

CONTRATACIÓN TRANSFRONTERIZA: TENDENCIAS
EN SU REGULACIÓN JURÍDICA

*INTERNATIONAL LEGAL CONTRACTING: TRENDS IN ITS
LEGAL REGULATION*

Rev. Boliv. de Derecho N° 40, julio 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 532-565

Emmanuel
Guillermo
CARREÑO
BERNAL

ARTÍCULO RECIBIDO: 24 de marzo de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 2 de junio de 2025

RESUMEN: El comercio internacional ha crecido exponencialmente debido a la globalización, la tecnología y la expansión de mercados, transformando las relaciones comerciales entre distintas jurisdicciones. Los contratos internacionales son fundamentales para estas relaciones, definiendo los derechos y obligaciones en transacciones globales. Sin embargo, este escenario ha revelado la necesidad de marcos legales que aborden la complejidad de las transacciones transfronterizas. Este trabajo analiza cuatro tendencias clave en la regulación de los contratos internacionales: la desnacionalización del Derecho y el rechazo de las técnicas conflictuales tradicionales, la preferencia por el arbitraje como método de resolución de disputas, la autonomía de las partes en la contratación y la privatización normativa a través de la Lex Mercatoria y el Soft Law. Estas tendencias reflejan un cambio hacia soluciones legales más globales y flexibles que responden a las necesidades del comercio internacional. En conjunto, muestran una evolución hacia un sistema legal que ofrece mayor seguridad jurídica y adaptabilidad, contribuyendo a transacciones internacionales más fluidas y eficientes. Este análisis destaca cómo estos cambios están moldeando el futuro de la contratación internacional en un entorno comercial dinámico y globalizado.

PALABRAS CLAVE: Contratación transfronteriza; globalización; arbitraje; autonomía de la voluntad; privatización normativa; desnacionalización del Derecho.

ABSTRACT: *International trade has grown exponentially due to globalization, technology, and the expansion of markets, transforming commercial relationships between different jurisdictions. International contracts are fundamental to these relationships, defining the rights and obligations in global transactions. However, this scenario has revealed the need for legal frameworks that address the complexity of cross-border transactions. This paper analyzes four key trends in the regulation of international contracts: the denationalization of law and the rejection of traditional conflict techniques, the preference for arbitration as a method of dispute resolution, party autonomy in contracting, and regulatory privatization through Lex Mercatoria and Soft Law. These trends reflect a shift towards more global and flexible legal solutions that respond to the needs of international trade. Collectively, they show an evolution towards a legal system that offers greater legal certainty and adaptability, contributing to smoother and more efficient international transactions. This analysis highlights how these changes are shaping the future of international contracting in a dynamic and globalized commercial environment.*

KEY WORDS: *Cross-border contracting; globalization; arbitration; autonomy of will; normative privatization; denationalization of Law.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. PROPENSIÓN A LA DESNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO Y RECHAZO A LA TÉCNICA CONTRACTUAL.- III. PROPENSIÓN AL ARBITRAJE.- IV. LIBRE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA.- 1. La autonomía de la voluntad en la contratación.- 2. La interpretación del contrato internacional.- V. PRIVATIZACIÓN NORMATIVA.- 1. La *Lex Mercatoria*.- A) *Concepto*.- B) *Elementos o características*.- 2. El *Soft Law*.- A) *Concepto y características*.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

En la actualidad, las interacciones más allá de las fronteras estatales se han vuelto cotidianas, especialmente en una era donde las tecnologías de la información permiten una comunicación instantánea entre personas situadas en distintos rincones del mundo. Este contexto ha hecho que los conceptos tradicionales de proximidad y distancia geográfica pierdan relevancia, pues las actividades comerciales y sociales pueden llevarse a cabo sin restricciones físicas, gracias al internet y otros medios de comunicación. Así, las fronteras nacionales se perciben cada vez más como divisiones artificiales, particularmente en el ámbito de los negocios, donde las relaciones económicas trascienden estas limitaciones¹.

En las últimas décadas, el comercio internacional ha crecido exponencialmente impulsado por la globalización, el desarrollo tecnológico y la expansión de los mercados. Este crecimiento ha transformado las dinámicas comerciales entre naciones y empresas de diferentes jurisdicciones. Ante este panorama, surge la necesidad de un análisis profundo de los contratos internacionales, ya que son el vehículo principal para formalizar los derechos y obligaciones de las partes en una transacción jurídica².

Sin embargo, esta expansión del comercio internacional también ha puesto de manifiesto la necesidad de contar con marcos legales que respondan a las complejidades y desafíos inherentes a las transacciones transfronterizas. El presente trabajo tiene como objetivo analizar las principales tendencias en la regulación de los contratos internacionales, destacando cómo estas han evolucionado para adaptarse a las exigencias de un entorno global en constante cambio.

1 CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Globalización y Derecho Internacional Privado en el Siglo XXI", *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, núm. 22, 2004, pp. 18-19.

2 DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: "El Derecho internacional privado ante la globalización", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. I, 2001, pp. 37-40.

• **Emmanuel Guillermo Carreño Bernal**

Socio de la Firma Servibienes, Consultores y Asesores SAS. Abogado y Especialista en Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Javeriana. Magister en Derecho, Empresa y Justicia y Doctor en Derecho Ciencia Política y Criminología de la Universitat de València. Correo electrónico: emanuelgcb@hotmail.com.

El análisis se centrará en cuatro grandes áreas de estudio: la desnacionalización del Derecho y el rechazo a las técnicas conflictuales tradicionales, la propensión al arbitraje como mecanismo de resolución de disputas, la autonomía de la voluntad privada como principio rector de la contratación internacional, y la privatización normativa que se refleja en el resurgimiento de la *Lex Mercatoria* y el *Soft Law*, resaltando cómo estas tendencias están moldeando el futuro de la contratación internacional y contribuyendo a la creación de un marco legal más flexible, eficiente y adaptado a las necesidades del comercio global.

II. PROPENSIÓN A LA DESNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO Y RECHAZO A LA TÉCNICA CONFLICTUAL.

En el contexto jurídico actual, marcado por la globalización, las transacciones comerciales internacionales han generado un nuevo paradigma donde las fronteras estatales pierden relevancia en el ámbito negocial. Esta realidad ha traído consigo desafíos significativos tanto para los gobiernos como para los participantes en el comercio internacional, quienes enfrentan problemas sobre el régimen jurídico aplicable a las relaciones contractuales internacionales. En particular, la normatividad tradicional ha mostrado ser insuficiente para abordar de manera adecuada las complejidades de las operaciones comerciales en un entorno global.

Este panorama problemático surge, en gran medida, de la falta de capacidad y voluntad política en algunos Estados para regular fenómenos comerciales modernos, como las relaciones jurídico-negociales derivadas del comercio internacional³. Así, se observa una creciente tensión entre las normativas nacionales, diseñadas para regular relaciones de carácter local, y las exigencias de un entorno económico cada vez más internacionalizado. Estas normativas locales resultan, en muchos casos, inadecuadas para abordar la complejidad y dinamismo de las relaciones jurídicas modernas.

Las normas que regulaban la relación jurídica-negocial de carácter internacional, nacían a partir del modelo clásico de la producción de Derecho, es decir del Derecho proveniente del atributo central de la soberanía estatal, donde el Estado había sido entendido tradicionalmente como el único organismo facultado para la producción de Derecho tanto dentro de su territorio como al nivel de las relaciones entre Estados⁴. Este Derecho se encontraba concebido para regular primordialmente contratos de carácter meramente local, el cual entró en problemas al enfrentarse a una economía en continua transformación que reclamaba la creación de normas

3 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.: "Reconocimiento de la *Lex Mercatoria* como normativa propia y apropiada para el comercio internacional", *Revis@ e-mercatoria*, vol. 11, núm. 2, 2012, p. 47.

4 MEREMINSKAYA, E.: "La desnacionalización del Derecho y la formación de regímenes globales de gobierno", en MARTINIĆ GALETÓVIĆ, M. y TAPIA RODRÍGUEZ, M. (dir.): *Sesquicentenario del código civil de Andrés Bello. Tomo I*, LexisNexis, Santiago, 1ª ed., 2005, p. 1391.

flexibles que permitieran una interacción entre el Derecho y los cambios de la realidad económica y social del mundo globalizado. En este sentido encontramos que la normatividad estatal en esta concepción clásica descrita resultaba ser la oposición de la flexibilidad que reclaman los participantes del comercio a la regulación de sus relaciones contractuales de carácter internacional⁵.

Ante estas dificultades se encontraban los comerciantes, quienes evidenciaban que la legislación estatal no se ajustaba a sus negocios de carácter internacional, presentándose como un sujeto extraño al Derecho estatal, evidenciando que sus actividades se encontraban ante una verdadera falta de seguridad jurídica. Lo anterior se traducía en aspectos como la incertidumbre respecto de la ley que gobernara su contrato, en el caso de que hubiera guardado silencio respecto de la ley aplicable en el contrato o la falta de idoneidad de la misma, si las partes la pactaron expresamente o inclusive la falta de idoneidad de la ley aplicada al caso por el juez en atención de las normas de conflicto⁶, así como la incertidumbre del juez competente a su relación contractual ante un eventual conflicto.

En suma, la contratación internacional presentaba una incerteza legal para los comerciantes, quienes por obvias razones necesitan conocer con exactitud cuál es el régimen jurídico aplicable a su relación contractual de naturaleza internacional, para saber con certeza cuáles son sus derechos y sus obligaciones⁷.

El Derecho ha planteado una solución, ante el movimiento trasfronterizo de personas, en las que se produce una interconexión de ordenamientos jurídicos y ante la inexistencia de un régimen jurídico sustantivo autónomo de carácter internacional, que gobierne el contrato de naturaleza internacional, más precisamente por intermedio del Derecho Internacional Privado, entendido como aquella rama perteneciente al ordenamiento estatal encargada de proporcionar la seguridad jurídica internacional buscada por las partes cuyas normas precisan el régimen jurídico aplicable a la relación de carácter internacional⁸, mediante la generación de las denominadas reglas o normas de conflicto, las cuales destraban el conflicto que pueda presentarse ante una relación privada de carácter internacional que tenga contacto con diversos ordenamientos jurídicos.

Estas reglas permiten concretar cuál ordenamiento jurídico es el que tiene vocación para regular la relación contractual⁹. Las reglas de conflicto son normas

5 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.: "Reconocimiento de la *Lex Mercatoria* como normativa propia y apropiada para el comercio internacional", cit., pp. 47-48.

6 *Ibidem*.

7 CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Elección múltiple y elección parcial de la ley aplicable al contrato internacional", *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, núm. 18, 2000, p. 8.

8 *Ibidem*.

9 La regla de conflicto se sirve de un elemento denominado punto de conexión, punto de contacto o circunstancia de conexión. Estos puntos de contacto son divididos por la doctrina en puntos de contacto

de carácter indirecto en el entendido de que no establecen directamente cuál es la solución sustantiva, sino que redireccionan el conflicto a un determinado ordenamiento jurídico¹⁰.

La concreción de cuál es la ley que tiene la vocación para gobernar el contrato internacional por medio de la norma de conflicto implica la localización en un determinado Estado de una relación jurídico-negocial vinculada con diversos sistemas jurídicos¹¹, con el fin de que el ordenamiento jurídico del Estado al que se refiere el criterio de conexión sea el que gobierne el negocio jurídico. Para algunos doctrinantes lo que hace esta regla de conflicto es “nacionalizar” las transacciones conectadas con varios Estados, puesto que la norma de conflicto lo que hace es buscar un determinado ordenamiento que regle el contrato¹².

No obstante, esta solución ha tenido amplias críticas, principalmente debido a que no existe una uniformidad a nivel mundial respecto de las normas de conflicto, motivo por el cual se cuestiona la utilidad de las mismas¹³. A su vez, para algunos resulta insatisfactorio la solución que aportan las normas de conflicto, las cuales “nacionalizan” una relación de carácter internacional y conducen a que la regulación del contrato internacional se efectuó por una normatividad nacional la cual en muchos casos esta ideada para transacciones de carácter nacional¹⁴.

Por otra parte, hay quienes aseguran que las normas de conflicto no aportan verdadera seguridad jurídica por diferentes motivos, entre los cuales encontramos:

En primer lugar, las reglas que califican a un contrato como de carácter internacional, varían enormemente de acuerdo con las diferentes reglas de Derecho Internacional Privado de cada Estado, solo es posible conocer con seguridad las normas que determinaran la ley de un contrato, cuando no existen duda del Estado cuyos tribunales decidirán el litigio¹⁵.

fácticos y jurídicos. Los primeros hacen referencia a menciones de hecho como por ejemplo el lugar de celebración del contrato, la ubicación de los bienes raíces objeto del contrato y el lugar de registro en caso de bienes que de acuerdo con las leyes estén sujetos a esta formalidad. Los segundos hacen referencia a aspectos que necesitan ser interpretados como, por ejemplo, el domicilio de los contratantes. SANTOS BELANDRO, R.: “La regla de conflicto y la definición de los puntos de conexión”, *Revista de la facultad de Derecho*, núm. 32, 2012, pp. 291-292.

10 *Ibidem*.

11 “(...) la regla de conflicto clásica es esencialmente localizadora. Fiel a las enseñanzas de su creador -Federico Carlos de Savigny- siempre habrá que buscar el lugar donde se “asienta” la relación privada internacional y aplicarle el Derecho de ese lugar. Para ir hacia ese Derecho sustantivo estatal, la regla de conflicto se vale de un elemento que se llama punto de conexión, punto de contacto o circunstancia de conexión. (...)”.

Ibidem.

12 DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: “Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales”, *Diritto del Commercio Internazionale*, vol. 12, núm. 4, 1998, pp. 867-868.

13 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.: “Reconocimiento

14 DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: “Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales”, cit., pp. 8-9.

15 *Ibidem*.

Segundo, tenemos los problemas del denominado *forum shopping*, figura que consiste, en la posibilidad de las partes de un contrato internacional de acudir ante el juez o tribunal de su preferencia en búsqueda de la aplicación de determinado sistema de Derecho Internacional privado, buscando la ley más favorable a sus intereses, teniendo como vinculación a este foro algún punto de conexión. En resumen, una de las partes contractuales ante ausencia de regulación en el contrato, acude al *forum shopping* al interponer determinada acción en el foro que más convenga a sus intereses, sin perder de vista los puntos de conexión que le permitan escoger determinada ley sustantiva. Lo anterior teniendo en cuenta que el juez ante quien se presenta el conflicto es el encargado de discernir qué reglas de conflicto aplica como parte de su actividad jurisdiccional, las cuales con carácter general en el Derecho Comparado serán las reglas de conflicto del lugar donde ejerce jurisdicción¹⁶.

Esta figura tiene su origen precisamente en la inexistencia de una legislación universal de Derecho Internacional Privado, de ahí que la norma de conflicto sea por lo general diferente en cada Estado¹⁷, lo que tiene como consecuencia diferentes resultados dependiendo del foro que se elija. Ante esta situación, es normal que la parte demandante tienda a escoger en la medida que le sea posible el foro y en consecuencia las leyes que le sean más beneficiosas a su casusa¹⁸.

Tercero, encontramos el tema relativo a las sentencias o decisiones claudicantes, término empleado para aludir al fenómeno producido por decisiones judiciales proferidas en Estados diversos y cuyo contenido es diferente, contrario o incompatible¹⁹. Resulta evidente que, al existir casi tantas normatividades como países, el resultado a un mismo litigio puede tener resultados completamente diferentes y llegar a ser hasta opuestos dependiendo del foro donde se inicie el litigio.

Ante estos importantes problemas, los comerciantes y demás actores del comercio internacional han venido reclamando la elaboración de normas extra nacionales, con el fin de hacer frente a las carencias propias de la técnica conflictual, siendo estas nuevas normas una respuesta de calidad muy superior a los problemas

16 ADAME GODDARD, J.: "El Derecho de los contratos internacionales", en R. MÉNDEZ SILVA. (coord.): *Contratación y arbitraje internacionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 2010, p. 5.

17 Es preciso señalar que en la actualidad existe la armonización de las normas de conflicto en diferentes regiones, como por ejemplo la Unión Europea, en donde se ha armonizado esta cuestión desde hace muchos años, primeramente, a través del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, convenio que se transformó en un Reglamento de la Unión Europea, El Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, mejor conocido como "Reglamento Roma I".

18 AGUILAR DOMÍNGUEZ, A.: "La delgada línea entre el forum shopping y el fraude a la ley", *Revista de Derecho Privado*, núm. 13, 2018, p. 77.

19 OVIEDO ALBÁN, J.: "Las reglas de conflicto y la armonización del Derecho de los contratos internacionales" *Revista Foro Derecho Mercantil*, núm. 39, 2013, p. 46.

transaccionales y las respuestas brindadas por la norma de conflicto, las cuales “nacionalizan” las transacciones calificadas como internacionales, de acuerdo a lo ya expuesto en este trabajo y las cuales conducen a una regulación por una normativa nacional adoptada expresamente para regular negocios jurídicos de carácter eminentemente nacional²⁰.

Por su parte, los Estados han planteado diversas soluciones. En primer lugar, algunos Estados se han interesado en que se elaboren textos internacionales, que incluyan normas de conflicto comunes, generando que la ley estatal aplicable a los contratos internacionales sea siempre la misma con independencia del juez que conozca el litigio, siempre que se trate de uno de los Estados que suscriba el convenio. No obstante, a dicha solución solo se ha llegado en el ámbito de la UE, que ha logrado la uniformidad de las normas de conflicto²¹. En un inicio, esta armonización tuvo lugar a través del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, pero posteriormente este convenio se transformó en el Reglamento Roma I.

Otra solución planteada es la creación de normas uniformes o la creación de normas sustantivas armonizadas en materia de contratación internacional. Esta solución ha sido adoptada por organizaciones internacionales y suscritas por muchos Estados, sin embargo, solo para ciertos contratos internacionales, como la compraventa internacional de mercaderías y el transporte de mercancías²².

Por otra parte, los contratantes han hallado soluciones, en el desarrollo de su autonomía privada, valiéndose de que en el Derecho Internacional Privado moderno, como se precisara, se admite como regla general la posibilidad de elección de la ley del contrato, en el marco de la determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales²³, generando una seguridad jurídica preventiva, en el entendido que al determinarse en el contrato de manera expresa la ley que lo regirá, evita conflictos posteriores entre las partes, además se les permite la elección de las leyes más adecuadas para la resolución de sus intereses, así como para la satisfacción de sus necesidades, generando ahorro en costos de transacción y permitiendo escoger una ley neutral. Por otra parte, permite a las partes salir

20 DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: “Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales”, cit., p. 8.

21 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.: “Reconocimiento de la *Lex Mercatoria* como normativa propia y apropiada para el comercio internacional”, cit., p. 48.

22 CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Elección múltiple y elección parcial de la ley aplicable al contrato internacional”, cit., pp. 8-9.

23 El Derecho Internacional Privado moderno admite como regla general la autonomía de la voluntad privada en un doble alcance: material y conflictual. En cuanto a la autonomía material, las partes pueden determinar el clausulado contractual del contrato es decir su contenido teniendo como límite las normas imperativas, en cuanto a la autonomía conflictual las partes pueden escoger la ley que gobernara el contrato. OVIEDO ALBÁN, J.: “La ley aplicable a los contratos internacionales”, cit., pp. 122-123.

adelante de manera satisfactoria frente a la indeterminación del punto de conexión prevalente a la norma de conflicto²⁴.

La tendencia de la elección de la ley del contrato, junto con las deficiencias de los ordenamientos jurídicos nacionales en materia de contratación internacional incapaces de dar respuestas óptimas a las peculiaridades modernas de las transacciones internacionales, ha alentado la elaboración de normas materiales uniformes y armonizadas para la regulación del comercio internacional al margen de la participación directa de los legisladores estatales²⁵.

Entre estas normatividades, destaca la creada por los directos perjudicados con los problemas devenidos de los contratos internacionales, es decir la comunidad internacional de comerciantes, denominada también como *Societas Mercatorum*, quienes han tendido a regular entre ellos mismos sus propias actividades elaborando y reconociendo un conjunto de normas provenientes de sus mismos usos y prácticas mercantiles denominada *Lex Mercatoria* (concepto que más adelante se definirá con precisión) alejándose de la tradicional concepción positivista en la cual la ley es el único instrumento de regulación de los contratos²⁶.

III. PROPENSIÓN AL ARBITRAJE.

En la práctica comercial moderna y ante la proliferación de la actividad comercial internacional, se ha consolidado y desarrollado el arbitraje comercial internacional como tendencia y alternativa a las jurisdicciones estatales, al cual acuden los comerciantes como medio económico, eficaz y ante todo como mecanismo mucho más rápido que los tribunales estatales, lo cual resulta ser de absoluta importancia en una época moderna donde el tiempo en los negocios constituye dinero, lo que se traduce en un gran atractivo para los participantes del comercio internacional²⁷.

Dada sus bondades, el arbitraje como mecanismo dispositivo extrajudicial y alternativo de solución de conflictos, en donde se imparte justicia, al servicio de la comunidad internacional, se ha institucionalizado como el método de solución de conflictos más utilizado²⁸, y no es en vano, en razón a que hace ya varias décadas

24 *Ibidem*.

25 DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: "Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales", cit., p. 4.

26 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.: "Reconocimiento de la *Lex Mercatoria* como normativa propia y apropiada para el comercio internacional", cit., pp. 49-50.

27 CRUZ MIRAMONTES, R.: "El arbitraje y su función en la aplicación de los principios sobre los contratos internacionales", en *Contratación internacional. Comentarios a los principios sobre los contratos comerciales internacionales del UNIDROIT*, Universidad Nacional Autónoma de México- Universidad Panamericana, México D.F., 1ª ed., 1998, p. 255.

28 HERRERA BONILLA, K. M.: "Aspectos actuales del arbitraje comercial internacional", *Cuadernos de la Maestría en Derecho*, núm. 6, 2017, pp. 266-269.

se viene dando un incremento importante en el volumen de las transacciones internacionales así como en la complejidad de las mismas, lo que ha traído consigo el aumento de las probabilidades de surgimiento de controversias contractuales. Como efecto obvio ha surgido la necesidad de buscar un mecanismo que ofrezca una pronta y eficaz resolución a las controversias surgidas por parte de operadores jurídicos altamente especializados en la respectiva materia objeto del conflicto.

Por otra parte, los contratantes internacionales con recurrida frecuencia sienten que los tribunales estatales no ofrecen la especialidad deseable para abordar la problemática derivada de sus negocios de carácter internacional, teniendo como efecto que recurran cada vez más al arbitraje internacional en busca de una solución cualificada de sus conflictos. En estos tiempos globalizados cobran importancia factores característicos y propios del arbitraje como la neutralidad, flexibilidad, confidencialidad, eficacia y la prontitud en la resolución de conflictos²⁹, factores que no siempre ofrecen los tribunales estatales.

Por su parte, el arbitraje comercial internacional se construye sobre la base de la autonomía de la voluntad privada, la cual se materializa en el acuerdo arbitral. Este acuerdo constituye el pilar o “piedra angular” del arbitraje, el cual nace como una verdadera manifestación de la voluntad de las partes de someter a arbitraje las controversias que puedan surgir de una determinada relación jurídica³⁰.

El acuerdo arbitral produce dos efectos, uno positivo y uno negativo. Como efecto positivo se atribuye competencia al tribunal arbitral para conocer de un determinado asunto litigioso. En cuanto al efecto negativo, sustrae el conocimiento a los jueces estatales de aquellos asuntos contenciosos discriminados en el acuerdo arbitral³¹.

Resta manifestar que aunque el arbitraje internacional ofrece iguales garantías a todo proceso judicial, este método alternativo ostenta dos características principales que lo diferencian de la justicia estatal³². En primer lugar, que a diferencia

29 *Ibidem*.

30 COULON BAUER, S.: “La independencia del arbitraje comercial internacional y el apoyo de la judicatura. En búsqueda del punto de equilibrio”, en C. E. ODRIÓZOLA MARISCAL (dir.): *Retos Actuales del Derecho Internacional Privado, Memorias del XXXVIII Seminario de Derecho Internacional Privado (Ciudad de México, 22-23 de octubre de 2015)*, Instituto de la Judicatura Federal, México D.F., 2015, pp. 89-91.

31 CAIVANO R. J.: “EL Rol del Poder Judicial el Arbitraje Comercial Internacional”, en M. MCLEAN y J. MORENO-VALLE. (eds.): *Arbitraje Comercial Internacional, Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos*, OEA, Washington, D.C., 2006, pp. 100-101.

32 *Ibidem*.

del juez estatal³³, el árbitro carece de poder coercitivo³⁴ y, segundo, en el arbitraje no procede la interposición de recursos ordinarios³⁵.

Es así que, con las salvedades anteriores, el arbitraje internacional cuenta con grandes bondades que no ofrece la jurisdicción ordinaria, entré las cuales se cuenta con el poder o facultad de elegir en ejercicio de la autonomía privada: el objeto del arbitraje, el número de árbitros, la sede, el idioma, la ley aplicable³⁶. Por otra parte, cuentan los contratantes con facilidades y prerrogativas como: la de acomodar las normas procedimentales y adecuarlas a sus necesidades, la flexibilidad del procedimiento, la especialización de los árbitros, la privacidad de las audiencias, la confidencialidad de las materias controvertidas y la neutralidad del foro. Todo lo anterior representa verdaderas ventajas que llevan a las partes a preferir este mecanismo alternativo de solución de conflictos, a la tradicional justicia que nos ofrecen los Estados³⁷.

En definitiva, el arbitraje al no ceñirse a ningún canon fijo, permite a las partes en ejercicio de su voluntad evitar ciertas incertidumbres propias de los litigios ante los jueces ordinarios como, por ejemplo, la persona del juez que juzgará el pleito, la imprecisión de la duración del procedimiento al estar el arbitraje libre de incidentes, recursos y maniobras dilatorias y formalismos entorpecedores, también la imposibilidad de realizar los cálculos respecto a los costos de transacción propios de cualquier proceso judicial. Todos estos factores característicos de la jurisdicción estatal permiten afirmar de acuerdo a como lo destaca la doctrina, que hoy en día en el comercio internacional, los comerciantes casi de forma unánime **tienden** a elegir el arbitraje para resolver sus diferencias³⁸. Incluso algunos autores se han atrevido a afirmar que "(...) más que un rechazo de la justicia de los tribunales judiciales, el arbitraje constituye hoy en día la única jurisdicción viable para solventar los litigios que derivan del comercio internacional (...)"³⁹.

33 La falta de poder coercitivo de los árbitros implica la necesidad de acudir ante los jueces, para que sean estos en uso del poder de *imperium* los que hagan cumplir una actuación de alguna parte o un tercero que se reúse a ejecutar la orden del árbitro en el procedimiento arbitral. GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J. L.: *La asistencia judicial al arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, Editorial Reus, Madrid, 1ª ed., 2009, p. 13.

34 El art. 117.3 de la Constitución Española, establece que sólo los juzgados y tribunales reconocidos en las Leyes tienen la potestad exclusiva para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, por su parte en Colombia el art. 43 de Ley 1563 de 2012 establece que la ejecución del laudo está a cargo de la justicia ordinaria o la contencioso-administrativa, según el caso. Constitución Española, (BOE núm. 311, de 29/12/1978); Ley 1563 de 2012 de la República de Colombia, Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. (Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012)

35 Art. 43 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. (BOE núm. 309, de 26/12/2003.); Art. 40 de la Ley 1563 de 2012 de la República de Colombia, Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. (Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012).

36 CRUZ MIRAMONTES, R.: "El arbitraje y su función en la aplicación de los principios sobre los contratos internacionales", cit., pp. 258-259.

37 COULON BAUER, S.: "La independencia del arbitraje comercial internacional y el apoyo de la judicatura. En búsqueda del punto de equilibrio", cit., pp. 89-91; HERRERA BONILLA, K. M.: "Aspectos actuales del arbitraje comercial internacional", cit., pp. 270-271.

38 *Ibidem*.

39 PICAND, E.: *Arbitraje comercial internacional, Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 215.

Sin embargo y antes de finalizar, resulta importante exponer que, si bien es verdad que el arbitraje tiene un sin número de beneficios, se debe dejar claro que no puede existir una institución arbitral eficiente y funcional sin el apoyo y cooperación de los jueces y tribunales ordinarios. El apoyo estatal a los tribunales arbitrales se manifiesta durante todo el procedimiento arbitral, desde la designación de los árbitros hasta la ejecución del laudo⁴⁰.

Y es que los árbitros, aunque bien administran justicia, no tienen el denominado *ius imperium*, es decir, el poder soberano del Estado para usar los medios legítimos necesarios para hacer cumplir e imponer las decisiones, en este caso, judiciales, y que es poder propio de los tribunales estatales⁴¹. Tradicionalmente se ha sostenido que los árbitros poseen jurisdicción, pero carecen del poder de *imperium* (reservado al juez, depositario de la soberanía nacional)⁴², tal ausencia se debe a que el árbitro no puede ejecutar medidas coercitivas, ni usar el poder del Estado para garantizar el cumplimiento de sus decisiones, y en ese sentido, tal fuerza coercitiva debe ser ejercida por otro funcionario estatal, normalmente los jueces o tribunales estatales⁴³.

Esta falta de poder coercitivo por parte de los árbitros se predica no solo frente a las partes, quienes en última instancia son las que le han dado origen y razón al procedimiento arbitral, sino sobre todo frente a terceros ajenos al asunto, incluyendo autoridades estatales⁴⁴. Es así que podemos afirmar que en definitiva, la ejecución forzosa de las resoluciones arbitrales constituye el exponente más significativo de asistencia judicial al arbitraje⁴⁵.

IV. LIBRE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA.

En el Derecho, al igual que en la vida misma, cada acción ejercida implica el ejercicio de la autonomía de la voluntad. Incluso cuando aceptamos situaciones que no deseamos, es nuestra individualidad la que decide si actuar o no, y en consecuencia, debemos asumir los efectos de dicha decisión. En el contexto legal,

40 COULON BAUER, S.: "La independencia del arbitraje comercial internacional y el apoyo de la judicatura. En búsqueda del punto de equilibrio", cit., pp. 91-92.

41 RETAMAL VALENZUELA, J. R.: "El *ius imperium* de los tribunales ambientales en Chile", *Revista Derecho del Estado*, núm. 44, 2019, pp. 257-284.

42 ANCEL, J. P.: "El Rol del Juez en el Derecho Francés de Arbitraje", en M. MCLEAN, y J. MORENO-VALLE. (eds.): *Arbitraje Comercial Internacional, Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos*, OEA, Washington, D.C., 2006, p. 461.

43 QUINONES GÓMEZ, C. E.: "Poderes de los árbitros vs. adopción de medidas cautelares: Un motivo de tensión en el arbitraje nacional", *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, Edición especial, 2012, pp. 385-386.

44 CASTELLANOS HOWELL, A. R.: "Los árbitros y el *ius Imperium* ¿Compatibles o Incompatibles?", *Revista Auctoritas Prudentium*, núm. 2, 2009, p. 2.

45 GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J. L.: *La asistencia judicial al arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, cit., p 13.

la elección de cumplir o desobedecer ciertas normas imperativas también acarrea sus propias consecuencias⁴⁶.

El libre albedrío, concepto estrechamente relacionado con la voluntad, tiene profundas implicaciones en diversas áreas como la religión, la ética, la psicología, y el Derecho. Este término se refiere a la capacidad o poder de cada individuo para elegir y tomar sus propias decisiones. Sin embargo, su ejercicio no es neutral, ya que toda elección implica asumir las consecuencias de nuestros actos. En este sentido, el libre albedrío nos confronta con la responsabilidad de nuestras acciones, y según el contexto, nos proyecta hacia la expectativa de una recompensa o castigo, dependiendo de cómo actuemos a lo largo de nuestra vida⁴⁷.

En el ámbito del Derecho, el principio de autonomía de la voluntad no se distancia mucho del de libre albedrío. Este principio se traduce en la facultad reconocida por el ordenamiento jurídico para que cada individuo pueda determinar sus propios intereses y actuar en consecuencia. El Derecho nos otorga la capacidad de disponer de nuestros asuntos personales, aunque siempre bajo el aviso de que un uso irresponsable de esta libertad puede acarrear consecuencias específicas⁴⁸.

Por otra parte, es preciso indicar que el término "autonomía" hace alusión a la capacidad de gobernarse por sí mismo, mientras que "voluntad" (del latín *voluntas, voluntatis*) denota la intención de actuar de forma consciente⁴⁹.

De esta manera podemos definir en el ámbito jurídico la autonomía de la voluntad privada como:

(...) la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación.(...)⁵⁰.

Esta institución, fundamental en el ámbito del Derecho Privado, tiene sus raíces en el antiguo Derecho Romano, donde se estableció una clara dicotomía entre el *ius cogens* y el *ius dispositivum*. Esta distinción refleja la diferencia entre las

46 LACAYO ARANA, M. A.: "El principio de la autonomía de la voluntad en los contratos con condiciones generales en el ordenamiento colombiano", *Catálogo Editorial Politécnico Grancolombiano*, núm. 1, 2021, pp. 47-49.

47 Ibidem.

48 Ibidem.

49 RODRÍGUEZ, M. S.: "El principio de la autonomía de la voluntad y el Derecho Internacional Privado: asimetrías en su reconocimiento y necesidad de armonización legislativa en el Mercosur", *Revista Científica de UCES*, vol. XV, núm. 1, 2011, pp. 116-117.

50 Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, C-341 de mayo 3 de 2003, M. P. Jaime Araújo Rentería.

normas de interés social, conocidas como normas de orden público de aplicación obligatoria, y aquellas disposiciones de interés eminentemente privado, en las que la voluntad de las partes tiene un margen de libertad para la creación de reglas aplicables a sus negocios jurídicos particulares. En este segundo ámbito, la autonomía de la voluntad adquiere protagonismo, permitiendo a los particulares establecer las normas que regirán sus relaciones jurídicas, siempre y cuando no contravengan las disposiciones de orden público⁵¹.

Modernamente, la institución se sustenta en la filosofía política francesa y en el pensamiento económico liberal que predominó entre la segunda mitad del siglo XVIII y principios del siglo XIX. Su base radica en el reconocimiento de la libertad natural del individuo, quien, mediante el ejercicio de su voluntad, tiene la capacidad de asumir o no obligaciones, adquiriendo, en consecuencia, derechos y determinando el alcance de ambos⁵².

Desde un enfoque económico, este principio se fundamentaba en el postulado del *“laissez faire, laissez passer”*, considerado como el pilar de la intervención estatal en la época. Se asumía que la autonomía de la voluntad privada constituía el mecanismo más adecuado para establecer relaciones justas y beneficiosas entre las personas. La premisa central era que ningún individuo racional aceptaría compromisos que le fueran perjudiciales ni actuaría de manera injusta consigo mismo. Esta idea se encapsula en el famoso aforismo jurídico francés atribuido al filósofo Alfred Fouillée: *“qui dit contractuel dit juste”*⁵³.

Así, el principio de la autonomía de la voluntad privada se refiere al poder que el sistema jurídico otorga a los individuos para decidir libremente sobre sus propios asuntos. En la actualidad, este principio está reflejado en los fundamentos del liberalismo jurídico, que defiende la idea de que las partes implicadas en una relación jurídica son las mejores jueces de sus propios intereses, y que el libre mercado tiende a generar los mejores resultados para ellas⁵⁴.

En la práctica, la autonomía de la voluntad privada se considera un principio esencial para la formación de relaciones jurídicas justas y útiles. Este principio reconoce la plena validez legal de los actos y declaraciones realizadas en el ámbito privado, consolidándose en los sistemas jurídicos contemporáneos, especialmente influenciado por el legado del Derecho francés⁵⁵.

51 SIQUEIROS, J. L.: “La contratación internacional posible armonización de su regulación jurídica”, *Boletín*, cit., pp. 810-814.

52 *Ibidem*.

53 Quien dice contractual, dice justo. *Ibidem*.

54 LACAYO ARANA, M. A.: “El principio de la autonomía de la voluntad en los contratos con condiciones generales en el ordenamiento colombiano”, cit., pp. 47-50.

55 *Ibidem*.

En resumen, la autonomía de la voluntad es la piedra angular del derecho contractual, permitiendo a las partes ser creadoras de normas jurídicas. No obstante, este poder no es absoluto, ya que se ejerce dentro de los límites del marco legal que lo regula. Aunque el principio garantiza la libertad de las partes, también impone una gran responsabilidad en su ejercicio, dado que un uso indebido o irresponsable de esta libertad puede generar consecuencias negativas en el ámbito jurídico⁵⁶.

I. La autonomía de la voluntad en la contratación internacional.

La contratación transfronteriza, como ya se ha mencionado, ha crecido significativamente en su complejidad, lo que ha llevado a la necesidad de establecer normativas claras y especializadas que a menudo superan lo previsto en los marcos jurídicos internos. El comercio internacional moderno ha desbordado la capacidad de respuesta de muchas legislaciones nacionales, y es justamente en este contexto que los participantes del comercio internacional, quienes conocen mejor sus propios negocios, se encuentran en la mejor posición para elegir las condiciones más adecuadas para sus transacciones. Este poder de decisión se deriva de su autonomía de la voluntad, que les otorga la capacidad de determinar las reglas que regirán su operación comercial⁵⁷.

Es importante no confundir la autonomía privada, que fue tratada en el apartado anterior y se relaciona principalmente con los Derechos internos, con la autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho Internacional Privado, ya que ambas abordan situaciones distintas: una se refiere a asuntos de Derecho interno y la otra a cuestiones de Derecho transfronterizo⁵⁸.

De esta manera, a continuación examinaremos el papel que juega la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales. En estos, la voluntad de las partes puede manifestarse de dos formas:

- Conflictual: Elección del Derecho aplicable.
- Material: Establecimiento de las cláusulas específicas del contrato.

La autonomía de la voluntad conflictual, cuyo ejercicio es admisible solo ante la existencia de un contrato internacional, considerada como la autonomía propia del Derecho Internacional Privado, permite a las partes desplazar el Derecho elegido por las normas de conflicto legales, permitiendo entonces a las partes

56 RODRÍGUEZ, M. S.: "El principio de la autonomía de la voluntad y el Derecho Internacional Privado: asimetrías en su reconocimiento y necesidad de armonización legislativa en el Mercosur", cit., pp. 116-117.

57 GALLINO, J.: "La autonomía de la voluntad en la contratación internacional", *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, 2012, pp. 73-77.

58 *Ibidem*.

seleccionar el sistema jurídico que regirá su contrato internacional, es decir, elegir la ley aplicable a la relación contractual, siempre dentro de los límites que imponga el Derecho Internacional Privado del juez que conozca el caso⁵⁹.

Por otro lado, la autonomía material otorga a las partes la facultad de establecer los términos específicos del contrato. Esto significa que las partes pueden configurar y definir el contenido normativo del contrato, dentro del marco del derecho sustantivo aplicable, ya sea por elección propia (autonomía conflictual) o por las normas de conflicto previstas por la ley. De esta manera, las partes tienen la libertad de pactar y formular sus cláusulas contractuales, siempre que no infrinjan las disposiciones imperativas del ordenamiento jurídico⁶⁰.

Aunque la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales tiene antecedentes históricos que se remontan al siglo XV, su consolidación en el Derecho moderno se atribuye a un fallo de la *Cour de Cassation* francesa del 5 de diciembre de 1910, en el caso *American Trade Company v. Quebec Steamship*. En este fallo, se reconoció que los contratos podían regirse por la ley escogida por las partes, allanando el camino para su aceptación en la doctrina y legislación europeas, a pesar de las restricciones impuestas en ciertos periodos por teorías que abogaban por una mayor intervención estatal para proteger el orden público⁶¹.

En la actualidad, la doctrina reconoce ampliamente que permitir a las partes elegir la ley que regirá el contrato genera seguridad jurídica, previniendo posibles conflictos entre las partes y facilitando la labor del juez que deba resolver el caso. Además, la autonomía de la voluntad permite a las partes seleccionar el ordenamiento jurídico que mejor responda a sus intereses, lo que optimiza costos de transacción, reduce la necesidad de información y posibilita la elección de una ley neutral que evite la imposición de una de las partes sobre la otra. Asimismo, la autonomía de la voluntad resulta eficaz frente a la indeterminación del factor de conexión en las reglas de conflicto⁶².

2. La interpretación del contrato internacional.

Como se mencionó anteriormente, el contrato se basa en la libertad de las partes para acordar los términos, pactos y cláusulas que rigen sus obligaciones, actuando como una ley entre ellas. No obstante, se destacó también que las normas imperativas juegan un rol crucial al limitar dicha autonomía, tanto en contratos internos como internacionales.

59 RODRÍGUEZ, M. S.: "El principio de la autonomía de la voluntad y el Derecho Internacional Privado: asimetrías en su reconocimiento y necesidad de armonización legislativa en el Mercosur", cit., pp. 119-120.

60 OVIEDO ALBÁN, J.: "Autonomía de la Voluntad en los contratos internacionales", cit., pp. 13-16.

61 *Ibidem*.

62 *Ibidem*.

En este contexto, la ley aplicable al contrato, seleccionada por las partes o asignada en ausencia de elección, delimita el grado de autonomía material permitido, incluyendo la aplicación de normas imperativas que restringen la libertad contractual. Además, más allá de la ley contractual, en ocasiones se aplican excepcionalmente normas de orden público internacional, ya sea de la jurisdicción donde se resuelve el conflicto o de un derecho estrechamente vinculado al contrato⁶³.

Independientemente de la influencia de las normas imperativas de la *Lex Fori*, de la ley contractual o de una tercera jurisdicción, se subestima con frecuencia la relevancia de la ley rectora del contrato en la interpretación de las cláusulas acordadas. Estas suelen ser el núcleo de las controversias jurídicas. Dentro del marco de la autonomía material, los sistemas jurídicos nacionales y la *Lex Contractus* siguen siendo decisivos, especialmente en cómo se resolverán las ambigüedades, contradicciones y vacíos en los acuerdos. Esto es clave para la interpretación del contrato⁶⁴.

La interpretación de los contratos forma parte de la hermenéutica jurídica, que alude a la interpretación de las normas legales, y es uno de los temas fundamentales en la filosofía del Derecho. La hermenéutica es, en esencia, la teoría científica del arte de interpretar textos, y en el Derecho, se refiere específicamente a la interpretación de la norma jurídica⁶⁵.

Así entonces, la función principal del contrato es permitir que las partes definan sus relaciones jurídicas privadas de la manera que consideren más adecuada. Por tanto, la interpretación del contrato tiene como objetivo verificar y complementar, si es necesario, esa voluntad común para que el acuerdo produzca los efectos legales deseados. En este sentido, la interpretación contractual se basa en la libertad de contratación, que a su vez se sustenta en principios éticos y teóricos del derecho⁶⁶.

En la interpretación de los contratos internacionales existen dos enfoques principales, aunque ambos tienden a combinarse en la práctica jurídica:

63 SÁNCHEZ LORENZO, S. A.: "La interpretación del contrato internacional: una aproximación desde el Derecho comparado", en MÉNDEZ SILVA, R. (coord.): *Contratación y arbitraje internacionales*. Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2010, pp. 131-134.

64 *Ibidem*.

65 HERNÁNDEZ MANRIQUEZ, J.: *Nociones de hermenéutica e interpretación jurídica en el contexto mexicano*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2019, pp. 45-48.

66 ROBLES FARIAS, D.: "La interpretación de los contratos internacionales", *Revista Perspectiva Jurídica UP*, núm. 17, 2021, pp. 86-88.

El texto literal del acuerdo: Se basa en el sentido literal de las palabras del contrato, confiando en que los términos expresados formalmente reflejan la verdadera voluntad de las partes.

La intención real de las partes: Busca la intención subjetiva auténtica de las partes, basándose en la idea de que esta voluntad es la fuente principal de las obligaciones contractuales.

El primer enfoque, que valora la seguridad jurídica, opta por confiar en el sentido literal del contrato sin intentar descifrar la verdadera intención, que se considera incognoscible. Este es el modelo tradicional del *Common Law*, donde prevalece una interpretación objetiva basada en las palabras expresadas. Este enfoque formalista evita que jueces o árbitros modifiquen el contrato basándose en criterios externos, respetando así la voluntad expresada por las partes⁶⁷

El segundo enfoque, más común en los sistemas del *Civil Law*, intenta interpretar el contrato en función de la voluntad real de las partes. Este modelo se fundamenta en principios de justicia y equilibrio contractual, utilizando conceptos como la buena fe para corregir desequilibrios o vacíos en el contrato, incluso si contradice lo expresado formalmente por las partes.⁶⁸

Ambas tendencias presentan paradojas teóricas y prácticas, y aunque pueden parecer opuestas, en la práctica a menudo convergen. Las palabras expresas no siempre son suficientes para interpretar un contrato, y las ambigüedades del lenguaje a menudo requieren elementos contextuales.

La utilidad de las reglas de interpretación es debatida, pues la hermenéutica sugiere que toda comunicación debe interpretarse en su contexto, lo que implica que las reglas potenciales de interpretación son ilimitadas. Algunas legislaciones modernas, como los Códigos Civiles de los Países Bajos y Alemania, regulan someramente la interpretación o se abstienen de hacerlo. No obstante, otras jurisdicciones, como Francia, Italia, y España, contienen disposiciones detalladas sobre la interpretación de contratos⁶⁹.

Lo cierto es, que en la actualidad una tendencia moderna en la interpretación de los contratos internacionales refleja la incorporación de cláusulas detalladas dirigidas a la manera en que debe ser interpretado el contrato, lo cual se puede evidenciar en instrumentos modernos de Derecho internacional como la Convención de las Naciones Unidas Sobre los Contratos de Compraventa

67 SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO A.: "La interpretación del contrato internacional: una aproximación desde el Derecho comparado", *cit.*, pp. 131-134.

68 *Ibidem*.

69 ROBLES FARIAS, D.: "La interpretación de los contratos internacionales", *cit.*, pp. 88-91.

Internacional de Mercaderías (CNUCCIM), los Principios UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional y el Marco Común de Referencia (DCFR). Por otra parte, también podemos expresar como tendencia, la convergencia entre los modelos de interpretación del *Common Law* y el *Civil Law*, evidenciándose que el enfoque predominante sugiere un sistema de dos vías: primero se debe buscar la intención común de las partes, y solo cuando esta no pueda determinarse, se recurre al criterio de razonabilidad, es decir, al significado que le daría al contrato una persona razonable en circunstancias similares. Este enfoque fortalece el principio de conservación del contrato, asegurando que, en caso de controversia o imprecisión, el contrato siga surtiendo efectos⁷⁰.

V. PRIVATIZACIÓN NORMATIVA.

Como se ha expuesto, el fenómeno globalizador ha traído consigo una apertura e intensificación del comercio internacional, generador de nuevas relaciones jurídico-negociales de carácter internacional, lo que ha implicado la adecuación del Derecho a estas nuevas tendencias.

Hemos analizado los desafíos que enfrentan comerciantes, abogados y gobiernos respecto a la elección del régimen jurídico aplicable a los contratos internacionales. Esta dificultad surge en gran medida de la falta de capacidad o voluntad de ciertos Estados y de sus normas estatales para regular adecuadamente los fenómenos mercantiles modernos, particularmente las relaciones jurídicas derivadas del comercio internacional.

Como consecuencia de lo expuesto, se ha venido transfigurando la idea clásica de la producción normativa por parte del Estado de manera única y exclusiva, debido principalmente a la complejidad de los participantes en el comercio internacional y sus relaciones jurídicas, lo que ha dejado en evidencia en algunos casos la falta de capacidad de las normativas estatales para regular y resolver la totalidad de relaciones y conflictos que se producen en el entorno del comercio internacional. En este contexto, ha cogiendo fuerza y protagonismo el término "privatización normativa", el cual hace referencia principalmente a iniciativas y prácticas provenientes de operadores del comercio que interactúan en los mercados internacionales, las organizaciones creadas por ellos, así como los mecanismos arbitrales quienes se han encargado de la creación y configuración de un conjunto normativo, autónomo de los ordenamientos estatales, referido a materias especiales que responden a necesidades prácticas y predilecciones de los interesados en las transacciones mercantiles internacionales⁷¹.

70 *Ibidem*.

71 DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: "Algunas tendencias jurídicas de la globalización", *Los nuevos escenarios internacionales y europeos del Derecho y la Seguridad, Colección Escuela Diplomática*, núm. 7, 2003, pp. 29-31.

Esta normativa internacional se desarrolla básicamente al margen de la intervención de los Estados y de sus correspondientes procesos legislativos y se vincula también a un progresivo desarrollo y uso de mecanismos alternativos de solución de controversias, especialmente el arbitraje⁷².

Estas técnicas no legislativas o no estatales de producción jurídica se proyectan casi de forma exclusiva sobre la reglamentación de las relaciones privadas internacionales en la órbita de las transacciones comerciales (internacionales) y muy especialmente en el ámbito de la contratación mercantil, en las cuestiones en las que los diferentes ordenamientos nacionales atribuyen a sus normas carácter dispositivo de manera que esta privatización no menoscaba la aplicación imperativa de las normas estatales que por su carácter han de ser aplicadas necesariamente⁷³.

Ante estas realidades ha tomado nuevamente auge la *Lex Mercatoria*, como normas creadas por los comerciantes con el objetivo de complementar la aplicación de normas estatales. En este mismo plano surge otra realidad normativa en el plano internacional, denominada *Soft Law*, que se integra a la búsqueda de soluciones a estas problemáticas, lo que ha permitido la puesta en escena de nuevos sujetos distintos de los Estados, tales como organizaciones internacionales, comunidades supranacionales o regionales, entre otros.

Ambas realidades, tanto la *Lex Mercatoria* como el *Soft Law*, gozan de gran preferencia entre los comerciantes por la libertad y flexibilidad que otorgan a los sujetos al brindarles la oportunidad de elección de unas normas distintas a las legislaciones nacionales⁷⁴. Por tal razón, a continuación, estudiaremos de manera pormenorizada estos términos: *Lex Mercatoria* y *Soft Law*, desarrollando su concepto y naturaleza, principales características, así como sus manifestaciones actuales.

I. La *Lex Mercatoria*.

A) Concepto.

Históricamente la denominación *Lex Mercatoria* o *ius mercatorum* ha sido utilizada para designar al Derecho espontáneo del comercio internacional⁷⁵, entendido como un conjunto normativo, de carácter transnacional, autónomo de

72 *Ibidem*.

73 *Ibidem*.

74 CALDERÓN MARENCO, E.: "Los Incoterms como instrumento de Derecho suave (*Soft Law*)", *REVISTA@ e - Mercatoria*, vol. 17, núm. 1, 2018, pp. 47-50.

75 FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: "El derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización", *Escriba. Revista del Colegio de Notarios del Estado de México*, núm. 5, 2000, pp. 174-175.

los ordenamientos jurídicos estatales y conocido como la norma apropiada para la regulación de las relaciones económicas de carácter internacional⁷⁶.

La expresión *Lex Mercatoria* proviene del latín y ha sido usada para evocar el *ius gentium* y las leyes del mar de rodas en el contexto de la antigüedad, así como, el *droitdes foiresen* Francia, el *ius mercatorum* en Italia, y el *consolato del mare* en España, todos en el ámbito de la época de la edad media⁷⁷.

En el Derecho anglosajón se hace referencia a la terminología *Lex Mercatoria* o *the law merchant* para designar el sistema de reglas, costumbres y usos generalmente reconocidos y adoptados por los mercaderes y comerciantes para regular sus transacciones y resolver sus controversias, elevados a rango de “sistemas” o bien a un ordenamiento jurídico diferente al Derecho nacional, bautizado como sistema transnacional o a-nacional⁷⁸.

M. BERTHOLD GOLDMAN, quien es uno de los principales estudiosos de la materia, define la *Lex Mercatoria* como el “conjunto de principios generales y reglas consuetudinarias espontáneamente elaboradas sin referencia a un concreto sistema jurídico nacional, reglas provenientes de diversas fuentes que nutren constantemente las estructuras legales y la actividad específica de la colectividad de quienes operan en el comercio internacional”⁷⁹.

Otros estudiosos manifiestan que la *Lex Mercatoria*; es una expresión indeterminada, entendida como “una serie de usos y prácticas frecuentes en el comercio internacional y que los particulares asumen en sus relaciones con la *opinio iuris* de su vinculación jurídica”⁸⁰.

La Cámara de Comercio internacional (CCI) y su jurisprudencia arbitral, ha entendido a la *Lex Mercatoria* como “(...) las reglas de Derecho y usos del comercio internacional que han sido elaborados gradualmente por diferentes fuentes, como los propios operadores del comercio internacional, sus asociaciones, las decisiones de los tribunales arbitrales internacionales y algunas instituciones como UNIDROIT y sus Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales”⁸¹. De las aproximaciones expuestas, podemos evidenciar que la

76 FRANCO LEGUIZAMO, C. A.: “De la *Lex Mercatoria* a la *Lex* construcción”, *Revist@ e-Mercatoria*, vol. 6, núm. 1, 2007, pp. 2-3.

77 *Ibidem*.

78 CIJULENLÍNEA, *Lex Mercatoria*, <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/?submit=Buscar&s=lex+mercatoria>.

79 BERTHOLD GOLDMAN, M.: “La *Lex Mercatoria* dans les contrats et l’arbitrage internationaux: réalité et perspectives”, *Travaux du Comité français de droit international privé*, núm. 2, 1980, pp. 221-270.

80 CASTELLANOS RUIZ, E.: “*Lex Mercatoria* y autonomía privada en materia de contratos internacionales”, en OVIEDO ALBÁN, J. y CALVO CARAVACA, A. L. (dirs.): *Nueva Lex Mercatoria y contratos internacionales*, Tomo 2, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2006, p. 59.

81 Traducción del autor. En el texto original: “[...] the rules of law and usages of international trade which have been gradually elaborated by the different sources such as the operators of international trade themselves, their

definición de la *Lex Mercatoria* no es, ni ha sido, un tema apacible en la doctrina y la jurisprudencia, esencialmente debido a que la concreción de una definición conduce a múltiples problemas, principalmente referentes al hecho que no se trata de una noción unívoca, más bien es un conglomerado dentro del cual se agrupan muchos elementos diferenciadores entre sí y con dos características comunes: su a-nacionalidad y la ausencia de fuerza vinculante *ex proprio vigore*, deviniendo a que su fuerza vinculante provenga exclusivamente de las partes, quienes en ejercicio de su autonomía de la voluntad la incorporen al contrato⁸².

A continuación, se expondrán los elementos o características principales de la *Lex Mercatoria*, es decir su origen privado, su autonomía o a-nacionalidad y que cuenta con mecanismos de coacción propios.

B) *Elementos o características.*

El primer elemento a desarrollar es el origen privado de la *Lex Mercatoria*. Ha sido por siglos un cuerpo de normas basada en principios comunes de una sociedad internacional compuesta por comerciantes, de los más diversos sectores económicos (empresas transnacionales, navieras, aseguradoras, empresas bancarias, etc.)⁸³, provenientes de distintos Estados y diversas familias jurídicas: la llamada *societas mercatorum* o *business community*.

La *Lex Mercatoria* se clasifica dentro de las fuentes de producción jurídica de carácter privado y transnacional, puesto que en su elaboración no intervienen, órganos del Estado, llámese rama ejecutiva, legislativa o judicial, sino que son normas creadas por los comerciantes mismos, basándose en la autonomía de la voluntad⁸⁴.

Los usos y la costumbre, los contratos tipo y los formularios estandarizados, y los principios generales del Derecho, constituyen las típicas fuentes de expresión de este Derecho de producción autónoma como se verá más adelante, pudiéndose evidenciar entonces que el origen de la denominada *Lex Mercatoria* no se encuentran en ninguna fuente estatal, sino en la acción normativa de los

associations, the decisions of international arbitral tribunals and some institutions like UNIDROIT and its recently published Principles of International Commercial Contracts". Laudo arbitral de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI n.º 9875/1999, disponible en: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=675>.

82 MADRID MARTÍNEZ, C.: "Notas sobre la *Lex Mercatoria*: entre el silencio del legislador europeo y el silencio de los Estados americanos", en MORENO RODRÍGUEZ, J. Y FERNÁNDEZ ARROYO, D. (coords.): *Derecho internacional privado y Derecho de la Integración. Libro Homenaje a Roberto Díaz Labrano*, CEDEF, Asunción, 2013, pp. 333-339.

83 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.: "Reconocimiento de la *Lex Mercatoria* como normativa propia y apropiada para el comercio internacional", cit., pp. 55-57.

84 *Ibidem*.

particulares apoyada en la labor de las instituciones internacionales de profesionales creadas por ellos mismos⁸⁵.

Un segundo elemento será la autonomía, que hace referencia al carácter a-nacional de la *Lex Mercatoria* es decir, una normativa completamente desvinculada de cualquier ordenamiento jurídico, por lo cual no requiere reconocimiento o aprobación estatal⁸⁶, sino que tiene su soporte en diversas fuentes privadas, a saber:

Los formularios estandarizados y contratos tipo⁸⁷: A nivel internacional, la gran mayoría de instituciones que representan y agremian los intereses de los comerciantes de sectores específicos se han tomado la tarea de recopilar usos y prácticas reconocidas plenamente y de materializarlas por medio de modelos contractuales, los cuales se han convertido en un determinante de los modos de comportamiento de comerciantes que no pertenecen al sector o al mercado, por lo cual acuden a estos modelos contractuales que reflejan estándares y buenas costumbres en las materias sujetas a su regulación⁸⁸. A pesar de que los contratos tipo son eminentemente facultativos, por el grado de especialidad que alcanzan constituyen un verdadero Derecho plasmado en formularios o modelos, conteniendo precisas reglas materiales además de normas sobre su interpretación. El ejemplo más concreto y popular de estos formatos son los famosos *International Commercial Terms* mejores conocidos por su sigloide como INCOTERMS, normas de CCI, que establecen derechos y obligaciones usados comúnmente en las compraventas internacionales de mercaderías y su responsabilidad⁸⁹. Hoy en día constituyen el instrumento básico para la unificación de facto de la *Lex Mercatoria*⁹⁰.

La costumbre y los usos del comercio internacional: El carácter consuetudinario constituye la principal fuente y esencia de la *Lex Mercatoria*, donde los comerciantes con su práctica diaria crean verdaderas normas de Derecho⁹¹. La costumbre y los usos hacen referencia a la repetición de manera constante y uniforme de actos idénticos por medio del consentimiento tácito de los comerciantes que les otorgan fuerza o valor como norma a seguir en la práctica de dichos actos.

85 *Ibidem*. LÓPEZ RUIZ, F.: "Notas sobre la nueva *Lex Mercatoria*", *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, núm. 1, 2007, pp. 1-4.

86 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.: "Reconocimiento de la *Lex Mercatoria* como normativa propia y apropiada para el comercio internacional", cit., pp. 56-58.

87 Los formularios estandarizados y contratos tipo, pueden constituir parte del contrato o por el contrario constituir LA INTEGRIDAD DE ESTE.

88 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.: "Reconocimiento de la *Lex Mercatoria* como normativa propia y apropiada para el comercio internacional", cit., pp. 56-58.

89 CASTRO GIOVANNI, R. M.: "*Lex Mercatoria*", *Revista Electrónica de Derecho Comercial*, Compilación Especial, 2008, pp. 1-4.

90 *Ídem*, p. 82.

91 CIJULENLINA: *Lex Mercatoria*, cit.

La conducta establecida por los usos y costumbres es generalmente respetada como ley y es conservada sin necesidad de estar escrita⁹². Es así que para que un uso o costumbre pueda ser considerado como fuente de la *Lex Mercatoria*, es necesario que cuente con dos elementos: el primero denominado “elemento material”, el cual consiste en la repetición de ciertos actos de forma generalizada, y el denominado “elemento psicológico” constante en la obligatoriedad de los observadores de la costumbre, denominado también *opino iuris necessitatis*⁹³.

Los contratos auto-normativos: Son creados bajo la autonomía de la voluntad y la libertad contractual reconocida normalmente en todos los ordenamientos jurídicos y que goza de especial posición en las relaciones privadas jurídico-negociales de carácter internacional.

Contratos atípicos: sus creadores principales son las *law firms* o los consultores de las asociaciones internacionales de las más diversas actividades empresariales. Los contratos atípicos se caracterizan porque su contenido no tiene regulación jurídica específica aplicable a su celebración y ejecución. Este tipo de contratos surgen para dar respuesta a las exigencias de los mercados internacionales, y por la necesidad de los participantes en el comercio internacional de adaptar los contratos a los fines empíricos y a las necesidades reales de los contratantes⁹⁴.

Los principios generales del Derecho; es tal vez, la fuente más mencionada y a la vez la fuente donde existe más confusión entre los estudiosos de la *Lex Mercatoria*. Para algunos, son procedimientos de heterointegración, considerándolos universalmente reconocidos al punto de llegar a ser independientes de cualquier sistema u ordenamiento jurídico y de las convenciones internacionales⁹⁵. No obstante, muchos de ellos cuentan con sus homólogos en el Derecho interno o en el Derecho Internacional. Por ejemplo, el *pacta sunt servanda*, la buena fe, la *culpa in contrahendo*, la excepción de contrato no cumplido, entre muchos otros⁹⁶. Para otros, los principios se identifican con una serie de reglas y usos comerciales codificados por organismos o agencias especializadas, como es el caso de los Principios UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional, La Convención Interamericana Sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, entre otros. Estos principios codificados constituyen uno de los logros más importantes de la *societas mercatorum* en el último siglo, ya que

92 CASTRO GIOVANNI, R. M.: “*Lex Mercatoria*”, cit., pp. 1-2.

93 CIJULENLINA: *Lex Mercatoria*, cit.

94 CAICEDO LOZADA, M. y MURILLO GRANADOS, A.: “Algunos contratos mercantiles internacionales como instrumentos para el lavado de activos”, en H. A., HERNÁNDEZ QUINTERO. (coord.): *La eficacia de las normas de prevención, detección y sanción del lavado de activos en Colombia*, Ediciones Unibagué, Ibagué, 2020, p. 140.

95 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.: “Reconocimiento de la *Lex Mercatoria* como normativa propia y apropiada para el comercio internacional”, cit., pp. 77-79.

96 CIJULENLINA, *Lex Mercatoria*, cit.

permiten un mayor grado de certeza jurídica para los participantes en el comercio internacional⁹⁷.

La jurisprudencia arbitral: La jurisprudencia constituye una fuente muy importante de la *Lex Mercatoria*, al punto de afirmarse que es a través del arbitraje que los comerciantes van creando su propio sistema regulatorio, siendo la principal vía de su desarrollo; y es que, como se ha estudiado, el arbitraje se ha convertido en una tendencia en la contratación internacional y una alternativa válida al mecánico funcionamiento de la jurisdicción estatal que frecuentemente impone la aplicación de la misma norma jurídica abstracta y rígida a supuestos que requieren un tratamiento diferente⁹⁸.

A partir de la práctica arbitral, la doctrina ha identificado y recogido ciertos principios que forman parte de la *Lex Mercatoria*, así mismo han determinado un cuerpo de Derecho casuístico (*stare decisis arbitral*) con la formación de una regla del precedente cuasi vinculante⁹⁹.

El último elemento de la *Lex Mercatoria*, lo constituyen los mecanismos de coacción propios con los que cuenta, y es que desde sus inicios en la edad Media, los comerciantes contaban con tribunales propios, desvinculados a los Estados para dirimir sus conflictos. En la actualidad, estos tribunales se encuentran en el ya estudiado arbitraje internacional, que constituye el foro utilizado de manera generalizada por los comerciantes en sus relaciones de carácter internacional, al ser un mecanismo especializado para resolver disputas surgidas a partir de sus especiales relaciones.

2. El *Soft Law*.

En íntima relación con la *Lex Mercatoria*, surge otra realidad normativa en el plano internacional como respuesta a la búsqueda de soluciones a las necesidades surgidas de las nuevas relaciones jurídico-negóciales de carácter internacional y su creciente complejidad, nos referimos al denominado *Soft Law*, el cual también alienta el cambio a la idea clásica de la producción normativa únicamente por parte de los Estados y se integra a la búsqueda de normatividades adecuadas para los comerciantes, lo que ha permitido la puesta en escena de nuevos sujetos distintos de los Estados, tales como organizaciones internacionales, comunidades supranacionales o regionales, entre otros, las que han configurado una serie de

97 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.: "Reconocimiento de la *Lex Mercatoria* como normativa propia y apropiada para el comercio internacional", cit., pp. 77-79.

98 MADRID MARTÍNEZ, C.: "Notas sobre la *Lex Mercatoria*: entre el silencio del legislador europeo y el silencio de los Estados americanos", cit., pp. 333-339.

99 CIJULENLINA: *Lex Mercatoria*, cit.

instrumentos que se caracterizan por carecer de efectos vinculantes, es decir no son obligatorios, denominados instrumentos de *Soft Law* o Derecho suave.

Los instrumentos de *Soft Law*, al igual que la *Lex Mercatoria*, gozan de gran preferencia entre los comerciantes, por la libertad y flexibilidad que otorgan a los sujetos al brindarles la oportunidad de elección de un Derecho distinto a las legislaciones nacionales. Constituyendo hoy en día, tendencia en materia de contratación internacional. En este contexto, a continuación, procederemos a desarrollar el concepto y las características de la denominada *Soft Law*.

A) Concepto y características.

El término *Soft Law* o *Weak Law* o como se la ha denominado en español, Derecho suave, blando o flexible¹⁰⁰, fue acuñado por LORD ARNOLD MCNAIR de la escuela británica de leyes y el primer presidente de la Corte Europea de Derechos Humanos, quien lo usó en principio para distinguir entre *lege ferenda* y *lege data*¹⁰¹.

LORD MCNAIR usó el término *Soft Law* para cobijar declaraciones normativas definidas como principios operativos abstractos a través de la interpretación judicial. Su creador acuñó este término al considerar que el *soft* era la gran abstracción que caracterizaba algunos principios legales cuya aplicación directa en el arreglo de una situación dada era bastante difícil¹⁰².

Con el transcurso del tiempo, otros autores adoptaron la expresión *Soft Law* para referirse a determinados fenómenos jurídicos caracterizados por carecer de fuerza vinculante, aunque no carentes de efectos jurídicos o al menos con cierta relevancia jurídica o efectos prácticos¹⁰³.

Algunos doctrinantes han tendido a caracterizar y definir el *Soft Law* usando la técnica de contraposición¹⁰⁴; manifestando la oposición del *Soft Law* al Derecho clásico o “Derecho duro” también denominado *Hard Law* o simplemente *law*, referido en esencia a las normas dispositivas del Derecho Internacional, las cuales dan lugar al nacimiento de derechos y obligaciones exigibles a las partes involucradas

100 DEL TORO HUERTA, M. I.: “El fenómeno del *Soft Law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, *Anuario mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, 2020, pp. 1-4.

101 *Ibidem*; CALDERÓN MARENCO, E.: “Los Incoterms como instrumento de Derecho suave (*Soft Law*)”, cit., pp. 50-51; CORTÉS CABRERA, B. A.: “El *Soft Law* y su aplicación en el derecho comercial Internacional”, *Revista Tribuna Internacional*, vol. 3, núm. 6, 2014, p. 58.

102 CORTÉS CABRERA, B. A.: “El *Soft Law* y su aplicación en el derecho comercial Internacional”, cit., pp. 1-4.

103 DEL TORO HUERTA, M. I.: “El fenómeno del *Soft Law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, cit., pp. 1-4.

104 ÁNGELES GALIANA, S.: “La expansión del Derecho flexible y su incidencia en la producción normativa”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 32, 2016, p. 304; DEL TORO HUERTA, M. I.: “El fenómeno del *Soft Law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, cit., p. 9.

en la misma, de acuerdo al alcance de sus términos y cuya obligatoriedad y rigidez no se encuentra discutida¹⁰⁵.

Es así, que hoy en día se utiliza la denominación *Soft Law* para referirse a “todos aquellos actos que carecen de eficacia normativa y que son dictados por organismos internacionales ya tengan este poder normativo o carezcan de él, con diversa denominación¹⁰⁶, como recomendaciones, resoluciones, guías, códigos o estándares de conducta”¹⁰⁷. En resumen, el *Soft Law* alude a reglas de conducta no vinculantes jurídicamente, pero que, de acuerdo con la intención de sus autores están dirigidas y tienen como efecto que la conducta de los Estados, las organizaciones internacionales y los individuos sea influida por esas reglas, sin contener, sin embargo, derechos y obligaciones jurídicas vinculantes¹⁰⁸.

A partir de lo expuesto, podemos estructurar la naturaleza jurídica del *Soft Law* y sus características relevantes. Y es que, el *Soft Law* es una evidencia de la adaptación del Derecho a un nuevo contexto global, en donde como ya se ha visto, cobra fortaleza sobre todo en materia de contratación internacional (si bien el *Soft Law* no está pensado únicamente para esta materia), la autonomía de la voluntad privada, por lo que permite a las partes transformar sus realidades contractuales, pudiendo acudir voluntariamente a instrumentos de *Soft Law*¹⁰⁹.

Expuesto lo anterior, se concreta que la naturaleza de los instrumentos de *Soft Law* es meramente dispositiva y así lo denota su principal característica, la falta de coercitividad, siendo estos instrumentos flexibles y no obligatorios para los particulares y los Estados, a menos que cobre efectos vinculantes mediante la autonomía de la voluntad en las contrataciones internacionales, o bien, sean fuente del Derecho para las legislaciones nacionales en donde el poder legislativo del Estado determinado los incorpore materialmente en su ordenamiento jurídico interno¹¹⁰.

105 MATÍAS FELER, A.: “*Soft Law* como herramienta de adecuación del Derecho Internacional a las nuevas coyunturas”, *Lecciones y Ensayos*, núm. 95, 2015, p. 285.

106 El *Soft Law* envuelve una amplia gama de documentos internacionales como: resoluciones de organizaciones internacionales, recomendaciones e informes adoptados por organismos internacionales o dentro de conferencias internacionales; programas de acción; textos de tratados que no han entrado en vigor; declaraciones interpretativas de determinados tratados o convenios; disposiciones programáticas o non-self-executing; acuerdos no normativos, acuerdos políticos o gentlemen’s agreement, códigos de conducta, directrices, estándares, etc. DEL TORO HUERTA, M. I.: “El fenómeno del *Soft Law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, cit., p. 12.

107 GALIANA SAURA, A.: “La expansión del Derecho flexible y su incidencia en la producción normativa”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 32, 2016, pp. 304-305.

108 *Ibidem*.

109 DEL TORO HUERTA, M. I.: “El fenómeno del *Soft Law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, cit., pp. 5-7.

110 *Ibidem*.

De todo lo expuesto, podemos concluir que el *Soft Law* constituye una fuente alternativa al Derecho estatal, caracterizada por su falta de coercitividad, por todos los actos e instrumentos jurídicos sin carácter obligatorio en sentido formal, aunque en virtud de la autonomía de la voluntad privada se vuelve vinculante y obligatoria para las partes, que acuden a estos instrumentos convirtiéndolos en una herramienta eficaz e interesante para los participantes del comercio internacional.

VI. CONCLUSIONES.

A lo largo de este trabajo se ha explorado cómo las tendencias emergentes en la regulación de los contratos internacionales están transformando la manera en que las empresas y las naciones abordan sus relaciones comerciales en un entorno globalizado. Estas tendencias responden a la necesidad de superar los desafíos que surgen de las transacciones transfronterizas y de proporcionar marcos normativos que ofrezcan seguridad jurídica, flexibilidad y previsibilidad a las partes contratantes.

En primer lugar, se destaca la desnacionalización del Derecho, que representa una clara tendencia hacia la creación de un marco legal transnacional, menos dependiente de los sistemas legales nacionales. Este proceso refleja el rechazo a las técnicas tradicionales de conflicto de leyes, que han demostrado ser insuficientes para abordar la complejidad de los contratos internacionales. La búsqueda de normas más globales y aplicables universalmente ha permitido una mayor uniformidad en las relaciones contractuales internacionales, promoviendo la estabilidad y la coherencia en las transacciones comerciales.

En segundo lugar, la propensión al arbitraje ha sido una de las tendencias más significativas en la regulación de los contratos internacionales. El arbitraje ha ganado terreno como mecanismo preferido de resolución de disputas debido a su flexibilidad, neutralidad y eficacia. A través del arbitraje, las partes pueden elegir el foro, el idioma y las reglas aplicables, evitando la incertidumbre que conlleva someterse a los tribunales nacionales, que pueden estar influenciados por factores locales. Además, el arbitraje ofrece rapidez y confidencialidad, factores clave en el comercio internacional.

Otro aspecto fundamental es el creciente fortalecimiento de la autonomía de la voluntad en la contratación internacional. Este principio no solo permite a los actores del comercio global seleccionar el Derecho aplicable a sus relaciones, sino también diseñar acuerdos que se ajusten a sus necesidades específicas, facilitando así la adaptabilidad y la flexibilidad en un entorno comercial dinámico y cambiante. Esta tendencia también se ve reflejada en la interpretación de los contratos internacionales, donde se prioriza la intención de las partes sobre las formalidades legales, contribuyendo a una mayor seguridad jurídica en las transacciones globales.

Por último, la privatización normativa, expresada a través de la *Lex Mercatoria* y el *Soft Law*, ha cobrado relevancia como una respuesta a las limitaciones de los sistemas legales estatales. La *Lex Mercatoria* se ha desarrollado como un cuerpo de normas transnacionales que regula las relaciones comerciales internacionales, ofreciendo un marco legal flexible y adaptado a las necesidades del comercio global. Asimismo, el *Soft Law*, compuesto por normas no vinculantes, ha permitido a las partes adoptar reglas que se ajustan mejor a las particularidades de sus transacciones, sin verse obligadas a seguir las leyes nacionales.

En conclusión, las tendencias emergentes en la regulación de los contratos internacionales están moldeando un marco normativo más flexible, eficiente y adaptado a las necesidades del comercio global. La desnacionalización del Derecho, la propensión al arbitraje, la autonomía de la voluntad y la privatización normativa son elementos clave que reflejan una evolución hacia un sistema más globalizado y menos dependiente de los sistemas legales nacionales. Estas tendencias no solo proporcionan mayor seguridad jurídica y previsibilidad, sino que también permiten una mayor adaptabilidad y flexibilidad, factores esenciales en el entorno comercial internacional contemporáneo. A medida que el comercio internacional continúa expandiéndose, es probable que estas tendencias sigan desempeñando un papel central en la configuración del marco legal de los contratos internacionales, facilitando el desarrollo de relaciones comerciales más fluidas y eficientes a nivel global.

BIBLIOGRAFÍA

ADAME GODDARD, J.: "El Derecho de los contratos internacionales", en MÉNDEZ SILVA, R. (coord.): *Contratación y arbitraje internacionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2010.

Aguilar Domínguez, A.: "La delgada línea entre el *forum shopping* y el fraude a la ley", *Revista de Derecho Privado*, núm. 13, 2018, p. 77.

ANCEL, J. P.: "El Rol del Juez en el Derecho Francés de Arbitraje", en M. MCLEAN. Y J. MORENO-VALLE. (edts.): *Arbitraje Comercial Internacional, Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos*, OEA, Washington, D. C., 2006.

ÁNGELES GALIANA, S.: "La expansión del Derecho flexible y su incidencia en la producción normativa", *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 32, 2016.

BERTHOLD GOLDMAN, M.: "La *Lex Mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives", *Travaux du Comité français de droit international privé*, núm. 2, 1980.

CAICEDO LOZADA, M. y MURILLO GRANADOS, A.: "Algunos contratos mercantiles internacionales como instrumentos para el lavado de activos", en HERNÁNDEZ QUINTERO, H. A. (coord.): *La eficacia de las normas de prevención, detección y sanción del lavado de activos en Colombia*, Ediciones Unibagué, Ibagué, 2020.

CALDERÓN MARENCO, E.: "Los *Incoterms* como instrumento de Derecho suave (*Soft Law*)", *REVISTA@e – Mercatoria*, vol. 17, núm. 1, 2018.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.:

- "Elección múltiple y elección parcial de la ley aplicable al contrato internacional", *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, núm. 18, 2000.
- "Globalización y Derecho Internacional Privado en el Siglo XXI", *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, núm. 22, 2004.

CASTELLANOS HOWELL, A. R.: "Los árbitros y el *Ius Imperium* ¿Compatibles o Incompatibles?", *Revista Auctoritas Prudentium*, núm. 2, 2009.

CASTELLANOS RUIZ, E.: "Lex Mercatoria y autonomía privada en materia de contratos internacionales", en OVIEDO ALBÁN, J. y CALVO CARAVACA, A. L. (dirs.): *Nueva Lex Mercatoria y contratos internacionales*, Tomo 2, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2006.

CASTRO GIOVANNI, R. M.: "Lex Mercatoria", *Revista Electrónica de Derecho Comercial*, Compilación Especial, 2008.

CIJULENLÍNEA: *Lex Mercatoria*.

COULON BAUER, S.: "La independencia del arbitraje comercial internacional y el apoyo de la judicatura. En búsqueda del punto de equilibrio", en ODRIOZOLA MARISCAL, C. E. (dir.): *Retos Actuales del Derecho Internacional Privado*, Instituto de la Judicatura Federal, México D.F., 2015.

CORTÉS CABRERA, B. A.: "El *Soft Law* y su aplicación en el derecho comercial Internacional", *Revista Tribuna Internacional*, vol. 3, núm. 6, 2014.

CRUZ MIRAMONTES, R.: "El arbitraje y su función en la aplicación de los principios sobre los contratos internacionales", en *Contratación internacional. Comentarios a los principios sobre los contratos comerciales internacionales del UNIDROIT*, Universidad Nacional Autónoma de México - Universidad Panamericana, México D.F., 1ª ed., 1998.

DE MIGUEL ASENSIO, P. A.:

- "Algunas tendencias jurídicas de la globalización", *Los nuevos escenarios internacionales y europeos del Derecho y la Seguridad*, Colección Escuela Diplomática, núm. 7, 2003.
- "Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales", *Diritto del Commercio Internazionale*, vol. 12, núm. 4, 1998.
- "El Derecho internacional privado ante la globalización", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. 1, 2001.

DEL TORO HUERTA, M. I.: "El fenómeno del *Soft Law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, 2020.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: "El derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización", *Escriva. Revista del Colegio de Notarios del Estado de México*, núm. 5, 2000.

FRANCO LEGUÍZAMO, C. A.: "De la *Lex Mercatoria* a la *Lex constructionis*", *Revis@ e-Mercatoria*, vol. 6, núm. 1, 2007.

GALIANA SAURA, A.: "La expansión del Derecho flexible y su incidencia en la producción normativa", *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 32, 2016.

GALLINO, J.: "La autonomía de la voluntad en la contratación internacional", *Anuario De Derecho Civil*, núm. 4, 2012.

GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J. L.: *La asistencia judicial al arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, Editorial Reus, Madrid, 1ª ed., 2009.

HERNÁNDEZ MANRÍQUEZ, J.: *Nociones de hermenéutica e interpretación jurídica en el contexto mexicano*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2019.

HERRERA BONILLA, K. M.: "Aspectos actuales del arbitraje comercial internacional", *Cuadernos de la Maestría en Derecho*, núm. 6, 2017.

LACAYO ARANA, M. A.: "El principio de la autonomía de la voluntad en los contratos con condiciones generales en el ordenamiento colombiano", *Catálogo Editorial Politécnico Grancolombiano*, núm. 1, 2021.

MADRID MARTÍNEZ, C.: "Notas sobre la *Lex Mercatoria*: entre el silencio del legislador europeo y el silencio de los Estados americanos", en MORENO RODRÍGUEZ, J. y FERNÁNDEZ ARROYO, D. (coords.): *Derecho internacional privado y Derecho de la Integración. Libro Homenaje a Roberto Díaz Labrano*, CEDEP, Asunción, 2013.

MATÍAS FELER, A.: "Soft Law como herramienta de adecuación del Derecho Internacional a las nuevas coyunturas", *Lecciones y Ensayos*, núm. 95, 2015.

MEREMINSKAYA, E.: "La desnacionalización del Derecho y la formación de regímenes globales de gobierno", en MARTINIC GALETOVIC, M. y TAPIA RODRÍGUEZ, M. (dir.): *Sesquicentenario del código civil de Andrés Bello*, Tomo I, LexisNexis, Santiago, 1ª ed., 2005.

OVIEDO ALBÁN, J.:

- "Autonomía de la Voluntad en los contratos internacionales".
- "La ley aplicable a los contratos internacionales".
- "Las reglas de conflicto y la armonización del Derecho de los contratos internacionales", *Revista Foro Derecho Mercantil*, núm. 39, 2013.

PICAND, E.: *Arbitraje comercial internacional*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

QUIÑONES GÓMEZ, C. E.: "Poderes de los árbitros vs. adopción de medidas cautelares: Un motivo de tensión en el arbitraje nacional", *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, Edición especial, 2012.

RETAMAL VALENZUELA, J. R.: "El *ius imperium* de los tribunales ambientales en Chile", *Revista Derecho del Estado*, núm. 44, 2019.

ROBLES FARIAS, D.: "La interpretación de los contratos internacionales", *Revista Perspectiva Jurídica UP*, núm. 17, 2021.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.: "Reconocimiento de la *Lex Mercatoria* como normativa propia y apropiada para el comercio internacional", *Revis@e-Mercatoria*, vol. 11, núm. 2, 2012.

RODRÍGUEZ, M. S.: "El principio de la autonomía de la voluntad y el Derecho Internacional Privado: asimetrías en su reconocimiento y necesidad de armonización legislativa en el Mercosur", *Revista Científica de UCES*, vol. XV, núm. 1, 2011.

SÁNCHEZ LORENZO, S. A.: "La interpretación del contrato internacional: una aproximación desde el Derecho comparado", en MÉNDEZ SILVA, R. (coord.): *Contratación y arbitraje internacionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2010.

SANTOS BELANDRO, R.: "La regla de conflicto y la definición de los puntos de conexión", *Revista de la facultad de Derecho*, núm. 32, 2012.

SIQUEIROS, J. L.: "La contratación internacional posible armonización de su regulación jurídica", *Boletín*.

