

IUS COMMUNE, LEX MERCATORIA Y DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO EN RETROSPECTIVA
Y PROSPECTIVA*

Cristián GIMÉNEZ CORTE**

SUMARIO: I. *Introducción: la necesidad de una mirada retrospectiva.*
II. Ius civile. III. Ius commune, *derecho municipal y conflicto de esta-
tutos.* IV. Ius mercatorum. V. Ius mercatorum y common law. VI. Ius
mercatorum, ius commune y *derecho estatal.* VII. *Posibles proyec-
ciones como conclusiones tentativas.*

I. INTRODUCCIÓN: LA NECESIDAD DE UNA MIRADA
RETROSPECTIVA

Este trabajo estudia y compara los orígenes históricos del derecho civil, del derecho comercial y del derecho internacional privado. Con este objetivo, se analizarán los distintos ámbitos de aplicación de cada una de estas ramas del derecho al momento de su nacimiento y su posterior desarrollo; así como las relaciones que se establecen entre estas ramas, y las formas de coordinación y delimitación de sus respectivos ámbitos de validez.

Se intentará también comprender las razones y condicionamientos históricos de los diferentes “objetos” y “métodos” tanto del derecho civil como del derecho comercial, y demostrar cómo éstos se han reflejado en el propio objeto y método del derecho internacional privado.

* Este trabajo está basado en las conclusiones de la tesis del autor: *Usos comerciales, costumbre jurídica y nueva lex mercatoria en América Latina*, Buenos Aires, Ábaco Editorial, 2010.

** Abogado en la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas (*crisiangimenezcorte@gmail.com*). Las opiniones aquí expresadas son enteramente personales y no necesariamente reflejan el punto de vista de las Naciones Unidas.

Este ensayo analiza asimismo las relaciones entre el derecho civil, el derecho comercial y el derecho internacional privado con el nacimiento del Estado-nación, y cómo ésta relación contribuye a definir los caracteres de “nacionalidad,” “internacionalidad”, o “transnacionalidad” de estas ramas del derecho.

El presente ensayo intentará demostrar cómo estas líneas históricas¹ se proyectan hasta la actualidad, y cómo la comprensión histórica del nacimiento del derecho civil y del derecho comercial pueden enriquecer el debate actual en torno al objeto, contenido, método y función del derecho internacional privado contemporáneo.

II. *IUS CIVILE*

El derecho civil es heredero directo del *ius civile* romano.² Este derecho romano había sido receptado y utilizado por la Iglesia Católica, y fue conservado por ella aun después de la caída del Imperio.³ Por lo que el rol de la Iglesia no sólo en la conservación sino también en la difusión del derecho romano y en la contribución al establecimiento de una cultura jurídica común en Europa ha sido fundamental.⁴

Sin embargo, la mera disposición de este material jurídico no ha sido condición suficiente para el renacimiento del derecho romano durante la Edad Media. Han existido también intereses políticos y económicos que creyeron beneficiosa la utilización de la legitimidad que podría brindar este derecho.

[Una] ...señal histórica en este desenvolvimiento radica en los dos poderes de la época, ambos universales, el Emperador y el Papa. En el punto álgido de sus discrepancias sobre el dominio del mundo, se tomaran por am-

¹ Sobre las formas de la temporalidad véase Ciuro Caldani, M. A., *Estudios de historia el derecho*, Rosario, FII, 2000, esp. pp. 37 y 38.

² Véase, en general, De los Mozos, José Luis, *Metodología y ciencia del derecho privado moderno*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1977, p. 217.

³ Molitor, E. y Schlosser, H., *Perfiles de la nueva historia del derecho privado*, trad. de Ángel Martínez Sarrión, Barcelona, Bosch, 1980, p. 24. *Conc. De los Mozos, op. cit.*, p. 231.

⁴ Molitor, E. y Schlosser, H., *Perfiles de la nueva historia...*, *cit.*, p. 13. Sin embargo, el derecho romano influyó también, aunque con otro alcance y de otra forma, a los derechos de los pueblos bárbaros, conservándose y conociéndose como “derecho vulgar”. *Cfr.* De los Mozos, José Luis, *op. cit.*, pp. 198-204.

bos lados de los preceptos romanos para legitimar su fuerza y pretensión política. En esta corriente ascensorial de señorío-político cobra actualidad la campaña triunfal de la Cultura jurídica romana en Europa.⁵

Por su parte, el incipiente desarrollo del capitalismo va a jugar también un rol importante en la promoción de la recepción del derecho romano. En efecto, la *racionalidad*, y con ello predictibilidad del derecho romano, así como el uso de ciertas instituciones jurídicas, como la de la *propiedad*, serían perfectamente funcionales al nuevo sistema económico en ciernes. Claro está que, al mismo tiempo, el capitalismo también necesitará de completamente nuevas instituciones jurídicas, como por ejemplo las letras de cambio o el desarrollo de la teoría de interés; esta función va a ser cumplida, luego, por el *ius mercatorum*.⁶

Estos factores, la disposición fáctica o material de la legislación romana, más la necesidad política y económica de ese derecho, fueron configurando los presupuestos necesarios para el renacimiento de la jurisprudencia romana.⁷

Pero todavía hacía falta *algo* que amalgamara todos estos elementos y le otorgara sentido. Y fue otra vez la Iglesia Católica, que por su propia naturaleza es universal y consecuentemente poseedora de un ordenamiento jurídico propio y supranacional, pero al mismo tiempo capaz de integrar los particularismos locales. La Iglesia y la ciencia desarrollada por ésta para aprehender su propio, vasto y complejo ordenamiento normativo constituyeron ese elemento que estaba haciendo falta. “Los instrumentos concep-

⁵ Molitor, E. y Schlosser, H., *Perfiles de la nueva...*, cit., p. 23. Dichos autores agregan que “[l]as dinastías merovingias y carolingias descubren en el fundamento, expansión y consolidación de su nueva concepción nacional algo hasta entonces desaprovechado de la fuerza de la herencia romana: la idea del señorío político imperial”. Expresándose la ciencia jurídica en “...la idea de Roma legitimadora de la soberanía y el poder. Ella origina prefectos decisivos por el redescubrimiento del derecho romano que se suele situar en torno al siglo XI” (p. 14).

⁶ Sobre estas relaciones véase Ewing, Sally, “Formal Justice and the Spirit of Capitalism: Max Weber’s Sociology of Law”, *Law & Society Review*, vol. 21, núm. 3, 1987, pp. 487-512; Cohen, Jere, “Rational Capitalism in Renaissance Italy”, *American Journal of Sociology*, vol. 85, núm. 6, mayo de 1980, pp. 1340-1355; Love, J. R., *Antiquity and Capitals: Max Weber and the Sociological Foundations of Roman Civilization*, Reino Unido, Routledge, 1991, pp. 261-263, y lo desarrollado más abajo en el apartado IV.

⁷ Entre las causas materiales habría que sumar el “descubrimiento” de una copia del *Digesto*. Véase Magallón Ibarra, Jorge Mario, *El renacimiento medieval de la jurisprudencia romana*, México, UNAM, 2002, p. 158.

tuales y el aparato metodológico para ello lo proporcionó la escolástica; éstos habían surgido en sus comienzos en el seno de una teología vinculada a la autoridad y a los dogmas y ahora se aprovechaba para la ciencia del derecho, subdisciplina de la teología”.⁸

La escolástica, con su estilo formal, proporcionó a esa enorme masa de normas de la Iglesia un *sistema*. Estableció los principios generales del mismo, definió los conceptos jurídicos fundamentales y desarrolló un método de deducción lógico capaz de integrar el ordenamiento, y que, al mismo tiempo, era de posible aplicación en la práctica.⁹

Se va conformando de este modo la ciencia del derecho clerical-canónico, o canonística, que acaso llegara a su apogeo con el *Corpus Iuris Canonici*. Este *Corpus Iuris* se convertirá casi fatalmente en material de enseñanza jurídico-escolástica y luego también universitaria; transformándose por último en el “derecho erudito”, por oposición a las costumbres locales, que no eran estudiadas ni enseñadas por la doctrina.¹⁰

Pronto, la aplicación de este método traspasaría las puertas de la Iglesia y los dominios del derecho canónico hacia el exterior, hacia la vida civil y profana. Primero comenzarían a utilizarlo los “legistas” que, también en Bolonia, se dedicaron al estudio de las *leges* civiles, profundizando el estudio del *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano. Y aunque se separaron de los estudiosos de los *cánones*, conformaron la otra rama del “derecho sabio”.

Después, con variantes, lo utilizarían los glosadores cuyo método específico de estudio y enseñanza del derecho consistía en una constante, exegética, y aclaratoria interpretación de los viejos textos jurídicos romanos: *las glosas*.¹¹

Este renacimiento del derecho romano implicó que

⁸ Molitor, E. y Schlosser, H., *Perfiles de la nueva historia...*, cit., p. 13.

⁹ *Ibidem*, p. 19.

¹⁰ Véase, en general, *ibidem*, pp. 22 y 23. Quienes afirman que “[n]o es mera casualidad que de la Escuela jurídica y más tarde Universidad de Bolonia... saliese el decisivo impulso espiritual para un nuevo desarrollo europeo del derecho romano. Como centro comercial de la Alta Italia, en un lugar geográfico sobresaliente, nudo del comercio lejano y sede de una importante escuela de artistas, comportaba esta ciudad las condiciones previas externas para un renacimiento del derecho. Pero finalmente era también la relación con la canonística, que nacía y florecía al mismo tiempo y que hacía de Bolonia *nurtrix legum*, centro espiritual de la ciencia jurídica escolástica” (p. 24).

¹¹ *Ibidem*, p. 25. Para un desarrollo profundo del método de los glosadores véase Magallón Ibarra, Jorge Mario, *El renacimiento medieval...*, cit., pp. 146-150.

...su terminología, sus conceptos, sus categorías serán la terminología, las categorías y los conceptos de la ciencia cultivada por los romanistas. La antinomia entre derecho público y derecho privado, la clasificación de los derechos en reales y personales, los conceptos de usufructo, servidumbre, dolo, prescripción, mandato, arrendamiento de obra, etcétera, terminan por constituir las categorías y conceptos empleados por los juristas para su razonamiento...¹²

No sólo los estudios del derecho romano se van a expandir fuera de Bolonia hacia otras universidades europeas, sino que también miles de estudiantes de toda Europa viajarán a Bolonia a formarse en la nueva ciencia del derecho. Este intercambio cultural contribuirá necesariamente a la conformación de la familia jurídica romano-germánica.¹³

Es desde allí, desde el ámbito erudito de las universidades, donde se enseña y aprende derecho romano, donde se analizan sus principios, sus conceptos y su técnica, y desde donde se expande por sobre las costumbres locales, adquiriendo ciertos rasgos de supranacionalidad.¹⁴

Como se puede observar entonces, el sistema jurídico romano nació y se desarrolló con base en esta comunidad cultural, con relativa independencia de alguna imposición político-estatal. Como bien sintetiza De los Mozos “...el derecho romano fue adoptado en todas partes, no *rationi imperii*, sino *imperio rationis*...”.¹⁵

El método de los glosadores es luego continuado por los posglosadores, aunque éstos le imprimieron una modalidad más libre y flexible que sus

¹² David, R., *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1968, p. 37.

¹³ Sobre los orígenes de la educación jurídica universitaria véase Magallón Ibarra, Jorge Mario, *El renacimiento medieval...*, cit., esp. p. 172. Sobre la influencia de la educación en la conformación de la familia romano-germánica véase David, R., *op. cit.*, p. 37.

¹⁴ “Los progresos del derecho romano no tendrán más barreras que las que le levanten las grandes *coutumiers*, como ocurre en Francia, durante el siglo XII... en Alemania con el *Espejo de Sajonia*... También se los podrá detener mediante la elaboración de compilaciones legislativas nuevas, como ocurre en España (siglo XII) con las Siete Partidas, o mediante la redacción de costumbres, según ordena en Francia, a mediados del siglo XV, la ordenanza de Montil-lez-Tours”. David, R., *op. cit.*, p. 38. Sin embargo, continúa diciendo David, el derecho consuetudinario de la época es esencialmente incompleto, fragmentario, local, aplicable solamente a algunos aspectos de la vida civil, incapaz para regular situaciones nuevas, o que excedan el mero marco local, incapaz para formar un nuevo *ius gentium*. Al contrario, el derecho enseñado en las universidades sí es supranacional, y se manifiesta como obra de la razón sobre las particularidades locales.

¹⁵ De los Mozos, *op. cit.*, p. 236.

antecedentes. La causa de este cambio en la ciencia jurídica se debe a la importancia comercial y política que comenzaron a tener las ciudades del norte de Italia. La complejidad de la vida comercial y la búsqueda de la autonomía generó una cantidad de nuevas costumbres locales, y actos particulares de creación de derecho: los estatutos, que intentaban responder mejor que el derecho romano clásico.

“En su momento los glosadores se habían situado con desconfianza y con reservas frente al *derecho estatutario*”, por la circunstancia de que estos derechos de vigencia particular preponderantemente tuvieron un origen consuetudinario y frecuentemente entraban en contradicción con el derecho de los glosadores, al ser éste *lex universalis*.¹⁶

Surge entonces un nuevo problema, y de difícil solución. Éste consiste en la definición de los ámbitos de validez entre el derecho romano, las normas del nuevo derecho estatutario, e incluso también con el derecho eclesiástico.

La multiplicidad de controversias opiniones y argumentos convergieron por último en el reconocimiento de un principio jurídico importante. Según él debió aplicarse el derecho romano sólo *subsidiariamente* o para completar al derecho particular, en momentos en que no predominase una norma de derecho estatutario (la cual... tenía que ser interpretada restrictivamente...) o si los estatutos mostraban una laguna... La sutil formulación de la teoría de los estatutos estableció los fundamentos del derecho internacional privado (conflicto de estatutos).¹⁷

III. *IUS COMMUNE*, DERECHO MUNICIPAL Y CONFLICTO DE ESTATUTOS

Los glosadores creían que las respuestas a estos “conflictos de estatutos”, así como las respuestas a todos los problemas jurídicos, se podían en-

¹⁶ Molitor, E. y Schlosser, H., *Perfiles de la nueva historia...*, cit., pp. 26 y 27.

¹⁷ *Ibidem*, p. 27. Concordantemente, Alfonsín afirma: “En todo caso se sobreentendía, sin embargo, que cuando no era objeto de algún estatuto particular quedaba regulado por el derecho romano, el cual, por esta circunstancia, llenaba de modo uniforme las lagunas, a veces muy extensas, de cada derecho particular”. Alfonsín, Quintín, *Teoría de derecho privado internacional*, Montevideo, Editorial Idea, 1982, p. 59. Sin embargo, para Juenger la relación es inversa, primero se aplicaba el derecho romano, y subsidiariamente los derechos locales. Véase Juenger, Friedrich K., *Choice of Law and Multistate Justice*, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 15.

contrar en el Código de Justiniano, sin importar el hecho de que los juristas romanos no habían desarrollado ni pensado mucho en este tema. Forzando la interpretación, los glosadores vincularon estos problemas relativos al conflicto de estatutos a un párrafo del Código de Justiniano por el cual los emperadores Graciano, Valentino y Teodosio pretendían obligar a los ciudadanos romanos a observar la fe cristiana.¹⁸ Este famoso párrafo referido reza: “*Cunctos populus quos clementiae nostrae regit temperamentum in tali volumus religione versari, quan divinum Petrum apostolum tradisse Romanis regilio usque adhuc ab ipso insinuata declarat*”.¹⁹

De este principio religioso, los glosadores *dedujeron* que como el emperador romano sólo podía legislar para sus súbditos, así también las ciudades-Estados italianas podían legislar sólo para sus propios súbditos. Como Accursio anota en una glosa a la *lex cunctus populos*: “*Quod si bononiensis conveniatur Mutinae, non debet judicari secundum statuta Mutinae quibus non subest; cum dicat quos nostrae clementiae regit imperium*”.²⁰

Este razonamiento, dice Juenger, no es correcto ni lógico, ya que la *lex cunctus populus* simplemente no tiene nada que ver con el conflicto de leyes. Juenger se pregunta por qué los juristas medievales, quienes se ganaron su fama y fortuna elaborando un nuevo *ius commune* europeo sobre el viejo Código de Justiniano, se metieron a experimentar con el conflicto de leyes. Parecería contradictorio desarrollar una *ratio scripta* de aplicación universal, por un lado, y explicar una materia que presupone la existencia de diferentes leyes locales, por otro. Juenger considera que la explicación a esta paradoja está dada por el contexto social en que estos juristas desarrollaban su trabajo. Ellos fueron perfectamente conscientes de la importancia

¹⁸ Juenger, Friedrich K., *op. cit.*, p. 11. Véase, también, North, P. M. y Fawcett, J. J., *Cheshire and North's Private International Law*, 12a. ed., Londres, Butterworths, 1992, pp. 17 y 18.

¹⁹ “La ley 1, título 1, libro 1, del Código de Justiniano, impone a los súbditos del imperio el dogma de la Trinidad, expresando: *Cunctus populus quos clementiae nostrae regit imperium... volumus...*, vale decir: ‘Queremos que todos los pueblos que están regidos por nuestro clemente imperio...’. Por lo tanto —anota el glosador— la autoridad de los emperadores no se extiende a todos los pueblos: sólo se extiende a los que están regidos por su imperio, es decir a los propios súbditos...”. Alfonsín, Quintín, *Teoría de derecho...*, *cit.*, p. 60.

²⁰ La traducción sería: que si un habitante de Bolonia es juzgado en Modena, no debe ser juzgado según el estatuto de Modena, cuando a éste no se halla sometido, porque la ley habla de los sometidos a nuestra potestad. *Cfr.* Magallón Ibarra, Jorge Mario, *El renacimiento medieval...*, *cit.*, pp. 211 y 212.

política que las leyes locales tenían para las ciudades-Estado donde vivían. Inevitablemente, esta realidad llevó a los juristas medievales a analizar cuando un estatuto local debía aplicarse a casos con elementos extranjeros. Basando los problemas relativos al conflicto de leyes en el *Corpus Juris*, el que, según Juenger, no tenía nada que ver con este tema, estos juristas medievales alcanzaron un doble objetivo: *legitimar* la existencia de la diversidad de leyes locales, y transforma al “conflicto de leyes” en materia de estudio académico.²¹

Una vez asumido el hecho de que los problemas multiestatales requieren brindar soluciones al conflicto de leyes, los glosadores perdieron de vista la solución de los romanos para tratar los problemas multiestatales a través del *ius gentium*, y se concentraron en la búsqueda del “principio” que determine qué ley se debe aplicar.

En este contexto, se debe tener en cuenta que

...cuando los posglosadores proponen sus soluciones sobreentienden que serán recibidas y aplicadas por todas las ciudades, puesto que no las elaboraban desde el punto de vista de Bolonia o de Modena, sino... desde el punto de vista supranacional. Las normas de derecho privado intercomunal, por lo tanto, no forman parte del derecho de tal o de cual ciudad; por el contrario, existen como costumbres o tradiciones supranacionales cuya vigencia emana del derecho romano que le sirve de fundamento.²²

Los glosadores estaban, sin embargo, inmersos en el estudio y enseñanza del derecho supranacional romano y el canónico. Los problemas de conflicto de leyes podían nacer sólo cuando este *ius commune* debía dejar lugar a los estatutos locales, ya que muchos de los casos multiestatales eran controlados por un “*superlaw that eliminated the need of the choice*”.²³

²¹ Juenger, Friedrich K., *op. cit.*, pp. 11 y 12.

²² Alfonsín, Quintín, *Teoría de derecho...*, *cit.*, p. 62. Estas ideas, de alguna manera, son también compartidas por Goldschmidt, quien dice: “En la Alta Edad Media, en el seno de la escuela italiana estatutaria... reinaba el cosmopolitismo jurídico. Los problemas de DIPr se planteaban dentro del Sacro Imperio Romano de la nación alemana, ya que respecto del Islam había una guerra permanente... Dentro del Sacro Imperio se daba, como base común, la religión católica, la monarquía y el feudalismo; y los problemas de DIPr tomaban cariz de derecho interregional”. Goldschmidt, Werner, *Derecho internacional privado*, 8a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1992, p. 71.

²³ Juenger, Friedrich K., *op. cit.*, p. 15. Sobre las relaciones de subsidiariedad entre el derecho romano y los derechos locales véase *supra* apartado II.

IV. IUS MERCATORUM

Mientras esto ocurría con el derecho civil, por otras causas, en otros lugares, entre otros actores y por otros métodos, pero aproximadamente en la misma época, comienzan a desarrollarse los usos y costumbres que constituirán el derecho comercial.

Entre las razones de esta inicial separación se encuentran los factores sociológicos. En efecto, el comercio, en un sentido cercano a su significado actual, nació en algún momento entre la Alta y la Tardía Edad Media. Y, conjuntamente con el comercio, nació la necesidad de su regulación específica. Esta situación era completamente diferente durante el Imperio Romano.²⁴

El lugar de nacimiento del derecho mercantil no es la universidad, sino las casas de los comerciantes, donde éstos desarrollaban su actividad. Los actores ya no son los profesores de derecho y sus discípulos, sino los mismos comerciantes y mercaderes. Y el método no consiste en el estudio del derecho romano, sino en las prácticas y desarrollo de prácticas comunes. El ejercicio del comercio es una profesión letrada, hace falta saber leer y escribir, y calcular; aunque estos conocimientos se adquieren fuera de los circuitos educativos formales. Este “...proceso de aprendizaje... tradicionalmente tuvo lugar en la casa de comercio: la valencia doméstica, esto es económica, de la adquisición de los saberes mercantiles supone así una principalísima proyección de la casa como referente que otorga sentido...”²⁵

Como se vio, la ciencia de este comerciante “premoderno” consiste en un conocimiento formado por números y letras. Con el dominio de los nú-

²⁴ “Los estudios sobre la evolución económica y social del mundo bajomedieval apoyan la impresión de que el derecho mercantil se ha desarrollado con gran libertad respecto de los esquemas romanísticos, al punto de poder ser considerado un hecho nuevo. Novedades son las formas de organización corporativa de los mercaderes y la creación de espacios protegidos, como las ferias, que se deben a una original relación entre el mundo mercantil y el mundo político en el que se mueven: dentro de los espacios jurídicos garantizados, en el interior de las ciudades con las corporaciones, o en las ferias, celebradas en lugares lejanos, se desarrollan libre y consuetudinariamente los aspectos que mayormente califican la especialidad del nuevo derecho: las formas contractuales y el proceso mercantil”. Piergiovanni, Vito, “Derecho mercantil y tradición romanística entre Medioevo y Edad Moderna. Ejemplos y consideraciones”, en Petit, Carlos (ed.), *Del Ius Mercatorum al derecho mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 75.

²⁵ Petit, Carlos, “*Mercatvra y Ivs Mecatorvm*. Materiales para una antropología del comerciante premoderno”, en Petit, Carlos (ed.), *Del Ius Mercatorum...*, cit., p. 59. Nótese que se está haciendo referencia a casa de comercio y reglas y normas para su funcionamiento, etimológicamente a la *eco-nomia*.

meros se pueden hacer cálculos aritméticos y mantener una contabilidad racional. Y con las palabras y las letras se escriben cartas y “...se redactan documentos cambiarios, al fin y al cabo especie de correspondencia comercial cargada de sentido jurídico: efectivamente, tales letras conducen a la difusión de reglas de derecho entre los comerciantes, en un flujo y reflujo de doctrina jurídica y práctica mercantil...”²⁶

La relación profesional iba más allá de lo estrictamente comercial, conformándose verdaderas relaciones personales, incluso de amistad entre los comerciantes. Y este tipo de relación más cercana entre los mercaderes implicaba cierto trato diferenciado, y respetuoso, a través de “...unas reglas muy formalizadas que regían la correspondencia comercial, sin necesidad entonces de acudir al notario, hasta usos contractuales consolidados, con sus momentos jurídicamente tan relevantes en el universo cambiario, de aceptación y pago de letras por *honor* y concesión, a esos mismos efectos, de términos de *gracia y cortesía...*”, o la consideración de la litigiosidad como una falta gravísima.²⁷

De esta manera se van desarrollando prácticas comunes y generales, usos, costumbres y reglas propias de los comerciantes y de la actividad mercantil. Estos usos fueron generalmente aplicados en casos de conflictos por tribunales especiales constituidos en las mismas ferias. Éstos resolvían los problemas de forma rápida y flexible, aplicando los usos que, en general, establecían principios de informalidad de los actos, o la confianza en la palabra y la buena fe. Esta ley de los mercaderes constituía un derecho común a todos los comerciantes, sin importar la nacionalidad o el domicilio, adquiriendo con ello una incipiente universalidad y haciéndose cosmopolita.

Con el tiempo, muchos de estos usos y costumbres fueron reunidos en las recopilaciones como la *Breve Mercatorum* de Pisa, de 1316, los *Statuti di Mercanti* de Parma, de 1215, o *Capitulare Nauticum* de Venecia, de 1255, por citar sólo algunas.²⁸

Sobresaliendo entre este tipo de recopilaciones el famoso *Little Reed Book* de Bristol. Especie de compilación formal y escrita de las costumbres

²⁶ Petit, Carlos, “*Mercatvra y Ivs Mecatorvm...*”, *op. cit.*, p. 58.

²⁷ *Ibidem*, p. 64.

²⁸ Berman, Harold y Dasser, Felix, “The ‘Lew’ Law Merchant and the ‘Old’: Sources, Content, and Legitimacy”, en Carboneau, T. E. (ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration*, Nueva York, Transnational Juris Publications, 1990, p. 22. Véase, también, Le Pera, Sergio, *Common Law y lex mercatoria*, Buenos Aires, Astrea, 1986, y Vitolo, Daniel, *Lex Mercatoria*, Buenos Aires, Astrea, 1988, colección Elementos del Derecho Comercial.

comerciales y reglas de procedimiento, destinadas principalmente a organizar el funcionamiento de las ferias y mercados, y a establecer las formas de solución de controversias entre los comerciantes que participaban de la misma.²⁹

Así, según el *Little Red Book*, se establecían tribunales comerciales que

...se encontraban oficialmente bajo el patrocinio de un *lord of the market*... que podía ser el rey, un señor feudal... Era responsable de poner agentes que ejecutasen las órdenes del tribunal y de ofrecer un lugar vigilado donde poner las mercaderías retenidas. Como compensación recibían algunos derechos e indirectamente se beneficiaban con el éxito de la feria o mercado bajo su protección. El *lord of the fair* delegaba... sus deberes en el *steward* (en el caso de una feria) o un *sheriff* (en el caso de Londres) o un *clerk of the market* (tratándose de un lugar), o en *mayors and bailiffs* (en el caso de una ciudad).

Además, el tribunal abarcaba una importante circunscripción incluyendo a mercaderes que negociaban en la misma feria como a otros que residían dentro de los límites del mercado. Éstos eran calificados como *suitors*. Los mercaderes de la feria, como así los *suitors*, se encontraban obligados a asistir a los agentes (*bailiffs*) cuando fueran requeridos, y cuando las órdenes de estos agentes eran resistidas. Y lo más importante: eran ellos mismos, los propios mercaderes, los que conocían de los juicios y no los “*mayors, stewards and others*”.³⁰

Si bien existía un cuerpo autónomo de reglas consuetudinarias aplicadas por “jueces comerciantes”; es decir, no por jueces estatales, en la sección XX del *Little Red Book* aparece un recurso ante los tribunales reales del *common law* en caso de que un comerciante considere que el propio tribunal comercial ha sido corrompido. Es decir, aparece como última instancia el control estatal. Pero esto se encuentra en los “límites” del sistema, y como medida excepcional.³¹

²⁹ Coquillette, Daniel R., “*Incipit lex mercatoria, que, quando, ubi, inter quos et de quibus sit*”. El tratado de *lex mercatoria* en el *Little Red Book* de Bristol (CA. 1280 AD)”, en Petit, Carlos (ed.), *Del Ius Mercatorum...*, cit., pp. 145-228. El autor subraya antes los aspectos procesales sustanciales que presenta la *lex mercatoria* según el *Little Red Book*, así como las interrelaciones entre los propios comerciantes y el poder del rey.

³⁰ Coquillette, Daniel R., “*Incipit lex mercatoria...*”, op. cit., pp. 156 y 157.

³¹ *Ibidem*, pp. 172 y 173.

Los embargos y medidas de ejecución eran responsabilidad del *lord of the market* o de los *mayors*, que debían contar con una instalación adecuada para guardar las mercaderías secuestradas.³² Pero, y lo siguiente es muy interesante, si bien la ejecución de la sentencia de un tribunal comercial debía ejecutarse por el *lord of the market* o sus delegados “[s]i el señor del mercado, o su delegado, carecían del poder para imponer la ejecución, entonces los *suitors* debían ayudarles”.³³

“El apoyo último de la *lex mercatoria* estaba constituido por los bailios y los hombres del señor del mercado, apoyados por los mismos *suitors*”. Es decir que los mismos *suitors*, esto es, los propios mercaderes privados, tenían en última instancia que realizar la coerción si el señor del mercado, el representante del Estado, resultaba muy débil.³⁴

Por último, la “internacionalidad” de estos usos se demuestra por la normal y frecuente ejecución de los fallos de los tribunales extranjeros, así como la importancia concedida a la doctrina de la cosa juzgada, y la aceptación de decretos extranjeros y las pruebas realizadas a propósito de casos locales.³⁵

V. *IUS MERCATORUM Y COMMON LAW*

Como se puede observar, aunque distintos en sus orígenes, el *ius mercatorum* y el *ius civile* comparten, sin embargo, una característica común: su pretendida supranacionalidad.

El derecho romano “aktuel” se empezó a aplicar en el espacio europeo continental, más allá de las fragmentaciones políticas; excepto en Inglaterra. Así también, en su ámbito “personal” el derecho comercial rigió a los comerciantes en todo el ámbito europeo, pero incluso también en Inglaterra.³⁶

³² *Ibidem*, p. 184.

³³ *Ibidem*, pp. 185 y 186

³⁴ *Ibidem*, p. 187.

³⁵ *Ibidem*, pp. 200-202.

³⁶ “En las materias cuya regulación ha surgido del derecho consuetudinario es necesario hacer una distinción. Puede ocurrir que la regulación de los códigos se haya hecho sobre la base de costumbres nacionales o regionales, y en tal caso debemos reconocer su originalidad [de cada código]... Pero puede ocurrir también que la regulación de los códigos se haya fundado en un derecho consuetudinario que tenía, antes de la codificación, un carácter internacional [en tal caso, todos los códigos nacionales se parecerán mucho]... Nuestra consideración cobra un gran interés práctico porque afecta todo el derecho mercantil, tanto terrestre como marítimo. Las costumbres mercantiles formadas a lo largo de la Edad Media se han superpuesto al derecho romano por obra de los posglosadores... [y se propa-

De todas maneras es preciso realizar una breve consideración sobre las relaciones entre el *ius civile*, el *common law* y la *lex mercatoria*.³⁷ Los orígenes del *ius civile* difieren de los orígenes del *common law*. Así como el *ius civile* se desarrolla en una Europa políticamente fragmentada, el *common law*, en cambio, se desarrolla paralelamente a la conquista normanda de Inglaterra, y por ello intrínsecamente vinculado a las necesidades de la ocupación territorial y la centralización del poder.

Los tribunales del rey, entonces, van a conocer, van a tener competencia en las cuestiones que eran consideradas de principal importancia a aquellos fines: de los asuntos relativos a la hacienda real, la propiedad territorial y las cuestiones penales. Fuera estas tres categorías, el resto de los litigios seguían siendo juzgados fuera de las jurisdicciones reales, como las jurisdicciones eclesiásticas, "...o por diversas jurisdicciones comerciales, a las que se le concederá el privilegio de administrar justicia en las ferias y mercados; estas últimas aplicaran derecho internacional mercantil, *lex mercatoria* o *law merchant*".³⁸

Sin embargo, esta *lex mercatoria* fue pronto de alguna forma reconocida por el poder estatal, por ejemplo por la Carta Mercatoria de Inglaterra de 1303 o el Estatuto del Staple de 1353, que receptan los principios del *Red Little Book*.

Luego, alrededor del siglo XVII, el derecho mercantil comenzó a ser absorbido por el derecho real nacional, por el *common law*.³⁹

Y es sólo a partir de este momento cuando los tribunales del *common law* se encontraron con un nuevo problema: ¿qué derecho se aplica a los casos internacionales?, ya que como se vio, no tenían originalmente competencia para entender en este tipo de casos. Aquí es cuando los jueces ingleses debieron estudiar que hacían en estas situaciones sus vecinos del continente.⁴⁰

gó] en los países del Cercano y Lejano Oriente cuando éstos quisieron integrarse a la familia romano-germánica y constituyen, con el derecho propiamente civil de las obligaciones, un bloque que confiere gran importancia a este sistema, al realizar su unidad de estructura en cuanto concierne al derecho de los negocios". David, R., *op. cit.*, p. 61.

³⁷ Sobre esta relación véase Le Pera, Sergio, *Common Law...*, *cit.*

³⁸ David, R., *op. cit.*, p. 246. Véase, también, Juenger, Friedrich K., *op. cit.*, p. 23.

³⁹ Véase David, R., *op. cit.*, p. 257.

⁴⁰ Juenger, Friedrich K., *op. cit.*, p. 24. Concordantemente, Eduardo Hamilton (dir.), *Solución de conflicto de leyes y jurisdicción en Chile*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1966, pp. 359 y 360; North, P. M. y Fawcett, J. J., *Cheshire and North's...*, *cit.*, pp.

VI. *IUS MERCATORUM*, *IUS COMMUNE* Y DERECHO ESTATAL

La consolidación de los Estados nacionales durante los siglos XVII y XVIII requirió, conjuntamente con un gobierno central y un ejército unificado, también un solo derecho nacional. En consecuencia, aquel *ius civile*

23-27, y Filip de Ly, quien dice: “Authorities soon recognized... self-regulation by merchants... The English Carta Mercatoria of 1303, for instance, assured certain foreign merchants of a fast dispute settlement mechanism and the application of law merchant to their dispute... In the long run, the law merchant was integrated into the common law. This process began between 1606 and 1640 when the local courts, the High Court of Admiralty and the Court of Chancery gradually lost ground in favor of the courts of King’s Bench and the Courts of Common Pleas. From a substantive point of view, the absorption of the law merchant by the common law would start only as of 1756 under Chief Justice Mansfield, who began to qualify trade customs as legal rules and made them applicable to citizens”. Cfr. De Ly, Filip, *International Business Law and the Lex Mercatoria*, La Haya, T. M. C. Asser Institute, 1992, pp. 16 y 17.

En contra Rogers, para quien ese proceso no es verdadero, sino que este autor sostiene que nunca existió una diferencia radical entre el *law merchant* y el *common law*, ya que aquél siempre ha sido una parte sustancial de éste. O en todo caso, “[l]o que los jueces hicieron en los siglos XVII y XVIII no fue ‘recibir el *law merchant*’, sino elaborar derecho mercantil”. Rogers, James Steven, “Sobre el origen del moderno derecho inglés de sociedades”, en Petit, Carlos (ed.), *Del Ius Mercatorum...*, cit., pp. 307-332.

Como *glosa* marginal, se puede remarcar que estos diversos orígenes tanto del *ius civile* como del *common law* tienen directa relación con la ciencia jurídica. En Europa continental “[l]a carencia de un uniforme y obligatoria jurisprudencia de los altos tribunales facilitó a la enseñanza del derecho y a sus titulares una situación privilegiada... fueron ellos los fundadores de una jurisprudencia [en el sentido de ciencia jurídica] estudiada prácticamente en toda Europa”. Monitor, E. y Schlosser, H., *Perfiles de la nueva historia...*, cit., p. 28. Sobre el punto véase también Juenger, Friedrich K., *op. cit.*

Por el contrario, en Inglaterra, la concentración del poder en el Estado y en los jueces, en torno a las sentencias de éstos y a la “jurisprudencia” (entendida como conjunto de fallos concordantes), y no a la “doctrina”, en la verdadera fuente del derecho.

Por otra parte, la labor de los profesores del derecho durante el periodo de renacimiento del derecho romano no ha sido sólo un trabajo de tipo descriptivo, sino definitivamente creativo. Ellos han buscado los viejos textos romanos, los sistematizaron, los anotaron, los clasificaron, los adaptaron y los difundieron en toda Europa. La ciencia jurídica, de alguna manera, ha creado su propio objeto de estudio: el derecho. El sujeto (y el método) crearon el objeto, si es que se puede hacer una distinción categórica entre estas categorías epistemológicas.

Finalmente, es interesante destacar que si bien el DIPr nace en una especie de intersticio entre el derecho romano común y los estatutos locales, el derecho internacional privado “moderno” con Story y Savigny se desenvuelve en un periodo de consolidación del Estado-nación, sin ningún derecho supranacional común, aun cuando la obra de Savigny esté enteramente dedicada al estudio del derecho romano “aktuel”.

transnacional fue incorporado en las leyes nacionales, y específicamente en los códigos. Este proceso de codificación-nacionalización del *ius civile* rompió su universalidad originaria. El Código Civil francés de 1804 fue el ejemplo paradigmático de este nuevo movimiento codificadorio. Este Código tuvo una tremenda influencia en toda Europa y en América Latina, en particular en el Código Civil argentino de 1881.

El *ius mercatorum* fue también “nacionalizado”. Por ejemplo, los usos y costumbres comerciales fueron recogidos y de alguna forma reconocidos por ordenanzas aprobadas y confirmadas por los reyes españoles, esto es por el Estado, en las famosas Ordenanzas de Bilbao de 1737.⁴¹

En España, Felipe V

...dio fuerza de ley general en 1737 a unas ordenanzas formadas por los comerciantes de Bilbao, que llegaron a ser el Código de Comercio tanto en España peninsular como ultramarina, según lo muestra... la real cédula de erección del Consulado de Buenos Aires, expedida en Aranjuez el 30 de enero de 1789, la cual, al designar el tribunal encargado de administrar justicia en los pleitos comerciales, dispuso que las Ordenanzas de Bilbao habían de servir de regla al nuevo tribunal para la sustanciación y determinación de los pleitos, debiendo sólo después de ellas decidirse “por las leyes de Indias o en su defecto por las de Castilla”.⁴²

Los consulados, que fueron establecidos en varias capitales del Imperio, eran entonces tribunales comerciales. Los jueces del Consulado no eran abogados de profesión sino comerciantes, y las partes del proceso tenían que actuar por ellas mismas directamente, esto es, sin representación legal.⁴³ Sólo en casos muy raros y complejos tanto las partes como los jueces podían pedir el consejo de un abogado. El proceso ante el Consulado era breve, informal, y en general oral. Las partes debían presentar sus demandas y contestaciones de forma “breve y simple”. La documentación y los

⁴¹ Véase De Castro y Bravo, F., “El arbitraje y la nueva lex mercatoria”, *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, t. XXXII, fascículo IV, 1979, p. 621.

⁴² Malagarriga, Carlos C., *Tratado elemental de derecho comercial*, 3a. ed., Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1963, t. I, p. 8.

⁴³ “...se desechará todo lo que *huela* a sutilizas y formalidades del derecho, y se atenderá sólo a la verdad y buena fe” dice el artículo XVI de la Real Cedula de Erección del Consulado de Buenos Ayres, expedida en Aranjuez a XXX de Enero de MDCCXCIV, disponible en Cruz Barney, *El régimen jurídico de los consulados de comercio indianos: 1784-1795*, México, UNAM, 2001, p. 175 (énfasis propio).

testigos debían ser examinados en la misma audiencia, después de la cual los jueces debían dictar sentencia.

Como se vio, el derecho sustancial aplicado por el Consulado era básicamente las Ordenanzas de Bilbao, y las decisiones de los jueces debían estar basadas en la “verdad sabida y buena fe guardada”.⁴⁴

Esto es, la decisión final debía ser consistente con la forma del proceso. Siendo éste informal, sin argumentación legal y sin abogados, tendente principalmente a la clarificación de los hechos, la decisión debía ser escrita “con palabras concisas y claras, *sin poder usar en ellas de textos, autoridades ni alegatos, ni razones en qué fundar la decisión, y procediendo sólo la verdad sabida y la buena fe guardada a estilo de Comercio...*”, de acuerdo al texto de la Ordenanza del Consulado de Burgos de 1766, que es más explícita que la del Consulado de Buenos Aires en esta materia.⁴⁴⁵⁵ En otras palabras, la sentencia no estaba basada en normas legales formales, sino en los usos comerciales y en los parámetros de buena conducta comercial.

Esta frase “verdad sabida y buena fe guardada” expresa de alguna manera la idea de la *aequitas mercatoria*, que era mucho más que un criterio interpretativo, era una verdadera fuente del derecho, independiente de otras fuentes, y en ocasiones la única fuente utilizada para resolver estos casos.⁴⁶

El *ius mercatorum* fue también, en cierta forma, reconocido en las Ordenações Filipinas, del viejo derecho luso-brasilero.⁴⁷ Y también, y acaso paradigmáticamente, en Francia con las Ordenanzas de Colbert.

⁴⁴ El artículo V de la Real Cedula de Erección del Consulado de Buenos Ayres establece: “En los juicios se ha de proceder siempre a estilo llano, verdad sabida y buena fe guardada...”. *Idem*.

⁴⁵ Citado por Concepción Rodríguez, J. L., en *La especialización judicial. La jurisdicción mercantil*, Tercer Seminario Regional sobre Propiedad Intelectual para Jueces y Fiscales de América Latina, Antigua, Guatemala, 2004, p. 2 (énfasis agregado), disponible en: http://www.oepm.es/cs/OEPMSite/contenidos/ponen/sem_jueces_04/Modulos/concepcion_especializacion.pdf.

⁴⁶ *Cfr. ibidem*, p. 3; en el mismo sentido véase Girón Tena, *Tendencias actuales y reforma del derecho mercantil (estudios)*, Madrid, Civitas, 1986, p. 94.

⁴⁷ R. Limongi França, “Noções sobre o costume”, *Revista dos Tribunales*, vol. 356, 1965, p. 40. Para Clovis v. do Couto e Silva, las Ordenaciones Filipinas estuvieron en vigor en Portugal de 1603 a 1867, en Brasil hasta la entrada en vigor del Código Civil en 1916, o al menos del Código Comercial de 1850. Para éste autor, el Código Civil brasileño tardó tanto en dictarse, ya que, entre muchas causas, el Imperio monárquico brasileño se resistió a dictar un código republicano y democrático al estilo del Código de Napoleón de 1804, que influyó a todos los países de Latinoamérica. Clovis v. do Couto e Silva, *O*

El proceso de absorción estatal del *ius mercatorum* parece culminar con la codificación. Pero aquí se presenta la gran diferencia entre la *ratio* de la codificación civil y la comercial.

Lo que primeramente puede sorprender, y no obstante es sustancialmente exacto, es que pueda considerarse al *Código de Comercio francés como un pseudocódigo*. Puede decirse que el Código de Comercio más fue una recopilación, sobre la cual se superpuso el nombre “Código”... “En realidad, los autores del Código de comercio no se preocuparon de hacer una obra que estuviera en la lógica del derecho nuevo. El derecho comercial estaba codificado desde el siglo XVII, había sido mantenido durante la Revolución. En 1807 se reprodujeron las disposiciones de las dos Ordenanzas de Luis XIV sin determinar netamente el dominio de aplicación del Código nuevo” (Ri-pert)... “El Código no es más que la ordenanza de Colbert retocada y rejuvenecida” (Mariage).

Hay, en esta fase de la Codificación, unas contradicciones curiosas. Los comerciantes son, por antonomasia, la fuerza transformadora, en torno a ellos se sitúa la burguesía, que serían los triunfantes en la Revolución. Pero la organización del Antiguo Régimen les presenta constituidos en “cuerpos”. Esto origina una tensión con la lógica de liberación de toda traba y la implementación del individualismo... Con todo, la ley Le Chapelier, de 14 de junio de 1791, suprimirá todos los cuerpos sin excepción, todas las Corporaciones... [sin embargo, no se pretende prohibir el ejercicio de la profesión de comerciante, sino al contrario potenciarla facilitando el libre acceso a la misma]. Todo ello explica que la Revolución no toque las leyes comerciales de derecho privado y respete los Tribunales consulares, a pesar de la aversión a las jurisdicciones de excepción.⁴⁸

direito civil brasileiro em perspectiva historica e visao de futuro, conferencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Florencia, el 6 de mayo de 1986.

⁴⁸ Girón Tena, J. *op. cit.*, p. 33. Otra característica propia de la codificación comercial, a diferencia de la codificación civil, está dada no sólo por este distinto origen y método, sino también por el casi inmediato proceso de, digamos, *descodificación* comercial. En efecto, en Brasil y Argentina, por ejemplo, donde los códigos comerciales fueron sancionados antes que los códigos civiles, la posterior sanción de éstos produjo una importante desmembración del contenido de los códigos comerciales. Y luego, en general, en todos los casos, la sanción de leyes especiales para sociedades, quiebras, títulos valores, el contrato de trabajo, el transporte marítimo, y luego el aeronáutico, y otros regímenes particulares, terminó por transformar a los códigos comerciales en especie de cáscaras con muy pocas normas efectivas. Véase Malagarriga, Carlos C., *Tratado elemental...*, *cit.*, pp. 28-33.

El derecho mercantil ofrece la marcada particularidad de ser tal vez el único ordenamiento corporativo que dejó subsistente el proceso revolucionario, si se acepta que tal proceso liquidó efectivamente la cultura jurídica del antiguo régimen. Pero más allá de la codificación y “estatización-nacionalización” del derecho comercial, éste conoció otro sistema de fuentes respecto del Código Civil; tampoco se liquidó de golpe la autonomía jurisdiccional del comercio, y la historia de una vieja actividad profesional sirvió para razonar de otro modo en las cuestiones de derecho *privado*.⁴⁹

¿Y el derecho internacional privado? Con la nacionalización y codificación del derecho civil y del derecho comercial, el derecho internacional privado “evolucionó” desde su originaria etapa de método de solución de conflicto de estatutos municipales desarrollados dentro del marco general del *ius commune*, y pasó a desarrollar la tarea de resolución de conflictos de leyes (civiles y comerciales) nacionales emanadas por Estados-naciones soberanos, sin ningún marco jurídico supranacional sobre ellos.

VII. POSIBLES PROYECCIONES COMO CONCLUSIONES TENTATIVAS

El análisis y comparación del origen y desenvolvimiento históricos del derecho civil, del derecho comercial y del derecho internacional privado pueden contribuir significativamente a comprender el estado actual del de-

⁴⁹ Petit, Carlos, “*Mercatvra y Ivs Mecatorvm...*”, *op. cit.*, pp. 69 y 70. Como ejemplo paradigmático de esta distinta racionalidad entre el *ius civile* y el *ius mercatorum* se puede repasar rápidamente el problema de la justificación jurídica del interés sobre préstamos de dinero en el *ius mercatorum*, pese a la prohibición bíblica. En definitiva, los comerciantes medievales sostuvieron que cuando se le prestaba dinero, no a un pobre (supuesto pretendidamente comprendido por la prohibición evangélica) sino a otro comerciante, podían cobrarse intereses, y para ello calificaban al contrato de mutuo como depósito irregular [¡!], al menos al principio. “Cuando los doctores del *ius commune* tuvieron que justificar esta autonomía normativa y jurisdiccional del *ius mercatorum*, escribieron que ‘*inter mercatores non convenit de iuris apicibus disputare, sed de mera veritate et consuetudine mercatorum*’. Más allá de su aparente simpleza, esta afirmación da cuentas puntualmente de porqué el *ius mercatorum* tuvo su perfecta autonomía y debiera ser aplicado ante jueces corporativos especiales: porque en el interior de este sistema no podían encontrar aplicación los *apices iuris* (naturalmente: *civiles*), respecto a cuya lógica la *consuetudo mercantie* era irremediabilmente excéntrica”. Santarelli, Umberto, “La prohibición de la usura, del canon moral a la regla jurídica. Modalidades y éxitos de un ‘trasplante’”, en Petit, Carlos (ed.), *Del Ius Mercatorum...*, *cit.*, pp. 237- 256, esp. p. 255.

bate sobre el método, objeto, contenido y función del derecho internacional privado en la era de la globalización, pero al mismo tiempo fragmentación del sistema jurídico.

Con respecto al debate entre el conflictualismo y sustancialismo como métodos antagónicos o complementarios del derecho internacional privado, parecería que se debería revisar la relación entre conflictualismo y derecho civil, por un lado, y la relación entre sustancialismo y derecho comercial, por otro.

Es decir, el derecho internacional privado parecería haberse originalmente desarrollado para la determinación de los ámbitos de aplicación territorial de las leyes “civiles”, para resolver *conflictos* de leyes civiles. Mientras que el derecho comercial ha proveído originalmente una regulación transnacional *sustancial* y uniforme. Únicamente con la codificación y nacionalización de derecho comercial, el derecho internacional privado se “expandió” también para resolver conflictos de leyes nacionales comerciales.

El fenómeno actual de transnacionalización del derecho está dado principalmente por la transnacionalización del derecho comercial. En este contexto, las teorías “sustancialistas” del derecho internacional privado parecerían confundirse con el derecho comercial internacional.

Por otro lado, estamos en presencia de “nuevos” conflictos de leyes. Éstos incluyen no solamente los tradicionales conflictos de leyes civiles nacionales, sino también conflictos de leyes provinciales o regionales que se dan dentro un mismo marco constitucional nacional. A estos nuevos conflictos se le podrían sumar los conflictos de derechos públicos nacionales, y los conflictos de leyes interpersonales.

¿Debería el derecho internacional privado “ceder” su competencia respecto de problemas comerciales internacionales, pero extender su método “conflictual” para resolver también problemas de conflictos de leyes interprovinciales, interpersonales, o entre diferentes derechos públicos nacionales?

Desde otro punto de vista, la “vieja” *lex mercatoria* analizada en este trabajo ha renacido como la “nueva” *lex mercatoria* o, si se prefiere, como un nuevo derecho comercial transnacional. ¿Cuáles son las relaciones de esta *nueva lex mercatoria* con los sistemas estatales?, ¿qué pueden enseñar los viejos tribunales comerciales del *Little Red Book* de Bristol y los *Consulados* hispanoamericanos a los actuales tribunales de arbitraje comercial internacional y a los juzgados nacionales en este sentido?

Por otro lado, con la relativa crisis y declive del Estado-nación, y el creciente establecimiento de marcos regulatorios “supranacionales” como los establecidos por los tratados internacionales sobre derechos humanos, la Organización Mundial de Comercio, o, paradigmáticamente, la Unión Europea, parecería estarse creando una especie de nuevo *ius commune* universal. ¿Tendría el derecho internacional privado un rol que jugar en el establecimiento de los ámbitos de validez de las leyes nacionales respecto a un nuevo *ius commune* universal?

Finalmente, la pérdida de la soberanía del Estado nacional no implica meramente la transferencia formal de poder legislativo hacia instancias supranacionales o transnacionales. El Estado nacional no es soberano *per se*; dentro del estado nacional, el soberano es el pueblo, las personas, los ciudadanos. Éstos, al elegir a sus gobernantes por medio de elecciones democráticas, delegan su poder en el gobierno. Los diputados y senadores elegidos por voto popular dictarán así las leyes que rigen a todos los habitantes de un Estado-nación. La ley nacional es un producto democrático.

Sin embargo, nosotros, los ciudadanos, estamos siendo sometidos a normas y regulaciones, “usos y costumbres”, resoluciones, tratados y “reglas” en cuya creación no hemos participado directa ni indirectamente. Ni el derecho *supranacional* ni (aun menos) el derecho *transnacional* son productos democráticos.

Así como los juristas medievales legitimaron la existencia, la diversidad, y la aplicación de los estatutos locales al vincularlos a la autoridad del *Corpus Iuris Civilis*, ¿podrá el derecho internacional privado actual encontrar un camino de legitimación democrática del derecho *a-nacional*?