

CONTRIBUCIÓN DEL ÁRBITRO A LA AUTORREGULACIÓN Y UNIFICACIÓN DEL DERECHO DE LOS CONTRATOS DEL COMERCIO INTERNACIONAL

Alfredo DE JESÚS O **

Investigador Asociado del Centro de Investigaciones Jurídicas
Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela)

SUMARIO: I. Introducción. II. El árbitro y la autorregulación del Derecho de los contratos comerciales internacionales. 1. El árbitro como un órgano del orden jurídico contractual. 2. El árbitro como un órgano del orden jurídico transnacional. III. El árbitro y la unificación del Derecho de los contratos comerciales internacionales. 1. Métodos de decisión del árbitro como un factor de unificación. 2. Funciones de la decisión del árbitro como un factor de unificación. IV. Conclusión.

RESUMEN: *La globalización de la economía ha promovido el surgimiento de un Derecho transnacional de los contratos del comercio internacional. Ese Derecho transnacional, producto en gran parte de la autorregulación de los operadores del comercio internacional, tiende a la unidad y a la universalidad. En este trabajo exponemos las teorías jurídicas sobre las cuales reposa la contribución del árbitro del comercio internacional al fenómeno de autorregulación y unificación de ese Derecho transnacional emergente de los contratos.*

PALABRAS CLAVE: ARBITRAJE INTERNACIONAL — *LEX MERCATORIA* — AUTONOMÍA.

ABSTRACT: *The globalization of the economy has encouraged the emergence of a transnational law of international commercial contracts. This transnational law, mainly a product of self-regulation by international businessmen, moves towards its unity and universality. In this paper we describe the legal theories on which relies the contribution of international commercial arbitrators in the phenomenon of self-regulation and unification of this emerging transnational contract law.*

KEYWORDS: INTERNATIONAL ARBITRATION – *LEX MERCATORIA* – AUTONOMY.

** Profesor Invitado en el Master de Arbitraje y Comercio Internacional de la *Universidad de Versailles* y en el Master de Derecho de los Negocios Internacionales de la *Universidad Complutense de Madrid*. Abogado *cum laude* e Investigador Asociado del *Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello*. Master (DEA) de Derecho Privado General y Doctorando de la *Université Panthéon Assas – Paris II*. Master (DEA) de Derecho Comercial y Económico de la *Université Panthéon Sorbonne – Paris I*. Secretario General Adjunto del *Comité Venezolano de Arbitraje*. Secretario General de la *Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains*. adejesuso@cvarbitraje.com

I. Introducción

1. La presentación de una comunicación sobre el papel del árbitro del comercio internacional en el marco de un seminario dedicado a la “Autorregulación y Unificación del Derecho de los contratos Internacionales”, pudiera resultar algo paradójica en los tiempos actuales. Si bien la noción de autorregulación, muy cercana a la de autonomía, se encuentra íntimamente ligada a la realidad actual del Derecho del comercio internacional¹ y su sistema de solución de controversias², el contexto político y económico actual pareciera ejercer una fuerte presión sobre la idea de autorregulación. Por un lado, la actual crisis financiera atribuida principalmente a los descalabros producidos en espacios económicos no regulados o poco regulados para algunos, mal regulados para otros, ha generado una importante reacción política que pareciera anunciar una exacerbación de la regulación estatal tan profunda que tendría el potencial de refundar el capitalismo moderno³. Por el otro, en el marco del proceso de comunitarización del Derecho internacional, el Parlamento Europeo ha promulgado recientemente el Reglamento europeo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)⁴, que, en términos generales, no hace sino retomar los antiguos conceptos e ideas detrás de la Convención de Roma que limitan la autonomía de las partes a la escogencia de un Derecho estatal como Derecho aplicable a los contratos internacionales.

Así pues el contexto que rodea la celebración de este seminario, marcado por estos dos acontecimientos, por un lado, la reacción anti-autorregulación como consecuencia de la crisis financiera y, por el otro, la falta de aprovechamiento de la oportunidad para establecer en el marco del Derecho conflictual europeo la posibilidad de las partes de escoger un Derecho no estatal como Derecho aplicable a su contrato internacional, permite hacer al menos un par de lecturas diferentes sobre los fines de esta convocatoria. Una primera lectura podría sugerir que los organizadores, al hacer uso de la palabra “autorregulación”, inscriben el seminario en una línea contraria a las aparentes reivindicaciones regulatorias del momento y que al utilizar de la palabra “unificación”

¹ Ph. Fouchard, “La conception d’une nouvelle discipline”, *L’actualité de la pensée de Berthold Goldman, Droit commercial, international et européen*, París, Editions Panthéon Assas, 2004, p. 21; J.B. Racine y F. Siiriainen, *Droit du commerce international*, París, Dalloz, 2007, p. 58; O. Cachard, *Droit du commerce international*, París, LGDJ, 2008, p. 3; J.M. Jacquet, Ph. Delebecque y S. Corneloup, *Droit du commerce international*, París, Dalloz, 2007, p. 57; J.C. Fernández Rozas, R. Arenas García y P.A. de Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales*, 2ª ed., Madrid, Iustel, 2008, p. 52.

² J.C. Fernández Rozas, “El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización”, *REDI*, vol VII, 2005, p. 605; E. Gaillard, “Souveraineté et autonomie: réflexions sur les représentations de l’arbitrage international”, *Journ. dr. int.*, 2007, p. 1163; Th. Clay, *L’arbitre*, París, Dalloz, 2001; J.B. Racine, “Réflexions sur l’autonomie de l’arbitrage commercial international”, *Rev. arb.*, 2005, p. 305.

³ En su discurso del mes de febrero, en el marco del Congreso Internacional “Nuevo Mundo, Nuevo Capitalismo” organizado en París, el presidente de Francia, Nicolas Sarkozy, hablaba de la refundación del capitalismo moderno, de la creación del “Capitalismo del Siglo XXI”, a través, entre otras cosas, de la vuelta del Estado al mercado.

⁴ Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

lo ubican dentro de una lógica de unificación del Derecho europeo del conflicto de leyes en materia de contratos internacionales. Pero también, de una segunda lectura, se podría inferir que el seminario tiene, dentro de otros objetivos, la detección de aquellos espacios de autorregulación contractual autorizados por ese Derecho conflictual unificado propuesto en el RR I⁵. Estas interpretaciones, si bien resultan sumamente interesantes y han sido desarrolladas de manera brillante por los expositores que nos han precedido, no se adaptan a la realidad del Derecho de los contratos del comercio internacional ni integran la perspectiva del árbitro del comercio internacional.

2. Las nociones de “autorregulación” y “unificación” del Derecho de los contratos internacionales tienen una connotación distinta y mucho más profunda cuando se analizan desde la perspectiva del Derecho del comercio internacional y del arbitraje comercial internacional. Por un lado, la noción de autorregulación en materia de contratos comerciales internacionales puede tener significados muy distintos y muy precisos dependiendo de la concepción filosófica e ideológica que retengamos sobre el Derecho del comercio internacional y la función del árbitro, el juez natural del comercio internacional, en ese proceso de autorregulación. Por el otro, porque desde un punto de vista técnico, el árbitro del comercio internacional, al encontrarse al margen de la regulación propuesta por el RR I⁶, pareciera presentarse como un espacio propicio para la autorregulación de los contratos comerciales internacionales llevando la idea de unificación del Derecho de los contratos internacionales a dimensiones más acordes con los intereses y necesidades del comercio internacional.

La palabra autorregulación tiene un significado específico. Autorregularse significa, según el diccionario de uso común, “regularse por sí mismo”⁷. Ahora bien, por una necesidad de coherencia, al hablar de autorregulación del Derecho de los contratos comerciales internacionales resulta necesario identificar el sujeto de esa autorregulación, es decir, identificar el sujeto que se regula por sí mismo y, en el caso concreto, el sujeto que regula por sí mismo el Derecho de los contratos comerciales internacionales. Una aproximación general de esta labor de identificación nos lleva a afirmar que esos sujetos que se regulan por sí mismos son simplemente los operadores del comercio internacional. Sin embargo, a nuestros efectos, resulta necesario hacer una precisión sobre lo que debe entenderse por la expresión “operadores del comercio internacional”. En este sentido, consideramos conveniente distinguir entre los operadores del comercio internacional concebidos en sentido estricto, como partes de un contrato comercial internacional, de los operadores del comercio internacional concebidos en sentido amplio, como miembros de una comunidad o sociedad internacional de co-

⁵ S. Corneloup, “La loi applicable aux obligations contractuelles. Transformation de la Convention de Rome en règlement communautaire Rome I”, *La Semaine Juridique* – Edition Générale, n° 44, París, 2008, p. 21; S. Bollée y S. Lemaire (dirs.), “Le règlement n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit Rome I”, *Recueil Dalloz*, n° 31, París, 2008, p. 2155.

⁶ F. Marella, “Les nouveautés du Règlement européen (Rome I) relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles”, *Bull. de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, vol 19, n° 1, París, 2008, p. 91.

⁷ Voz “Autorregularse”, *Diccionario de la Real Academia Española*.

merciantes. La diferencia fundamental radica en el hecho de que la labor de autorregulación del Derecho de los contratos comerciales internacionales tendrá unas implicaciones muy distintas dependiendo del sujeto que tomemos en consideración como autor de la autorregulación.

3. Si nos referimos a los operadores del comercio internacional en *sentido estricto*, es decir, como las partes de un contrato comercial internacional, la idea de autorregulación puede asimilarse al contenido y los efectos jurídicos provenientes de la relación contractual que los vincula. Bajo esta concepción, los operadores del comercio internacional se autorregularían en la medida en que ellos mismos serían los autores de las normas que regulan su relación contractual. Esa autorregulación contractual no sería sino una expresión del principio de la fuerza obligatoria del contrato y una representación normativista del fenómeno contractual. En todo caso, si queremos ir un poco más allá, podríamos incluso afirmar que las partes de un contrato comercial internacional, crean a través de ese contrato un *orden jurídico contractual* autónomo en el que el árbitro del comercio internacional juega un papel primordial.

Por el contrario, si nos referimos a los operadores del comercio internacional en *sentido amplio*, es decir, no como las partes de un contrato comercial internacional, sino como los miembros de una comunidad o sociedad de operadores del comercio internacional, la autorregulación proveniente de esa comunidad tendrá necesariamente otras connotaciones. Bajo esta óptica, que se encuentra claramente dentro de la línea de la *lex mercatoria* de la Escuela de Dijon, la sociedad internacional de comerciantes sería una forma de organización o institución social que, creando sus propias normas de Derecho a través de un fenómeno de Derecho espontáneo, conforma un *orden jurídico transnacional* autónomo frente al orden jurídico estatal (nacional) o interestatal (internacional), en el cual el árbitro del comercio internacional cumple una función esencial. En todo caso, bien sea que el fenómeno de la autorregulación del Derecho de los contratos del comercio internacional sea apreciado en un sentido estricto, en el que cada contrato crea un orden jurídico contractual o, en un sentido amplio, en el que cada contrato se encuentra dentro del orden jurídico transnacional de la *lex mercatoria*, podemos afirmar que en ambas hipótesis nos encontramos ante espacios de autorregulación. En este sentido, podemos hablar de autorregulación del Derecho de los contratos comerciales internacionales porque la regulación no proviene de una fuente extraña a los propios operadores del comercio internacional. El fenómeno se presenta totalmente al margen de la actividad normativa del Estado.

4. Durante mucho tiempo, el fenómeno jurídico y, en particular la teoría de las fuentes de Derecho, ha sido explicado preponderantemente a través del modelo kelseniano del positivismo estatal⁸. Bajo esta visión, la doctrina de las fuentes del Derecho ha estado dominada por una representación del positivismo jurídico según la cual toda

⁸ B. Oppetit, "La notion de source du droit et le droit du commerce international", *Archives de philosophie du droit* ("Sources" du droit), t. 27, 1982, p. 43.

norma jurídica tiene que tener un origen estatal⁹. El reconocimiento de la existencia una pluralidad de órdenes jurídicos, nacionales, internacionales, anacionales y de fuentes de Derecho responde a otra representación filosófica del Derecho: el pluralismo jurídico. El formalismo jurídico de Kelsen, no es la única expresión del Derecho ni del positivismo jurídico¹⁰, quizás ni siquiera sea la que mejor represente lo que se entiende por “positivismo jurídico”¹¹. No falta incluso quien señale que la dogmática kelseniana es el “más estéril intento formalista de lidiar con los problemas de Derecho”¹².

Es recurrente que los desarrollos teóricos con fundamento en el pluralismo jurídico sean atacados por algunos “positivistas” por responder supuestamente a una concepción esencialmente iusnaturalista del Derecho. Sin embargo, ante estos argumentos conviene siempre indagar sobre lo que los diferentes autores entienden por positivismo jurídico y por iusnaturalismo y analizar si verdaderamente el pluralismo jurídico puede o debe encuadrarse necesariamente en una u otra de estas corrientes del pensamiento jurídico. Con toda seguridad, el efecto de la globalización en la evolución del Derecho del comercio internacional hace que esta rama del Derecho constituya uno de los campos intelectuales más fértiles para fomentar la necesaria ruptura con el paradigma del formalismo kelseniano y promover la adopción de otras visiones más modernas no sólo sobre el fenómeno jurídico sino sobre lo que debe entenderse por positivismo jurídico. Quizás sea el Derecho del comercio internacional el terreno más favorable para desplazar la idea del Derecho como un orden normativo de coacción para considerarlo como un sistema de racionalización de relaciones sociales¹³, sustituyendo la idea de la pirámide por la idea de una red¹⁴ en la que se encuentran conectados todos los órdenes jurídicos y la diversidad de las fuentes del Derecho.

5. Por otro lado, hablar de unificación del Derecho de los contratos comerciales internacionales en el marco de un proceso de autorregulación al margen de la actividad regulatoria del Estado plantea cuestiones sumamente interesantes, bien sea que los sujetos que se autorregulan, los operadores del comercio internacional, sean considerados en sentido estricto o amplio. Considerados en sentido estricto, como partes de un contrato comercial internacional, los operadores del comercio internacional contribuyen a la unificación del Derecho de los contratos comerciales internacionales princi-

⁹ Ph. Kahn, “La lex mercatoria et son destin”, *L'actualité de la pensée de Berthold Goldman*, op. cit., p. 25.

¹⁰ Según G. Carrió, el “positivismo” de Kelsen encuadra bien dentro de lo que N. Bobbio ha llamado el positivismo jurídico como teoría, y que se distinguiría del positivismo jurídico como enfoque metodológico o como ideología. G.R. Carrió, “Dworkin y el Positivismo Jurídico”, en *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 4ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, p. 370.

¹¹ Sobre la noción de positivismo jurídico, vid. N. Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, p. 37; N. Bobbio, *Essais de théorie du droit*, París, LGDJ, 1998, p. 23; G.R. Carrió, loc. cit., p. 324.

¹² *Ibid.*, p. 370.

¹³ M. Virally, “Un tiers droit? Réflexions théoriques”, *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à Berthold Goldman*, París, Litec, 1982, p. 374.

¹⁴ F. Ost y M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une dialectique du droit*, Bruselas, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002; J.B. Racine, “Réflexions sur l'autonomie...”, loc. cit., p. 341; E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Académie de droit international de la Haye, Les livres de poche, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 65.

palmente a través de sus prácticas contractuales. Las prácticas contractuales son testimonios vivos de los intereses y necesidades de los operadores del comercio internacional que, en una economía globalizada, tienden a generalizarse y convertirse en modelos y fuente de inspiración para la redacción de los contratos comerciales internacionales por otros operadores y para la elaboración de los grandes principios del Derecho transnacional de los contratos. Esas prácticas contractuales se encuentran al origen de las reglas modelizadas (contratos tipos, cláusulas estandarizadas, guías de contratación, etc), los usos y los principios generales del comercio internacional¹⁵.

Considerados en un sentido amplio, como miembros de una comunidad internacional de comerciantes, los operadores del comercio internacional contribuyen a la unificación del Derecho del comercio internacional, no sólo a través de las normas jurídicas que crean de forma espontánea a través de las prácticas contractuales sino también a través de la identificación y aceptación de las normas jurídicas provenientes de otros órdenes jurídicos que cumplen con la condición de adecuarse a las necesidades e intereses del comercio internacional. La unificación del Derecho de los contratos del comercio internacional se produce pues a través de la configuración de un verdadero Derecho contractual transnacional fundamentado en las reglas materiales internacionales¹⁶ o en las reglas transnacionales¹⁷, según la nomenclatura y la posición filosófica que retenemos sobre el Derecho del comercio internacional.

Dicho esto, trataremos primero el tema de la contribución del árbitro a la autorregulación del Derecho de los contratos comerciales internacionales (II), para luego pronunciarnos sobre el papel que juega en la unificación de ese Derecho (III).

II. El árbitro y la autorregulación del Derecho de los contratos comerciales internacionales

7. Al desarrollar el tema de la contribución del árbitro a la autorregulación del Derecho de los contratos del comercio internacional distinguiremos sistemáticamente las distintas posiciones que surgen de la consideración de los operadores del comercio internacional en sentido estricto o amplio. En el primer caso, el árbitro jugará un papel fundamental como un órgano del orden jurídico contractual (1), en el segundo, asumirá un rol como órgano del orden jurídico transnacional (2).

¹⁵ Vid. Ph. Kahn, "Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international", *Journ. dr. int.*, 1989, p. 305; E. Gaillard, "La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international", *Études offertes à Pierre Bellet*, París, Litec, 1991, p. 203.

¹⁶ E. Loquin, "Les règles matérielles internationales", *R. des C.*, t. 322, 2007, p. 9; *id.*, "Les règles matérielles du commerce international", *Rev. arb.*, 2005, p. 443.

¹⁷ E. Gaillard, "Thirty Years of Lex Mercatoria: Towards the Selective Application of Transnational Rules", *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 10, n° 2, ICSID, 1995, p. 208. – E. Gaillard, "Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making?", *Arb. Int'l*, vol 7, n° 1, 2001, p. 59; E. Gaillard, "Du bon usage du droit comparé dans l'arbitrage international", *Rev. arb.*, 2005, p. 375; E. Gaillard (ed.), *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, París, Dossiers, International Chamber of Commerce, ICC Publishing, 1993.

1. El árbitro como un órgano del orden jurídico contractual

8. Bajo esta representación de la autorregulación de los contratos comerciales internacionales el árbitro se presenta como un órgano del contrato, del orden jurídico contractual. El árbitro se encontraría al interior y al servicio de ese orden jurídico creado por el contrato y, en consecuencia, aseguraría la aplicación y la eficacia de las normas contractuales por encima de cualquier consideración distinta a sus propias convicciones morales. Se trataría pues de una versión de la autorregulación en la que el contrato comercial internacional y el árbitro creado por ese contrato son autónomos y autosuficientes en el sentido de que no necesitan ningún orden jurídico externo que le sirva de fundamento para obrar de tal o cual manera. Se trata pues de la hipótesis de un contrato y un árbitro sin un orden jurídico de base.

La cuestión del orden jurídico de base, según ha sido expuesta por el profesor P. Mayer¹⁸, fue objeto de grandes debates desde los años 1970, impulsados principalmente por el laudo arbitral en el caso *Texaco / Libia* con motivo de las consecuencias de las nacionalizaciones sobre los derechos de las empresas extranjeras beneficiarias de concesiones petroleras¹⁹ y las discusiones posteriores en el marco del Instituto de Derecho Internacional, es su sesión de Oslo de 1977²⁰. El interés de la discusión radicaba en determinar cuál era el orden jurídico de base de un contrato internacional celebrado entre un Estado soberano (sujeto de Derecho internacional) y una empresa privada extranjera (sujeto de Derecho nacional), si es que lo tenía, pues no resultaba cómodo incorporarlo en el orden jurídico nacional (porque un Estado soberano no es un sujeto de Derecho nacional), o en el orden jurídico internacional (porque la empresa privada extranjera no es un sujeto de Derecho internacional). La determinación del orden jurídico de base sería importante en la medida en que le permitiría al árbitro establecer la norma de Derecho en la cual se fundamentan los contenidos contractuales establecidos por las partes y, en consecuencia, contar con un “punto de partida jurídico” para entrar en el análisis de las normas contractuales y determinar el Derecho aplicable al fondo de la controversia.

9. En su estudio sobre el tema, el referido profesor concluye que el árbitro del comercio internacional no tiene que buscar un orden jurídico que sirva de base al contrato internacional. En este orden de ideas, “mientras el juez estatal se encuentra por encima del contrato... el árbitro se encuentra al interior de un sistema creado por el contrato y no posee ningún poder heterónomo frente a las partes”²¹. En este sentido, el árbitro se diferenciaría del juez estatal por el hecho de que es un órgano interno del contrato que encuentra su fuente de poder en la voluntad de las partes, mientras que el juez estatal es un órgano externo del contrato que encuentra el fundamento de su poder

¹⁸ P. Mayer, “Le mythe de l’ordre juridique de base’ (ou *Grundlegung*)”, *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, p. 199.

¹⁹ B. Stern, “Trois arbitrages, un même problème, trois solutions. Les nationalisation pétrolières libyennes devant l’arbitrage international”, *Rev. arb.*, 1980, p. 3

²⁰ P. Mayer, “Le mythe de l’ordre juridique de base’...”, *loc. cit.*, p. 199.

²¹ *Ibid.*, p. 215.

en una fuente distinta al contrato, en el poder estatal. Por ello, el árbitro, a diferencia del juez estatal, no tiene que buscar el fundamento que tienen las partes para determinar sus normas contractuales, simplemente tiene que aplicarlas. Si el juez estatal cuenta con orden jurídico de base, el orden jurídico estatal con un foro estatal y normas de conflictos, el árbitro, por el contrario, no cuenta ni con un orden jurídico de base, ni con un foro estatal, ni con normas de conflicto.

Es por este motivo que ni las leyes estatales²², en el sentido formal de la expresión, ni las convenciones internacionales²³ se presentan al árbitro del mismo modo en que se le presenta a un juez estatal. Para el árbitro las leyes estatales y las convenciones internacionales se presentan como un modelo que puede o no ser seguido, mientras que al juez estatal éstas se presentan como un imperativo. Por otro lado, y en la misma línea de pensamiento, el árbitro tampoco podría censurar o imponer alguna ley estatal a las partes a título de respeto del orden público o las normas imperativas como sí lo podría hacer un juez estatal²⁴. El único límite a la autorregulación del Derecho de los contratos comerciales internacionales, bajo esta concepción, se encuentra en la aplicación directa de la regla moral por el árbitro. En este sentido, se admite que el árbitro pueda, por ejemplo, rechazar la aplicación de la norma de Derecho escogida por las partes si considera que su aplicación entraría en conflicto con sus valores morales²⁵.

Bajo esta concepción, el contrato y el árbitro son autónomos y autosuficientes en el sentido de que no necesitan de ningún orden jurídico que sirva de base o fundamento de su juridicidad. El fundamento de la juridicidad del contrato y del arbitraje se encontraría simultáneamente en todos los órdenes jurídicos que tengan una vocación legítima a pronunciarse sobre la validez del laudo arbitral²⁶. Sin duda alguna, esta concepción filosófica hace del árbitro un factor esencial de la autorregulación del Derecho de los contratos comerciales internacionales. Pero la autorregulación del Derecho de los contratos internacionales no depende necesariamente de la inexistencia del llamado orden jurídico de base. Por el contrario, pueden encontrarse espacios de autorregulación en algún orden jurídico de base, generalmente cuando éste se presente a su vez como un fenómeno de autorregulación. Ese es el caso del orden jurídico transnacional de la *lex mercatoria*.

²² P. Mayer, "L'arbitre et la loi", *Le droit privé français à la fin du XXe siècle. Études offertes à Pierre Catala*, París, Litec, 2001, p. 225.

²³ P. Mayer, "L'application par l'arbitre des conventions internationales de droit privé", *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, París, Dalloz, p. 275.

²⁴ P. Mayer, "Mandatory Rules of Law in International Arbitration", *Arb. Int'l*, vol 2, n° 4, 1986, p. 274.

²⁵ P. Mayer, "La règle morale dans l'arbitrage international", *Études offertes à Pierre Bellet*, París, Litec, 1991, p. 388, n° 17.

²⁶ P. Mayer, "Le mythe de l'ordre juridique de base'...", *loc. cit.*, p. 216.

Esta concepción coincide con lo que el profesor E. Gaillard ha llamado el modelo westfeliano, según el cual el arbitraje comercial internacional encuentra su fundamento en una pluralidad de ordenes jurídicos estatales. Esta representación filosófica del arbitraje comercial internacional, por esencia multilocalizadora, se distingue totalmente de aquella representación monolocalizadora que encuentra el fundamento del arbitraje en el Derecho estatal de la sede del arbitraje. *Vid.* E. Gaillard, *Aspects philosophiques...*, *op. cit.*, p. 16.

2. El árbitro como un órgano del orden jurídico transnacional

10. Bajo esta concepción, a diferencia de la anterior, el árbitro del comercio internacional se presenta no como un órgano del orden jurídico particular que crean las partes a través del contrato comercial internacional, sino como un órgano del orden jurídico transnacional que crea la sociedad internacional de comerciantes de forma espontánea, es decir, del orden jurídico de la *lex mercatoria*²⁷. Si bajo la representación anterior, el árbitro y el contrato del comercio internacional carecen de un orden jurídico de base, bajo esta concepción, el árbitro y el contrato del comercio internacional se encuentran incorporados dentro del orden jurídico transnacional de la *lex mercatoria*. La *lex mercatoria* sería el orden jurídico de base del contrato y del árbitro²⁸. En todo caso, si el contrato y el árbitro se encuentran dentro del orden jurídico transnacional de la *lex mercatoria*, el árbitro sería un órgano externo al contrato y por ello podría imponerle a las partes ciertas reglas de Derecho, no a título del respeto de sus convicciones morales como lo vimos en la hipótesis del arbitraje sin orden jurídico de base, ni a título de respeto del orden público estatal como lo haría un juez, ni a título de respecto del orden público internacional como lo haría un juez internacional, sino a título del orden público transnacional para salvaguardar el orden jurídico transnacional de la *lex mercatoria*.

El orden jurídico transnacional de la *lex mercatoria* es en sí mismo un fenómeno de autorregulación del Derecho de los contratos del comercio internacional y el árbitro, a través de su actividad, uno de sus grandes promotores²⁹. Es un fenómeno de autorregulación porque la forma de creación de las normas de Derecho o de incorporación de normas originarias de otros órdenes jurídicos se produce de manera espontánea a través de las prácticas contractuales y a través de la aceptación dentro de la *lex mercatoria* de las reglas de Derecho que mejor se adaptan a las necesidades e intereses del comercio internacional. El árbitro juega un papel fundamental no sólo en ese proceso de identificación y constatación de esas reglas de Derecho espontáneo, sino también en la incorporación de las normas de Derecho de otros órdenes jurídicos dentro del

²⁷ B. Goldman, "Nouvelles réflexions sur la *lex mercatoria*", *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Basilea, Editions Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 249, n° 13.

²⁸ Esta es la concepción del orden jurídico arbitral expuesta por F. Osman (*Les principes généraux de la lex mercatoria, Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, París, LGDJ, 1992, p. 405) y Th. Clay (*op. cit.*, p. 213, n° 259), en la que el orden jurídico arbitral se confunde con el orden jurídico transnacional de la *lex mercatoria*. Sin embargo, esta visión no es unánime entre quienes sostienen la existencia de un orden jurídico arbitral autónomo. En este sentido, J.-B. Racine sugiere que el orden jurídico arbitral no debe confundirse con el orden jurídico transnacional de la *lex mercatoria* sino que se trata de un orden jurídico arbitral autónomo frente a la *lex mercatoria* ("Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international", *Rev. arb.*, 2005, p. 305). Por su parte, E. Gaillard ha expuesto recientemente una nueva tesis sobre lo que debe entenderse por el orden jurídico arbitral, presentando una tesis "positivista transnacional" según la cual el orden jurídico arbitral reposa en la totalidad de los ordenes jurídicos estatales tomados en su conjunto. (E. Gaillard, *Aspects philosophiques...*, *op. cit.*, p. 74)

²⁹ B. Goldman, "La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives", *Journ. dr. int.*, París, 1979, p. 475.

orden jurídico transnacional de la *lex mercatoria*³⁰. De esta manera, el árbitro del comercio internacional, a través de un auténtico sincretismo jurídico, selecciona y aplica las normas generalmente admitidas por la comunidad internacional, incorporándolas dentro de la *lex mercatoria*³¹.

11. Esta concepción de la *lex mercatoria* ha sido desarrollada desde los años 1960 en los trabajos de la célebre Escuela de Dijon³². De acuerdo con esta visión, la comunidad o sociedad de operadores del comercio internacional, la *societas mercatorum*, uno de los elementos institucionales de la *lex mercatoria*³³, se encuentra al origen de la actividad normativa transnacional del comercio internacional³⁴. Una actividad normativa enriquecida permanentemente por las prácticas contractuales³⁵ (cláusulas estandarizadas, contratos tipos, condiciones generales de contratación, etc) por el Derecho comparado³⁶ (normas sustanciales de los Derechos estatales, de las convenciones internacionales, de los Principios Unidroit, de los Principios Lando, del Anteproyecto Gandolfi, el llamado “Marco Común de Referencia”, etc) y por la jurisprudencia arbitral, con aspiraciones de uniformización del Derecho del comercio internacional³⁷.

Esa *societas mercatorum*, encuentra toda su unidad y su razón de ser, en el deseo de responder a las necesidades y los intereses del comercio internacional³⁸, de ahí su profunda estabilidad, su permanencia y su coherencia³⁹. La *societas mercatorum*, regida por sus propias normas, de carácter esencialmente transnacional, es controlada por el

³⁰ E. Loquin, “Les règles matérielles internationales”, *loc. cit.*, p. 218, 500.

³¹ *Ibid.*, p. 218, 500. *Vid.* también, E. Gaillard, *Aspects philosophiques...*, *op. cit.*, p. 74; E. Gaillard, “Thirty Years of Lex Mercatoria: Towards the Selective Application of Transnational Rules”, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 10, n° 2, 1995, p. 208; E. Gaillard, “Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making?”, *Arb. Int'l*, vol 7, 2001, p. 59; E. Gaillard, “Du bon usage du droit comparé dans l’arbitrage international”, *Rev. arb.*, 2005, p. 375.

³² Llamada Escuela de Dijon por la procedencia de sus defensores, fue creada y piloteada por B. Goldman, (“Frontières du droit et *lex mercatoria*”, *Archives de philosophie du droit (Le droit subjectif en question)*, París, Sirey, 1964, p. 177; *id.*, “La *lex mercatoria* dans les contrats et l’arbitrage internationaux: réalité et perspectives”, *Journ. dr. int.*, 1979 p. 475; *id.*, “Nouvelles réflexions sur la *lex mercatoria*”, *loc. cit.*, p. 241) y desarrollada por los trabajos de Ph. Kahn (*La vente commerciale internationale*, París, Sirey, 1961), Ph. Fouchard (*L’arbitrage commercial international*, París, Dalloz, 1965), E. Loquin (*L’amiable composition en droit comparé et international. Contribution à l’étude du non-droit dans l’arbitrage commercial*, París, Litec, 1980.) y F. Osman, *op. cit.* Hoy en día, es seguida por J.-B. Racine (*L’arbitrage commercial international et l’ordre public international*, París, LGDJ, 1999) y Th. Clay (*op. cit.*), entre otros destacados juristas.

³³ F. Osman, *op. cit.*, p. 407.

³⁴ La *lex mercatoria* es una institución que no se reduce a las normas que crea. *Ibid.*, p. 407; E. Loquin, “Les règles matérielles du commerce international”, *loc. cit.*, 2005, p. 443.

³⁵ E. Loquin, “Où en est la *lex mercatoria*?”, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle, A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI, Mélanges en l’honneur de Ph. Kahn*, París, Litec, 2000, p. 29.

³⁶ *Ibid.*, p. 34.

³⁷ *Ibid.*, p. 51.

³⁸ F. Osman, *op. cit.*, p. 409; Ph. Leboulanger, “La notion d’intérêts du commerce international”, *Rev. arb.*, 2005, p. 487.

³⁹ F. Osman, *op. cit.*, p. 409.

órgano jurisdiccional creado por ella: el arbitraje comercial internacional. Así pues el árbitro se encuentra en la posibilidad de oponer a las partes los valores e imperativos exigidos por la sociedad internacional de comerciantes, los cuales no deben ser entendidos como valores necesariamente económicos⁴⁰. Se trata de un espacio de autorregulación por que la idea de la *lex mercatoria* es en sí misma una idea de autorregulación. Bajo esta representación, la contribución del árbitro en la autorregulación del Derecho de los contratos comerciales internacionales debe ser entendida en la medida en que es considerado como juez natural de la *lex mercatoria*.

En definitiva, el árbitro juega un papel esencial en la autorregulación del Derecho de los contratos comerciales internacionales, bien sea que sea considerado como el órgano del espacio de autorregulación contractual que crean las partes de un contrato comercial internacional o como órgano del orden jurídico transnacional de la *lex mercatoria*. Pero no es sólo un factor de la autorregulación. El árbitro del comercio internacional es igualmente una pieza esencial en la construcción y consolidación del Derecho global de los contratos comerciales internacionales. Por ello, también podemos afirmar que el árbitro es un factor de unificación del Derecho de los contratos comerciales internacionales.

III. El árbitro y la unificación del Derecho de los contratos comerciales internacionales

12. La contribución del árbitro a la unificación del Derecho de los contratos del comercio internacional es fundamental. No sólo por los métodos empleados para tomar sus decisiones (1), sino por la utilidad de sus decisiones en la construcción de un Derecho global de los contratos comerciales internacionales (2).

1. Métodos de decisión del árbitro como un factor de unificación

13. Durante décadas hemos sido testigos de un proceso de globalización que va mucho más allá del ámbito económico. Algunos economistas observadores de este proceso han trazado las líneas y las etapas que hemos pasado en la transición desde el esquema de economía internacional hasta el actual escenario de economía global en el que nos encontramos. En este sentido, el profesor Charles-Albert Michalet, dividía este proceso en tres etapas muy bien definidas⁴¹. Al principio, se había configurado una *economía internacional* fundamentada en el intercambio de bienes y servicios y en el papel preponderante del Estado, con sus fronteras territoriales, sus aranceles y sus regulaciones nacionales. En los años 1960, la aparición de los grandes grupos multinacionales hizo mella en ese esquema de economía internacional para dar paso a

⁴⁰ Ph., “L’arbitrage et la mondialisation de la économie”, *Écrits, Droit de l’arbitrage, Droit du commerce international*, París, Comité français de l’arbitrage, 2007, p. 484, n° 38.

⁴¹ Ch.-A. Michalet, *Mondialisation, la grande rupture*, París, Éditions La Découverte, 2009; *id.*, “L’évolution de la législation sur les investissements directs étrangers et la dynamique de la mondialisation”, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle, A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI, Mélanges en l’honneur de Ph. Kahn*, París, Litec, 2000, p. 433.

un esquema de *economía multinacional* en el que las reglas de juego eran distintas. El impacto de la actividad de las multinacionales, en particular los fenómenos la inversión directa en el extranjero, la deslocalización y el comercio intra-firma, ya no podía ser apreciado a través de los conceptos clásicos de la economía internacional. En los años 1980, el fenómeno de la globalización financiera trazó una nueva línea de la evolución impulsando la configuración de un esquema de *economía global*. En definitiva, a lo largo de estas décadas pasamos de un espacio comercial internacional y fragmentado, dividido en territorios nacionales y sujetos a regulaciones locales a un espacio comercial transnacional y global, en el que las fronteras territoriales y jurídicas se desvanecen en favor de la universalidad.

Recientemente el profesor Eric Loquin ha hecho un paralelismo entre las etapas de evolución de la economía internacional a la economía global y la evolución del principio de la autonomía de la voluntad de las partes en materia de contratos internacionales con el cual ha llegado a conclusiones sumamente interesantes que resaltan la importancia de la contribución del árbitro a la unificación del Derecho de los contratos comerciales internacionales⁴². En este sentido, el profesor Loquin, indica que bajo el esquema de economía internacional en el que el espacio comercial internacional se encontraba fragmentado, las partes de un contrato comercial internacional tenían la posibilidad de escoger alguno de los Derechos estatales relacionados con la operación comercial como Derecho aplicable a su contrato. Bajo el esquema de la economía multinacional, los fenómenos de la inversión extranjera directa, la deslocalización y el comercio intra-firma promovieron la evolución del principio de la autonomía proponiendo a las partes la posibilidad de escoger cualquier Derecho estatal como Derecho aplicable a su contrato internacional independientemente de las relaciones que éste pudiera tener con la transacción comercial. En este mismo orden de ideas, indica que la configuración de una economía global ha tenido igualmente un impacto importante en la evolución del principio de la autonomía en materia de contratos comerciales internacionales. Esta etapa de la evolución se encuentra marcada por el reconocimiento cada vez más amplio del derecho de las partes de un contrato comercial internacional de escoger “normas de Derecho” como Derecho aplicable a sus contratos comerciales internacionales y no limitar esa escogencia a alguna norma estatal como sucedía en el pasado con fundamento en el esquema internacional y en el esquema multinacional.

14. Esta posibilidad de escoger reglas de Derecho no estatales como Derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales se debe principalmente a la falta de adecuación del Derecho estatal y el método conflictual a los intereses y necesidades del comercio internacional⁴³. Los esquemas de economía internacional y multinacional no promovieron la internacionalización del Derecho de los contratos comerciales internacionales⁴⁴. Bajo estas configuraciones el Derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales estaba constituido esencialmente por el mismo Derecho estatal

⁴² E. Loquin, “Les règles matérielles internationales”, *loc. cit.*, p. 61, n° 110.

⁴³ *Ibid.*, p. 60, n° 108. Contra, E. Gaillard, *Aspects philosophiques...*, *op. cit.*, p. 75, n° 52.

⁴⁴ E. Loquin, “Les règles matérielles internationales”, *loc. cit.*, p. 61, n° 110.

previsto para regular las relaciones de Derecho interno glorificados con un sistema de conflicto de leyes. No ha sucedido lo mismo bajo el esquema de la economía global que sí ha promovido el surgimiento de un Derecho global de los contratos comerciales internacionales dotado de un mecanismo de solución de controversias⁴⁵. La tendencia de la evolución es totalmente coherente, en un espacio comercial global en el que no existen fronteras territoriales ni jurídicas, no puede haber sino un solo Derecho. La consigna no puede ser otra: a un espacio global un Derecho global. De este modo han surgido las llamadas reglas materiales internacionales o transnacionales del comercio internacional, como las normas especialmente diseñadas para regular las relaciones comerciales internacionales. Esas reglas aspiran a la unidad y a la universalidad⁴⁶ y no deben confundirse ni con las normas de conflicto, ni con las normas imperativas, ni con las normas de Derecho uniforme⁴⁷.

Esas reglas materiales internacionales “constituyen el bosquejo, todavía imperfecto, de un futuro Derecho mundial del comercio”⁴⁸. Es por ello que, a través de su aplicación, los árbitros contribuyen a la unificación del Derecho comercial internacional y en particular a la unificación del Derecho de los contratos comerciales internacionales. La posición del árbitro del comercio internacional es completamente distinta a la del juez estatal. El árbitro del comercio internacional, a diferencia del juez estatal, no tiene un foro, o de forma más precisa, no tiene un foro estatal⁴⁹. Su poder proviene de la voluntad de las partes y no del Estado. Es por ello que cuenta con métodos distintos a los del juez estatal para enfrentarse a los problemas del Derecho del comercio internacional. Bajo la concepción de los operadores del comercio internacional en sentido estricto, como las partes de un contrato comercial internacional, como el árbitro es considerado un órgano al interior del contrato, éste sólo tiene la preocupación de tomar la mejor decisión posible para resolver el caso concreto. Al hacerlo, puede utilizar varios métodos, como la vía directa, aplicando directamente las normas materiales, el método conflictual clásico o extrayendo las soluciones comunes a las normas de conflicto de leyes potencialmente aplicables, etc. Sin embargo, es muy probable, y es lo que suele suceder en la práctica, que se vea tentado a recurrir al Derecho transnacional. Bajo la concepción de los operadores del comercio internacional en sentido amplio, como los miembros de una comunidad internacional de comerciantes, el árbitro es considerado como un órgano de la *lex mercatoria* y, en consecuencia, toma en cuenta no sólo la voluntad de las partes sino los imperativos establecidos por la comunidad internacional. Sin duda alguna, un árbitro que decida en función de esta visión estará más inclinado a aplicar directamente las normas materiales del comercio internacional generalmente aceptadas por la comunidad internacional en la medida en que éstas se adecuan a sus intereses y necesidades. En la actualidad, los reglamentos de las instituciones

⁴⁵ Ph. Fouchard, “L’arbitrage et la mondialisation de l’économie”, *loc. cit.*, p. 471.

⁴⁶ E. Loquin, “Les règles matérielles internationales”, *loc. cit.*, p. 23, n° 7.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 24, n° 11.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 22, 5.

⁴⁹ Th. Clay, *op. cit.*, p. 213, n° 258.

más importantes en materia de arbitraje comercial internacional reconocen al árbitro la posibilidad de aplicar “normas de Derecho” escogidas por las partes (las cuales pueden perfectamente ser normas no estatales), así como tomar en cuenta los usos del comercio internacional y a falta de escogencia, aplicar las “normas de Derecho que consideren más apropiadas”⁵⁰. Estas son unas de las vías que tiene el árbitro para aplicar, consolidar y unificar el Derecho transnacional de los contratos comerciales internacionales.

Así pues, los métodos que el árbitro del comercio internacional tiene a su disposición para determinación del Derecho aplicable al fondo de la controversia contribuyen a la unificación del Derecho de los contratos comerciales internacionales. Sin duda alguna, esa facultad de aplicar las normas de Derecho estatales o no estatales escogidas por las partes y en su defecto las normas de Derecho que considere más apropiadas constituyen un filtro importante para determinar aquellas normas que se adecuan a los intereses y las necesidades del comercio internacional. Pero su contribución a la unificación del Derecho de los contratos comerciales internacionales no se agota con los métodos que utiliza para resolver el fondo de la controversia. También aportan una contribución importante a través de los resultados de la aplicación de esos métodos, es decir, a través de sus decisiones.

2. Funciones de la decisión del árbitro como un factor de unificación

15. Las decisiones del árbitro del comercio internacional constituyen un factor importante para la unificación del Derecho de los contratos del comercio internacional. Esta afirmación puede prestarse a diversas lecturas e interpretaciones dependiendo de muchos elementos que van desde el posicionamiento filosófico frente al Derecho (positivista, iusnaturalista, realista), hasta el origen cultural de la formación jurídica (Derecho civil, *common law*, etc), especialmente cuando se analiza la noción y la función de la “jurisprudencia” en los distintos órdenes jurídicos. A los efectos de nuestra exposición, nos referiremos únicamente a dos aproximaciones al fenómeno del valor de la “jurisprudencia arbitral” en la unificación del Derecho de los contratos del comercio internacional. Estas dos aproximaciones se ubican dentro de la lógica de autorregulación del Derecho de los contratos internacionales que hemos venido manejando, distinguiendo entre los sujetos de la autorregulación.

Ambas posiciones tienen en común que reconocen a las decisiones de los árbitros una posición primordial en la construcción de un Derecho global de los contratos del comercio internacional a través de su jurisprudencia. Ciertamente el Derecho del comercio internacional no cuenta con tribunales jerarquizados ni con una especie de órgano de casación que unifique los distintos criterios. Sin embargo esto no impide que podamos hablar de la existencia de una verdadera jurisprudencia arbitral⁵¹.

⁵⁰ *Vid.* art. 17 Regl. CCI, art. 22.3º Regl. LCIA y art. 28 Regl. ICDR.

⁵¹ E. Loquin, “À la recherche de la jurisprudence arbitrale”, *La Cour de cassation, l'Université et le Droit—Études en l'honneur d'André Ponsard*, París, Litec, 2003, p. 213; Th. Clay, *op. cit.*, p. 218, nº 263.

16. En la primera concepción, la que concibe a los operadores del comercio internacional en sentido estricto, como las partes de un contrato comercial internacional, el árbitro es presentado como un órgano del orden jurídico contractual, razón por la cual su función no sería, en principio, la de participar en la creación de un sistema coherente sino la de tomar la mejor decisión posible en interés de las partes⁵². Sin embargo, se admite que los laudos arbitrales precedentes “no se imponen a él [al árbitro] por su simple existencia, sino en función de su contenido, cuyos méritos son apreciados por él”⁵³, pudiendo jugar un importante papel de inspiración parecido al que pudiera ejercer la doctrina. Pero también se le reconoce una función creadora de normas nuevas, originales y generales adaptadas al comercio y al arbitraje internacional⁵⁴. Después de todo, “es legítimo que los jueces principales del comercio internacional participen en la creación y en la unificación del Derecho que le conviene”⁵⁵.

En la segunda concepción, que considera a los operadores del comercio internacional en sentido amplio, como los miembros de una comunidad internacional de comerciantes, el árbitro es presentado como un órgano del orden jurídico transnacional de la *lex mercatoria* y su función no sería la de crear normas nuevas adaptadas al comercio y al arbitraje internacional, como en la concepción anterior, sino simplemente seleccionarlas y aplicarlas. Las normas que conforman la *lex mercatoria* no son otras que las “reglas materiales del comercio internacional, de cualquier naturaleza, bien sea que se trate de prácticas espontáneas, de reglas modelo ofrecidas a la voluntad de las partes, los usos del comercio internacional, los principios generales del Derecho puestos en relieve por los árbitros o susceptibles de serlo”⁵⁶. En este sentido, y partiendo del postulado de que las normas que componen la *lex mercatoria* son preexistentes al árbitro, éste no haría más que elevar las normas de conducta provenientes de los orígenes más diversos al rango de la normatividad⁵⁷. Es por ello que se señala que “el arbitraje es el órgano de la *lex mercatoria* que transforma las normas de comportamiento en normas de sanción”⁵⁸.

Así pues bien sea que se considere que el árbitro, a través de sus decisiones, crea nuevas normas originales y generales o que simplemente se dedica a seleccionar y aplicar las normas preexistentes que mejor se adaptan a la solución del caso y a los intereses y necesidades del comercio internacional es innegable que la jurisprudencia arbitral cumple una función esencial en la unificación del Derecho de los contratos comerciales internacionales.

⁵² P. Mayer, “L’autonomie de l’arbitre international dans l’appréciation de sa propre compétence”, *R. des C.*, 1990, p. 427, n° 105.

⁵³ *Ibid.*, p. 427, n° 105.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 429, n° 108.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 429, n° 108.

⁵⁶ E. Loquin, “Les règles matérielles internationales”, *R. des C.*, t. 322, 2007, p. 194, n° 450.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 195, n° 453

⁵⁸ *Ibid.*

IV. Conclusión

17. A lo largo de esta comunicación hemos expuesto las construcciones teóricas que consideramos más representativas de las ideas de autorregulación y unificación del Derecho de los contratos del comercio internacional. Sin embargo, ante ellas siempre es conveniente hacer un punto de reflexión para poder valorarlas. En ese punto de reflexión deberían tomarse en consideración al menos dos elementos. Por un lado, que la necesidad de espacios de autorregulación se debe principalmente a la falta de un legislador universal capaz de producir un Derecho global de los contratos del comercio internacional. El Estado, que durante años tuvo confiscada la actividad de producción de normas jurídicas, ha dejado de ser, por falta de voluntad política o por simple incapacidad, el gran regulador del comercio internacional. Por el otro, que es importante que la autorregulación no se produzca en total anarquía sin tomar en consideración ciertos valores esenciales para el funcionamiento de la comunidad internacional que van más allá de los estrictos intereses y necesidades económicos. Como decía Philippe Kahn, “no puede haber autogestión sin conciencia, sin autolimitación⁵⁹” y esa autolimitación pasa necesariamente por la consideración de esos intereses y necesidades.

Como afirma el profesor Eric Loquin, el DIPr del siglo XXI se encuentra ante el desafío de regular un espacio comercial transnacional en el cual las relaciones económicas se establecen en dimensiones espaciales que se oponen a la división en órdenes jurídicos estatales⁶⁰. Se enfrenta pues, al surgimiento de un Derecho de los contratos comerciales internacionales desprovisto de territorialidad⁶¹, producto de un proceso de autorregulación que genera reglas coherentes y adecuadas a los intereses y necesidades de la comunidad internacional. Dependiendo del posicionamiento filosófico que deseemos retener sobre el fenómeno de la autorregulación, la contribución del árbitro del comercio internacional en ese proceso se traducirá o en la producción de las normas transnacionales del Derecho de los contratos comerciales internacionales o en la constatación de su existencia y su consecuencial aplicación. De ahí su contribución a la autorregulación y unificación del Derecho de los contratos del comercio internacional. De ahí también su gran responsabilidad...

⁵⁹ Ph. Kahn, “La lex mercatoria et son destin”, *L’actualité de la pensée de Berthold Goldman, Droit commercial, international et européen* (Ph. Fouchard y L. Vogel, dirs.), Paris, Editions Panthéon Assas, 2004. p. 29.

⁶⁰ E. Loquin, “Les règles matérielles internationales”, *loc. cit.*, p. 22, n° 4.

⁶¹ *Ibid.*, p. 23, n° 5.