

## LA LEX MERCATORIA. UNA NUEVA FORMA DE DECIR DERECHO.

**Rodrigo Ignacio Cortés Muñoz**

Abogado, Pontificia Universidad Católica;  
Magíster en Contratación Internacional Comparada,  
Universidad de Chile; LL.M., Heidelberg Universität.

Qué es lo que dice el Derecho Civil cuando dice “derecho civil”. Pareciera que dice lo que se entiende bajo el contenido del artículo 1545 del Código Civil. ¿Y qué se entiende bajo esa norma? Pareciera -de nuevo- que lo que el legislador estatuye es la posibilidad convencional de los particulares. Una suerte de declaración sobre la individualidad frente a la pretensión estadual de regulación que permite calificar, de hecho, al Derecho Civil como una rama de Derecho Privado. Y adjetivar al Derecho Privado como un espacio de libertad, en la que el sujeto puede hacer lo que quiere hacer -en la medida que pueda hacerlo-.

Es usual, de hecho, que profesores de Derecho Civil enarboleden su disciplina como paradigmática de esa posibilidad. Prueba de ello, por ejemplo, es la forma en cómo el Derecho Civil hace disponible, incluso a ramas del Derecho Público, su sistema hermenéutico y sus claves de aplicación. Como presta -a su propia iniciativa- conceptualizaciones como “buena fe”, “buen padre de familia”, “culpa grave” y divisiones y calificaciones (v.gr. la distinción entre responsabilidades contractuales y extracontractuales).

Ahora bien, son muchas las razones de por qué no me gusta el Derecho Civil.

La principal, y que intentaré demostrar, es que el Derecho Civil cuando dice derecho civil, dice Estado. No dice libertad. Sino que con cada aserto civil, lo que intenta el Estado es asentar y aseverar su pretensión modélica de instalar una forma de ver el derecho. Y quizás, su mayor virtud, es la reificación de esa posibilidad en quienes ejercen la disciplina. I.e. quienes enseñan Derecho Civil pareciera que entienden que lo que enseñan es un espacio de convencionalidad en libertad muy alejado del Derecho Público -pero veremos, que es justamente lo contrario. Se trata de una realidad y de actores reificados-.

Así, por ejemplo, cuando el Derecho Civil -sobre todo entre nosotros, en el que la reserva ha sido consagrada de manera constitucional- dice matrimonio, lo asevera excluyendo cualquier pretensión por parte de los concurrentes por dar contenido, forma y extensión a una posibilidad que

de suyo resulta convencional. Sin embargo, el Estado -sin calificar dicha intromisión, sino simplemente describiendo la intromisión- hace aplicable una categoría valórica que entiende correcta, sin justificar dicha aseveración, y sin siquiera obtener de los concurrentes su consentimiento a dicha intromisión. Pareciera ser que lo que el Estado dice cuando dice Derecho Civil, es “mi forma es la correcta”. En tal sentido, el Derecho Civil sería un modo, y muy eficaz -por lo demás- por sedimentar una realidad. Por estadualizarla. Sería el instrumento (más) efectivo por volvernos ciudadanos de un Estado bajo cuyo amparo la civilidad tiene lugar. Y los ejemplos siguen. La herramental de interpretación del Derecho Civil no es solo incorrecta en la fijación de sentido de un texto, sino equívoca en esa determinación. Al Derecho Civil, desde esa herramental, no le interesa cuál ha sido la intención de los contratantes ni le importa establecer cuál es esa voluntad expresada, sino que busca determinar una forma que le parezca cierta para entender qué es lo que el Derecho Civil entiende de lo que han hecho los particulares al contratar. La remisión, por ejemplo, a sentidos naturales y obvios resultan tan erradas como abstractas, pero revelan al Estado como el sentido natural y obvio al que reenviar la opción de determinación. El Estado, en tal sentido, es el sentido natural y obvio. El Estado es el Derecho Civil. El Estado es el Estado, parafraseando -en su sentido- la cita monárquica.

Y un ejemplo final, y que da cuenta de lo que queremos decir. El Derecho Civil, ya como disciplina y en su pedagogía aglutina diversos contenidos que son enseñados de manera secuencial, porque pareciera -desde su enseñanza- que se encuentran ligados bajo mismos criterios de regulación. Obligaciones, bienes, familia, sucesión por causa de muerte y así.

En tal sentido, la *lex mercatoria*, o la forma de contratación entre comerciantes enseña que no existe una forma. Que de hecho, la expresión “*lex mercatoria*” puede ser subvertida en su conceptualización por la imposibilidad de erigir desde la práctica comercial un modo estandarizado por concurrir a esa práctica, imponiéndose -por el contrario- la fragmentación regulatoria. Así por ejemplo, lo que es correcto en contenido y procedimiento en un espacio de comercio puede no serlo en otro, o resultar un factor inocuo en un tercero. Variables de justicia ontologizadas resultan relegadas a la forma justa que cada espacio de comercio entiende por tal; o más, entenderían -esos espacios- que dicha determinación es secundaria en el modo cómo se relacionan sus concurrentes y verifican sus intereses.

La *lex mercatoria* al decir “Derecho” no dice Estado. Ni siquiera dice “estabilidad de expectativas normativas” -en la definición luhmaniana de

Derecho como sistema-. La *lex mercatoria* diría Derecho Civil de una forma distinta. O no lo diría. No tomaría prestadas ni su herramental - muy añeja- ni sus presupuestos ni externalidades. Por sobre todo, despearía al Estado en dos momentos cruciales. Como el gestor del acervo legislativo que funda la posibilidad de contratación -y que por lo mismo, describe los requisitos y condiciones de contratación- y como el momento [instanciador] de justicia y asignación de derechos en conflicto.

La *lex mercatoria* y la práctica sectorial de los comerciantes permiten entender que el monopolio de la Justicia por parte del Estado so pretexto de la facultad de imperio que se reserva, es una justificación no necesariamente lógica. Así, espacios de contratación comercial, por ejemplo, internalizan la posibilidad de incumplimiento como una variable convencional más, sin que la determinación de razón -frente a tal incumplimiento- sea necesaria, y sin que el cumplimiento por fuerza, del derecho a quien se ha dado la razón tenga, entonces, pertinencia.

Desde ese punto de vista, uno puede analizar al Derecho Civil -en su concepción de la norma jurídica- como un ordenamiento que se orienta al cumplimiento efectivo asociado a la existencia de una sanción coactiva. Es decir, el Derecho Civil dice Estado desde una doble perspectiva. Dice Estado porque dice lo que quiere decir el Estado (v.gr. Ud. puede contraer matrimonio como yo digo que puede contraer matrimonio; o puede vender sus zapatos como yo digo que puede vender sus zapatos; y usted, contratante, cuando dice lo que dice al contratar, dice lo que yo entiendo cuando usted lo dice, independientemente de lo que usted haya dicho). Y dice Estado, porque asegura la injerencia del Estado en su faz resolutive-ejecutiva.

El Derecho Civil sería la más estadual de las disciplinas. Una suerte de "derecho público" convencional.

Frente a lo que se viene diciendo, la/el profesor(a) de Derecho Civil podría asumir dos opciones. La primera, aceptar que es verdad. Que el Derecho Civil es un Derecho reglado por el legislador, que los particulares contratan en esa posibilidad y contexto. Pero que eso es justamente su mérito. La suerte de intersubjetividad reglamentaria que aseguraría garantías como la igualdad ante la ley y que la intervención necesaria y eventual del Estado, en esa descripción, es lo que permite la contratación.

Falso. Aunque sin duda es un mérito. El hecho de que todos hayamos sido educados en esa creencia. Como una suerte de secta. La de los [derechociviltenses]. La ¿empiria? demuestra que ello no es así. La

contratación del algodón, o la forma del comercio en ferias libres de Santiago evidencian justamente lo contrario.

O podría argumentar, la/el profesor(a) de Derecho Civil, que es falso lo que se propone. Que sin estabilidad de expectativas normativas, no hay posibilidad de expectativas normativas.

Falso, nuevamente.

Y aquí quisiera permitirme una analogía.

El amor cuando dice amor no lo dice desde un acervo ni desde una forma o desde un discurso. Es cierto, tal como enseñan las teorías post estructuralistas y en particular, la Teoría de Género, que existirían significados asentados desde el cual el sujeto se representa el amor. Es cierto, pero en última instancia, esos modelos son subvertidos por el amor. De ahí, la justificación de la Teoría de Género. No hay un modo de amar. Ni ese amor se encuentra afecto a determinaciones de cumplimiento o aseguramiento. Por el contrario, de existir, el amor los vuelve inefectivos. Es cosa de recordar que el episodio de Romeo y Julieta acontece en tan solo tres días, y deja al menos, cinco muertos. Dos de ellos, mediante suicidio. O de observar atentamente las fotografías de Diane Arbus. Y lo mismo sucede cuando uno lee a Raymond Carver. El amor desplaza o despeja, el molde. I.e. Las posibilidades de aseguramiento. Y no por ello, desplaza o despeja, la expectativa bilateral -de ser amado y que ello perdure en condiciones de honestidad-. El amor es por definición un campo de inestabilidad en el que la [expectativa] por definición -de nuevo- surge. Y no se trata de un oxymoron.

Carver entiende el amor sin adjetivos. Y ese dato no es solo estético.

Un amor sin adjetivos se enfrenta al amor de adjetivos. Que suma adherentes. Es cosa de cotejar la cantidad de seguidores de Ricardo Arjona o de las historias de Paulo Coehlo o Benedetti.

Carver, por el contrario -y más allá del mérito axiológico- cuando dice amor, dice cosas distintas. Sopor, cansancio, alcoholismo. Conversaciones sobre engaños pasados. Celos sobre amores pasados. Enojos irresistibles por esos celos sobre amores pasados. Rutinas en habitaciones pequeñas. Divagaciones después del amor acostados en una cama de sábanas amarillentas. Carver rompe con la expectativa y expresa(ría) de un modo transparente qué es el amor cuando él ama. And takes two for tango.

Y muchos lectores que le creen.

Una cita final de Carver.

*"I loved you so much once. I did. More than anything in the whole wide world. Imagine that. What a laugh that is now. Can you believe it? We were so intimate once upon a time I can't believe it now. The memory of being that intimate with somebody. We were so intimate I could puke. I can't imagine ever being that intimate with somebody else. I haven't been."*

*Carver enseña que no hay modos ni formas. Sin que por ello se despeje su posibilidad. Un Derecho sin modos ni forma no implica la imposibilidad de relacionamiento convencional. Ello demostraría, que ese aseguramiento es solo categoría.*