

CAPÍTULO NOVENO

EL AUGE DE LAS FUENTES *SOFT* EN EL COMERCIO INTERNACIONAL EN TIEMPOS DE GLOBALIZACIÓN

Nuria GONZÁLEZ MARTÍN
María Mercedes ALBORNOZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Concepto de soft law*. III. *Funciones del soft law*. IV. *Fortalezas y debilidades del soft law*. V. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

Se asiste en la actualidad al fenómeno de la globalización, que trae de la mano un debilitamiento de la soberanía estatal y del territorio,¹ y genera inconvenientes cuando se intenta localizar una relación jurídica en uno o en varios Estados.² En este contexto, el cruce de fronteras por parte de bienes, servicios y personas se ha vuelto cada vez más habitual. La globalización produce múltiples consecuencias en diversos ámbitos de la vida de las personas físicas y morales, en todos los rincones del mundo. Uno de dichos ámbitos es la regulación del comercio internacional.

En materia mercantil, las fuentes normativas *soft* han adquirido un gran auge, que en principio carecen de obligatoriedad. La actividad comercial

¹ Muir Watt, Horatia, “Private International Law beyond the Schism”, *Transnational Legal Theory*, vol. 2, núm. 3, 2011, p. 354. Como lo observa Santos Boaventura de Sousa, las relaciones sociales parecen tornarse cada vez más desterritorializadas. Así lo plasma en su artículo “State, Law and Community in the World System: an Introduction”, *Social and Legal Studies*, vol. 1, Portugal, 1992, p. 136.

² En efecto, “hay una tremenda dificultad de localización en función de la globalización”, en Albornoz, Jorge R. y Mar, Paula, “La *lex mercatoria*, el *soft law* y el derecho internacional privado”, *Estudios sobre lex mercatoria. Una realidad internacional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2013.

transfronteriza se lleva a cabo mediante la celebración y el cumplimiento de contratos internacionales, generalmente entre sociedades mercantiles. En el área de la contratación internacional, además de una *free floating lex mercatoria*,³ existen múltiples instrumentos de *soft law* o de derecho blando. Piénsese, por ejemplo, en los INCOTERMS o en las UCP sobre créditos documentarios, ambos elaborados por la Cámara de Comercio Internacional, en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional, en los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (en adelante, Principios UNIDROIT) o en los recientemente adoptados Principios de La Haya sobre la elección de la ley aplicable en materia de contratos comerciales internacionales (en adelante, Principios de La Haya).

El vertiginoso desarrollo del derecho blando puede ser considerado como una materialización de la gobernanza global. La constante aparición de nuevas normas destinadas a regular ciertos aspectos del comercio internacional crea un escenario regulatorio multifacético⁴ y complejo, además de las tradicionales fuentes formales, entre las que se destaca la convención internacional. Actualmente existen también muchas otras fuentes, tales como leyes modelos, principios, compilaciones de reglas y guías jurídicas.⁵ Así, un contrato de compraventa internacional celebrado entre dos empresas establecidas en países distintos —sometidas al derecho estatal de sus respectivos lugares de constitución; pero, de igual, a diversos códigos de responsabilidad social corporativa—⁶ podría ser regulado por los Principios UNIDROIT, los INCOTERMS y las UCP a más de, eventualmente, un derecho estatal para cubrir lagunas. El cúmulo de reglas de *soft law* de diverso origen es campo fértil para el surgimiento de conflictos normativos y, por

³ Esta “*free-floating*” *lex mercatoria* contribuye a universalizar el derecho privado fuera del ámbito del derecho nacional o internacional mediante el recurso a sistemas privados de normas y arbitraje. Véase Mills, Alex, *The Confluence of Public and Private International Law. Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 21.

⁴ Fernández Arroyo, Diego P., “La multifacética privatización de la codificación internacional del derecho comercial”, en Basedow, Jürgen; Fernández Arroyo, Diego P. y Moreno Rodríguez, José A. (coords.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, Asunción, La Ley Paraguay-CEDEP-Thomson Reuters, 2010, pp. 51-74.

⁵ Pamboukis, Charalambos P., “Droit international privé holistique: droit uniforme et droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, t. 330, 2007, p. 150.

⁶ 535 Para una visión crítica de la autorregulación corporativa, véase Bakan, Joel, “The Invisible Hand of Law: Private Regulation and the Rule of Law”, *Cornell International Law Journal*, vol. 48, 2015, pp. 279-300.

consiguiente, para propiciar la confusión entre los diversos operadores. Sin embargo, también puede ser visto como fuente de riqueza.⁷

A partir de una situación jurídica transfronteriza susceptible de provocar controversias y que genera preocupación por parte de los Estados de la comunidad internacional. Por ejemplo, la contratación transfronteriza. A fin de favorecer la certeza jurídica con respecto a las normas que la rigen, antes de emprender la tarea de elaborar un nuevo instrumento de *soft law* es preciso llevar a cabo un estudio previo para responder la siguiente pregunta: ¿existe una necesidad real de regulación?⁸ Esto es lo que se ha hecho en el caso de los Principios de La Haya, mediante el envío de cuestionarios a los Estados miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, así como a los actores involucrados en el mundo del arbitraje comercial internacional, que confluyeron en la elaboración de un estudio de factibilidad sobre el tema, cuyo resultado fue positivo.⁹

Luego, la siguiente pregunta a responder, una vez que se ha establecido la necesidad de trabajar en la redacción de un instrumento, es ¿qué tipo de técnica de codificación utilizar? Retomando el ejemplo de los Principios de La Haya, se desechó el recurso al *hard law* por no considerarse oportuno el momento para lograr un acuerdo entre los Estados. En su lugar se eligió usar una técnica de *soft law*:¹⁰ la de una lista o compilación de principios en materia de elección del derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales. Para elegir la técnica de los principios se consideró qué función o funciones se deseaba atribuirle al futuro instrumento.

El auge de la autorregulación que el *soft law* implica puede considerarse como un problema. En efecto, si bien la proliferación de regulaciones coexistentes tiene la riqueza propia de una mayor diversidad, dispara las pro-

⁷ Kessedjian, Cathérine, “The Codification of International Trade Law and Private International Law. Normative Governance through Transnational Economic Relations”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, t. 300, 2002, p. 128.

⁸ En ocasiones, parecería que se continúan generando nuevos instrumentos internacionales por inercia institucional. De acuerdo con Charalambos P. Pamboukis, “cada institución y cada agencia tiene tendencia a producir una obra normativa, porque eso constituye su razón de ser”.

⁹ Hague Conference on Private International Law, “Feasibility Study on the Choice of Law in International Contracts”, *General Affairs and Policy*, Prel. Doc. núm. 7, marzo de 2009, p. 11, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/64fe9fef-e0f1-4927-b8ca-924d6ee01e0c.pdf>.

¹⁰ El hecho de que la Conferencia de La Haya comenzó a trabajar utilizando la técnica del *soft law* ha merecido la aprobación de una parte de la doctrina, llegando a promover la adopción de “códigos de normatividad blanda”. Véase Oppert Badán, Didier, “Conflit de lois et droit uniforme dans le droit international privé contemporain: dilemme ou convergence ? Conférence inaugurale, session de droit international privé, 2012”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, t. 359, 2012, p. 51.

babilidades de conflictos normativos. Esta contribución procurará analizar por qué en la actualidad se recurre con una mayor frecuencia al *soft law* como técnica de codificación, aportando una perspectiva actual sobre las relaciones entre *hard law* y *soft law* al examinar las funciones de este último y destacando algunas fortalezas y debilidades del mismo.

Como punto de partida se requiere formular ciertas precisiones en cuanto al concepto de *soft law*.

II. CONCEPTO DE *SOFT LAW*

La codificación del derecho se lleva a cabo mediante técnicas rígidas o blandas. En otros términos, se desarrolla a través del recurso al *hard law* o al *soft law*, derecho blando o derecho espontáneo. En general, en el ámbito del derecho internacional, y, en particular en el derecho internacional privado, y también específicamente en materia de comercio internacional, se aprecia la utilización de ambas técnicas y el auge que han ido adquiriendo las fuentes *soft* en estos tiempos de globalización.

Las fuentes *hard* implican necesariamente la participación del Estado en su elaboración, aplicación y ejecución. En la esfera internacional, dichas fuentes se materializan en tratados o convenciones internacionales de carácter obligatorio. Mientras tanto, en la elaboración, aplicación y ejecución de las fuentes *soft*, que carecen de carácter vinculante, se abre un amplio espacio para que intervenga la sociedad civil.¹¹ En efecto, los particulares no solamente participan en la gestación del *soft law*, sino que además pueden aplicarlo —como sucede en el día a día de las cámaras empresariales o, ante una controversia, en los procesos de arbitraje comercial internacional—. Con respecto a la ejecución, si bien es cierto que el Estado continúa detentando el monopolio del uso de la fuerza pública, las organizaciones de comerciantes disponen de una coerción *soft*, o *soft coercion*, que en muchas ocasiones es suficiente para asegurar el cumplimiento de las normas de *soft law* por ellas mismas elaboradas. Otras veces, según el caso del que se trate, puede ser necesario recurrir a la fuerza pública para lograr la aplicación coactiva de un instrumento de *soft law*. Piénsese, por ejemplo, en la ejecución judicial de laudos arbitrales.

La técnica blanda es utilizada en diversas áreas del derecho internacional privado. De hecho, en las últimas décadas se ha venido desarrollando

¹¹ Además del Estado, los actores de la sociedad civil tienen también un rol de productores de normas. Véase Kessedjian, C., *op. cit.*, p. 149.

una tendencia a recurrir cada vez más a ella,¹² lo que se refleja en la pérdida de exclusividad de la convención internacional como método de unificación.¹³ Así, en derecho internacional familiar, entre otros instrumentos de *soft law*, se encuentran la *Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores—Mediación*, 2012,¹⁴ preparada en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Manifiesto por una Ética de la Adopción Internacional, de 2015, elaborado por el Servicio Social Internacional.¹⁵ Sin embargo, los ejemplos que serán utilizados para ilustrar algunas de las ideas expuestas en esta contribución se vinculan con el derecho comercial internacional.

En el plano internacional se le atribuyen distintos significados a la expresión *soft law*, debido a la amplia diversidad de elementos que lo componen. En efecto, lo conforman tanto guías de buenas prácticas como códigos de buen gobierno, compilaciones de principios, códigos de ética, recomendaciones, declaraciones, resoluciones, circulares, leyes modelo, guías legislativas.

Se ha expresado que “El *soft law* es entendido como refiriéndose en general a instrumentos de naturaleza normativa sin fuerza jurídicamente obligatoria, y que son aplicados sólo a través de aceptación voluntaria”.¹⁶ Y de manera un poco más amplia, se ha definido al *soft law* en los siguientes términos: “un conjunto no sistemático de reglas de diversa índole que, como nota en común, ostentan la carencia de obligatoriedad *per se* y que pueden ser utilizadas tal como son publicadas o con las modificaciones y/o derogaciones acordadas por los contratantes en cada caso concreto”.¹⁷ En efecto, “una caracterización de tal amplitud permite tener por incorporada dentro del *soft law* a la *lex mercatoria* de nuestros tiempos”.¹⁸

Como se puede apreciar, un aspecto esencial de las normas de derecho blando es que no se las puede imponer recurriendo a la coacción de la fuer-

¹² Gama Jr., Lauro, *Contratos Internacionais à luz dos Princípios do UNIDROIT 2004. Soft Law, Arbitragem e Jurisdição*, Río de Janeiro, Renovar, 2006, p. 220; González Martín, Nuria, “Private International Law in Latin America: from Hard to Soft Law”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011, p. 399.

¹³ Pamboukis, Charalambos P., *loc. cit.*

¹⁴ Disponible en: https://assets.hcch.net/upload/guide28mediation_es.pdf.

¹⁵ Disponible en: <http://www.iss-ssi.org>.

¹⁶ Bonell, Michael Joachim, “Soft Law and Party Autonomy: the Case of the UNIDROIT Principles”, *Loyola Law Review*, vol. 51, 2005, p. 229.

¹⁷ Albornoz, Jorge R. y Mar, Paula, *op. cit.*, p. 2.

¹⁸ *Ibidem*, p. 3.

za pública.¹⁹ Sin embargo, ello no necesariamente implica que estén desprovistas de carácter normativo,²⁰ ya que los destinatarios de tales normas espontáneas tienen la facultad de decidir acatarlas, sea que las perciban como vinculantes, o no.²¹ En principio, el *soft law* carece de exigibilidad, salvo que los sujetos de una relación jurídica dada lo doten, a los efectos de la misma, de coercitividad. Esto puede suceder, por ejemplo, mediante la incorporación de una o varias normas de *soft law* a un contrato internacional,²² o gracias a la elección de un instrumento como los Principios UNIDROIT²³ para regirlo.

Junto a la ausencia de coercibilidad se halla otra característica relevante del *soft law*, que es su flexibilidad. Entre los extremos de gran flexibilidad —que se puede considerar representado por las reglas de la *lex mercatoria* que aún no han sido objeto de codificación— y de alta rigidez —propia de los tratados internacionales y de la legislación— hay toda una gama de grises en la cual se destaca la *lex mercatoria* codificada. Cuando dicha codificación se efectúa mediante técnicas blandas, la flexibilidad del instrumento de *soft law* en cuestión disminuye y, en contrapartida, aumenta la certeza jurídica. Esa pérdida de flexibilidad no ha estado exenta de críticas; pero lo cierto es que la valoración de la conveniencia de sustituir flexibilidad por predictibilidad del derecho blando²⁴ debe efectuarse caso por caso.

En ciertas áreas del derecho internacional privado, como en algunos aspectos del comercio internacional, se verifica una migración de soberanía hacia nuevos espacios más allá del Estado.²⁵ Se trata de áreas que el Estado deja libres de regulación, y quienes llenan el vacío con reglas a veces muy detalladas son los particulares.²⁶ De hecho, la codificación blanda del comercio internacional “ya no es una tarea exclusiva de las organizaciones

¹⁹ Kaufmann-Kohler, Gabrielle, “La codificación y la normatividad del *soft law* en el arbitraje internacional”, en Basedow, J.; Fernández Arroyo, D. P. y Moreno Rodríguez, J. A. (coords.), *op. cit.*, p. 108.

²⁰ *Ibidem*, p. 127. Nótese que la normatividad del *soft law* aumenta cuando las reglas de derecho blando son codificadas.

²¹ *Ibidem*, p. 109.

²² Aunque como consecuencia de dicha incorporación el instrumento de *soft law* en su totalidad, o bien una de sus normas, o varias, se convierten en cláusulas contractuales obligatorias (*pacta sunt servanda*) con respecto a las partes, de manera general, con respecto a terceros, el instrumento conserva su naturaleza de derecho blando.

²³ Como lo indica M. J. Bonell, los principios que establecen normas sobre contratos en general pueden ser elegidos como *lex contractus*.

²⁴ Kaufmann-Kohler, G., *op. cit.*, p. 126.

²⁵ Muir Watt, H., *op. cit.*, pp. 357-358.

²⁶ Kaufmann-Kohler, G., *op. cit.*, p. 125.

interestatales, sino que se advierte que, al margen de las mismas, o directamente dentro de ellas, se desenvuelven con creciente protagonismo los actores privados”.²⁷

A la intervención de grupos privados en la codificación blanda del derecho del comercio internacional se suma el empleo de técnicas de producción normativa que especialmente fomentan la participación de particulares,²⁸ incluso cuando el foro que promueve la codificación es un organismo internacional intergubernamental.²⁹ De tal suerte que los instrumentos de *soft law* pueden involucrar tres categorías de actores:³⁰ sociedades académicas (el American Law Institute), grupos de expertos *ad hoc* (el Grupo de Trabajo para la Preparación de Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales, de UNIDROIT) y grupos de presión o *lobbies* (la Cámara de Comercio Internacional, agencias calificadoras de riesgo). Asimismo, es posible que intervengan organismos gubernamentales o intergubernamentales.³¹

Cabe destacar que se puede identificar una cierta relación de correspondencia entre el carácter gubernamental o no gubernamental de las organizaciones involucradas en la redacción de instrumentos internacionales y el tipo de normas que tienden a producir. Mientras las organizaciones internacionales gubernamentales suelen proponer “normas destinadas a volverse de «derecho duro», sea bajo forma de una convención (instrumento privilegiado), sea bajo forma de una ley modelo”,³² con un contenido conflictual o material, las organizaciones no gubernamentales habitualmente preparan principios generales o normas que prevén soluciones materiales.³³

²⁷ Albornoz, Jorge R. y Mar, Paula, *op. cit.*, p. 17.

²⁸ Fernández Arroyo, Diego P., *op. cit.* El mismo autor señala que “la relevancia creciente y generalizada que el rol de los actores privados ha alcanzado en la codificación internacional en estos tiempos de globalización se ha visto potenciada por el auge de la codificación vía *soft law*”, p. 60.

²⁹ En este sentido, nótese que los esfuerzos para la elaboración de los Principios UNIDROIT fueron auspiciados por dicho organismo intergubernamental, pero que los expertos que participaron en el grupo de trabajo lo hacían a título personal y no como representantes de sus respectivos Estados. Por consiguiente, los Principios UNIDROIT “son de carácter eminentemente privado”, dice Fernández Arroyo y “su naturaleza es *soft* y no estatal”, según Lauro Jr. Gama.

³⁰ Kessedjian, C., *op. cit.*, pp. 150 y ss.

³¹ Se trata de “normas sin la coactividad de la fuerza pública, que pueden emanar de actores estatales (legisladores, gobiernos, organismos internacionales) o no estatales (instituciones privadas, asociaciones profesionales o comerciales”. Albornoz, Jorge R. y Mar, Paula, *op. cit.*, p. 17.

³² Kessedjian, C., *op. cit.*, p. 179.

³³ *Idem*.

Por ejemplo, en el marco de las conferencias interamericanas de derecho internacional privado organizadas por la Organización de los Estados Americanos se ha elaborado la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, del 17 de marzo de 1994 —que contiene normas de conflicto—. De igual forma, en el seno de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional se ha redactado la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, del 11 de abril de 1980 —tratado internacional que contiene normas materiales—, y también la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, del 11 de diciembre de 1985, enmendada el 4 de diciembre de 2006 —instrumento de *soft law* cuya finalidad es incidir en el contenido de las normas dictadas por los legisladores nacionales al regular el arbitraje comercial internacional—. Por otro lado, los principios de derecho europeo de los contratos que, como su mismo nombre lo indica, contienen principios, fueron preparados por un grupo de profesores universitarios. No obstante, los Principios UNIDROIT fueron redactados en el seno de un organismo intergubernamental, que abrió la puerta a un grupo de expertos a fin de que, a título particular, participaran en la elaboración de dicho instrumento. El recurso técnico a principios o *restatements* generalmente se relaciona con la inclusión de “conceptos abiertos y flexibles,³⁴ figurando como una opción por la equidad, frente a la legalidad estricta”.³⁵

Una vez que se ha presentado y analizado el concepto de *soft law*, es preciso preguntarse cuáles son sus funciones.

III. FUNCIONES DEL *SOFT LAW*

El *soft law* puede cumplir diversas funciones o roles en la regulación del comercio internacional. A fin de identificarlas y reflexionar acerca de ellas, habrá que considerarlas en relación con el derecho rígido, ya que no es posible concebir el *soft law* como totalmente independiente del *hard law*.³⁶ Así se podrá apreciar el pluralismo jurídico y el constante diálogo entre fuentes de distinta naturaleza que convergen en la realidad social regulada: los negocios internacionales.

Hay autores que abordan las relaciones entre el *soft law* y el *hard law* en términos de alternativa, complementariedad o antagonismo, e incluso

³⁴ La flexibilidad a la que alude aquí el autor se relacionaría no tanto con la naturaleza del instrumento normativo, sino con su contenido material.

³⁵ Gama Jr., L., *loc. cit.*

³⁶ Albornoz, Jorge R. y Mar, Paula, *op. cit.*, p. 24.

ponen el acento en este último.³⁷ Aunque puede llegar a haber cierto antagonismo, es preciso destacar la complementariedad que existe entre ellos y el hecho de que, en un escenario plural, ambos tienen su lugar.³⁸ En efecto, cada uno cumple un papel y complementa al otro. Incluso en aquellos casos en los cuales sólo exista un instrumento de *soft law* para regular algún aspecto del comercio internacional se verifica la relación de complementariedad. Esto es así porque, en tales supuestos, las normas blandas cubren un espacio que el *hard law* ha dejado vacío. Se trata del ámbito material en el cual, por no estar comprometido el orden público internacional, el Estado se repliega y permite el libre juego de la autonomía de la voluntad de los particulares.

De manera general, puede afirmarse que la relación existente entre las fuentes *soft* y las fuentes *hard* del derecho del comercio internacional es de complementariedad. Y en esa relación complementaria, el *soft law* puede operar como una alternativa con respecto al *hard law*, como un precursor del mismo o como parámetro para interpretarlo. Estos tres modos de implementación del *soft law* —esté codificado o no— coadyuvan a la armonización de las normas aplicables a los negocios internacionales en distintos países: en el primer supuesto, por la autonomía de la voluntad de los particulares; en el segundo, en virtud de la voluntad del Estado; y en el tercero, porque así lo decide un tribunal arbitral o eventualmente un juez.

En primer lugar, el *soft law* puede complementar al *hard law* operando como una alternativa con respecto a este último. Ha sido destacado por la doctrina³⁹ que dentro de cada Estado coexisten diferentes normas de origen internacional o transnacional que se van articulando con la legalidad del Estado en cuestión.

Independientemente de que hayan sido codificadas, las reglas de *soft law* del comercio internacional sirven para colmar lagunas normativas cubriendo aspectos de la actividad mercantil transfronteriza que los Estados no están interesados en regular de manera coactiva. En efecto, las reglas *soft* están “disponibles para la reglamentación «blanda» de las relaciones entre particulares y como soporte «blando» para la resolución de controversias privadas”.⁴⁰ Pero además, en uso de la autonomía de la voluntad de la que gozan, los particulares pueden decidir incorporar a sus contratos interna-

³⁷ Shaffer, Gregory C. y Pollack, Mark A., “Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements and Antagonists in International Governance”, *Minnesota Law Review*, vol. 94, núm. 3, 2010, pp. 706-799.

³⁸ Kessedjian, C., *op. cit.*, p. 179. La autora señala que “el pluralismo jurídico es un activo, no un hándicap”.

³⁹ Boaventura de Sousa, Santos, “State, Law and Community in the World System: An Introduction”, *Social and Legal Studies*, vol. 1, Portugal, 1992, p. 135.

⁴⁰ Fernández Arroyo, Diego P., *op. cit.*, p. 55.

cionales reglas de *soft law*, someter dichos contratos a instrumentos de *soft law* tales como los Principios UNIDROIT,⁴¹ o autorizar a los árbitros para emplearlas al dictar un laudo. En cualquiera de estos supuestos, vía autonomía material o vía autonomía conflictual, el *soft law* se vuelve obligatorio para las partes contratantes y, por lo tanto, exigible por la fuerza.⁴²

Estas reglas blandas, que “se asientan en los negocios internacionales entre particulares, no pueden ser ajenas al DIPr, concebido bajo la visión amplia pluralista que recibe todos los métodos y fuentes normativas idóneos para alcanzar la realización de soluciones justas en los casos multinacionales de derecho privado”.⁴³

El hecho de que las reglas de *soft law* se tornen obligatorias en virtud de un contrato internacional implica un endurecimiento o “hardización” del *soft law*. Dicho endurecimiento puede tener lugar por voluntad de los particulares⁴⁴ o, como se verá a continuación, por voluntad de los Estados. Cabe aclarar que esta mutación en el grado de normatividad no solamente se verifica en el endurecimiento de las reglas blandas, sino también, a la inversa, en la “softización” del derecho rígido.

En segundo lugar, la relación de complementariedad entre el *soft law* y el *hard law* también se da cuando el primero actúa como precursor del segundo. En este sentido, el derecho blando contribuye al progreso de la regulación mediante técnicas rígidas. Se da aquí nuevamente, aunque ahora por voluntad de los Estados y no de los particulares contratantes, una “hardización” o endurecimiento del *soft law*, que adquiere carácter obligatorio. La misma puede tener lugar cuando, en normas de fuente interna, el legislador nacional acoge el contenido de una ley modelo, sigue los consejos de una guía legislativa o adopta los lineamientos de una compilación de principios, o cuando un foro codificador intergubernamental o supranacional tiene en cuenta lo que establece un instrumento de *soft law* al momento de adoptar un nuevo texto normativo vinculante —por ejemplo, una convención internacional—.

A diferencia del efecto relativo de las reglas blandas que se han endurecido en virtud de la voluntad de las partes de un contrato internacional,

⁴¹ Gama Jr., Lauro, “Prospects for the UNIDROIT Principles in Brazil”, *Revue de droit uniforme*, vol. XVI, núm. 3, 2011, p. 636.

⁴² La voluntad de las partes convierte a las reglas de *soft law* “en algo tan obligatorio como la misma ley”, en Albornoz, Jorge R. y Mar, Paula, *op. cit.*, p. 25; Fernández Arroyo, Diego P., *op. cit.*, p. 56.

⁴³ Albornoz, Jorge R. y Mar, Paula, *op. cit.*, p. 26.

⁴⁴ Este fenómeno, sumado a la cada vez mayor frecuencia con la que esto sucede en estos tiempos de gobernanza global, permite apreciar la existencia de una tendencia a la contractualización del derecho internacional privado.

si el endurecimiento surge como consecuencia de que uno o varios Estados las han tenido en cuenta, tales reglas de *soft law* serán aplicables de manera general y coactiva. “Esta... operación puede considerarse... como un cierto proceso de «omologación» pública de las reglas originalmente privadas, proceso que tiene lugar cada vez que éstas son... «endosadas» por una organización internacional o bien utilizadas como base, tenidas en cuenta o directamente reproducidas por una reglamentación de carácter público, cualquiera sea su tenor”.⁴⁵

Es sabido que la finalidad de una ley modelo es la de “servir como estándar para orientar a los legisladores”⁴⁶ en la reforma de su legislación o en la redacción de nuevas leyes. Es importante tener presente que los Estados, destinatarios de una ley modelo, no están obligados a conformarse a su contenido, a pesar de que sean miembros de la organización internacional que la haya redactado. Si deciden recibir las normas propuestas, conservan la libertad de hacerlo en forma total o parcial, e incluso de modificar el contenido cuando lo consideren conveniente.⁴⁷ Un ejemplo de ley modelo que ha gozado de gran éxito es la Ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional. Al día de hoy, son 72 los Estados que la han adoptado para regular el arbitraje,⁴⁸ y su incorporación a los ordenamientos jurídicos nacionales ha sido relativamente rápida.⁴⁹

En cuanto a la incidencia que han tenido los principios en las reformas legislativas o en la promulgación de nueva legislación en distintos países, se hará una breve referencia a los Principios UNIDROIT y a los recientes Principios de La Haya. Funcionar como ley modelo es una de las posibles aplicaciones de los Principios en tanto instrumentos de *soft law*. En efecto, los Principios UNIDROIT han inspirado los códigos civiles de Estonia y Lituania,⁵⁰ así como —junto con la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías— la ley de contratos de China de

⁴⁵ Fernández Arroyo, D. P., *op. cit.*, p. 56.

⁴⁶ Kaufmann-Kohler, G., *op. cit.*, p. 122.

⁴⁷ Loquin, Eric, “Les règles matérielles internationales”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. 322, 2006, p. 147.

⁴⁸ Disponible en: https://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html.

⁴⁹ Erik Loquin señala que “cuando la ley modelo responde a una necesidad, como la ley modelo de UNCITRAL sobre arbitraje, su incorporación en los órdenes jurídicos es rápida, más rápida que la necesaria para la negociación y luego la adhesión de los Estados a una convención internacional”.

⁵⁰ Rule, Colin; Del Duca, Louis F y Nagel, Daniel, “On Line Small Claim Dispute Resolution Developments-Progress on a Soft Law for Cross-Border Consumer Sales”, *Penn. State International Law Review*, vol. 29, núm. 3, 2011, p. 664.

1999.⁵¹ Si bien los proyectos legislativos posteriores a la existencia de los Principios UNIDROIT raramente los ignoran, se ha señalado que en realidad la mayoría de las veces se los ha tomado como referencia sólo parcialmente, y no en su conjunto.⁵² Es más, se ha sostenido que los legisladores recurren la mayor parte de las veces a disposiciones específicas de los Principios UNIDROIT porque representan una tendencia general o debido a la alta calidad de su contenido.⁵³ Por otro lado, los Principios de La Haya, a pesar de su corta vida, ya se han visto plasmados en la nueva ley paraguaya sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales (ley núm. 5.393, de 2015),⁵⁴ y es probable que pronto sean adoptados en Australia, de acuerdo con lo que prevé la reciente iniciativa de Ley de Derecho Civil Internacional.⁵⁵

En tercer lugar, otra cara o modalidad de la relación de complementariedad entre el *soft law* y el *hard law* es el empleo del primero como parámetro para interpretar el segundo. El derecho duro se emblandece, se flexibiliza, al usar el derecho blando para interpretarlo. Cuando esto sucede, es factible hablar de un fenómeno de “softización” del *hard law*.

Las reglas de *soft law* pueden ser utilizadas como parámetros de interpretación del derecho nacional y también para interpretar tratados internacionales, sin necesidad de que esta posibilidad esté expresamente prevista en un instrumento que reúna reglas blandas. En este sentido, constituyen una herramienta de la cual los jueces y los árbitros pueden servirse en su labor interpretativa.

Pero, además, algunos instrumentos de *soft law* establecen de manera explícita que se pueden usar a fin de interpretar el *hard law*. Por ejemplo, el preámbulo de los Principios de La Haya contempla la posibilidad de que se los emplee para interpretar normas de derecho internacional privado.

⁵¹ *Idem*.

⁵² Michaels, Ralf, “The UNIDROIT Principles as Global Background Law”, *Uniform Law Review*, vol. 19, 2014, p. 652. Con respecto al Código Civil de Lituania, frecuentemente citado como uno de los que han acogido el contenido de los Principios UNIDROIT, Michaels indica que su regulación en la mayoría de las áreas es diferente.

⁵³ *Ibidem*, p. 655.

⁵⁴ *Gaceta Oficial de la República del Paraguay*, núm. 13, Asunción, 20 de enero de 2015, disponible en: https://assets.hcch.net/upload/contractslaw_py_es.pdf. Acerca de esta ley, véase Moreno Rodríguez, José Antonio, “Nueva ley paraguaya de contratos internacionales: ¿regreso al pasado?”, *Temas actuales del derecho bancario*, Asunción, Instituto Paraguayo de Derecho Bancario y Societario-Intercontinental Editora, 2015.

⁵⁵ National Interest Analysis 2016, ATNIA 7, with attachment on consultation, Parlamento de Australia, especialmente los párrafos 21 y 22, disponible en: <http://www.aph.gov.au>.

Y el preámbulo de los Principios UNIDROIT, que pueden servir a efectos de interpretar el derecho nacional, así como instrumentos internacionales de derecho uniforme.

IV. FORTALEZAS Y DEBILIDADES DEL *SOFT LAW*

Al momento de tomar una decisión acerca de la técnica a utilizar para codificar ciertas reglas del comercio internacional, es preciso en cada caso hacer una cuidadosa valoración de las ventajas y desventajas del *hard law* y del *soft law*. Esto, claro está, no implica perder de vista la relación de complementariedad entre fuentes blandas y fuentes rígidas a la que se ha hecho alusión en el apartado precedente.

La sección actual se concentrará en las principales fortalezas y debilidades del *soft law*, que se hacen patentes cuando se contrastan las características del derecho blando con las del derecho rígido. A las fortalezas y debilidades del *soft law* corresponden, en contrapartida, áreas de oportunidad y beneficios del *hard law*.

1. *Fortalezas del soft law*

La fortaleza del *soft law* que se estima primordial es la simplicidad de su proceso de elaboración. En efecto, desde la perspectiva estatal, es más fácil llegar a un acuerdo que no será vinculante, que estará directamente disponible para ser utilizado por sus destinatarios,⁵⁶ y que, por consiguiente, no requiere aprobación de órganos internos ni emprender el a menudo largo e incierto proceso de ratificación.⁵⁷ Es por eso que el *soft law* puede elaborarse con bastante celeridad, lo que es positivo cuando se trata de regular temas urgentes —recogiendo las necesidades de los diversos operadores del

⁵⁶ Shaffer, G. C. y Pollack, M. A., *op. cit.*, p. 719.

⁵⁷ Toro Huerta, Mauricio Iván del, “El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, núm. 6, 2006, p. 538. A diferencia de lo que sucede al negociar instrumentos de derecho duro entre Estados, donde es difícil llegar a un acuerdo general de carácter obligatorio. En la misma línea, Roy Goode señala que “La preparación de las convenciones internacionales es una tarea ardua, que consume mucho tiempo y exige mucha paciencia, respeto mutuo y una gran cantidad de trabajo duro”, en su artículo “Regla, práctica y pragmatismo en el derecho comercial transnacional”, en Basedow, J.; Fernández Arroyo, D. P. y Moreno Rodríguez, J. A. (coords.), *op. cit.*, p. 101.

comercio internacional—. Asimismo, dicha rapidez implica un reducido costo de negociación.⁵⁸

Otra fortaleza del *soft law* consiste en que, justamente debido a su carácter no vinculante, permite tender puentes entre distintas culturas jurídicas.⁵⁹ Generalmente, los sujetos que intervienen en la elaboración de un instrumento de derecho blando adoptan una actitud positiva, que ayuda a crear consenso en la identificación de principios o lineamientos comunes acerca de la materia a regular.⁶⁰

Una fortaleza vinculada con la anterior, porque también atañe al contenido de los instrumentos de *soft law*, es la alta calidad de sus reglas. Se procura que reflejen las mejores prácticas del comercio internacional⁶¹ y/o los avances académicos en esta área. Sin embargo, hay que reconocer que no siempre contribuyen a mejorar la vida de las personas, sino que llegan a “promover obstáculos que suelen dificultar el despliegue de los negocios con mayor amplitud”.⁶²

Por otro lado, se considera una fortaleza del *soft law* la flexibilidad en su implementación. Al no estar restringidos por haber asumido un compromiso vinculante, los Estados tienen libertad para adaptar el contenido del derecho blando a su situación particular.⁶³

Asimismo, una fortaleza adicional del *soft law* es la baja inversión de recursos que se requiere para la elaboración de instrumentos de este tipo. En consecuencia, si se toma en consideración la utilidad y la relevancia de las funciones que el derecho blando desempeña, tal inversión se hallaría en principio justificada. Pero esta justificación se entiende sin perjuicio de que, cuando los Estados, organismos internacionales, u organizaciones de operadores del comercio internacional tengan que decidir si invierten en esto, se lleve a cabo una valoración para el caso concreto.

⁵⁸ Sobre el bajo costo de negociación, véase Abbott, Kenneth W. y Snidal, Duncan, “Hard and Soft Law in International Governance”, *International Organization*, vol. 54, núm. 3, 2000, p. 444; Shaffer, G. C., y Pollack, M. A., *op. cit.*, p. 719.

⁵⁹ Según Shaffer y Pollack, los instrumentos de *soft law* lidian con la diversidad mejor que los de *hard law*.

⁶⁰ En cambio, cuando se trata de negociar y redactar instrumentos internacionales de *hard law*, es más difícil y lleva más tiempo alcanzar la armonización entre diferentes sistemas y tradiciones jurídicas. Gabriel, Henry Deeb, “The Advantages of Soft Law in International Commercial Law: the Role of UNIDROIT, UNCITRAL and the Hague Conference”, *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 34, núm. 3, 2009, pp. 661-663.

⁶¹ Sin embargo, en materia de *hard law*, Gabriel, H. D. señala que “debido a los compromisos para llegar a resultados aceptables, una convención puede no reflejar las mejores prácticas sino simplemente prácticas aceptables”.

⁶² Albornoz, J. R. y Mar, Paula, *op. cit.*, p. 23.

⁶³ Abbott, K. W. y Snidal, D., *op. cit.*, p. 445.

2. Debilidades del *soft law*

El *soft law* no es una técnica de codificación perfecta —como tampoco lo es el *hard law*—. Entre las debilidades del *soft law* se destacan la falta de legitimidad democrática en su elaboración y la incertidumbre en cuanto a su efectividad.

Una de las críticas más fuertes que se le formulan al *soft law* es que carece de legitimidad democrática. Aquí se retoma la “...necesidad que subyace a la opción misma de la democracia de que a todos aquellos a quienes se aplicará un grupo de reglas, se les permitirá participar en la creación de dichas reglas”.⁶⁴ Hay dos aspectos estrechamente vinculados entre sí que inciden en quienes se involucran en la elaboración de instrumentos de *soft law* y que atañen a la legitimidad democrática del resultado final. Se trata del costo de participar y de lo complejo que puede ser encontrar expertos que actúen realmente de manera desinteresada. En efecto, para poder asistir a todas las reuniones de trabajos preparatorios de un instrumento normativo se debe disponer dinero para viajar al extranjero.⁶⁵ Por eso “es muy raro que todos los interesados estén efectivamente representados con una eficacia o fuerza de persuasión igual”.⁶⁶ En la mayoría de los casos, quienes tienen recursos financieros para participar defienden sus propios intereses —por más legítimos que éstos sean—, y cuando colaboran expertos autónomos, suelen plegarse a la opinión de otros, que responden a ciertos intereses.⁶⁷ Adicionalmente, se puede criticar la falta de transparencia del proceso poco democrático de creación de reglas blandas.

Ahora bien, la debilidad relativa a la carencia de legitimidad democrática del *soft law*, que regula el comercio transfronterizo, es susceptible de ser reducida por varias vías; por ejemplo, por un lado, procurando que “los foros codificadores se aseguren de que están representadas las prácticas comerciales tal como van evolucionando en nuevos sectores económicos y en países en desarrollo”.⁶⁸ Por otro lado, promoviendo que organizaciones internacionales como la UNIDROIT filtren culturalmente las normas espontáneas elaboradas de manera unilateral por las empresas.⁶⁹ Finalmente, la vía más

⁶⁴ Kaufmann-Kohler, G., *op. cit.*, p. 126.

⁶⁵ Kessedjian, C., *op. cit.*, p. 183.

⁶⁶ *Idem.*

⁶⁷ *Ibidem*, p. 181.

⁶⁸ Johnson, Vanessa M., “Codification of the *Lex Mercatoria*: Friend or Foe?”, *Law and Business Review of the Americas*, vol. 21, núm. 2, 2015, p. 166.

⁶⁹ Albornoz, J. R. y Mar, Paula, *op. cit.*, p. 14. Los mismos autores expresan que UNIDROIT remodela la nueva *lex mercatoria* “según los principios generales del derecho, buscan-

directa para remediar la apuntada deficiencia es “integrar a los usuarios en la formación del *soft law*”.⁷⁰ En mayor o menor medida, estos tres caminos ya se han venido utilizando, y probablemente vayan surgiendo otros caminos nuevos. Lo cierto es que aún queda mucho por avanzar rumbo a la legitimación democrática de un proceso de elaboración transparente.

A propósito de esto, tiene sentido preguntarse cómo se le puede dar efectividad a una norma blanda que fue creada en un proceso opaco, con nula o escasa transparencia.⁷¹ La dificultad para aplicar el *soft law* —contracara de la flexibilidad que se aprecia como ventaja— se vincula estrechamente con esa ausencia de legitimidad democrática y, por supuesto, con el carácter no vinculante de sus reglas.

Esta segunda debilidad del *soft law* hace patente una incapacidad del Estado para satisfacer la necesidad de certeza en cuanto a la aplicación o *enforcement* de las reglas que lo componen,⁷² en tanto no se conviertan en *hard law*. A su vez, el carácter blando de las normas contribuye a que resulte difícil determinar si un Estado realmente las está cumpliendo o si las está evadiendo.⁷³

Dado que se trata de normas espontáneas, que en principio no son obligatorias, la manera de generar voluntad de acatarlas por parte de sus destinatarios y así aumentar su efectividad, pasa principalmente por dos ejes. El primero, la participación —aunque sea de manera indirecta— en la labor de creación normativa; el segundo, la convicción acerca de la calidad de las reglas de *soft law*, y también acerca de su utilidad para prevenir y solucionar problemas. Tal convicción hace que los particulares tengan la voluntad de aplicar las reglas blandas a sus operaciones comerciales. Asimismo, hace que los Estados decidan adoptarlas en su normativa internacional y/o interna, y estén dispuestos a aplicarlas o tomarlas como referencia en casos litigiosos.

V. CONCLUSIONES

En la era de la globalización, el comercio internacional se ha incrementado y continúa haciéndolo día a día. Este fenómeno ha traído consigo otro fenóm-

do el justo equilibrio entre los opuestos intereses en juego, entre las razones de la empresa y las exigencias de protección de la parte más débil”.

⁷⁰ Kaufmann-Kohler, G., *op. cit.*, p. 126.

⁷¹ Muir Watt, H., *op. cit.*, p. 418.

⁷² Gabriel, H. D., *op. cit.*, p. 670.

⁷³ Abbott, K. W. y Snidal, D., *op. cit.*, p. 446.

no más: el apogeo del *soft law* que se va gestando para regular el tráfico transfronterizo de bienes y servicios. Con la intención de reflexionar el porqué de este auge de las fuentes blandas en el área de los negocios internacionales, se ha procedido a revisar el concepto de *soft law*, examinar sus funciones y resaltar sus principales fortalezas y debilidades como técnica de codificación internacional.

En este orden de ideas, se puede concluir que es apropiado adoptar una noción amplia de *soft law* como un conjunto no sistemático de reglas de distinto origen y naturaleza, que no son en sí mismas obligatorias, y que están directamente disponibles para ser empleadas por sus diversos tipos de destinatarios —los particulares y el Estado—, sin necesidad de ratificación. Además de carecer de coercibilidad, las reglas blandas se caracterizan por ser flexibles y porque su proceso de elaboración excede con creces el ámbito interestatal, promoviendo la participación de sujetos privados.

Igualmente, en el marco del pluralismo metodológico del derecho internacional privado y del diálogo de fuentes que éste permite, se concluye que la vinculación entre fuentes rígidas y blandas del comercio internacional es una relación de complementariedad. En algunas ocasiones el *soft law* funciona como una alternativa con respecto al *hard law*; en otras, como un precursor del mismo, y en otras más, como parámetro para interpretarlo.

Asimismo, es factible concluir que actualmente se recurre con tanta asiduidad al *soft law* como técnica de codificación internacional porque sus fortalezas —simplicidad del proceso de elaboración, idoneidad para tender puentes entre culturas jurídicas, alta calidad de sus reglas, flexibilidad en su implementación, inversión relativamente baja para su elaboración— pesan más que las debilidades —carencia de legitimidad democrática, incertidumbre en cuanto a la efectividad— y, adicionalmente, existen vías concretas que permiten reducir el impacto de las debilidades. Puede ocurrir que en el futuro cercano la globalización propicie una mayor expansión del comercio internacional y que la utilización del *soft law*, siempre que se trabaje en sus áreas de oportunidad, continúe creciendo.