

Congreso Latinoamericano y Caribeño
de Arbitraje Comercial Internacional
La Habana, 24-26 June 2010

¿Una *Lex Mercatoria* Regional para el Caribe?

Traducción al español: Mariela Patterson Hernández

Ignacio Castellucci

Universidades de Trento (Italia) y Macao (R.P. de China)

ignazio.castellucci@unitn.it

Introducción

Primeramente, tengo que expresar mi gratitud a los organizadores de este evento, por prepararlo y por haberme honrado con su invitación, lo que me ha dado la oportunidad de visitar Cuba y la hermosa ciudad de La Habana.

Esta presentación no reflejará una investigación específica, enfocada en un aspecto específico; tampoco intentará ser un “mapa de carretera” para guiar la integración regional del Caribe en materia comercial. Consistirá más bien en aportar algunos temas e ideas discretos para la investigación futura vinculados con aspectos de integración legal regional a través del derecho espontáneo y de métodos alternativos para la solución de controversias (ADR).

La pregunta que encabeza el título tiene dos enfoques, en el sentido que nos preguntamos si tal cuerpo regional de derecho – vinculante o como *soft law* – existe realmente; y en el sentido que nos cuestionamos si debemos acogerlo. Asumiré que la respuesta a la última pregunta es positiva: generalmente es aceptado que reglas similares o incluso uniformes son beneficiosas para el entorno de los negocios internacionales. La próxima pregunta sería entonces qué deberíamos hacer para promover su desarrollo.

1. La historia demuestra cómo los mercaderes europeos desarrollaron su propio derecho en la Edad Media¹, con independencia de los sistemas legislativos locales: demasiados en cantidad, demasiado complejos y demasiado inadecuados para adaptarse a sus necesidades de hombres de negocios.

Las prácticas y reglas consuetudinarias se desarrollaron en los mercados; los mercaderes comenzaron resolviendo sus disputas a través de la mediación o del arbitraje en sus círculos profesionales o asociaciones, en lugar de buscar justicia en las cortes de los señores locales.

El derecho desarrollado en las universidades de Europa por los académicos, lo que será el *ius commune* continental, se volvió, entonces, el marco general de un sistema de *lex mercatoria* generado espontáneamente. Los comerciantes y los resolvedores de sus disputas recurrieron cada vez más a estudiosos legales dedicados al estudio del derecho Romano y Canónico en las universidades que florecían por toda Europa, para obtener una guía en la resolución de sus disputas a medida que el desarrollo del entorno económico requirió conceptos legales, principios y reglas más sofisticados. Ese cuerpo de ley formaría eventualmente la base de las

¹ Ver F.GALGANO, *Lex mercatoria*, Bolonia, 1976. Este precioso y muy útil folleto ha tenido varias ediciones subsecuentes.

codificaciones del derecho comercial de la era moderna; que se encuentra actualmente fraccionado debido a la fragmentación política de la Europa post-medieval, la cual sólo en la segunda mitad del siglo XX comenzó a hacerse menos rígida dentro de la Unión Europea. Mientras tanto, las jurisdicciones locales comprendieron la importancia del creciente intercambio, y comenzaron también a elaborar normas legales apropiadas a las necesidades de los negocios internacionales. Un ejemplo de ello son las tempranas normas de derecho internacional privado desarrolladas por los estudiosos del *ius commune* (en particular Bartolus, Cino y Baldus)² y cada vez más aplicadas en las cortes locales, especialmente en las ciudades-estados del norte de Italia.

2. En el siglo XX el fenómeno se hizo visible nuevamente: la jurisdicción local una vez más se volvió demasiado y demasiado diversificada, incapaz de proporcionar respuestas satisfactorias a las necesidades del comercio transnacional; la comunidad mundial de comerciantes recurrió nuevamente a su cuerpo interno de prácticas y leyes consuetudinarias, que fueron aplicadas cada vez más a través de mecanismos de arbitraje.

Asociaciones privadas de hombres de negocio y entidades de negocio, tales como las Cámaras de Comercio del mundo, en particular la CCI, comenzaron a recopilar y a diseminar prácticas uniformes, términos y formatos contractuales, así como usos de comercio, en beneficio de la actividad de los hombres de negocios, las partes en arbitraje y los litigantes en corte; desarrollaron también reglas para los procesos de resolución de disputas.

Los estados nacionales, mientras tanto, reconocieron la importancia del comercio internacional y la capacidad de la comunidad de negocios de desarrollar sus propias reglas para regular sus actividades.

Junto con las herramientas legislativas para uniformizar las legislaciones nacionales en cuestiones seleccionadas – tales como las convenciones de los años 30 sobre el cheque y el pagaré, o la Convención de Viena de 1980 sobre la compraventa internacional de mercancías –, los legisladores nacionales comenzaron a elaborar herramientas legislativas para hacer el arbitraje más libre y conveniente: para ello proporcionaron herramientas para la ejecución de laudos internacionales sin mucha interferencia de las cortes estatales en el proceso. Así mismo se han presentado otros mecanismos legales en apoyo al desarrollo de un entorno legal transnacional eficiente (ej. reglas armonizadas de derecho internacional privado, reglas para la ejecución de decisiones extranjeras y otros mecanismos de cooperación judicial).

Cuerpos internacionales tales como UNCITRAL han hecho también un trabajo admirable al desarrollar una Ley Modelo de Arbitraje, hasta ahora incorporada a la legislación nacional por decenas de países y jurisdicciones, así como también al desarrollar normas de procedimiento para el arbitraje internacional ampliamente aceptadas.

Estudiosos e instituciones de todo el mundo estudiaron estos desarrollos, los enmarcaron en una perspectiva de derecho comparado, y produjeron cada vez más investigaciones y trabajos relacionadas con esta *lex mercatoria* del siglo XX-XXI, incluyendo todos los productos de la comunidad mundial de comerciantes – desde los Incoterms de la CCI hasta los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, o hasta las leyes modelo producidas por UNCITRAL, UNIDROIT, OEA/OAS.

Algunos de estos productos se convirtieron en normas legislativas en letra impresa, como es el caso exitoso de la ley modelo de UNCITRAL sobre arbitraje; o influyeron en legislaciones nacionales, como sucede, por ejemplo, con los principios UNIDROIT sobre los contratos

² Para un análisis reciente de la contribución de Bartolus a los inicios del temprano derecho internacional privado en la Edad Media ver, ej., N.HATZIMIHAL, *Bartolus and the conflict of laws*, *Revue Hellénique de Droit International*, 60 (2007), 11-79.

comerciales internacionales – uno de los instrumentos de referencia para la elaboración de la ley china de 1998 sobre contratos.

3. Podemos identificar un patrón repetitivo: el derecho espontáneo ocupa nuevos territorios en el entorno económico, y empuja más allá las fronteras legales, a través de la práctica y de los mecanismos de ADR; el derecho doctrinal sigue colocando los nuevos desarrollos en un marco técnico más general.

La legislación marcha al lado, produciendo mecanismos legales que aumentan la eficiencia del mercado y de este modo también las dinámicas legales; o/y viene al final – como mucho – a retocar, perfeccionar y estabilizar lo que se ha desarrollado dentro de la práctica y de las comunidades académicas, y a menudo a aplicar consideraciones políticas para orientar el desarrollo. Los productos legislativos regresan entonces a las fuerzas económicas/profesionales, que vuelven a interpretarlos, desarrollarlos, combinarlos con los desarrollos económicos – hasta que una nueva legislación llega quizás, una vez más, en una etapa posterior.

Debe encontrarse un balance, ya que ambas legislación y derecho espontáneo son necesarios para el desarrollo sano de un sistema económico.

Demasiada legislación aportaría mucha rigidez y conduciría al fracaso de los mecanismos legales o de la economía de conjunto; muy poca legislación haría el sistema caótico e imprevisible en muchas áreas donde el derecho consuetudinario no se desarrolla con suficiente precisión y consenso general, y podría hacer el sistema económico moverse en direcciones que podrían no ser las más deseadas en términos de política.

Todas las jurisdicciones, históricamente, han reconocido que es muy difícil o imposible, y no deseable de hecho, legislar cada área del derecho – del derecho comercial y económico transnacional, al menos. Se ha considerado a menudo mucho mejor proporcionar, junto con la legislación apropiada, un marco general y un sistema de mecanismos para promover un cierto grado de autorregulación de la comunidad de negocios.

Incluso los “clásicos” estados socialistas, ej. la Unión Soviética, tenían herramientas tales como códigos civiles y leyes comerciales, así como instituciones bancarias, financieras y de arbitraje, relacionadas con el comercio extranjero y las operaciones en los mercados extranjeros – ambos dentro del ámbito del Consejo de Ayuda Mutua Económica (CAME, también conocido como COMECON), que proporcionaba el macro-planeamiento de intercambios entre los países miembros, y fuera de estos.

Incluso allí y entonces, el comercio extranjero funcionó sobre todo a un micro nivel según modelos de derecho privado, incluyendo normas legales y praxis relacionadas con el arbitraje, ejecución de leyes extranjeras aplicables o de decisiones o laudos extranjeros a través de mecanismos del derecho internacional privado. Las organizaciones económicas de los países socialistas continuaron durante gran parte del siglo XX haciendo negocios con entidades no socialistas, concluyendo contratos, etc., y también recurriendo en gran medida a los mecanismos de arbitraje/ADR, en los cuales las prácticas comerciales fueron ejecutadas como normas de costumbre aplicables – dentro del COMECON y en transacciones Este-Oeste (en particular a través del arbitraje en lugares neutrales tales como Estocolmo, Viena o Ginebra).³ Esto hace que las instituciones del mercado y las instituciones legales relacionadas con los mercados no sean totalmente desconocidas por las experiencias socialistas. China es hoy en día realmente un caso exitoso con respecto a esto; Vietnam parece también seguir el modelo de desarrollo chino en gran parte; otros pueden seguirlo en el futuro.

³ Ver Kazimierz Grzybowski, *Soviet Private International Law*, 10 Law in Eastern Europe (Leyden, 1965), chapter III, *The Trading State*, 69-110, y la literatura y documentos citados allí.

4. Muchos parecen pensar que la *lex mercatoria* es un concepto algo evanescente, o una descripción de una entidad no existente.

Obviamente, sería difícil identificar todos los elementos de un sistema legal nacional, en los usos y las normas de costumbres de las comunidades comerciales del mundo. Si observamos estas comunidades buscando un “sistema legal” en el sentido que atribuimos a los derechos nacionales o inter-nacionales, con un acercamiento totalmente positivista del derecho, ciertamente no lo encontraremos.

Además, si consideramos que cada comunidad produce sus reglas de funcionamiento, las comunidades de negocios del mundo producen ciertamente las suyas; podemos llamar esos cuerpos de reglas de comportamiento “derecho consuetudinario”, “prácticas”, o *lex mercatoria*.

No necesitamos identificar un “sistema legal” similar a uno nacional; las reglas no-nacionales que derivan de la práctica comercial existen, comprenden desde reglas prácticas muy básicas de pequeños mercados hasta prácticas globales muy sofisticadas o productos de academia. Tenemos que reconocer su existencia y entenderlas. Podemos decidir que son útiles, quizás, y que podrían desempeñar un papel positivo para el desarrollo económico.

Aún más: si una *lex mercatoria* mundial es ciertamente identificable hoy en día, también sostengo que las especificidades regionales *producen y hacen deseable la creación* de cuerpos regionales de *law merchant*.

Es un proceso similar al dilema de “el huevo o la gallina” donde es imposible discernir entre causas y efectos: el derecho, en un sentido sociológico, se desarrolla según la historia, geografía, tradiciones, cultura, economía, usos. Cada región que es razonablemente homogénea en términos geográficos, históricos, sociales y económicos, a pesar de ser subdividida en numerosas jurisdicciones, tiene potencial para desarrollar –y probablemente desarrolla– su propia masa mayor o menor de *lex mercatoria* regional, y/o sus propias especificaciones.

Así, en el análisis que sigue usaré a menudo la palabra “debe” (ej. esto o aquello debe ser hecho), para indicar una manera presumible de obtener el efecto deseado y para indicar un patrón o tendencia que es probable que se haga visible de todos modos.

La ascensión subyacente es que la *lex mercatoria* es algo deseable, siendo capaz (cooperando con otros productos político-legales como Estados, leyes estatales, instituciones regionales e instrumentos jurídicos) de mejorar el nivel de uniformidad normativa en relaciones comerciales transnacionales, como ha sucedido ya, tanto en la Edad Media como en el pasado siglo, a través del proceso de práctica/investigación/legislación ya descrito.

En el area caribeña

5. Esta área particular del mundo tiene una geografía y una estructura étnica relativamente homogéneas; los patrones generales de la historia coinciden para la mayoría de los estados en la región.

Sin embargo, una gran fragmentación política es visible, debido a las relaciones históricas y aún preferenciales de la mayor parte de las diversas jurisdicciones del Caribe con sus diferentes antiguas potencias coloniales, y a la presencia de diversos sistemas políticos y económicos en los diferentes países de esta área.

Es prácticamente obvio que éste alto nivel de fragmentación debe de alguna manera afectar negativamente el desarrollo de una economía regional fuerte. Muchas jurisdicciones en el área todavía se comportan como agentes económicos, como satélites de sus respectivas antiguas potencias metropolitanas.

El discurso legal sigue al histórico-político-económico: legalmente hablando, el *common law* (tanto inglés como norteamericano), el derecho civil (de la tradición francesa, española, holandesa), la tradición legal socialista y muchas leyes consuetudinarias están presentes en la región.

Una comunidad local de leyes comerciales uniformes o razonablemente armonizadas – no necesariamente incompatibles con otras organizaciones o esquemas regionales de cooperación presentes ya en la región (ej. ALBA, CARICOM) – potenciaría la economía regional, imponiéndose hasta cierto punto a las diferentes tradiciones legales de los países individuales. Especialmente, podría contribuir a *dar a la región del Caribe una cierta masa crítica muy necesaria*, para ponerla en el mapa de las regiones económicas del mundo; en perspectiva, capaz de colocarse como un actor económico global junto con la UE, ASEAN, OHADA, MERCOSUR.

Una organización regional y una *Lex Mercatoria* para el Caribe

6. Una organización regional que produzca leyes comerciales uniformes tendría ciertamente un impacto positivo en el desarrollo económico del Caribe. La diversidad de tradiciones políticas, institucionales, legales en la región hace muy poco probable la creación de una comunidad general, al estilo de la UE o de otro tipo de unión, por lo menos en un plazo medio-corto.

En este evento que nos reúne hoy, se han hecho sugerencias para tomar inspiración de la experiencia OHADA, basada en un modelo ideado y desarrollado para la realidad africana, que tiene lazos históricos y algunas semejanzas en cuanto a desarrollos económicos e históricos con la región del Caribe.

Esta organización tiene un alcance más limitado que, por ejemplo, la UE, estando solamente relacionada con el desarrollo de un cuerpo armonizado, o incluso unificado, de derechos mercantiles.

Por otra parte, es más eficiente pues produce promulgaciones legales directamente ejecutorias en los Estados miembros, con la abrogación automática de todas las leyes nacionales contrastantes, y con una corte supranacional que tiene jurisdicción de última instancia en la aplicación de promulgaciones comunes.

Diversos ambientes políticos o tradiciones legales, per se, no hacen tal organización imposible.

La OHADA, desarrollada originalmente en los estados del África Occidental francófona, marcha ahora con miras a incluir diversas jurisdicciones, de la herencia legal española y portuguesa; países del *common law* (además del Camerún – pays que incluye algunas provincias de *common law* en un marco general de *civil law* – que es parte de la Ohada desde el inicio) tales como Nigeria y Ghana, están observando el desarrollo de la Ohada muy de cerca y con interés. Incluso la tradición legal islámica se está percibiendo como una tradición legal de diálogo dentro de la Ohada, no sólo debido a las islas Comoro, también presentes en la Ohada desde el principio, sino también en relación a otros Estados miembros de la Ohada con una presencia islámica importante (Níger, Senegal, Malí), y a las posibles adhesiones futuras (¿Nigeria?).

Ello evidencia entonces que las tradiciones legales diferentes, per se, no hacen imposible la existencia de una organización de este tipo. La Ohada puede ser considerada ya un suceso

exitoso, especialmente considerando que es un modelo único desarrollado en la cambiante realidad de África, por y para africanos.

7. Una organización “OHADAC”, reproduciendo el modelo de la Ohada en el Caribe sería así un experimento legal-político-institucional muy interesante, y podría probar ser beneficioso para la economía regional. Es ciertamente una idea a ser elaborada, para decir lo menos.

Las muy diversificadas tradiciones legales en el Caribe podrían posiblemente hacer la legislación uniforme difícil en términos técnicos, con respecto a lo que ha sucedido hasta ahora en la relativamente homogénea Ohada. Los Actos legislativos substantivos dentro de una posible comunidad del Caribe podrían cubrir muchas áreas, pero no todas; y/o no lo suficientemente rápido y/o sin seguir el ritmo de la subsecuente realidad cambiante.

Para acelerar la integración legal regional en el área del derecho mercantil, las leyes duras de los Estados o de las organizaciones regionales deberían/podrían así ser complementadas por un cuerpo aceptado, si ha sido desarrollado, de leyes espontáneas uniformes (*soft law*, derecho consuetudinario, práctico, doctrinal).

Uno de los roles de una organización regional con la misión de promover armonía o uniformidad en el derecho mercantil regional, sería así también el de crear un marco de condiciones favorables al desarrollo de tal cuerpo regional de lex mercatoria espontánea.

Esto podría parecer en cierto sentido contradictorio con cualquier programa ambicioso de legislación uniforme. *En realidad, no lo es.*

Promover el desarrollo de prácticas uniformes espontáneas y de reglas consuetudinarias significaría promover el primer paso en el proceso, o el primer eslabón en la cadena, descrita previamente: derecho espontáneo/ADR/derecho doctrinal/legislación.

El papel de una organización regional como la descrita anteriormente, con respecto a los aspectos mencionados, podría ir más allá de la desempeñada hasta ahora por la Ohada en África - de ser apenas un mecanismo legislativo unificado; “Ohadac” podría también comprometerse en crear condiciones favorables para que el derecho espontáneo crezca uniformemente en la región.

Utilizo no accidentalmente el término “crecer”: los Estados y las organizaciones regionales, las instituciones y los estudiosos pueden todos aportar su contribución, como granjeros o como jardineros en un bosque; el resultado final sería el crecimiento de esencias y de árboles en un suelo que produciría naturalmente algo de todos modos. Las habilidades desarrolladas por estos jardineros serán fundamentales para la calidad, cantidad, homogeneidad del crecimiento de esos (casi) espontáneos productos.

¿Cómo crear esas condiciones favorables?

8. Una vía podría ser promover los factores históricos de desarrollo usuales de la *lex mercatoria*:

- *Práctica: Las Cámaras de Comercio y otras instituciones profesionales* son fundamentales para el desarrollo de esas comunidades en las cuales son desarrolladas las reglas más apropiadas para el sector económico relevante; los materiales legales rudimentarios vienen de aquí, antes de que estudios e investigaciones son conducidos por los estudiosos y mucho antes que la legislación dé los primeros pasos. Las organizaciones regionales de este tipo serían poderosos elementos de uniformización.

- *El arbitraje y los mecanismos e instituciones ADR* son circuitos fundamentales para dar fuerza a las reglas espontáneas de las comunidades de negocio: proporcionan un foro para su ejecución, convirtiéndose ellos mismos en fuentes de reglas aplicables al entorno comercial (sería una cuestión de preferencias o de visión personal considerar los orígenes de esas reglas

en una función cuasi-judicial o en el derecho consuetudinario subsecuentemente identificado y ejecutado por los árbitros).

- *Derecho doctrinal, científico*: las universidades, los centros de investigación y los institutos o esquemas de educación profesional (ej. becas y otras formas de financiamientos para estudiantes e investigadores) con enfoques específicos en políticas regionales, economía, legislación, derecho consuetudinario, comercio transnacional y ADR.

Esas tres fuerzas impulsoras tendrían que ser capaces de operar sinérgicamente, para maximizar los resultados: las técnicas de ADR enfocadas al derecho transnacional deben ser promovidas, estudiadas, practicadas; los laudos arbitrales deben ser recogidos y diseminados por las Cámaras de Comercio, instituciones arbitrales, universidades y otros centros de investigación. Los continuos flujos de información y *fora* para el intercambio de experiencias deben ser puestos en su lugar y/o mejorados.

El rol de una organización regional caribeña con respecto a las cuestiones mencionadas debe incluir la promoción activa, creación, patrocinio y financiamiento de las instituciones, organizaciones y actividades citadas. Si esto no es inmediatamente factible dentro del marco de una institución “OHADAC”, los Estados individuales del Caribe podrían no obstante comprometerse en llevar a cabo estas mismas actividades promocionales – deberían hacerlo de todos modos como parte de sus políticas de cooperación regional.

9. Otras vías para que una organización regional proporcione las condiciones favorables para el desarrollo de un cuerpo regional de derecho espontáneo, desde el, más usual, punto de vista institucional y legislativo, incluirían:

- *La cooperación regional estatal*: la cooperación interestatal en el campo económico, así como en las materias administrativa y judicial serían factores que favorecerían también el desarrollo de una comunidad económica regional más fuerte, que a su vez favorecería el desarrollo de su marco legal regional.

- *Leyes comerciales sustantivas uniformes o armonizadas*, por supuesto.

- *Legislaciones y acciones políticas de apoyo uniformes o armonizadas*: incluyendo otras formas de convenios interestatales y/o legislaciones estatales razonablemente armonizadas cuando una legislación regional unificada no sea posible o recomendable. No me estoy refiriendo aquí a leyes sustantivas en materias comerciales/económicas solamente, *sino también a aquellas promulgaciones legales capaces de apoyar el desarrollo espontáneo de un ambiente legal económico regional* – fomentando indirectamente actividades económicas y los elementos relacionados del crecimiento de una *lex mercatoria* ya identificados con el proceso de practica/ADR/académicos(/legisladores).

Legislación de apoyo:

10. Debe tomarse en cuenta, pienso, que los países caribeños deben no solamente convertirse en un bloque económico regional con leyes internamente consistentes, sino también convertirse en un sistema regional económico/legal que sea totalmente interactivo con el resto del mundo.

Algunos instrumentos comerciales globales básicos deben sin duda alguna convertirse en parte de la legislación de los países de la “OHADAC”, tales como la CISG, que cuenta hoy en día con más de 70 Estados miembros y regula algo como el 75% del comercio mundial de mercancías. La Convención de Nueva York de 1958 para el Reconocimiento y Ejecución de laudos arbitrales, actualmente con 145 Estados miembros, proporcionaría una herramienta poderosa para la ejecución de laudos arbitrales caribeños intra-regional y mundialmente.

Hablando de herramientas indirectas, los mecanismos regionales para la cooperación judicial, por ejemplo, también serían muy deseables (ej. facilitar la obtención de pruebas a través de las jurisdicciones).

Un sistema común de reglas de derecho internacional privado también mejoraría la dimensión sistémica del mosaico jurisdiccional del Caribe – ciertamente, la OEA y las conferencias de CIDIP produjeron un número de instrumentos útiles en ese respecto.⁴

De suma importancia, sería necesario con urgencia un marco jurídico regional eficiente para el arbitraje internacional.

Específicamente en el arbitraje

11. El sistema de arbitraje de la OHADA demuestra realmente cierta originalidad, y una actitud fuerte favorable hacia un arbitraje panafricano, percibido como un recurso valioso para los desarrollos comerciales.

Quiero precisar apenas algunas de sus características más destacadas:⁵

1) la existencia de una sola corte de última instancia (Corte Común de Justicia y Arbitraje - CCJA) para todas las jurisdicciones OHADA en materia comercial, y que también proporciona apoyo de última instancia al arbitraje en todos los casos OHADA según la ley uniforme de arbitraje de la OHADA; un desarrollo muy necesario sería por supuesto la creación de varias oficinas, secciones o paneles de esta corte, ahora con sede en Abidján, en otros países de OHADA además de Costa de Marfil, para acercar razonablemente la justicia OHADA a un número más amplio de usuarios potenciales.

2) la disposición de un exequátur CCJA llegando a una especie de *res iudicata* panafricano para laudos dictados en procedimientos arbitrales conducidos bajo auspicios de la CCJA (arbitraje CCJA), en la manera prevista en los artículos 30 (especialmente 30.2) y 31 de las reglas de arbitraje de la CCJA.

3) La capacidad del tribunal arbitral en un arbitraje CCJA de dictar medidas cautelares y provisionales, de darles categoría de laudo y exequátur panafricano inmediato (artículo 10.5 de las reglas de arbitraje CCJA) también potencia el arbitraje CCJA como una herramienta valiosa para los operadores comerciales transnacionales en África.

4) La sólida autoridad de supervisión de la CCJA se asemeja por muchas razones a las facultades dadas a la CIETAC china, probando cierto grado de compatibilidad en la filosofía fundamental del ADR en China y África (véase, ej. art. 1 de las reglas de arbitraje).

El sistema de supervisión unificado donde la CCJA es la entidad nominadora/confirmadora de los árbitros, quien examina el proyecto de laudo (artículos 2.2. y 23 de las Reglas de Arbitraje), y es también el juez de última instancia para determinar la validez del laudo hizo observar a un famoso estudioso⁶ que no se ha puesto en práctica un mecanismo completo de

⁴ El Art. 17 del instrumento CIDIP-V México 1994 sobre la ley aplicable a los contratos internacionales hace referencia expresa a las leyes estatales, como posibles leyes aplicables, no a sistemas de reglas no estatales. Esto es muy común en legislaciones en todo el mundo, y no afecta la capacidad de la *lex mercatoria* de operar en el marco de la mayoría de las leyes estatales, mediante la más o menos expresa y amplia latitud todas las leyes nacionales y supranacionales (ej. la CISG), así como la mayoría de las leyes, regulaciones y reglas de arbitraje, permiten los usos de comercio en las actividades comerciales internacionales.

⁵ Como ya he hecho en mi *A Non-Western Approach to law and ADR as a Resource for Sino-African Business Relations*, documento presentado en la conferencia Ohada-China 2007 celebrada en Macao, editado por S.MANCUSO, Macau, 2008, 239. Una reseña más completa de las características del arbitraje Ohada puede encontrarse en N.PILKINGTON – S.THOUVENOT, *Les innovations de l'Ohada en matière d'arbitrage*, en *Cahiers de droit de l'entreprise*, suplemento n. 5 a *La Semaine Juridique* n. 44 28 octubre 2004, pag. 28 y siguientes.

⁶ Philippe FOUCHARD, *Le système d'arbitrage de l'Ohada: le démarrage*, en *Petites Affiches*, 39, 13.10.2004 n.205, pags. 52-58, especialmente párrafos 14 y 15.

controles y equilibrios. De hecho, pienso que esta observación está bien fundamentada; pero ello no es necesariamente un problema. El concepto de “supervisión”, muy bien conocido en las organizaciones públicas chinas, en lugar que el concepto occidental de “controles y equilibrios”, es el que subyace en la base de este modelo⁷.

La “supervisión” es menos consumidora de recursos que el “control y equilibrio”, y más costo-eficaz, pues dos instancias separadas (una que administra el arbitraje y otra que proporciona el control jurisdiccional) costarían dos veces más y probablemente no proporcionarían en esta etapa, y en ese contexto, resultados mucho mejores. Además, las normas legales aplicadas estrictamente por las cortes municipales de las diferentes jurisdicciones africanas no garantizarían necesariamente una respuesta más uniforme y más justa del sistema a las necesidades de las comunidades comerciales relevantes.

En este contexto africano particular el sistema se ha ideado y se ha puesto en práctica de una manera capaz de proporcionar la eficacia, uniformidad y especialización razonables. La “supervisión”, en contraste con el modelo de “controles y equilibrios”, ya ha probado en China ser un modelo de desarrollo acertado para la organización de los poderes públicos (si es transitorio o no, queda por ver).

5) La posibilidad de los Estados soberanos de someterse al arbitraje y a la jurisdicción final de la CCJA (artículo 2 del Acto Uniforme de la OHADA) hacen que el recurso al arbitraje CCJA sea una oportunidad para las operaciones económicas que involucran a los gobiernos, las cuales no son poco frecuentes en los países en desarrollo.

12. En cuanto a modelos de arbitraje, la Ley Modelo de la UNCITRAL (1985, reformada en 2006) se está convirtiendo cada vez más en un modelo mundialmente apreciado, con su recepción en varias decenas de legislaciones nacionales.

Un análisis comparativo interesante debe hacerse aquí, entre la ley modelo de la UNCITRAL y el Acto Uniforme de Arbitraje OHADA (y las regulaciones OHADA relacionadas, también con fuerza legislativa).

El modelo de Uncitral tiene la enorme ventaja de proporcionar un régimen legal consistente con la convención de Nueva York, contribuyendo así al desarrollo de un sistema inconsútil mundial de leyes nacionales de arbitraje combinadas con el mundialmente aceptado instrumento de ejecución de la convención de Nueva York

El Acto de Arbitraje OHADA tiene otras características muy interesantes; *in primis*, mencionaría la posibilidad de una *res iudicata* regional y la ejecutabilidad del laudo; así como la posibilidad de obtener medidas cautelares inmediatamente ejecutables en una escala regional.

No veo por qué los dos modelos no podrían ser combinados, ofreciendo una ley substantiva de arbitraje que gire alrededor del modelo de Uncitral, especialmente sus artículos 34 y 36 (reflejando las disposiciones de la convención de Nueva York sobre las condiciones para anular el laudo o para rechazar su ejecución). Y también incluyendo un mecanismo al estilo OHADA para dar a los laudos ejecutabilidad regional. Combinando, así, una mayor ejecutabilidad regional con el mundo extra-regional – los países caribeños deben no sólo pensar en su mercado interno sino también, por supuesto, en su capacidad de conducir actividades económicas fuera del Caribe.

⁷ Ver Ignazio CASTELLUCCI, *Rule of Law with Chinese Characteristics*, en *13 Annual Survey of International and Comparative Law* (2007) 35, Capítulo II, ‘Ley Socialista’, y la bibliografía allí indicada.

Este aspecto de buscar mecanismos de ejecución similares a los de la Ohada podría ser en cambio bastante sensible – implicando la idea de un *ordre public* regional y de un laudo ejecutable automáticamente en jurisdicciones con entornos políticos bastante diferentes.

Una Corte Común regional, similar a la de la Ohada, podría ser el lugar donde el equilibrio entre diversos enfoques es alcanzado, como la última solución. La posibilidad subsistente de un control local basado en el modelo brindado por la Ley Modelo de UNCITRAL podría ser, si es necesario, una solución provisional para una ley regional sobre arbitraje - retrasando el emplazamiento de un mecanismo completo de ejecución de laudos similar al de la Ohada hasta el momento en que tal emplazamiento sería considerado apropiado por los Estados contratantes.

13. Muchos otros aspectos deben también ser considerados para el establecimiento de una ley regional de arbitraje internacional: ¿tendría una organización “Ohadac” un cuerpo de supervisión arbitral separado de la corte común de justicia (no así en la Ohada)? ¿Este cuerpo, si está separado de la corte, tendría aún una función de supervisión concediendo al laudo su status regional de *res iudicata*? ¿Esta institución necesitaría tener sedes en más de sólo una ciudad (como es ahora el caso de la CCJA de la Ohada, cuya única sede es Abidján)?

Más detalladamente: ¿debe la regla por defecto para la composición del tribunal basarse en un panel de tres personas, o en un único árbitro? Quizá no, considerando el menor tamaño de los países caribeños y la poca distancia entre ellos; apoyando la expectativa razonable de que los arbitrajes en la región “Ohadac” podrían involucrar, como promedio, transacciones mucho más pequeñas, incluso micro-transacciones. Sugiriendo así, una regla por defecto más rentable de un solo árbitro en lugar de un panel de tres.

Interlocutores muy distinguidos se han referido ya en este evento a la Ley Modelo de la Uncitral y al Acto de arbitraje de la Ohada, así que sobre este particular me detendré en este punto.

14. En reglas de procedimiento arbitral: un sistema de reglas del arbitraje también sería necesario dentro de un ambiente regional de arbitraje, teniendo una fuerza legislativa, como en la Ohada, o no.

Las reglas deben reflejar un modelo combinado que toma en cuenta todas las diversas tradiciones legales de la región, y las prácticas regionales e internacionales. Esto sería absolutamente necesario especialmente en la obtención de pruebas, donde son bien conocidas las diferencias entre las diversas tradiciones legales – y son cada vez más objeto de debate, estudio e investigación en el campo del arbitraje internacional.

Las reglas de arbitraje deben elaborarse siguiendo un riguroso escrutinio comparativo de la mayoría de las reglas de arbitraje presentes en las diversas jurisdicciones de la región; de las más comunes en la escena del arbitraje mundial tales como las reglas de UNCITRAL, de la AAA, de la CIETAC, de la LCIA etc.; y de otros cuerpos de reglas y de principios tales como los Principios UNIDROIT de Procedimiento Civil Transnacional, una consolidación doctrinal de principios que reflejan las mejores prácticas del arbitraje internacional.

Un modelo ADR – y una opción adicional

15. La diversa realidad de las regiones y países en desarrollo vis-à-vis las economías desarrolladas occidentales hace que un enfoque más comunitario sea preferible al enfoque individualista absoluto que puede ser identificado en leyes y prácticas noroccidentales relativas a contratos, arbitraje etc.

En una visión más comunitaria, un contrato es considerado como una relación perdurable, requiriendo la cooperación duradera de las partes, que actuarán siempre de buena fe y que persiguen un interés común.

La resolución de conflictos se convierte así en una manera de reexaminar/reajustar el mecanismo contractual cuando es necesario, una especie de proceso de mantenimiento de una relación perdurable en lugar de un proceso de enfrentamiento después que la relación ha terminado.

Diversos tipos de mecanismos ADR probarían ser útiles debido a la inclinación natural en estos ambientes a mantener la relación viva en lugar de terminarla – con beneficios generales para las economías de las respectivas comunidades de las partes; un modelo ciertamente más apropiado para un contexto en desarrollo.

La característica principal de un proceso de arbitraje comunitario es el hecho de que los árbitros bien pueden no ser neutrales con respecto a las partes y al conflicto.

Los árbitros en tal esquema pueden desempeñar un rol adjudicatorio donde el impacto de la decisión que toman en la comunidad – su dimensión política, podemos decir – también es tomada en cuenta.

16. Por supuesto, conciliadores/mediadores/árbitros serán independientes: esto significa que no dependerán de las partes. Sin embargo, en muchas tradiciones no occidentales, ej. en China imperial o en el Cuerno de África ⁸, la tradición se invierte a veces: las *partes dependen* en cierto sentido de los solucionadores de disputas, que no deben necesariamente ser imparciales/neutrales.

Una garantía importante para las partes en entornos occidentales modernos parece ser dada por la independencia requerida de los árbitros con relación a su parte nominadora. En diversos contextos como aquellos tradicionales la garantía para un resultado satisfactorio de los procedimientos está dada por *la autoridad o la influencia del árbitro sobre su parte nominadora* – con una visión, por supuesto, enfocada en el mantenimiento de la relación en lugar de su interrupción. La jerarquía de los árbitros en las comunidades de las partes y la confianza de que disfrutaban también proveen a los solucionadores de disputas de una percepción más amplia de las necesidades de ambas comunidades, poniendo el conflicto en una perspectiva más abierta.

17. Este modelo puede ser ampliamente aplicable, incluso hoy en día, en contextos en desarrollo, siempre que las corporaciones con grandes negocios o los gobiernos controlen entidades involucradas en empresas económicas mixtas.

Los solucionadores de disputas perfectos podrían ser en muchos casos los representantes de alto nivel de las corporaciones/gobiernos que controlan las partes involucradas en el litigio, representando el interés más amplio, a largo plazo de ambas comunidades. Este enfoque está transformando quizá el arbitraje en un producto más borroso, también similar a la mediación y/o la conciliación pero todavía caracterizado por algo del típico enfoque del adversario – comprendiendo aún un tercer árbitro, reglas y principios para el procedimiento y el fondo del asunto, un rol adjudicativo desempeñado por los solucionadores de disputas.

Es el llamado *proceso med/arb*, con actividades de mediación y conciliación que implican la revelación de hechos a los conciliadores seguido por el arbitraje, con los mismos

⁸ Ver mi artículo *World laws v. global law*, en el sitio de la Ohada www.ohada.org; este artículo es un desarrollo del texto presentado en la conferencia organizada en 2007 en Macao por el Club Ohada – China presidida por el Prof. Salvatore Mancuso, supra cit, pie de pág. 5.

conciliadores actuando como tribunal⁹ – por supuesto, un proceso reverso de adj/ med o de arb/med es también posible, pues está en la experiencia común de cada abogado: las partes en litigio muy a menudo sólo necesitan que un tercero decida algunos aspectos para ser capaces de encontrar inmediatamente después una solución general.

Con esta actitud, los árbitros no occidentales a menudo se involucran en actividades, totalmente aceptables, por ejemplo, para los asiáticos, que horrorizarían a los árbitros occidentales, o que al menos consideran con evidente inquietud – tal como las llamadas consultas *back to back*.¹⁰

La existencia de un arquetipo tradicional asiático detrás de estos procesos es demostrada por la importancia dada a los procesos de arbitraje y mediación anexos a la corte, con mecanismos significativos de med/adj, por así decirlo, en muchas jurisdicciones asiáticas, tales como las de China,¹¹ Corea del Sur¹² e India.¹³

Modelos legales apropiados y reglas que operan en este tipo de arbitraje serán percibidos instintivamente como más justos por las partes, en un contexto en desarrollo, en la Asia o en Africa o en el Caribe – áreas del mundo que han sufrido hasta ahora de alguna manera los rigores de los principios legales norte-occidentales, de sus reglas y de sus vías para solucionar conflictos, percibidos a menudo como inadecuados y básicamente injustos.

Una consecuencia sería probablemente un porcentaje más alto de adhesión espontánea a laudos arbitrales, y una menor cantidad de laudos no ejecutados, con respecto a los laudos dictados en procedimientos arbitrales conducidos según procedimientos más occidentalizados, por distantes y asépticos árbitros basados en Ginebra o Londres.

No tomaría mucho implementar tal modelo de ADR en un marco global de ejecutabilidad, a través de los mecanismos usuales de leyes nacionales y de instrumentos internacionales como la Convención de Nueva York o el Acto de Arbitraje de la OHADA. Bastaría obtener el consentimiento escrito recíproco de las partes en relación al tipo específico de proceso que tendrá lugar, así como de cada árbitro designado por cada parte a pesar de su previamente revelada falta de neutralidad, para evitar cualquier violación del debido proceso y de conformidad con las reglas aplicables de ejecutabilidad tal como aparecen en los artículos 34 y 36 de la Ley Modelo de Arbitraje de Uncitral – volviendo así las sucesivas recusaciones o aplicaciones para anular el laudo en casos inadmisibles de *venire contra factum proprium*.

18. Debe ser observado que también en el pensamiento legal occidental la necesidad de la imparcialidad de los árbitros no ha sido siempre un requisito. En evoluciones continentales durante los siglos XVIII y XIX, por ejemplo, muchos expresaron la opinión de que un padre

⁹ Una práctica también permitida por las leyes y regulaciones arbitrales asiáticas, si es conforme normalmente a un mandato o aprobación expresos de las partes. Ver M.PRYLES-M. J. MOSER, Introducción al volumen que editaron *The Asian Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*, JurisNet Publishing, 2007, pags. 13-14; en el mismo volumen también ver WANG WENYING, *The Role of Conciliation in Resolving Disputes: a PRC Perspective*, pag. 501, y S.A.HARPOLE, *The Role of the Third Party Neutral when Arbitration and Conciliation Procedures are Combined: a Comparative Survey of Asian Jurisdictions*, pag. 525.

¹⁰ Ver, ej., P.J.McCONNAUGHAY, *supra*.

¹¹ Ver WEI Ding, *The Reform of Grass Roots Tribunals and the Application of the Law in Rural China*, en *Perspectives Chinoises*, 61 (septiembre-octubre 2005).

¹² Ver Kwang-Taeck WOO, *Court-Annexed Mediation in Korea*, en T.E.Carbonneau-J.A.Jaeggi, *Handbook on International Arbitration*, Juris Publishing, 2006, de *the American Arbitration Association Handbooks series*, pag. 253 y siguientes.

¹³ Ver, ej., Niranjan J. BHATT, *Court Annexed Mediation*; documento presentado en el cuarto forum legal India-USA celebrado en la Corte Suprema de Estados Unidos el 15 de octubre, 2002.

podría arbitrar para un hijo e incluso viceversa, especialmente en presencia del consentimiento de las contrapartes.¹⁴ Un trabajo fundamental del derecho civil moderno como es *Les lois civiles dans leur ordre naturel* por J.Domat también enfatiza la naturaleza contractual del arbitraje¹⁵ y no indica ninguna condición impuesta a una persona sobre la independencia de esta de las partes para ser designado como árbitro –cuyos deberes pueden ser ejercidos por cualquier persona, excepto mujeres, menores de edad, personas incapacitadas.¹⁶

En 1942, el código italiano de procedimiento civil introdujo una opción entre dos clases de arbitraje; ambos se caracterizan por confiar la solución de un conflicto a árbitros designados por las partes y por una decisión final después de un proceso. Uno puede ser considerado más judicial, o cuasi-judicial en su naturaleza (*arbitrato rituale*), mientras que el otro consiste básicamente en un mecanismo contractual (*arbitrato irrituale*),¹⁷ trabajando en muchos aspectos según un esquema med/arb o arb/med.¹⁸ La reforma de 2006 del código civil italiano de procedimiento, aún dispone para el arbitraje contractual condiciones menos estrictas para ejercer el papel de árbitro, básicamente siguiendo el modelo de Domat¹⁹. En ambos casos, sin embargo, el enfoque de los abogados italianos hacia el arbitraje es, generalmente hablando, el de reconocer el potencial del arbitraje como una vía para encontrar soluciones tolerables para todas las partes involucradas, en lugar de usar el arbitraje como un mero sustituto al litigio en corte.²⁰

Incluso en la tradición norteamericana de arbitraje ha sido considerado común y aceptable hasta muy recientemente que un árbitro designado por una parte no sea neutral.²¹

Solamente en la segunda mitad del siglo XX el ideal de neutralidad absoluta, de imparcialidad, de independencia de los árbitros llegó a ser realmente importante en el mundo

¹⁴ G.ALPA, Capítulo *Arbitrati*, en *La parte generale del diritto civile*, vol.2, *Il diritto soggettivo*, en Rodolfo SACCO (ed.) *Trattato di diritto civile*, UTET, Torino, 2001, pag. 228; este autor enfatiza la naturaleza fundamentalmente contractual del arbitraje.

¹⁵ De la introducción del *Livre I, Titre XIV, Des Compromis*: « *L'autorité des sentences arbitrales a son fondement dans la volonté de ceux qui ont nommé les arbitres. Car c'est cette volonté qui engage ceux qui compromettent à exécuter ce qui sera arbitré par les personnes qu'ils ont choisis pur être leur juges* ».

¹⁶ ID., mismo *titre*, sección 2, subsección VII.

¹⁷ La naturaleza diferente conlleva un nivel diferente de ejecutabilidad, similar a una decisión de corte en el primer caso, más similar a un contrato en el último. Por otra parte, es muy debatida la aplicabilidad de la Convención de Nueva York en decisiones del último tipo. Se debería pasar por el *arbitrato rituale*, para asegurar una decisión internacionalmente ejecutoria; sin embargo, la revelación total de todo hecho o circunstancia de los árbitros seleccionados por las partes y el total consentimiento escrito de las partes permitiría aún implementar el enfoque sugerido.

¹⁸ R.M.MORRESI, *Should We Revisit and Revise the Prevalent U.S. View of Med-Arb (and Arb-Med) as ADR Stepchildren in Light of Their Extensive Use in China, Italy, and Other European Countries?*, documento presentado en el *Currents International Med-Arb Program* Seattle 5 de abril, 2008.

¹⁹ C.P.C. italiano, artículo 808-ter.

²⁰ Mi opinión está, por supuesto, basada en mi experiencia dentro de la comunidad legal italiana; también *ver* Alpa, *supra*, y Morresi, *supra*.

²¹ El Código de Ética AAA/ABA de 1977 incluyó una presunción de no-neutralidad para los árbitros nombrados por las partes. Sólo en el 2004 esta presunción fue revertida con el Código de Ética revisado Canon IX.A. Sin embargo, una postura no-neutral de los árbitros nombrados por las partes es aún permitida, si es revelada y acordada por las partes; esto es lo que el Código AAA llama “árbitros Canon X”, les es permitido dispensar sus deberes conforme a la regla ética específica estipulada en el décimo canon del Código. Estas reglas éticas les permiten estar “predispuestos” hacia la parte que los designó, y tener comunicaciones con esta parte, conforme a una obligación de “buena fe, integridad y equidad”.

occidental y en el comercio global, llevando consigo el carácter sensible de este aspecto al arbitraje internacional moderno - y a las florecientes detalladas reglas y pautas éticas relacionadas con el arbitraje.

La idea global parece ser que el arbitraje es un sustituto conveniente del litigio en corte: un proceso para litigar alternativo a la corte, más que una manera alternativa de solucionar un conflicto.

Se podría incluso considerar que una economía global muy desarrollada dicta, quizás, este tipo de enfoque. Precisamente por esta razón, sin embargo, el mundo en desarrollo encontraría más apropiado y más cómodo un enfoque “menos moderno”, diferente, para decirlo de alguna forma; un enfoque que perteneció también al mundo occidental hasta hace muy poco tiempo.

19. Este modelo particular de ADR se ajustaría perfectamente a los casos de disputas entre entidades de negocios controladas por holdings o por gobiernos: los dos árbitros designados por las partes podrían bien ser nombrados por tales holdings o por los gobiernos, y podrían ciertamente poner el conflicto en una perspectiva más amplia, haciendo un esfuerzo de med/arb dirigido a obtener la mejor solución en términos de política de cooperación, considerando el cuadro más amplio del interés de los respectivos grupos económicos de las partes – o de las comunidades políticas, en el caso de las empresas de propiedad pública (como sería el caso, por ejemplo, de un arbitraje entre las compañías públicas de Cuba y Venezuela)

Un posible mecanismo futuro de arbitraje “Ohadac” no debe impedir que las partes acuerden un proceso de resolución de conflicto de tipo med/arb, incluso con resolutores no neutrales, proveyendo a los laudos u ordenes obtenidas en este tipo de proceso con la misma ejecutabilidad que a los laudos arbitrales “regulares”. La regla de la Ohadac sobre la independencia de los árbitros debería, entonces, ser elaborada para incluir la flexibilidad relacionada con lo que acabo de señalar.

Esto no ha sido hecho quizás con el Acto de Arbitraje de la Ohada: el Acto prevé de hecho ambos la independencia e imparcialidad de los árbitros (artículo 6); mientras que las Reglas de Arbitraje CCJA sólo prevén la “independencia” de los árbitros (artículo 4.1): estas reglas debieron haber sido mejor elaboradas y coordinadas.

Los posibles problemas se pueden prevenir, de todas formas, con el reconocimiento y la aceptación de las partes, según el artículo 7.2 de las Reglas: según lo discutido anteriormente, no debe haber ningún problema relacionado con la legalidad del proceso y las partes no deben tener tampoco problemas en aceptar la selección del otro, si ambos árbitros por ellas designados son elegidos con un enfoque tradicional, según lo discutido con anterioridad.

El éxito de tal arbitraje y la equidad/aceptabilidad de los resultados por supuesto recaerían mucho en la autoridad de la que gozan los árbitros sobre las partes así como en su integridad y en su sentido de la importancia de su función, animándoles a que trabajen en el mejor interés de las partes más que actuar como meros defensores de sus respectivas partes nominadoras dentro del tribunal.

En contratos

20. Por supuesto un acto uniforme sobre derecho contractual sería también muy apreciado. En el caso de la Ohada esto ha probado ser un asunto difícil, hasta el momento. Una primera tentativa ha tenido lugar tomando como modelo los Principios UNIDROIT. Ahora la idea parece haber sido reconsiderada, a favor de una concepción más francesa. La influencia del modelo francés en la mayoría de los países de la Ohada puede tener algo que ver con esa situación de estancamiento. A ello se suma el hecho de no ser fácil, en términos muy generales, unificar el derecho contractual de tan diversos y distantes lugares.

Es razonable pensar que en la región del Caribe, con sus muy diversas tradiciones legales, no puede identificarse la influencia de un solo modelo nacional que prevalezca, y que producir un acto uniforme sería un proceso extremadamente largo, incluso más largo que el de la Ohada.

Sin embargo, los Principios Unidroit podrían ser un instrumento de ley suave muy útil e inmediatamente disponible para las necesidades de la comunidad de mercaderes y de una incipiente organización regional. Ellos han sido desarrollados teniendo en cuenta muchas y muy diferentes tradiciones legales, por un grupo de trabajo de estudiosos de todos los continentes (incluyendo China, África, Europa del Este, Latinoamérica), y del *common law*, del derecho continental, así como de tradiciones legales socialistas.

Estos principios proporcionan un instrumento de *soft law* bien conocido, siendo considerados por muchos en las comunidades académicas internacionales como la expresión más reciente de la *lex mercatoria* transnacional, y utilizados cada vez más en las prácticas internacionales, no solo en países occidentales. Han sido uno de los instrumentos más influyente en la elaboración de la ley de contratos china de 1998, y su uso en la práctica internacional en entornos no occidentales es testificado por laudos arbitrales y decisiones de cortes basadas en ellos, dictadas en países como Belarús o la Federación Rusa.²²

Los Principios Unidroit permiten una amplia cobertura para los usos comerciales, que incluyen usos locales, e implican la posibilidad de desarrollar ramificaciones localizadas de ellos, o de desarrollar más cuerpos interactuantes de *lex mercatoria* específica para regiones o para sectores (que podrían ser un día consolidados en “códigos suaves” específicos de letra impresa, o no), basados en las realidades legales locales incluyendo las leyes consuetudinarias.

En especificidades regionales que afectan el posible desarrollo de un entorno legal regional

Puedo pensar en al menos dos áreas donde las especificidades locales pueden producir desarrollos considerables de una ley suave regional usada para transacciones económicas:

21. La primera: la presencia de países importantes en la región del Caribe con un sistema político socialista garantiza una atención especial a la dimensión del derecho público en un contrato comercial.

Esto ocurre cuando al menos una de las partes es un gobierno de un país socialista, o es propiedad de un gobierno, o no obstante pertenece a él.

No estoy discutiendo aquí ningún aspecto relacionado con inversiones o con el arbitraje CIADI, el cual trabaja también dentro de un marco de reglas internacionales o conceptos, principios y reglas transnacionales de una gran variedad en orígenes y naturalezas (algunos de ellos, sin dudas, siendo parte de la *lex mercatoria*).

Quiero señalar el hecho de que las actividades comerciales pueden ser llevadas a cabo por entidades comerciales de propiedad pública, y aún esta naturaleza especial de esas entidades podría ser capaz de afectar al contrato (ej. en un contrato entre dos entidades comerciales propiedad del gobierno de Cuba y de Venezuela, o entre una de estas y, por ejemplo, una perteneciente al gobierno chino).

Por ejemplo, según la ley de contratos china de 1998, el derecho administrativo puede imponer restricciones a la operación del derecho contractual en algunos casos, afectando la *validez* del acuerdo.

²² Casos reportados (en su texto íntegro original y con un resumen en inglés) en UNILEX, una base de datos editada por M.J.BONELL y A.VENEZIANO, fundada por el primero, que reúne y pone en línea de forma gratis los casos de todo el mundo relacionados con la CISG y los Principios UNIDROIT (www.unilex.info).

Debe también ser considerado que la naturaleza semipública de por lo menos una de las dos partes en un contrato comercial “normal” – manteniendo así la transacción fuera del marco proporcionado por la convención de Washington de 1965 y del CIADI – puede afectar la *interpretación* del acuerdo y de los documentos relacionados, así como el comportamiento de las partes.

El propio *comportamiento* de las partes en el proceso de DR, y el proceso de *obtención de pruebas* en el mismo puede ser afectado por la naturaleza de las partes.

Para los contratos comerciales internacionales, sin embargo, los Principios generales de UNIDROIT no ofrecen ningún capítulo, ni reglas, sobre como ocuparse de tales partes contractuales.

La región del Caribe tiene actores comerciales importantes con sistemas económicos y políticos que podrían hacer deseable el desarrollo de reglas específicas (¿regionales?) para negocios público-privados; o por lo menos un marco común de términos de referencia podría ser desarrollado en el Caribe de la práctica, del arbitraje, de la cooperación gubernamental etc., según lo discutido arriba, para mejorar el entorno legal incluso sin ninguna legislación dura regional.

22. La segunda característica regional específica es la propia geografía de la región del Caribe, con muchas jurisdicciones insulares pequeñas bastante cerca unas de otras. Ello crea un ambiente comercial muy específico, con una importancia comparativamente menor de la logística del tipo global para el transporte de mercancías. El comercio intrarregional en el Caribe está menos relacionado con los grandes ejes logísticos, las compañías de embarque globales y los portacontenedores trasatlánticos; y más relacionado con medios más pequeños de transporte marítimo, operados a menudo por empresas pequeñas o por el mismo proveedor de las mercancías que transportan su producto de una isla a otra – a pesar del hecho de que el transporte marítimo de mercancías y/o las otras transacciones de este género siguen siendo internacionales.

Esta especificidad por una parte garantizaría reglas específicas para el derecho marítimo regional, el transporte de mercancías, las ventas de las mercancías transportadas etc.; por otra parte este es probablemente un ambiente favorable para el desarrollo de un derecho consuetudinario específico que podría ser el punto de partida para el proceso ya mencionado de usos/ADR/investigación/legislación; o simplemente terminar con una *law merchant* más refinada y desarrollada específica para áreas y sectores. Estas prácticas quizás ya existen. Esta realidad debe ser observada, y los usos identificados.

23. En general, reunir los usos comerciales sería una actividad favorable al desarrollo de la uniformidad legal regional; podría llevarse a cabo por las Cámaras de Comercio y otras instituciones, y ser promovida por gobiernos y organizaciones regionales tales como una “Ohadac” caribeña, para impulsar el proceso practica/ADR/investigación/legislación: la consolidación o reafirmación regional de reglas podría seguir, y quizás también algún instrumento legislativo en letra impresa, hacia áreas seleccionadas de las prácticas económicas regionales.

Conclusiones:

24. El desarrollo de la *lex mercatoria*, ya sea local, regional o global, no es algo que puede ser decidido a nivel gubernamental, o por legislaciones. *Simplemente ocurre de forma espontánea.*

Lo que los gobiernos, los legisladores, pueden hacer es decidir, o no, proporcionar un marco apropiado de condiciones, de forma tal que este cuerpo de ley espontáneo pueda emerger

fácilmente, y desarrollarse relativamente fuerte – y en una etapa subsecuente quizás decidir intervenir, ajustando y estabilizando algunos de estos productos a través de la legislación. Por otra parte, cuando la uniformización legislativa o armonización del derecho parece imposible o muy difícil, el desarrollo espontáneo de la *lex mercatoria* puede volverlo factible, después de algún tiempo, debido al empuje de las fuerzas económicas hacia la uniformización del comportamiento.

El punto es determinar si este es un fenómeno deseado o no – la historia demuestra, pienso, que este fenómeno es positivo, al generar desarrollos y ser capaz de interactuar con sistemas de ley “más duros”.

25. La legislación facilita el comercio mundial. Incluir el derecho internacional privado, mecanismos de ADR e instrumentos de cooperación judicial, ayudará al desarrollo de una *lex mercatoria*.

Las asociaciones profesionales, instituciones de investigación, instituciones de educación, ambas privadas y públicas, pueden jugar un papel de estímulo en este proceso.

Los gobiernos y las organizaciones regionales tales como una posible “Ohadac” caribeña pueden tener un rol crítico en la promoción de todos estos procesos.

26. Una *lex mercatoria* regional no es solo posible, en el Caribe como en cualquier entorno de negocios homogéneo; es además probable que ya exista – al menos con poca intensidad – emergiendo de la interacción de todas las tradiciones legales presentes en la región con las leyes caribeñas consuetudinarias y las prácticas comerciales.

Necesita solamente ser identificada y ser desarrollada; y ser interconectada eficientemente con el resto de las herramientas estatales, regionales, globales de ley suave y dura. No es necesario imaginar un ambiente completamente diferente, de prácticas regionales absolutamente distantes de cualquier cosa que conocemos, que una vez “descubierto” sorprenderá al mundo y producirá un entorno legal regional totalmente nuevo e inesperado.

Las prácticas caribeñas serán probablemente prácticas, como en cualquier otra parte, específicas de la región pero ciertamente no exotéricas. Parecerán probablemente razonables en las circunstancias, simplemente como todas las prácticas comerciales en todos los ambientes específicos.

Su proceso de investigación-identificación sería sin dudas, al menos, un buen ejercicio para abogados y legisladores locales, para comprender mejor su realidad regional. O, quizás, las comunidades caribeñas se beneficiarían eventualmente de herramientas legales más apropiadas para ellas, reflejando sus necesidades, tradiciones y visiones de la economía y de la vida; con miras a un desarrollo de sus diversas comunidades nacionales más humano, justo y equitativo.

27. Esto significa que nosotros, como comunidad de estudiosos interesados en estos tópicos, tenemos que estudiar más.

Necesitaremos investigar y observar la realidad más cuidadosamente, y estudiar con un enfoque sistemático un mayor número de áreas de derecho suave y duro: consuetudinario, doctrinal, nacional, supranacional; leyes comerciales, procesales, privadas internacionales, públicas internacionales, de arbitraje. Las leyes administrativas pueden caer en este cuadro también, especialmente cuando actores de países socialistas, o entidades gubernamentales, se involucran en actividades económicas.

Un enfoque de derecho comparado parece ser una herramienta necesaria, por supuesto no por si misma suficiente, para hacer frente al desafío que se nos presenta.

Muchas gracias.