intercambio comercial- mientras que el nuevo Derecho consuetudinario internacional comprende tanto el aspecto comercial como también las reglas y las garantías de las inversiones.

Incluso la calificación de "internacional" puede resultar imprecisa cuando nos referimos a este fenómeno jurídico emergente; porque usualmente se entiende lo internacional como ya sea la relación entre dos o más Estados, como es el caso en el Derecho Internacional Público, ya sea como la relación entre dos o más personas jurídicas privadas con consecuencias en diferentes Estados, como es el caso del Derecho Internacional Privado. En cambio, este nuevo derecho se refiere no sólo a esos dos tipos de relaciones sino también a aquellas que surgen entre un particular y un Estado extranjero en razón de inversiones o de contratos de concesión.

Por consiguiente, si bien la denominación de Derecho Internacional Privado es la que mejor corresponde dentro de las denominaciones tradicionales, podría pensarse en alguna nueva expresión que reuniera todas estas características y que además pusiera el acento en lo económico. En ese sentido, quizá podríamos hablar de un Derecho Transnacional Económico.

Pero las denominaciones no son tan importantes como el contenido de ellas. Y lo que quiero destacar y celebrar con el presente ensayo es el nacimiento de ese nuevo Derecho construido por juristas para atender a una necesidad específica del mundo moderno.