

# DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

Walter René Cadena Afanador

ECOE  
EDICIONES



# CONTENIDO

<b>PRÓLOGO .....</b>	<b>XV</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>XXI</b>
<b>REFERENCIAS.....</b>	<b>XXVI</b>
 <b>ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.....</b>	 <b>1</b>
1.1 EL DERECHO INTERNACIONAL COMO DISCIPLINA DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO .....	1
1.2 EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO COMO DISCIPLINA JURÍDICA .....	4
1.3 INTEGRACIÓN Y JERARQUIZACIÓN NORMATIVA .....	7
1.3.1 Teoría dualista.....	8
1.3.2 Teoría monista .....	9
1.3.3 Teoría de la coordinación .....	11
1.4 DERECHO MERCANTIL Y ECONOMÍA .....	12
1.4.1 No hay una sujeción exclusiva a la dirección estatal.....	15
1.4.2 El derecho económico no es solamente iuspublicista.....	21

1.4.3	El derecho económico no es suficiente respecto a la protección de los sectores sociales.....	24
1.4.4	El derecho económico se rige por normas nacionales.....	29
REFERENCIAS.....		32
<b>ORDENAMIENTO JURÍDICO E INSTITUCIONALISMO .....</b>		<b>35</b>
2.1	IMPORTANCIA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO .....	35
2.2	ENFOQUES SOBRE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.....	36
2.2.1	Normativismo .....	37
2.2.2	Decisionismo.....	39
2.2.3	Institucionalismo .....	42
2.3	DERECHO Y RELACIONES INTERNACIONALES .....	48
2.3.1	Realismo y neorrealismo .....	50
2.3.2	Más allá del realismo.....	55
2.3.3	Constructivismo e institucionalismo.....	59
2.3.4	La Escuela Inglesa.....	71
REFERENCIAS.....		80
<b>ORGANISMOS INTERNACIONALES INTERGUBERNAMENTALES:</b>		
<b>EL «NÚCLEO DURO» .....</b>		<b>83</b>
3.1	INTRODUCCIÓN.....	83
3.2	EL BANCO MUNDIAL (BM) .....	85
3.2.1	El Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) ....	86
3.2.2	La Asociación Internacional de Fomento (AIF).....	89
3.2.3	La Corporación Financiera Internacional (CFI).....	89
3.2.4	El Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI) .	90
3.2.5	El Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).....	91
3.3	EL FONDO MONETARIO INTERNACIONAL (FMI).....	93
3.3.1	Harry Dexter White y John Maynard Keynes .....	93
3.3.2	La naturaleza del FMI .....	95
3.3.3	Los derechos especiales de giro (DEG) y la organización del FMI .....	95
3.4	LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC) .....	104
REFERENCIAS.....		125

<b>OTROS ACTORES INTERNACIONALES .....</b>	<b>127</b>
4.1 LAS NACIONES UNIDAS .....	127
4.1.1 La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) .....	132
4.1.2 El Consejo Económico y Social (Ecosoc) de las Naciones Unidas .....	140
4.1.3 La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (CNUCYD o UNCTAD) .....	142
4.2 EL INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (UNIDROIT) .....	146
4.3 CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL .....	149
4.4 COLOMBIA Y LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO .....	153
REFERENCIAS.....	167
 <b>NUEVOS PARADIGMAS EN EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL .....</b>	<b>171</b>
5.1 INTRODUCCIÓN .....	171
5.2 MODERNIDAD Y MITOLOGÍA JURÍDICA .....	172
5.2.1 Modernidad y derecho .....	173
5.2.2 El normativismo como premisa .....	175
5.2.3 El derecho moderno y el código .....	181
5.3 LA ANTIGUA <i>LEX MERCATORIA</i> .....	186
5.4 DELIMITANDO LA NUEVA <i>LEX MERCATORIA</i> .....	195
5.4.1 El siglo xx como nuevo paradigma del derecho .....	195
5.4.2 Nueva <i>lex mercatoria</i> como ordenamiento .....	201
REFERENCIAS .....	207
 <b>CONTRATACIÓN INTERNACIONAL .....</b>	<b>209</b>
6.1 INTRODUCCIÓN.....	209
6.2 LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS .....	211
6.2.1 Ámbito de aplicación .....	215
6.2.2 Concepto de compraventa internacional .....	216
6.2.3 El concepto de mercadería .....	217
6.2.4 Exclusiones de compraventas .....	217
6.2.5 Extensión a operaciones equiparadas a la compraventa .....	218
6.2.6 Validez y efectos del contrato .....	219

6.2.7	Interpretación .....	219
6.2.8	Los principios generales de la CIM .....	220
6.2.9	Requisitos de forma contractuales .....	221
6.2.10	Incumplimiento .....	223
6.3	OBLIGACIONES DEL COMPRADOR .....	224
6.4	OBLIGACIONES DEL VENDEDOR .....	228
6.5	EL CRÉDITO DOCUMENTARIO .....	231
6.5.1	Características .....	232
6.5.2	Partes .....	236
6.5.3	Clasificación de los créditos documentarios .....	240
6.5.4	Documentación .....	242
6.6	INCOTERMS .....	246
6.6.1	Incoterms y derecho internacional privado .....	247
6.6.2	Grupos de incoterms .....	251
6.6.2.1	Incoterms del grupo E .....	251
6.6.2.2	Incoterms del grupo F .....	252
6.6.2.3	Incoterms del grupo C .....	254
6.6.2.4	Incoterms del grupo D .....	256
REFERENCIAS.....		259

## ÍNDICE DE FIGURAS

<b>FIGURA 1.</b> INCREMENTO EN EL NÚMERO TOTAL DE ESTADOS MIEMBROS DE LAS NACIONES UNIDAS POR DÉCADAS (PERIODO 1946-2016)....	4
<b>FIGURA 2.</b> TEORÍA DUALISTA O VOLUNTARISTA.....	9
<b>FIGURA 3.</b> TEORÍA MONISTA CON PRIMACÍA ABSOLUTA DEL DERECHO INTERNACIONAL.....	10
<b>FIGURA 4.</b> TEORÍA MONISTA CON PRIMACÍA MODERADA DEL DERECHO INTERNACIONAL.....	11
<b>FIGURA 5.</b> TEORÍA MONISTA CON PRIMACÍA DEL DERECHO INTERNO .....	11
<b>FIGURA 6.</b> TEORÍA DE LA COORDINACIÓN.....	12
<b>FIGURA 7.</b> ESTADOS CON MAYOR CANTIDAD DE RESERVAS (1999).....	17
<b>FIGURA 8.</b> ESTADOS CON MAYOR CANTIDAD DE RESERVAS (2015).....	18
<b>FIGURA 9.</b> CRECIMIENTO PORCENTUAL DE LOS 15 ESTADOS CON MAYORES RESERVAS (PERIODO 1999-2015).....	19
<b>FIGURA 10.</b> DISTRIBUCIÓN REGIONAL DE LOS 15 PAÍSES LATINOAMERICANOS CON MAYORES RESERVAS (1999-2015).....	21
<b>FIGURA 11.</b> UBICACIÓN GEOGRÁFICA DE LAS 2 000 EMPRESAS MÁS GRANDES DEL MUNDO (2017) .....	26
<b>FIGURA 12.</b> MONTOS ASIGNADOS POR EL BIRF, POR REGIONES (31 DE DICIEMBRE DE 2016).....	87
<b>FIGURA 13.</b> PAÍSES DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE SEGÚN EL TOTAL DE MONTOS DESEMBOLSADOS POR PARTE DEL BANCO MUNDIAL (2016).....	88
<b>FIGURA 14.</b> PRÉSTAMOS DEL BIRF A COLOMBIA (MONTO DESEMBOLSADO AL 31 DE DICIEMBRE DE 2016) .....	91
<b>FIGURA 15.</b> ESTRUCTURA ORGANIZACIONAL DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO .....	112
<b>FIGURA 16.</b> APORTACIONES NETAS APROBADAS PARA LOS MIEMBROS PERMANENTES ANTE EL CONSEJO DE SEGURIDAD (1994-2017) ....	130
<b>FIGURA 17.</b> PARTICIPACIÓN PORCENTUAL EN EL TOTAL DE LAS APORTACIONES NETAS APROBADAS A LOS MIEMBROS PERMANENTES ANTE EL CONSEJO DE SEGURIDAD (1994-2017) .....	131
<b>FIGURA 18.</b> PAÍSES MIEMBROS DE NACIONES UNIDAS QUE PAGARON COMPLETAS SUS CONTRIBUCIONES (2000-2016).....	132

<b>FIGURA 19.</b> EXPORTACIONES DE LAS PRINCIPALES ECONOMÍAS LATINOAMERICANAS (PERIODO 2000-2015).....	154
<b>FIGURA 20.</b> IMPORTACIONES DE LAS PRINCIPALES ECONOMÍAS LATINOAMERICANAS (PERIODO 2000-2012).....	155
<b>FIGURA 21.</b> EL PIB DE LAS PRINCIPALES ECONOMÍAS LATINOAMERICANAS (PERIODO 1990-2015) .....	156
<b>FIGURA 22.</b> EL PIB PER CÁPITA DE LAS PRINCIPALES ECONOMÍAS LATINOAMERICANAS (PERIODO 2000-2015).....	157
<b>FIGURA 23.</b> EXPORTACIONES E IMPORTACIONES DE COLOMBIA (PERIODO 2010-2016) .....	160
<b>FIGURA 24.</b> DESTINO DE LAS EXPORTACIONES COLOMBIANAS (PERIODO 2016) .....	160
<b>FIGURA 25.</b> ORIGEN DE LAS IMPORTACIONES COLOMBIANAS (PERIODO 2016) .....	161
<b>FIGURA 26.</b> BALANCE COMERCIAL DE COLOMBIA (1980-2016).....	162
<b>FIGURA 27.</b> BALANZA COMERCIAL DE COLOMBIA (PERIODO 2016) .....	163
<b>FIGURA 28.</b> BALANCE COMERCIAL DE COLOMBIA CON LOS ESTADOS UNIDOS (1995-2015) .....	163
<b>FIGURA 29.</b> BALANCE COMERCIAL DE COLOMBIA CON LA UNIÓN EUROPEA (1995-2016) .....	164
<b>FIGURA 30.</b> BALANCE COMERCIAL DE COLOMBIA CON VENEZUELA (1995-2015).....	164
<b>FIGURA 31.</b> BALANCE COMERCIAL DE COLOMBIA CON LA COMUNIDAD ANDINA (1995-2015).....	165
<b>FIGURA 32.</b> BALANCE COMERCIAL DE COLOMBIA CON EL MERCOSUR (1995-2015) .....	165
<b>FIGURA 33.</b> BALANCE COMERCIAL DE COLOMBIA CON LOS PAÍSES DE LA ALIANZA DEL PACÍFICO (1995-2015).....	166
<b>FIGURA 34.</b> NÚMERO DE ESTADOS PARTE DE LA CIM.....	213
<b>FIGURA 35.</b> POBLACIÓN DE LOS ESTADOS PARTE DE LA CIM.....	213
<b>FIGURA 36.</b> EXPORTACIONES DE BIENES Y SERVICIOS DE LOS ESTADOS PARTE DE LA CIM.....	214
<b>FIGURA 37.</b> IMPORTACIONES DE BIENES Y SERVICIOS DE LOS ESTADOS PARTE DE LA CIM .....	214
<b>FIGURA 38.</b> EL PIB DE LOS ESTADOS PARTE DE LA CIM .....	215

## ÍNDICE DE TABLAS

<b>TABLA 1.</b> PRINCIPALES PAÍSES LATINOAMERICANOS CON MAYORES RESERVAS (1999-2015) .....	20
<b>TABLA 2.</b> DIFERENCIAS ENTRE EL REALISMO Y EL NEORREALISMO.....	52
<b>TABLA 3.</b> CARACTERIZACIÓN DEL REALISMO Y DEL NEORREALISMO .....	54
<b>TABLA 4.</b> TIPOS DE ACTORES NO ESTATALES .....	57
<b>TABLA 5.</b> CARACTERIZACIÓN DEL LIBERALISMO Y DEL INSTITUCIONALISMO NEOLIBERAL.....	58
<b>TABLA 6.</b> CARACTERÍSTICAS DEL CONSTRUCTIVISMO .....	61
<b>TABLA 7.</b> PRINCIPIOS BÁSICOS PARA SOLUCIONAR PROBLEMAS COLECTIVOS DE BIENES .....	67
<b>TABLA 8.</b> LOS 10 PAÍSES DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE QUE RECIBEN LOS MAYORES MONTOS EN PRÉSTAMOS DEL BANCO MUNDIAL (2016) .....	88
<b>TABLA 9.</b> DIRECTORIO EJECUTIVO DEL FMI ORDENADO POR PAÍSES Y GRUPOS (2016) .....	99
<b>TABLA 10.</b> DIRECTORIO EJECUTIVO DEL FMI ORDENADO POR REGIONES (2016).....	101
<b>TABLA 11.</b> ACTUACIÓN DE COLOMBIA ANTE LA OMC COMO RECLAMANTE Y DEMANDADO .....	115
<b>TABLA 12.</b> PERFIL DE COLOMBIA ANTE LA OMC, EN MATERIA DE ARANCELES, IMPORTACIONES Y EXPORTACIONES .....	117
<b>TABLA 13.</b> PARTES RECLAMANTES EN DISPUTAS ANTE EL OSD DE LA OMC (PERIODO 1995-2017) .....	122
<b>TABLA 14.</b> PARTES DEMANDADAS EN DISPUTAS ANTE EL OSD DE LA OMC (PERIODO 1995-2017) .....	123
<b>TABLA 15.</b> LOS PAÍSES MÁS DESTACADOS QUE ESTÁN REPRESENTADOS CON POSICIONES DE PANELISTAS (2010) .....	124
<b>TABLA 16.</b> LOS DIEZ PAÍSES CON MAYORES CUOTAS DE CONTRIBUCIÓN AL PRESUPUESTO DE LAS NACIONES UNIDAS (2017) .....	129
<b>TABLA 17.</b> ESTADO DE LAS CONVENCIONES Y LAS LEYES MODELO APROBADAS POR LA CNUDMI .....	135
<b>TABLA 18.</b> EL ÍNDICE DE DEMOCRACIA, SEGÚN EL TIPO DE RÉGIMEN (PERIODO 2016) .....	177
<b>TABLA 19.</b> EL ÍNDICE DE DEMOCRACIA POR PAÍSES: LOS MÁS DESTACADOS EN EL MUNDO Y EN LATINOAMÉRICA (PERIODO 2016).....	178



*A Emy, Juanmi y Alejo, tiempos por venir*

## PRÓLOGO

Supone un gran honor redactar estas letras acerca de una obra del profesor Cadena Afanador, el primer autor colombiano de quien adquirí un libro en el centro de Bogotá hace ya muchos años y quien hoy, ya bastantes ríos de tinta de por medio, por las vueltas del destino y el interés por los mismos temas, me ha invitado a compartir impresiones sobre este trabajo suyo.

Antes de analizar el contenido sustantivo y mis reflexiones personales sobre esta obra, creo pertinente develar a los lectores una idea medular, que el propio autor expone al iniciar el capítulo 6, al decirnos que el “objetivo fundamental de este libro consiste en hacer un análisis general del marco teórico en el que se desenvuelve el derecho internacional privado, con un especial énfasis en el derecho mercantil y comercial que trasciende las fronteras estatales”, afirmaciones que deben vincularse con lo indicado en otras páginas, en las cuales se señala uno de los fines de su trabajo: “promover que los abogados analicen el derecho más allá de los límites dogmáticos de lo legal”.

Ahora bien, me permito disentir, en cierta medida, del alcance de estas afirmaciones, pues luego de leer la obra de que se trata he llegado a la convicción de que las ideas que en ese trabajo se articulan exceden, con mucho, el plano estrictamente jurídico. Por este motivo su lectura resulta aconsejable, no solo a abogados, sino también a politólogos, profesionales en relaciones internacionales, economistas, sociólogos y, en general, cualquier persona interesada en recoger elementos sobre el escenario dentro del cual se desenvuelven los negocios internacionales.

Formuladas estas apreciaciones preliminares y entrando al contenido de *Derecho mercantil internacional*, podemos señalar que el capítulo 1, denominado «Aspectos generales del derecho internacional privado», comienza con una exposición sobre conceptos centrales y características del derecho, paseando por las teorías que buscan explicar la relación que se da entre las normas que componen el derecho internacional y aquellas que forman parte del derecho interno. Acto seguido, prosigue planteando algunas ideas sobre el derecho comercial (mercantil) y la economía, poniendo especial énfasis en el papel del Estado en este ámbito, como ente generador de normas jurídicamente vinculantes. Más adelante el autor provee interesante información acerca de las reservas de oro de los países, deteniéndose con la exposición de diferentes casos de deuda externa y otros variados asuntos, materias todas que sirven de introducción general para emprender un acercamiento inicial con la materia.

El capítulo 2, titulado «Ordenamiento jurídico e institucionalismo», es profundamente teórico y conceptual, dado que vuelve con reflexiones generales sobre teoría general del derecho y, en específico, profundiza acerca del rol del Derecho en una sociedad, revisando diferentes corrientes de pensamiento que han buscado descifrar las interrogantes vinculadas con este tópico, para luego pasar a abordar –esquemáticamente– algunas ideas doctrinales centrales que permiten entender los problemas vinculados con las relaciones internacionales, para lo cual el profesor Cadena se vale de interesantes anécdotas sobre la Guerra Fría, que hacen más ilustrativa y ágil la lectura sobre estos puntos.

A su turno, el capítulo 3, bajo el nombre «Organismos internacionales intergubernamentales: el “núcleo duro”», a mi juicio, es muy interesante, ya que pasa revista por los actores del orden económico internacional, derivados –directa o indirectamente– de la Conferencia Bretton Woods, como son el grupo Banco Mundial (que comprende al Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, la Asociación Internacional de Fomento, la Corporación Financiera Internacional, el Órgano Multilateral de Garantía de Inversiones y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en Materias de Inversión), el Fondo Monetario Internacional y la Organización Mundial de Comercio.

En tanto, el capítulo 4 lleva el nombre de «Otros organismos internacionales intergubernamentales» y se dedica a exponer algunos elementos de otras instituciones cuyas labores tienen incidencia en materia de negocios internacionales, como son la Organización de Naciones Unidas y las entidades especializadas surgidas de esta –entre ellas la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Uncitral), el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (Ecosoc) y sus correspondientes comisiones económicas continentales y subcontinentales, dentro de las cuales destaca nuestra Cepal y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)–, el Instituto

Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit) y la Cámara de Comercio Internacional (ICC). Luego culmina con una relación de la política comercial colombiana, identificando los diferentes tratados que sobre la materia sus autoridades han suscrito y otros elementos cuantitativos de países latinoamericanos.

Por su parte, el capítulo 5, intitulado «Nuevos paradigmas en el derecho mercantil internacional», se dedica a analizar los matices de la *lex mercatoria*, formulando reflexiones generales sobre el derecho y su incidencia en los temas de negocios internacionales, pasando revista también a otros elementos indirectamente vinculados, como son estudios sobre los niveles de democracia y otros elementos sociológicos. Más adelante analiza la función de las leyes positivas estatales en la actualidad, para culminar con una relación cronológica de la evolución de la *lex mercatoria*, desde sus orígenes más remotos hasta nuestros días.

Por último, el capítulo 6, el más jurídico/positivo de todos, se denomina «Contratación internacional» y expone relevantes acuerdos de voluntades relacionados con los negocios internacionales, como son la compraventa internacional de mercaderías, a la luz de la normativa de la Convención de la UNCITRAL de 1980 sobre la materia; el crédito documentario y los incoterms, estos últimos con arreglo a las reglas que, al efecto, ha emitido la Cámara de Comercio Internacional.

Una vez expuestos los contenidos de la obra, creemos necesario compartir nuestras reflexiones personales sobre el momento en que este trabajo ve la luz. Al respecto, creemos pertinente advertir que nos encontramos en tiempos en los cuales el orden económico internacional parece quedar bajo un manto de incertidumbre, habida cuenta, entre otros aspectos, de las tajantes declaraciones del presidente de Estados Unidos, el inicio del proceso de retirada del Reino Unido de la Unión Europea y la reacción china con sus propuestas de la nueva «ruta de la seda», unido al escenario de conflicto y tensión permanente provocado por las acciones de grupos terroristas, los recurrentes golpes de la naturaleza, la inestabilidad en algunas naciones petroleras y el surgimiento –con fuerza– de movimientos nacionalistas y populistas, condicionantes todas que hacen imperioso que quienes afronten esta realidad cuenten con un espectro amplio de elementos que les permitan ponderar la mayor parte variables involucradas.

Colombia y en general los países latinoamericanos nos encontramos en una encrucijada histórica de cómo afrontar el cambio de las reglas del juego del comercio internacional. Ante esta coyuntura soy un firme partidario de profundizar el trabajo conjunto entre países que hemos mantenido, a lo largo de un buen periodo de tiempo, políticas exteriores afines, a fin de poder aprovechar de mejor forma las sinergias y buscar potenciar a nuestros productores –con valor agregado– para la apertura de nuevos mercados, ya sea en operaciones intrarregionales o a través

de negociaciones laboradas mancomunadamente, que nos permitan abrir la mirada y las fronteras hacia otros horizontes.

Asimismo, debemos tener en cuenta que hoy no solo fluyen mercaderías, sino que también se desplazan en gran número personas, todo lo cual demanda acciones complejas y eficaces de gobernantes y también de los particulares, que ponderen las diferentes sensibilidades involucradas, velando siempre por el respeto y dignidad de la persona humana, cualquiera sea su nacionalidad o condición.

Dicho lo anterior, y entrando a analizar el libro que usted tiene en sus manos, de modo general, estimo que este es un trabajo que contextualiza el derecho comercial internacional y que permite al lector advertir los elementos que condicionan las relaciones mercantiles transfronterizas. Por lo tanto, su utilidad es muy grande ya que abre una puerta para que quien tenga interés en profundizar en estos asuntos pueda comenzar a investigar, con base en los temas que se colocan sobre la mesa, acudiendo a diferentes revistas especializadas y a otros trabajos complementarios sobre estos tópicos, de los cuales la academia colombiana se puede enorgullecer por ser tan prolíficos, alcanzando, en efecto, niveles en cuantía y calidad de primer orden dentro de América Latina.

Ahora bien, al mismo tiempo creemos necesario ser sinceros y manifestar que la obra del profesor Cadena resulta una apuesta «provocadora» o controversial pues, de la lectura de su contenido, relacionándolo con su título *Derecho mercantil internacional*, nos da la impresión de que el autor compila o aglutina aspectos que van más allá de lo que usualmente se entiende (o al menos yo he entendido hasta la fecha) que comprende ese término.

Me explico: desde hace unos años vengo enseñando en pregrado y posgrado, escribiendo también investigaciones en revistas especializadas y libros sobre estos puntos, siguiendo la estructuración conceptual que, entre otros autores, propone el catedrático de la Universidad Complutense de Madrid, el profesor José Carlos Fernández Roza (véase *Ius Mercatorum. Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios internacionales*, 2003, y *Sistema de Derecho Económico Internacional*, 2010, entre otros), quien distingue entre dos grandes bloques que se deben tener presentes para comprender los elementos jurídicos involucrados ante los negocios internacionales. En primer lugar, un conjunto que, bajo la denominación de derecho económico internacional (o *trade*), comprende el derecho estatal o interestatal que sirve de contexto de las operaciones comerciales, dentro de cuyo contenido encontramos los diferentes tratados de libres comercio y las materias que estos usualmente abordan, como aranceles, medidas sanitarias, fitosanitarias, reglas de origen, etc., que en conjunto suponen normas positivas que no son disponibles para las partes y sirven de plataforma básica para el desenvolvimiento de las operaciones mercantiles concretas.

Por otra parte, suelo enseñar que en paralelo está el derecho comercial (o mercantil) internacional (o *business*), que comprende diversas manifestaciones de derecho privado que emplean, de manera mucho más libre y flexible, los propios operarios internacionales. En el seno de estas encontramos los contratos internacionales que se suelen celebrar al efecto, como las compraventas internacionales, los medios de pago, los incoterms y otros tantos negocios que, por sus propias características, a diferencia del espectro normativo anteriormente reseñado, se caracterizan por ser disponibles pero, no obstante, se encuentran generalmente armonizados, con ocasión del trabajo de foros especializados.

Tamaño, entonces, es mi sorpresa cuando el autor, bajo el título general de derecho mercantil internacional, engloba elementos de ambos bloques enunciados, dedicando a los asuntos de *business* solo los dos últimos capítulos de su valioso trabajo.

Ahora bien, a estas alturas del partido nos parece ineludible indicar que un académico ya consolidado e internacionalmente respetado, como lo es el profesor Cadena Afanador, se encuentra habilitado para conferirse esas «libertades» y construir su doctrina propia, concibiendo bajo el alero del derecho mercantil internacional los dos bloques a los cuales yo separadamente hice mención, esto es, refundir bajo un solo marco al *trade* con el *business*.

Además, es un texto provocador porque, en un tono realista, está escrito desde América Latina, y ese origen brota por cada una de las líneas escritas por el autor. Relacionando diferentes temáticas, como la deuda pública argentina, la dispar posición en que se encuentran nuestros Gobiernos en foros internacionales como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, y algunas reflexiones en torno al sector productivo, el PIB y otros índices colombianos y de otros países de la región, el autor hace que el texto sea muy palpable, muy nuestro, una lección de aspectos sociales (en sentido amplio) vinculados con negocios internacionales, de acuerdo con nuestros códigos y realidades.

A su turno, creo adecuado mencionar que el trabajo que tengo la satisfacción de prologar da cuenta de la vocación humanista del profesor Cadena, en orden a no estructurar normas alejadas de un contexto o corrientes de pensamientos sin un autor o promotor atrás. Esto lo hace enlazando, de una manera agradable y ágil para el lector, elementos y anécdotas que usualmente no se comparten en esta clase de obras, lo que nos permite conocer cualidades, trayectorias y características personales de los actores que han sido relevantes en el proceso de modelaje del derecho internacional económico y las ciencias jurídicas y sociales en general, como Hans Kelsen, Paolo Grossi, Carl Schmitt, Paul Goldman, Raúl Prebisch, John Maynard Keynes, Néstor Osorio y muchos otros.

Como sin duda esta obra será de frecuente consulta por los operadores de esta clase de asuntos en la tan querida nación cafetera y también de otras latitudes, presumo que esta será solo la primera edición del texto y luego vendrán varias posteriores, en las cuales sugiero al autor que se aventure y comparta con sus lectores algunas nociones generales conceptuales acerca del derecho internacional privado ya no solo desde un marco teórico que, aunque valioso en sí, solo importa en un acercamiento preliminar. Si profundiza en ello, siguiendo este humilde consejo, quien se interese por estos tópicos se encontrará en mejores condiciones para comprender que esa rama del derecho resuelve temas de enorme relevancia práctica, como por ejemplo qué tribunal resolverá la controversia que se presente entre las partes y cuál será el derecho que regirá la disputa.

Asimismo, espero que en próximas ediciones el profesor Cadena no solo dedique unas líneas a la Alianza del Pacífico, sino que –ojalá– un capítulo entero. Eso significará que ese bloque tendrá una enorme relevancia para los nacionales de sus países miembros, entre ellos Colombia y Chile, demandando un estudio indispensable sobre sus características y elementos para los operadores del comercio internacional, de un modo análogo, en su medida, a como hoy se estudia el derecho comunitario en las universidades europeas.

Para finalizar, un reconocimiento al profesor Cadena, quien con su trabajo ha abarcado variados temas de por sí complejos y, en un afán docente pedagógico, ha procedido a sistematizarlos y exponerlos, en conjunto, de un modo que se facilite su lectura y comprensión por aquellos que, aun cuando puedan carecer de acabados conocimientos jurídicos, tengan el legítimo interés de aprender y reflexionar acerca de esta clase de asuntos. Así, con una obra de esta clase, que de manera clara y fluida desentraña diferentes tópicos y los pone para la comunidad, el profesor Cadena está llevando a cabo eso a lo que nos exhortaba Gabriela Mistral al decir «Donde haya un árbol que plantar, plántalo tú. Donde haya un error que enmendar, enmiéndalo tú. Donde haya un esfuerzo que todos esquivan, hazlo tú. Sé tú el que aparta la piedra del camino».

Madrid, 17 mayo de 2017

**Jaime Gallegos Zúñiga**

Profesor del Departamento de Derecho Económico de la  
Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Miembro de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado.

# INTRODUCCIÓN

Las palabras escritas poseen una funcionalidad dicotómica ya que pueden ser emancipadoras o esclavizantes. Las capacidades de redimir, de brindar claridad en medio de la oscuridad y de abrir un sendero conceptual, teórico o práctico son algunos de los objetivos que muchas veces los escritores buscan en el momento de escribir. Esto compete a todas las disciplinas del conocimiento, es decir, no solo a las ciencias aplicadas, sino también a las sociales, a pesar de que algunos tecnócratas de la «medición del conocimiento» prefieren hablar más bien de «ciencias vivas» y «otras ciencias», por no decir «ciencias muertas», que es como se encasillaría a las ciencias sociales y humanas. Estas pretensiones emancipadoras adquieren una mayor dimensión cuando los escritos provienen de autores de países en vías de desarrollo o más pobres, como sucede en América Latina.

No obstante, los escritos también pueden adquirir el cariz de ser un lastre y de fijar cadenas en el pensamiento y en la vida de sus autores. En estos momentos se cree tener la lucidez al dejar plasmado algún pensamiento, pero con el paso del tiempo resulta desvirtuándose. Así, se presentan casos dramáticos en los que algunos autores deben hacer un acto de contrición pública por algún escrito publicado años atrás. Es un riesgo en el que siempre se puede caer, más aún cuando se lanzan ideas vanguardistas o propuestas que pretenden ser dogmáticas o excluyentes.

Es la recurrente imagen del autor: escribiendo, la cual, en la mayoría de las ocasiones, se ilustra como un trabajo solitario en el que el escritor se enfrenta a sí mismo, a su inconmensurable ignorancia, y trata de no salir perdedor en el lance que le



enfrenta a la página en blanco del procesador de palabras o a la hoja límpida que lo esperan impasiblemente. Por cierto, comenzar a escribir se antoja como una especie de rito en el que suele aparecer un aviso de advertencia al estilo de la cartografía medieval: *hic sunt dracones*.

Eso le sucedió a una de las más importantes escritoras de Brasil, la fortalecense De Queiroz (1930), quien escribió su más importante obra *O quinze* cuando tenía 20 años (Menezes, 2015). Ella a sus 78 años, al referirse al libro, manifiesta que le reportaba una «antipatía mortal» (Menezes, 2015). También le pasó al poeta inglés y nacionalizado estadounidense Auden (1945), sin duda uno de los mejores escritores del siglo xx, quien, entre otras obras, publicó en 1941 *El hombre doble*, en la que dio un giro de 180 grados. Al respecto, así comentó un perplejo Paz:

W. H. Auden, el más incitante de los nuevos poetas ingleses, acaba de publicar un libro que niega toda su obra anterior. Cogido entre la revolución traicionada y el mundo «dirigido» que nos preparan, se ha acogido al clavo ardiente de la Iglesia Anglicana; su caso no es el único, aunque sí el más notable, por su talento y por su prestigio. Lo curioso es que cuando esa gente «renuncia al mundo» es cuando más éxito mundano alcanza. Por lo demás, y en otro sentido, el libro de Auden posee intensidad y me parece el fruto de una auténtica experiencia. No intento negar su sinceridad y aun su valentía moral (Citado en Krauze, 2012, p. 197).

Una situación similar identificó la citada periodista Menezes (2015) cuando el 11 de abril de 2014 el escritor uruguayo Galeano, en una rueda de prensa durante la II Bienal del Libro y la Lectura, de Brasilia, en la que era invitado de honor, respondió a la recurrente pregunta de cuáles eran las venas abiertas hoy en día de América Latina:

Sería imposible para mí responder una pregunta como esa, sobre todo porque, después de tantos años, no me siento tan apegado a este libro como cuando lo escribí. Pasó el tiempo, empecé a probar otras cosas, a aproximarme más a la realidad humana en general y en particular a la economía política, porque *Las venas abiertas* trató de ser un libro de economía política, solo que yo aún no tenía la formación necesaria. No me arrepiento de haberlo escrito, pero es una etapa superada. Yo no sería capaz de leer ese libro de nuevo, me desmayaría. Para mí esa prosa de izquierda tradicional es aburridísima. Mi físico no podría soportar. Sería internado en una sala de emergencias... «¿Tiene alguna cama libre?», preguntaría (Menezes, 2014, 2, trad. propia).

Las reacciones no se hicieron esperar. Por ejemplo, el principal diario uruguayo intituló una de sus editoriales «Adiós a la Biblia de izquierda», que contiene «medias verdades, relatos inexactos y visiones caricaturescas de la historia de América Latina» (El País, 2014, 3). En *The New York Times*, el crítico literario Rother (2014)

hizo referencia al cambio de mentalidad de Galeano con respecto a su manifiesto de la década de los setenta, el cual ha sido desde entonces y en la región un texto canónico anticolonial, anticapitalista y antiestadounidense (Rother, 2014). Para ello, recuerda cómo «Chávez (...) puso incluso una copia del libro, que llamó “un monumento de nuestra historia latinoamericana”, en las manos de Barack Obama la primera vez que se encontraron» (El Espectador, mayo de 2014). Cabe anotar que Galeano (citado en Menezes, 2014) consideró que tanto Obama como Chávez no entenderían el libro, en especial el primero, ya que no conoce la lengua española.

Más allá de las disquisiciones ideológicas que puedan surgir de las declaraciones de Galeano, a propósito de este libro se hará énfasis en el efecto desconcertante que produjeron tales palabras entre millones de personas que por varias generaciones leyeron *Las venas abiertas* tanto en Latinoamérica como en otros países del entonces tercer mundo. ¿Cómo se debe ahora leer esa obra? O más contundente aún: ¿el propio autor está desaconsejando su lectura? Claro está que no es el primero ni será el último autor que debe desandar la senda que sus escritos han trazado. Lo mismo le sucede a la gran mayoría de personas que han escrito y han tomado la osadía emancipadora-esclavizante de publicar. Afortunadamente, para el caso del servidor de esta obra de derecho, hay un efecto muchísimo más modesto.

Escribir sobre el derecho internacional privado es una tarea avasallante por cuanto es extensa la literatura que ya se ha publicado. Y la gran mayoría coincide en su estructura temática, reconociendo, eso sí, que es una disciplina jurídica que sorprende por su progresiva evolución. De allí que el objetivo general de esta obra es brindar una mirada específica, interdisciplinar y amena del derecho internacional privado.

Específica porque se parte de la creencia de que uno de los aspectos más vanguardistas en esta área es el derecho mercantil internacional, donde se trasluce el efecto en el derecho de la creciente interdependencia y globalización que ha signado la humanidad, especialmente después de las dos guerras mundiales. En tal medida, se dejan de lado temas que son propios del estudio del derecho internacional privado como son los relativos a la nacionalidad, las personas físicas o jurídicas, el matrimonio, la filiación, la patria potestad, la tutela, la adopción, las sucesiones, los bienes, las sociedades, el derecho laboral y la seguridad social, entre otros. La focalización temática se concentra en el régimen internacional sobre la compra-venta de mercaderías, sus medios de pago y los términos comerciales internacionales. Pero para llegar a este tema (ver quinto capítulo), es necesario realizar una travesía por el marco general del derecho internacional privado, las implicaciones teóricas del ordenamiento jurídico y el institucionalismo, los organismos interna-

cionales que coadyuvan en la construcción del derecho mercantil internacional, la mitología jurídica de la modernidad y el fenómeno de la *lex mercatoria*.

Interdisciplinar puesto que para cumplir con el objetivo principal, en función de un trabajo descriptivo y analítico, es fundamental tener en cuenta el estudio del derecho y su correlación con las relaciones internacionales. En tal sentido, se considera que debido a la naturaleza internacional del derecho mercantil –que en esta obra se trabaja–, se requiere una visión desde la postura clásica del institucionalismo de Santi Romano y su concepción sobre qué es el derecho y los conceptos de institución y ordenamiento jurídico. Asimismo, se plantea la necesidad de complementar esta mirada con el enfoque institucionalista propio de la escuela inglesa de las relaciones internacionales, con el fin de alcanzar una mirada integral del derecho dentro del contexto de su génesis, desarrollo y aplicación en la sociedad internacional. De manera adicional, también se acude a algunos elementos de la historia y la economía como ejes transversales de análisis.

Amena, o al menos con la sincera intención de serlo, dado que se busca llegarle al lector con un lenguaje que no sea pesado, complejo ni excesivamente técnico, que, con toda seguridad, no lo conducirá al callejón del aburrimiento. Para ello, se procura conjugar la rigurosidad que debe tener toda obra académica que se precie de serlo con la firme convicción de que todo escrito es, ante todo, una pieza literaria. Esto último significa que se debe reconocer que sobre cualquier temática que se aborde existe un estado de arte tan amplio que conduce siempre a que el escritor deba tener una actitud casi genuflexa de acusada humildad. De igual forma, se le debe agradecer permanentemente al lector, porque va a dedicar una parte de su existencia a recorrer, de manera voluntaria u obligada, los pensamientos que el autor ha escrito; para ello, la mejor forma de hacerlo es escribir con conciencia literaria, esto es, buscando hacer agradable la experiencia lectora.

La obra se divide en seis capítulos. En el primero se analizan los aspectos generales del derecho internacional privado, partiendo de su conceptualización y tomando como referente histórico el término acuñado por Joseph Story, quien fue decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Harvard; determinando su importancia y autonomía como disciplina del derecho; revisando las teorías que se han elaborado en relación con la integración y jerarquización normativa; y evaluando las características del derecho mercantil como una de las áreas del derecho privado que más se destaca en el ámbito internacional por su grado de sofisticación técnica y por los cambios promovidos por sus diversos actores.

En el segundo se revisa el concepto de ordenamiento jurídico como un tema nuclear en el estudio del derecho y, en este caso, de la relación estrecha que debe existir entre el ámbito jurídico nacional y el internacional. Para ello se revisan las tres posturas teóricas más destacadas referentes al ordenamiento jurídico como son el normativismo, el decisionismo y el institucionalismo, decantándose que

esta última teoría brinda una vía de análisis idónea para comprender el derecho mercantil internacional desde una lectura interdisciplinar. A partir del institucionalismo esbozado a través de doctrinantes como Romano o Hauriou, se puede establecer una lectura interdisciplinar complementaria con las relaciones internacionales, y, en especial, con la escuela inglesa, sustentada en los planteamientos de académicos como Hedley Bull.

En el tercer y cuarto capítulos se hace una revisión de los organismos internacionales que tienen influencia en el entorno del derecho mercantil internacional, como son el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la Organización Mundial del Comercio, las Naciones Unidas, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado y la Cámara de Comercio Internacional. El quinto capítulo aborda los nuevos paradigmas del derecho mercantil internacional enfocados en la modernidad y la mitología jurídica, y la modernidad y su relación con el derecho, así como en la *lex mercatoria*, tanto en sus antecedentes históricos como en lo que se ha denominado como la nueva *lex mercatoria*.

El último capítulo ahonda en la contratación internacional como una de las actividades que más dinámica le dan al derecho mercantil internacional. Con ese fin se detalla el régimen normativo que ha tenido más aceptación en el ámbito mundial en materia de la compraventa internacional de mercaderías, el crédito documentario y los incoterms, existiendo entre los tres una estrecha relación en la práctica mercantil en los negocios internacionales.

Este libro, para cumplir con su objetivo, recoge una cantidad considerable de material relacionado con la tesis del doctorado en Derecho que se está adelantando en la Universidad de Buenos Aires, bajo la dirección de la doctora Luciana Scotti. En tal sentido, esta obra corresponde a una línea de investigación de varios años de trabajo profesional y académico, que maduró durante el periodo de una licencia de año sabático otorgada por la Universidad Militar Nueva Granada. Para ella va mi primer agradecimiento, por este estímulo aunado al apoyo para realizar instancias investigativas en Argentina, Chile, España, Estados Unidos y México, lo cual me ha permitido, de manera progresiva, definir algunas ideas y propuestas.

Otro importante agradecimiento lo expreso al Banco de la República y a su Biblioteca Luis Ángel Arango, por la posibilidad de realizar una pasantía investigativa en sus instalaciones. A la Universidad Libre, la cual me ha apoyado de manera decidida en realizar diversas estancias internacionales en países como Alemania, Austria, Brasil, Estados Unidos, Francia, Inglaterra, Italia, República Dominicana y Uruguay, los cuales han contribuido a enriquecer esta propuesta metodológica de texto.

Quiero también agradecerles a Paola Erazo, Diana Santiesteban, Alejandra Ríos, Manuel Díaz, Andrés Castillo, Julián Melo, Julián Santos y Sebastián Kramanski, quienes demostraron amplia paciencia en escuchar mis soliloquios, ayudando a materializar el arduo proceso de redacción.

## REFERENCIAS

Auden, W. H. (1945). *The collected poetry of W. H. Auden*. Nueva York: Random House.

Krauze, E. (2012). *Redentores: ideas y poder en América Latina*. Bogotá: Debate.

El Espectador (2014, junio). El arrepentimiento de Eduardo Galeano. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/noticias/elmundo/el-arrepentimiento-de-eduardo-galeano-articulo-496907>.

El País (2014, julio). Adiós a la Biblia de la izquierda. *El País*. Recuperado de <http://www.elpais.com.uy/opinion/editorial/adios-biblia-izquierda-editorial.html>.

Menezes, C. (2014, abril). Galeano: “Eu não seria capaz de ler de novo «As Veias Abertas...», cairia desmaiado”. *Socialista Morena*. Recuperado de <http://www.socialistamorena.com.br/galeano-eu-nao-seria-capaz-de-ler-de-novo-as-veias-abertas-cairia-desmaiado/>.

Rother, L. (2014, mayo). Author changes his mind on '70s Manifesto. *The New York Times*. Recuperado de [http://www.nytimes.com/2014/05/24/books/eduardo-galeano-disavows-his-book-the-open-veins.html?\\_r=1](http://www.nytimes.com/2014/05/24/books/eduardo-galeano-disavows-his-book-the-open-veins.html?_r=1).

## CAPÍTULO 1

# ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

### 1.1 El derecho internacional como disciplina del conocimiento jurídico

Se entiende el derecho como una ciencia social aplicada, tal como lo define el Ministerio de Educación Nacional, a través de sus procesos del denominado Sistema de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior (SACES). Como disciplina del conocimiento, posee su propio método científico de estudio, que se enmarca en una esencia antropológica y social. El derecho parte de un ideal de la sociedad y del individuo como tal, que consiste en alcanzar la armonía y el bienestar. Se trata de un anhelo que denota la búsqueda del individuo de relacionarse de manera pacífica con otros seres humanos, entendiendo que la persona se desarrolla de manera integral cuando pertenece a una estructura social organizada.

El derecho, por ser una disciplina de las ciencias sociales aplicadas, está en permanente contacto con otras disciplinas y ciencias dentro de su quehacer epistemológico. Teniendo en cuenta que su esencia es el ser humano, este será entendido como individuo o persona de manera indistinta, tal como lo hacía el derecho romano, que no diferenciaba entre persona y ser humano. Para los romanos: *cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit, primo de personarum statu ac post de ceteris* (Hermogeniano, *Digesto* 1. 5. 2).

La disciplina del derecho se divide metodológicamente en varias áreas, de las cuales una corresponde al derecho internacional. La esencia de este derecho co-

responde a las relaciones jurídicas entre las naciones y los pueblos; de allí que su origen se remonte al de las civilizaciones. Desde que existe el concepto de «civilización», esto es, desde el surgimiento de las *civitas* en Mesopotamia, China, India y Egipto, la sociedad ha evolucionado en su forma de organización normativa, aparejando diversas manifestaciones de creación, sistematización e interpretación del derecho. La interrelación entre tales civilizaciones se realizó de una manera variable ya que oscilaba entre las continuas guerras y alianzas en aras de mantener o aumentar su dominio territorial y político, y las relaciones dadas a partir de otras necesidades sociales, como el comercio e intercambio de bienes y mercaderías, y las afinidades o rivalidades culturales, lingüísticas y religiosas, entre muchas otras.

No obstante, la historia del derecho moderno se ha caracterizado por un acendrado positivismo y normativismo, donde la sistematización y la codificación del derecho han sido los hitos legitimadores del ordenamiento jurídico moderno. De esta manera, se ha configurado una distinción entre derecho interno y derecho internacional, que muchas veces obedece más a una concepción estatalista que estudia de manera particular el proceso de creación y consolidación del derecho internacional.

El entorno de la mundialización cada vez más creciente de las economías, del mayor flujo de capitales y de personas entre países, el mayor efecto de los acontecimientos que suceden allende de las fronteras de un país, y las facilidades que existen para que surjan relaciones de carácter privado entre personas naturales y jurídicas en diversos estados, entre otros aspectos, han conducido a que el derecho se dinamice y replantee la mayoría de los conceptos, instituciones y enfoques doctrinarios que creía inamovibles desde la consolidación de la era moderna. Un ejemplo de los conceptos es el de «soberanía», que es un pilar fundamental del accionar del Estado y de la capacidad de nomopoiesis legislativa y del accionar judicial y jurisdiccional. Este concepto ha cambiado a lo largo de la historia de las civilizaciones y se ha convertido en un factor consecuencial y, a la vez, causal de los elementos que le dan vida jurídica al Estado.

En efecto, y siguiendo la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados, que se firmó en Montevideo en 1933 (Organización de los Estados Americanos, 1933), el Estado cifra su existencia y supervivencia en el sistema internacional al contar con:

- a) un territorio definido en el que, a través de la geografía física y, tal vez, de la geografía cultural, se pueden determinar sus fronteras terrestres, fluviales, marítimas y aéreas;
- b) una población permanente que no es homogénea pero sí es identificable;
- c) el ejercicio de un gobierno efectivo, donde la soberanía es una de sus formas concretas de materialización;
- d) la capacidad de entrar en relaciones con los demás Estados.

- e) El último aspecto implica un reconocimiento efectivo por parte de los principales actores que integran el sistema internacional: en este caso, entre Estados y organismos internacionales.

En tal sentido, el ingreso como miembro pleno a las Naciones Unidas (NU) es quizás el reconocimiento más universal que existe en la actualidad en la sociedad internacional. Se trata de un procedimiento que requiere del voto mayoritario de los países que integran la Asamblea General, luego de haber pasado por el examen del asimétrico Consejo de Seguridad<sup>1</sup>, donde sí pesan la influencia y el veto de la figura anacrónica de los cinco miembros permanentes (China, Estados Unidos, Francia, Reino Unido y Rusia). La votación en la Asamblea General establece que cada Estado miembro tiene derecho a un voto, sin miramientos especiales, y que, por tratarse de la admisión de nuevos miembros a las NU, corresponde a un tema especial que requiere de la votación mayoritaria de dos tercios de los miembros presentes y votantes (art. 18, núm. 1 y 2) (Organización de las Naciones Unidas, s. f. a).

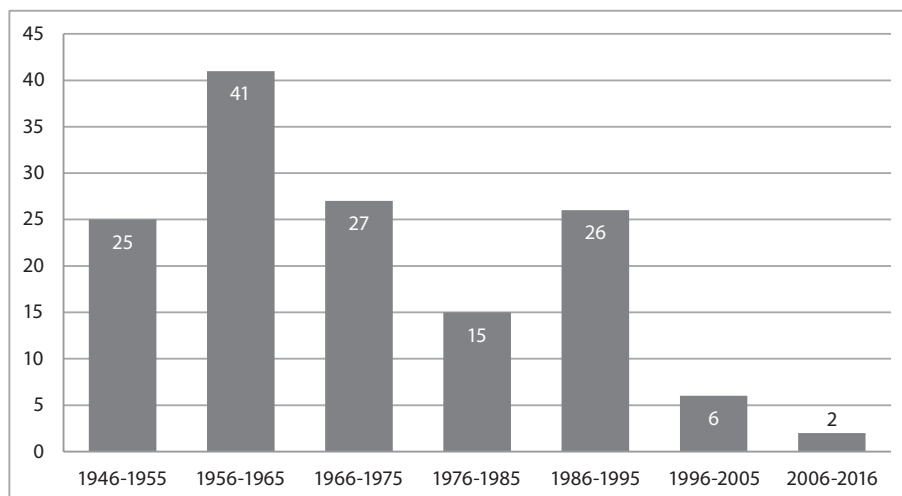
A la fecha hay 193 Estados que son miembros plenos de las NU. Entre ellos los últimos que fueron admitidos fueron: Sudán del Sur (14 de julio de 2011), Montenegro (28 de junio de 2006), Timor Oriental (27 de septiembre de 2002), Suiza (10 de septiembre de 2002), Serbia (1.º de noviembre de 2000), Tuvalu (5 de septiembre de 2000), Kiribati, Nauru y Tonga (14 de septiembre de 1999) (Organización de las Naciones Unidas, s. f. e). Lo anterior implica que ha habido un crecimiento en el total de miembros de las Naciones Unidas, ya que después de su fundación en 1945 solo contaba con 51 Estados miembros. Para ilustrar, en la figura 1 se representa el comportamiento de su crecimiento.

---

1 Quizás esta figura no existiría en la actualidad si la República Popular China no hubiera tenido un papel preponderante en el frente asiático durante la Segunda Guerra Mundial y no hubiera sido miembro permanente del Consejo de Seguridad desde 1971 en reemplazo de la República de China (hoy Taiwán, Provincia de China, tal como la denomina las Naciones Unidas). Debido al progresivo crecimiento económico de China que la ubica entre las principales potencias del mundo, probablemente hubiera presionado con éxito la reforma de la membresía en el Consejo de Seguridad, de la misma forma en que logró ingresar a la Organización Mundial del Comercio (OMC) en el 2001.



**Figura 1. Incremento en el número total de Estados miembros de las Naciones Unidas por décadas (periodo 1946-2016)**



Fuente: Elaboración propia con datos de la Organización de Naciones Unidas (s. f. e)

De acuerdo con la figura 1, se puede observar que en las últimas dos décadas se han incrementado en ocho los Estados miembros de las NU, lo cual contrasta con la tendencia de las cinco décadas anteriores, cuando se presentó una media de 27 nuevos Estados miembros por década.

## **1.2 El derecho internacional privado como disciplina jurídica**

En la actualidad no existen discusiones sobre la existencia del derecho internacional, a pesar de que ha recibido críticas respecto a su legitimidad y eficacia, entre otros aspectos. En consecuencia, muchos autores han manifestado que el derecho internacional no es propiamente un ordenamiento jurídico, sino que se asemeja a una especie de moral en las relaciones entre los Estados. Sin embargo, este concepto ha sido rebasado por las evidencias empíricas que muestra la sociedad internacional: los Estados firman de manera permanente tratados, convenciones y acuerdos internacionales, los cuales en un alto porcentaje respetan el principio de *pacta sunt servanda*. Si bien se dan significativas transgresiones al derecho internacional (intervenciones militares, desconocimiento de acuerdos en materia económica, salvaguardas y subvenciones, entre tantas otras situaciones de hecho), la gran mayoría de Estados que incurren en estas vulneraciones inmediatamente tratan de justificar jurídica y políticamente sus decisiones, procurando legitimarlas, en lo preferible, también por medio del derecho internacional.

Tanto la ausencia de un gobierno mundial o de un orden supranacional como la exigencia conceptual y la amplitud que alcanza dicho término tornan poco

comparable la naturaleza y la estructura del derecho internacional con la del derecho interno (o, como lo denominan los franceses, el derecho estático). Son dos paradigmas de organización jurídica muy diferentes. El derecho estatal o interno ha sido la primera manifestación de organización ordinamental que ha existido desde que el ser humano constituyó sociedades políticamente organizadas, esto es, *civitas*, civilizaciones. Dichas organizaciones han mutado de forma a lo largo de la historia (polis, ciudad-estado, república, imperio, estado feudal, monarquía, estado moderno, etc.), pero siempre han encontrado en el derecho una columna estabilizadora y organizacional que les permite ser eficaces y, en muchos casos, autolegitimarse. Se está haciendo referencia, entonces, a que el derecho interno tiene más de treinta siglos de desarrollo que le han permitido cimentarse como un eje indispensable dentro del paradigma del mundo contemporáneo.

El derecho interno rara vez había compartido, de manera horizontal y sinérgica, con ordenamientos de carácter internacional. Esto significa que contrasta con la intensidad de la interacción entre derecho interno y derecho internacional, tal como viene sucediendo desde hace al menos un siglo. Si bien manifestaciones de reglas de derecho internacional se pueden encontrar desde los mismos orígenes del derecho interno, también se habían manifestado de manera esporádica, coyuntural y condicionada a la potestad soberana del derecho interno y, por ende, del poder soberano del cual emanaban.

El derecho internacional ha presentado un desarrollo teórico y doctrinario quizá más veloz que el materializado en la práctica entre los actores de la sociedad internacional. Aunque se puede encontrar un *corpus* doctrinario más consolidado a partir del siglo xv, realmente es hasta el xix cuando los Estados tienen la voluntad de darles una mayor relevancia a las normas del derecho internacional y a las reglas del conflicto de normas. Además, a finales de este siglo y a comienzos del xx el derecho internacional comienza a alcanzar una mayor autonomía disciplinar y un mayor reconocimiento por parte de los sujetos y actores que lo integran.

En materia del derecho mercantil y del comercial internacional, cabe destacar que estas ramas del derecho forman parte de una subdivisión del derecho internacional que se ha denominado mayoritariamente como derecho internacional privado. En efecto, para el influyente jurista italiano Vico (citado por Feldstein, 2012), este es definido como «la rama del derecho privado que tiene por objeto el régimen de las relaciones jurídicas en las que existe uno o varios elementos extraños al derecho local» (p. 29).

Para la doctrinante argentina Biocca, el derecho internacional privado

Es aquel que comprende las relaciones jurídicas que tienen un elemento ostensible u oculto, extraño al derecho local, sin importar si su naturaleza es civil, comercial o penal; es suficiente que el interés comprometido sea de una persona privada y que a su respecto se plantee el problema de la ley que la reglamenta y de la jurisdicción competente (2004, p. 24).

Se atribuye la denominación de derecho internacional privado al jurista estadounidense Joseph Story (1834), quien en su obra *Commentaries on the conflict of laws, foreign and domestic, in regard to contracts, rights, and remedies, and especially in regard to marriages, divorces, wills, successions, and judgments*, acuñó el término. Esta obra fue de gran influencia, así como las de sus contemporáneos Savigny y Mancini y, posteriormente, la del cubano Sánchez.

Para Story, el mundo de la primera mitad del siglo XIX presenta un entrecruzamiento de relaciones privadas y públicas creciente, donde “el comercio es absolutamente universal entre todos los países”, lo que permite la formación de

(...) nuevas reglas, que descansan sobre la base de la conveniencia general y un amplio sentido del deber nacional, las cuales han sido, de vez en cuando, promulgada por juristas, y apoyado por los tribunales de justicia (...).

Sin unos principios comunes adoptados por todos los países en este sentido habría una confusión absoluta de todos los derechos y recursos (Story, 1834, secciones 3 y 4).

Sobre estos aspectos reflexiona Story (1834) y establece la necesidad de acuñar una nueva área del derecho internacional que se deslinde de la pública:

La jurisprudencia, entonces, que surge por el conflicto de normas de diferentes países, en su aplicación real para el comercio moderno y las relaciones sociales, es una rama muy interesante e importante del derecho público. Para ninguna parte del mundo es de mayor interés e importancia que para los Estados Unidos, ya que la unión de un gobierno nacional con el de veinticuatro Estados distintos, y en algunos aspectos con Estados independientes, necesariamente crea relaciones y derechos muy complicados entre los ciudadanos de esos Estados, que requieren la administración constante de principios extramunicipales. Esta rama del derecho público podría de manera coordinada ser denominada *derecho internacional privado*, ya que es sobre todo observada y sentida su aplicación a los negocios comunes de los particulares, y rara vez a la solemnidad de las negociaciones nacionales o las controversias nacionales (Story, 1834, sección 9).

Tras la senda abierta por el juez Story sobre la existencia disciplinar de un área dentro del derecho internacional que no se centrara en los Estados y el interés público, estos aportes tuvieron pronta acogida por otros doctrinantes al otro lado del Atlántico, como fue el caso de Jean-Jacques Gaspard Foelix, reconocido por ser uno de los pioneros del denominado *derecho comparado* y promotor de su estudio a través de la *Revue du droit français et étranger: continuation de la revue étrangère et française* (Valette, Duvergier, Foelix & Laferrière, 1844-1850). Foelix (1866) publicó la primera edición de su *Traité du droit international privé ou du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé* en 1843, en el que recogió, en buena medida, una serie de artículos que había publicado en la *Revue*

desde 1834. Para este autor francés, por tanto, existía una clara diferencia entre derecho internacional privado y derecho internacional público:

El derecho internacional (*jus gentium*) es el conjunto de principios aceptados por las naciones civilizadas e independientes, para resolver las relaciones que puedan surgir entre ellos, y para decidir las controversias entre las diversas leyes y costumbres que los rigen. El derecho internacional se divide en derecho público y derecho privado. El derecho internacional público (*jus gentium publicum*) es el conjunto de reglas desde el cual se juzgan los conflictos de derecho internacional privado de las diversas naciones, en otros términos, el derecho internacional privado se compone de normas relativas a la aplicación de las leyes civiles o penales de un Estado en el territorio de un Estado extranjero (Foelix, 1866, sección 1).

Entre los temas que en la actualidad componen el derecho internacional privado se encuentran áreas como los derechos administrativo, bursátil, civil, comercial, económico, familiar, financiero, fiscal, laboral, penal, procesal y de la integración, entre otros. Ahora bien, por tratarse de un área del derecho de reciente proceso de formación teórica y consolidación práctica, el derecho internacional ha sido objeto de constantes debates y críticas sobre su efectividad. Uno de los temas esenciales referentes a esta discusión es la jerarquía normativa y la relación entre el derecho interno y el derecho internacional. Por ser de un desarrollo posterior, este último ha debido buscar espacios de legitimación y efectividad, los cuales, históricamente, han sido monopolizados por el derecho interno. Como algunos doctrinantes anotan, el problema del derecho internacional es que tiene necesidades propias del siglo XXI, pero que se le sigue analizando con el prisma de las interpretaciones normativas clásicas del siglo XVIII.

### 1.3 Integración y jerarquización normativa

Teniendo en cuenta la posición de Betancurt y Scotti respecto al derecho internacional, se trata, pues, de dos cuestionamientos: integración y jerarquización normativa. El primero corresponde al hecho de que se puede aplicar de manera directa una norma internacional en la jurisdicción interna o, como es usual, cuando se requiere de una norma emanada del poder estatal que se encargue de realizar este proceso de integración. El segundo problema deriva del anterior cuando es necesario establecer una jerarquización normativa entre estos dos tipos de ordenamientos y la Constitución Nacional (2004, p. 38).

Por consiguiente, la jurisdicción del derecho internacional está supeditada al enfoque de integración entre derecho interno y derecho internacional, así como a su jerarquización normativa. Para ello, se han contemplado diversas alternativas de implementación, entre las que se destacan:

1. Competencia judicial internacional directa.
2. El pacto de jurisdicción, donde las partes, con base en la autonomía contractual, realizan un acuerdo en relación con el foro. De igual forma, se puede establecer una prórroga de jurisdicción.
3. El efecto de los fallos extranjeros, con los que algunas veces se debe acudir al exequátur.
4. Los casos de jurisdicción exclusiva, como sucede en el caso de los bienes y los derechos reales, los cuales se rigen de manera exclusiva por el derecho interno.

Un aspecto conexo es el de los criterios de distribución de la jurisdicción, en el que la doctrina y la jurisprudencia internacional contemporánea se han decantado por dos tendencias en materia de contratación internacional y derecho mercantil internacional en general:

1. El juez será el del lugar de cumplimiento del contrato.
2. El juez es el del lugar de domicilio del demandado. Una variante se presenta en el caso de las relaciones que se desprenden del derecho del consumo, donde se tendrá en cuenta el lugar del consumidor activo y pasivo.

En la doctrina se han identificado tres grandes enfoques de interpretación a partir de la jerarquización normativa y de los criterios de distribución de la jurisdicción:

1. Teoría dualista.
2. Teoría monista.
3. Teoría de la coordinación.

### 1.3.1 Teoría dualista

La teoría dualista o voluntarista establece que el derecho interno y el derecho internacional plantean dos ordenamientos jurídicos independientes, tal como sostuvieron a inicios del siglo XIX el alemán Heinrich Triepel y el italiano Dionisio Anzilotti. En efecto, Triepel, en su célebre *«Völkerrecht und Landesrecht»* escrito en Leipzig en 1899, definía el derecho internacional como “una ley vinculante en las relaciones de una serie de Estados coordinados” (1958, p. 18). En estas relaciones, la unidad de voluntad es la principal fuente del derecho internacional, la cual solo se puede alcanzar en la práctica mediante la unión de voluntades, esto es, un acuerdo colectivo, de manera similar a como se establecería un contrato dentro del ordenamiento interno (Triepel, 1958 [1899], pp. 27-42).

La teoría dualista, en consecuencia, parte de la premisa de que existen dos ordenamientos jurídicos: el interno y el internacional. Estos coexisten de manera independiente (figura 2), por lo cual cada uno cuenta con su ámbito de aplicación y validez jurídica. Así,

# DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

Esta obra contextualiza el derecho comercial internacional y permite al lector advertir los elementos que condicionan las relaciones mercantiles transfronterizas. Por lo tanto, es de gran utilidad para que, quien tenga interés en profundizar en estos asuntos, pueda comenzar a investigar con base en los temas que se colocan sobre la mesa, acudiendo a diferentes revistas

especializadas y a otros trabajos complementarios sobre estos aspectos, de los cuales la academia colombiana se puede enorgullecer por ser tan prolíficos, alcanzando, en efecto, niveles en cuantía y calidad de primer orden dentro de América Latina.

Se trata de una apuesta «provocadora» o controversial pues, de la lectura de su contenido relacionándolo con su título Derecho mercantil internacional, da la impresión de que el autor compila aspectos que van más allá de lo que usualmente se entiende que comprende ese término. Además, es un texto provocador, porque, en un tono realista, está escrito desde América Latina, y este origen brota por cada una de las líneas escritas por el autor, haciendo que el texto sea muy palpable, muy nuestro, al ser una lección de aspectos sociales (en sentido amplio) vinculados con negocios internacionales, de acuerdo con nuestros códigos y realidades.

Luego de leer la obra he llegado a la convicción de que las ideas que en este trabajo se articulan exceden, con mucho, el plano estrictamente jurídico. Por este motivo su lectura resulta aconsejable, no solo a abogados, sino también a politólogos, profesionales en relaciones internacionales, economistas, sociólogos y, en general, cualquier persona interesada en recoger elementos sobre el escenario en el cual se desenvuelven los negocios internacionales.

Jaime Gallegos Zúñiga (Universidad de Chile)

**Colección:** Derecho

**Área:** Derecho

ECOE  
EDICIONES



[www.ecoediciones.com](http://www.ecoediciones.com)

## Incluye

- Integración del derecho con las relaciones internacionales, lo que lo hace de interés para otras áreas del conocimiento de las Ciencias Sociales y Humanas.
- Lectura agradable y doctrinaria, que tiene fines didácticos para cursos de pregrado y postgrado.
- Gran cantidad de datos, tablas y figuras que brindan al lector un amplio espectro de actualización.



e-ISBN 978-958-771-536-1