

Soft Law. Derecho y terminología

Fernando SANQUÍRICO PITTEVIL*
RVLJ, N.º 13, 2020, pp. 409-425.

SUMARIO

Introducción 1. Manifestaciones del Soft Law 1.1. Normas que se encuentran en proceso de formación 1.2. Normas imprecisas, vagas o difusas 1.3. Normas cuya implementación o coerción no ha sido delegada 1.4. Normas intermedias 2. Justificación jurídica del Soft Law 2.1. Fuentes del Derecho 3. Nuestra concepción del Soft Law 4. Soft Law, *lex mercatoria*, *lex contractus* y Derecho positivo. Conclusión

Introducción

Muchas veces se piensa que la libertad se ejerce de mejor forma cuando el Derecho tiende a permitir a las personas regular libremente sus relaciones; por lo que, bajo esta premisa, el ejercicio de la libertad se ejerce verdaderamente cuando el Derecho se abstiene de regular, o regula de forma general y escasa la conducta de los particulares¹.

* **Universidad Monteávila**, Abogado; Profesor; Director Académico del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje; Subdirector de *Derecho y Sociedad*, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. **Universidad Metropolitana**, Especialista en Derecho Corporativo. **Universidad Central de Venezuela**, Profesor. **Universidad Católica Andrés Bello**, Profesor. Abogado en InterJuris Abogados, S.C. Director del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias. Miembro de la Junta Directiva de la Asociación Venezolana de Arbitraje. Miembro de la Lista de Árbitros del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas.

¹ Ver el trabajo de VANBERG, Viktor J.: «Mercados y regulación. El contraste entre el liberalismo de libre mercado y el liberalismo constitucional». En: *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. N.º 17. Instituto Tecnológico Autónomo de

La premisa anterior parece no ser del todo compartida por el mercado, dada la gran cantidad de regulaciones que se han ido creando a través del tiempo, y con mayor auge en los últimos años. Las regulaciones a las que hacemos alusión no son precisamente las regulaciones estatales tradicionales que se conocen –Constituciones, leyes, reglamentos, etc.–, sino que son las que los mismos actores han ido creando e imponiéndose en el ejercicio de sus libertades, en la búsqueda de seguridad, certeza y previsibilidad en las relaciones que, cada vez, son más sofisticadas.

Pareciera que los conceptos *lex mercatoria*, usos, costumbres, principios, entre otros, no han sido suficientes para lograr los objetivos anteriormente señalados; por lo que, tratando de salirse de las regulaciones impuestas por los Estados, las personas, en un primer término, buscaron normativizar sus relaciones basadas en estas normas, en principio no positivizadas. Pero la globalización y la gran cantidad relaciones cada vez más sofisticadas han encontrado en estas normas desacuerdos en su existencia o interpretación, así como vacíos importantes, lo que ha hecho que distintas organizaciones, tanto nacionales como internacionales, las hayan recogido en textos o hayan creado nuevas normas, apartadas de aquellas, que en ocasiones trascienden en los mercados nacionales e internacionales.

Estas normas «blandas», no estatales, no-derecho o *Soft Law* como muchos las han llamado, cada vez aparecen más en el tráfico jurídico, y de diversas formas, ya sea como modelos de contratos –por ejemplo, los modelos estándar de contratos internacionales de construcción FIDIC–, en forma de leyes modelos –por ejemplo, la Ley Modelo de Conciliación de UNCITRAL–, en forma de normas que pueden ser aplicadas a las relaciones comerciales de las partes, en sustitución del Derecho estatal –por ejemplo, los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales–, o cláusulas estándar que pueden incorporarse en los contratos por referencia –por ejemplo, los Incoterms de la ICC, recientemente reformados–.

México. México D. F., 2002. En donde el autor explica cómo el liberalismo sostiene que la regulación de las relaciones sociales, y especialmente del mercado, tienden a coartar las libertades de las personas.

Es por ello que es necesario hacer un estudio sobre qué significa el término *Soft Law*, cuáles son algunas de sus implicaciones, su naturaleza y fundamento para crear obligaciones jurídicamente válidas, qué buscan realmente estas normas que cada día más se van convirtiendo en un instrumento de nuestro uso cotidiano, y su relación con la *lex mercatoria*, la *lex contractus* y el Derecho positivo.

1. Manifestaciones del *Soft Law*

El primero en utilizar el término *Soft Law* fue Lord McNAIR², quien lejos de darle la connotación que se trata de teorizar hoy en día, pretendía señalar las diferencias entre los términos *de lege lata* y *de lege ferenda*³, entendidos estos, según Lord McNAIR, como leyes verdaderamente vinculantes (*de lege lata* o *Hard Law*), y las propuestas normativas no vinculantes, que pueden llegar o no a ser verdaderas leyes (*de lege ferenda* o *Soft Law*) dependiendo de la voluntad del legislador⁴.

La utilización del concepto *Soft Law* se dio principalmente en el ámbito del Derecho Internacional Público⁵, en cuya rama del Derecho comenzó a teorizarse acerca del alcance del término y a discutirse, entre otras cosas, si realmente

² Ver entre otros THÜRER, Daniel: *Völkerrecht als Fortschritt und Chance. International Law as Progress and Prospects*. Dike. Zürich, 2009, p. 161; MAZUELOS BELLIDO, Ángeles: «*Soft Law*: ¿Mucho ruido y pocas nueces?». En: *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. N.º 8. Madrid, 2004, p. 2; DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván: «El fenómeno del *Soft Law* y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional». En: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Vol. VI. México D. F., 2006, p. 518.

³ Vid. JENNINGS, Robert Y.: «*An International Lawyer Takes Stock*». En: *University of Miami International and Comparative Law Review*. Vol. 1, N.º 1. Miami, 1991, p. 4; D'ASPROMONT, Jean: «*Softness in International Law: a Self-Serving Quest for New Legal Materials*». En: *The European Journal of International Law*. Vol. 19, N.º 5. Florencia, 2008, p. 1081.

⁴ JENNINGS: ob. cit., p. 15.

⁵ Esto se debía a que Lord McNAIR había sido profesor de Derecho Internacional de la Universidad de Cambridge y Juez de la Corte Internacional de Justicia y Presidente de la Corte Europea de Derechos Humanos.

podía enmarcársele dentro de la disciplina jurídica: Derecho blando, ¿es realmente Derecho?⁶.

Para hacer una determinación de esta discusión doctrinal, debemos partir del concepto de *Soft Law*, el cual, ciertamente, no es un concepto jurídico determinado⁷, y por tanto, tampoco es un concepto unívoco⁸. Sin embargo, y como punto de partida, puede abstraerse de todos los conceptos una característica general que pareciera estar presente en la definición del *Soft Law*: la imposibilidad de la norma *soft* de ser vinculante por sí misma⁹.

En este punto debe tenerse claro que la discusión en torno al *Soft Law* radica en un sentido binario contrapuesto, en donde pareciera que únicamente el carácter *soft* de la norma se encuentra basada, de acuerdo a la teoría positivista del Derecho, en determinar si la norma tiene efectos vinculantes (*Hard Law*) o carece de dichos efectos (*Soft Law*)¹⁰.

Por su parte, la doctrina especializada en Derecho Internacional Público ha categorizado las distintas formas en que el *Soft Law* se puede manifestar. Así, Julio BARBERIS¹¹ considera que se puede categorizar en: i. normas que se encuentran en proceso de formación, pero que aún no han sido efectivamente dictadas y, por lo tanto, aún no gozan de validez jurídica; ii. aquellas normas que tienen un contenido vago o difuso, en las que se pierde la posibilidad de determinación de su cumplimiento, y iii. las normas que se encuentran en un

⁶ MAZUELOS BELLIDO: ob. cit., p. 2.

⁷ THÜRER: ob. cit., p. 163.

⁸ MAZUELOS BELLIDO: ob. cit., p. 2.

⁹ Ver entre otros BONELL, Michael Joachim: «*Soft Law and Party Autonomy: The case of the UNIDROIT Principles*». En: *Loyola Law Review*. N.º 51. New Orleans, 2005, p. 229; DEEB GABRIEL, Henry: «*The Advantages of Soft Law in International Commercial Law: The Role of UNIDROIT, UNCITRAL, and the Hague Conferences*». En: *Brooklyn Journal of International Law*. Vol. 34, N.º 3. Nueva York, 2009, p. 658; KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle: «*Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity*». En: *Journal of International Dispute Settlement*. Vol. 1, N.º 2. Oxford, 2010, p. 284.

¹⁰ D'ASPROMONT: ob. cit., p. 1076.

¹¹ Citado en DEL TORO HUERTA: ob. cit., pp. 522 y 523.

«orden jurídico intermedio», debido a que no cuentan con la posibilidad de ser aplicadas por un ente con poder coercitivo sin que las partes vinculadas a la norma acepten su aplicación obligatoria.

En un sentido similar, MEYER¹² explica que el *Soft Law* puede manifestarse: i. a través de acuerdos con obligaciones de naturaleza imprecisa; ii. como aquellos acuerdos que tienen un grado reducido de obligatoriedad (*lesser degree of constrain*), debido a que las obligaciones son de naturaleza imprecisa, o la implementación o coerción de la norma no se ha delegado a alguna organización o ente encargado de resolver conflictos; iii. por normas que no son legalmente obligatorias, por carecer de coercitividad, y iv. normas que sin ser legalmente obligatorias son creadas con la expectativa de que serán obligatorias por determinación particular (esta última es la propuesta teórica que hace el autor).

En primer término, podemos notar que en todas las formas en que la doctrina ha entendido el *Soft Law* pareciera que la coerción u obligatoriedad de la norma es escasa, reducida, blanda o imposible –en definitiva *soft*–, lo que hace constante la característica general que apuntamos anteriormente. Puede observarse también que las aproximaciones de BARBERIS y de MEYER no son excluyentes, sino que atienden a una categorización muy similar, razón por la cual haremos un análisis de cada una de estas, y revisaremos si efectivamente caben dentro del género del *Soft Law*.

1.1. Normas que se encuentran en proceso de formación

Esta acepción, que pareciera ser la usada por Lord McNAIR (ver *supra*), propone conceptualizar el *Soft Law* en torno al momento en que se encuentra respecto de su nacimiento en el mundo jurídico (*lex in status nascendi*). Un ejemplo claro de lo anterior puede darse en el proceso formativo de una ley dentro de un régimen parlamentario; esto es, la determinación temporal del momento en que la norma se encuentra en su proceso previo a su promulgación (*de lege ferenda*), configurándose en algo que se ha denominado pre-Derecho,

¹² Ver MEYER, Timothy: «*Soft Law as Delegation*». En: *Fordham International Law Journal*. Vol. 32, N.º 3. Nueva York, 2008, pp. 905 y 906.

y el momento en que la ley ya ha sido sancionada y promulgada y por lo tanto se encuentra en plena vigencia y efectos (*de lege lata*), o Derecho propiamente dicho¹³.

Problema particular podemos ejemplificarlo en el campo de los sistemas que basan su Derecho en la costumbre, ya que la determinación del momento en que la ley se hace vinculante se encuentra en una zona gris no perfectamente delimitada. Esto ha llevado a que se establezca que

... la frontera entre el Derecho y el no-Derecho o el pre-Derecho, la *lex lata* y la *lex ferenda*, no está claramente delimitada y por tanto, el umbral del mundo jurídico no está del todo definido y quizá sea imposible e incluso inconveniente tratar de hacerlo¹⁴.

A pesar de lo anterior, la crítica más fuerte que se hace a esta categorización del Derecho entre *Soft Law* y *Hard Law*, según consideramos, radica en la sobreconceptualización jurídica que se hace de los términos. En efecto, se establece que la diferenciación entre el Derecho que se encuentra en proceso de formación y el Derecho ya efectivamente creado, pertenece a una categoría jurídica ya creada y desarrollada –*de lege ferenda* y *de lege lata*–; además, de que al tratar de darle un valor de norma –*Soft Law*– a las proposiciones jurídicas que se hagan, se estaría dando un valor posiblemente jurídico a normas que aún no tienen esa connotación¹⁵.

1.2. Normas imprecisas, vagas o difusas

La determinación del *Soft Law* referente al grado de imprecisión que tenga la norma está formulada bajo el entendido de que existen normas cuya redacción es tan difusa o vaga, que dentro de la interpretación de la norma hay tal grado de multiplicidad de hechos contemplados, que la norma no es capaz

¹³ MAZUELOS BELLIDO: ob. cit., p. 3.

¹⁴ DEL TORO HUERTA: ob. cit., p. 530.

¹⁵ BARBERIS, citado en FELER, Alan Matías: «*Soft Law* como herramienta de adecuación del Derecho Internacional a las nuevas coyunturas». En: *Lecciones y Ensayos*. N.º 95. Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, 2015, p. 288.

de inducir un cambio en la sociedad¹⁶, o que la determinación del incumplimiento de la norma no es claro debido a la forma de su redacción¹⁷.

Independientemente del contenido de la norma o del grado de vaguedad en que la norma esté redactada, y por tanto la norma tenga un grado de inaplicabilidad fáctica, ello no implica que la norma no sea obligatoria, en tanto que la misma ha sido declarada obligatoria por la autoridad competente. Es por ello que se critica esta conceptualización del *Soft Law*, puesto que, en tanto norma vigente dentro de cualquier ordenamiento jurídico, dicha norma no tiene un grado diferente de obligatoriedad y vinculación con las personas sujetas a dicha norma –*Soft Law* en contraposición al *Hard Law*–, sino que por su imprecisión existe dificultad en la comprobación misma de su cumplimiento o no¹⁸.

1.3. Normas cuya implementación o coerción no ha sido delegada
Tal y como mencionamos, para cierto sector de la doctrina una norma puede ser incluida bajo la categoría de *Soft Law* cuando, siendo una norma formal y vinculante para las partes, no hay ninguna autoridad encargada de implementar o ejecutar la norma, o no existe ninguna autoridad judicial encargada de darle coerción a la misma¹⁹, lo que se ha denominado *Soft Law* material o *Soft Negotium*²⁰.

Esta acepción cobra especial relevancia en el Derecho Internacional Público, en donde el cumplimiento de las normas internacionales aplicables a los Estados tienen una coerción limitada y una implementación que depende de los mismo actores «auto-regulados»²¹.

¹⁶ MEYER: ob. cit., p. 905.

¹⁷ DEL TORO HUERTA: ob. cit., p. 523.

¹⁸ Ídem.

¹⁹ MEYER: ob. cit., pp. 905 y 906.

²⁰ Ver D'ASPREMONT: ob. cit., p. 1084 al establecer que «*Legal persons can choose to resort to a binding legal instrument but soften its content by ensuring that it does not lay down any specific obligation and design it in such a way that the addressee retains a right to opt out or to define its scope of application...*».

²¹ Explica DEL TORO HUERTA: ob. cit., p. 531, que «... la práctica internacional demuestra que el cumplimiento de las normas internacionales no está subordinado de forma exclusiva a la existencia de posibles sanciones derivadas de la violación a una norma

Igualmente, puede incluirse bajo este aspecto las normas de carácter programático, en cuyo caso su aplicabilidad y desarrollo depende de un acto posterior y, aun siendo positivizadas y válidas formalmente, no tienen una aplicación material efectiva que garantice su cumplimiento de cara a las personas vinculadas a dicha norma²².

La crítica a la inclusión dentro del *Soft Law* al tipo de normas que comentamos –*Soft Law* material– se basa en el mismo punto anteriormente explicado (ver *supra* 1.2.); si bien la naturaleza de estas normas, en principio, no requieren un cumplimiento o coerción efectiva, no implica que las personas a las cuales está destinada la norma no estén vinculadas a ella, por lo que, dicho de otro modo, no implica que la norma en cuestión carezca de efectos o fuerza vinculante²³.

1.4. Normas intermedias

En un primer término, tratar de definir lo que significa «normas intermedias» para parte de la doctrina que trata de determinar el concepto del *Soft Law* pareciera una tarea difícil por la cantidad de normas que se encuentran dentro de esta categoría. Así, se incluyen:

Las normas que se hallan en las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y de algunas organizaciones regionales, en los

internacional. En el ámbito internacional, la ausencia de una jurisdicción internacional obligatoria, el uso frecuente y en ocasiones excesivo de reservas y declaraciones interpretativas que limitan la competencia contenciosa de los tribunales internacionales, la pluralidad de mecanismos de solución de controversias internacionales, entre otras cosas, hacen que los mecanismos de adjudicación judicial internacional funcionen de forma excepcional y solo operen de manera obligatoria en algunos regímenes especiales o subsistemas regionales. Asimismo, la exigibilidad de cumplimiento del Derecho Internacional basada en la reciprocidad entre sujetos se encuentra limitada por factores políticos y jurídicos, y las posibles contramedidas que pudiera adoptar un Estado o varios frente a otro por el incumplimiento de una obligación internacional también suponen limitaciones y circunstancias especiales dependiendo de cada caso».

²² DEL TORO HUERTA: ob. cit., p. 536.

²³ Ídem.

acuerdo políticos de los gobiernos, en los *gentlemen's agreements*, en ciertos códigos de conducta, en declaraciones conjuntas de presidentes o de ministros de relaciones exteriores, en directivas adoptadas por consenso en conferencias internacionales, etc...²⁴.

La numeración anterior está orientada dentro de las normas que pueden crearse en ámbito del Derecho Internacional Público, a excepción de una en específico. Así, en esta clasificación no solo se enumeran normas de carácter público, sino también normas que pueden ser dictadas por actores no estatales, esto es, por individuos que actúan en la esfera privada del Derecho²⁵, lo que algunos han denominado como «códigos de conducta»²⁶. Estos suscitan especial controversia, puesto que son normas que dictan los particulares y que modifican las normas establecidas por los actores que, en principio, gozan de la autoridad para crear verdaderas normas de Derecho²⁷.

Pareciera que, independientemente de la forma en que es creada la norma *soft*, entendida esta como norma intermedia, su cualidad vinculante, en tanto norma, se encuentra reducida por otros instrumentos de mayor vinculación, ya que dichas normas tienen una cierta posibilidad de eludir su cumplimiento por ser estas de alto contenido político, y por no ser dictada bajo el amparo de una potestad normativa con capacidad de *imperium*.

La crítica que se observa para esta clasificación tiene su basamento en el concepto mismo de Derecho; esto es, las normas de Derecho no están sujetas a un grado de vinculación, sino que, en tanto normas jurídicas, vinculan

²⁴ *Ibid.*, pp. 522 y 523.

²⁵ Ver Christine Mary CHINKIN, citado en MAZUELOS BELLIDO: *ob. cit.*, p. 13.

²⁶ Para THÜRER: *ob. cit.*, p. 162, «*The term codes of conduct is, in a limited sense, sometimes applied to written sets of rules used in transnational business relations of private organizations or companies...*».

²⁷ Ver CHINKIN, citado en MAZUELOS BELLIDO: *ob. cit.*, p. 14; el cual establece que «*Perhaps the most controversial claimants to international soft law status are those that emanate neither directly nor indirectly from states but are nonetheless intended to modify transnational behavior (...). The use of the non-legal form is dictated by lack of formal law-making capacity and the impact of a non-binding text depends upon the political and economic interests of the relevant players*».

y obligan por igual a determinado grupo de personas por el mero hecho de la existencia normativa, por lo que hablar de *Soft Law* bajo un contexto normativo de graduación vinculante –dicotomía *Hard Law-Soft Law*–, no parece justificarse dentro de la ciencia jurídica²⁸.

2. Justificación jurídica del *Soft Law*

Si entendemos al *Soft Law* como normas que crean las personas jurídicas²⁹ –independientemente de su actividad privada o pública, nacional o internacional– y cuyo contenido no es legalmente coercible, pero con especial relevancia jurídica, entonces forzosamente debemos hacernos la pregunta de si el *Soft Law* puede considerarse un tipo de norma dentro del género jurídico, o, más simplemente, debemos revisar si el *Soft Law* es una norma de Derecho.

No pretendemos teorizar aquí sobre la definición de Derecho, ni hacer una discusión respecto de las características esenciales de esta ciencia. Sin embargo, para poder construir la justificación teórica del *Soft Law*, debemos revisar si estas normas se enmarcan dentro de lo que se denomina un sistema legal.

Una característica común de la norma jurídica es la existencia de una entidad con determinado poder, el cual denominamos «soberano», con la facultad de dictar normas, las cuales, dicho poder, podrá hacer obligatorias o coercibles³⁰. En este sentido, parecieran encontrarse en las manifestaciones del *Soft Law* –revisadas anteriormente–, algunos casos en que estas normas no son dictadas bajo un ente con facultades soberanas, que tradicionalmente ha sido el Estado.

Sin embargo, según otra parte de la doctrina, pareciera establecerse, bajo el supuesto de la existencia actual de la globalización³¹, la existencia de un

²⁸ BARBERIS, citado en DEL TORO HUERTA: ob. cit., p. 523.

²⁹ En sentido amplio, esto es todo ente susceptible de derechos y obligaciones, ya sean personas morales o personas naturales.

³⁰ HART, H. L. A.: *The Concept of Law*. Oxford University Press. Oxford, 1974, pp. 70 y ss.

³¹ Ver RODNER S., James Otis: *La globalización. Un proceso dinámico*. Editorial Anauco. Caracas. 2001, pp. 168 y ss.

orden que trasciende el concepto tradicional de Estado, el cual, según esta doctrina, tiene la capacidad de dictar normas de carácter legal. Esto es así gracias a que:

El nuevo Derecho no es producto de la voluntad de un Estado soberano y, por tanto, no forma parte del Derecho positivo interno de un país determinado, constituyendo lo que denomina la doctrina francesa, un verdadero Derecho anacional, o sea, un Derecho desatado de su asociación con un orden jurídico estatal determinado³².

Bajo este supuesto, y partiendo de que las normas de contenido *soft* no tienen un carácter de obligatoriedad, vinculación o coercibilidad hacia las personas, entonces pareciera que si una entidad dicta una norma de contenido *soft*, entonces dicha norma podría enmarcarse dentro de la categoría jurídica.

Sin embargo, la mera existencia de una autoridad que dicta una norma no hace de la misma una norma legal o jurídica; esto se debe a que existen normas morales, de etiqueta, etc., que son dictadas por una autoridad independiente del Estado. Igualmente existen normas que, siendo dictadas por entes anacionales, cuentan con el carácter vinculador que la voluntad expresa de las partes han determinado que tengan –por ejemplo, códigos de ética empresariales, estatutos corporativos, etc.–.

Es un punto común en la teoría del Derecho, independientemente de la corriente filosófica en la que esta se enmarque, establecer que la concepción del Derecho tiene una característica esencial, no tan diferenciada de la existencia Estatal, la cual es la noción de legítima obligatoriedad³³, que parte de la idea de un orden común estandarizado de aplicación general³⁴, el cual denominamos «Derecho».

³² *Ibid.*, p. 168.

³³ Ver entre otros HART: *ob. cit.*, pp. 79 y ss.; Kelsen, Hans: *Teoría pura del Derecho*. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Buenos Aires, 1981, pp. 79 y ss.; FINNIS, John: *Natural Law and Natural Rights*. 2.^a, Oxford University Press. Oxford, 2011, pp. 314 y ss.

³⁴ HART: *ob. cit.*, p. 83. Donde establece la diferencia entre la coerción personal de un pistolero que obligue a una persona a entregar su cartera y la obligación dentro de

Siguiendo esta concepción, entonces, debemos dirigir nuestra atención a la ya persistente nota característica del *Soft Law*, esto es, su capacidad de vincular u obligar a las personas por el mero hecho de la existencia de la norma. Bajo el presupuesto anterior, independientemente de la autoridad que dicta la norma *soft*, al no ser esta una norma con capacidad de vincular a las partes, entonces no podemos hablar de una norma jurídica propiamente dicha.

Bajo la premisa anterior, y llegando a una conclusión que nos parece acertada, creemos que el *Soft Law* no puede encuadrarse dentro de la categoría de norma jurídica, por cuanto si aceptamos que el mismo carece de coercibilidad por sí mismo, entonces falta una de las características esenciales que definen al ordenamiento jurídico.

2.1. Fuentes del Derecho

La teoría de las fuentes del Derecho ha estado llena de disertaciones, llevando al concepto a entenderse de diversas formas, según lo que se pretenda. Así, al aludir a las «fuentes del Derecho», podemos estar refiriéndonos a: i. las razones que dieron lugar a su nacimiento; ii. el lugar donde se encuentra; iii. la autoridad que crea la norma, o iv. el fundamento o sustento jurídico de la norma³⁵.

Si se hace una clasificación de las fuentes, también podríamos encontrar inclusive la diferenciación de estas entre fuentes formales y fuentes materiales del Derecho, esta última entendida como «todo aquello que contribuye a determinar el contenido concreto de las normas jurídicas (...) por las cuales llegan a tener ese contenido y no otro...»³⁶.

un orden legal, explicando que «*the existence of such rules, making certain types of behaviors a standard, is the normal, though unstated, background or proper context for such a statement; and, secondly, the distinctive function of such statement is to apply such a general rule to a particular person by calling attention to the fact that his case falls under it...*».

³⁵ Ver respecto de la teoría de las fuentes del Derecho, ASEFF, Lucía María: «Las fuentes del Derecho». En: *Las fuentes del Derecho y otros textos de teoría general*. Editorial Juris. L. M. ASEFF, comp. Rosario, 2005, p. 54.

³⁶ *Ibíd.*, p. 64.

Así, si entendemos al *Soft Law* como un conjunto normativo no vinculante, que desarrolla ordenadamente una materia determinada, el cual es susceptible de ser vinculante por determinación de sujetos legitimados para darle coercibilidad; entonces podríamos categorizar al *Soft Law* no como una norma jurídica en sí misma, sino como una norma con expectativa-aptitud de introducirse en el sistema jurídico de fuentes formales mediante un acto de autoridad legal.

3. Nuestra concepción de *Soft Law*

Como hemos referido, y vistas las manifestaciones que ha dado la doctrina respecto de lo que puede ser *Soft Law*, consideramos que este no puede darse dentro de un enmarcamiento de una conceptualización jurídica existente, esto es, redundar sobre conceptos formalmente establecidos, como lo son los conceptos *de lege lata* y *de lege ferenda*.

De esta forma, no podemos adherirnos a la concepción que busca hacer un sinónimo de los conceptos anteriores con el *Hard Law* y el *Soft Law*, debido a que, si bien la ley formalmente estatuida dentro de un ordenamiento jurídico determinado concuerda con la clasificación de *Hard Law*, por ser efectivamente vinculante para las partes, no podemos igualar los conceptos *Soft Law* y *de lege ferenda*. Lo anterior se justifica en el sentido de que *de lege ferenda* es una concepción jurídica de una proposición jurídica que tiene el legislador con posibilidad o no de convertirse en ley formal (*de lege lata*), clasificación parecida al *Soft Law*, pero no idéntica (ver *supra* 1.1.).

Tampoco podemos adherirnos a las concepciones que establecen el *Soft Law* como normas imprecisas o de implementación o coerción condicionada (ver *supra* 1.2. y 1.3.) puesto que, como dijéramos, este tipo de normas han sido dictadas por el Estado y con contenido jurídico, por más que su aplicabilidad efectiva dependa de un hecho futuro o esté condicionada por su falta de técnica legislativa –contenido impreciso–.

Por último, tampoco podemos adherirnos a la concepción de las normas intermedias (ver *supra* 1.4.), puesto que, en primer lugar, la acepción es

demasiado amplia y contiene muchos tipos normativos que exceden cualquier justificación que pueda incluirlos dentro de la misma categoría. La crítica, que creemos más justificada, se basa en que los que sostienen que las normas intermedias se enmarcan dentro del *Soft Law* intentan hacer estratificar los efectos jurídicos que puede tener una norma; esto es, aseveran que hay normas que son más vinculantes que otras, y ahí es donde, supuestamente, se encuentra el carácter *soft* de la norma en cuestión.

En tanto fuente del Derecho, el *Soft Law*, efectivamente, se presenta como una norma, puesto que en su estructura tiene supuestos de hecho y consecuencias, tal y como se presenta en cualquier norma, jurídica o no. Sin embargo, al carecer de vinculación por sí misma, no es una norma jurídica en estricto sentido legal, hasta tanto una autoridad le dé carácter vinculante³⁷.

Cabe destacar que, contrario a lo que establece la mayoría de la doctrina, no consideramos que el *Soft Law* tenga un carácter especial de internacional, ni que tiene que ser dictado por una organización con carácter internacional –por ejemplo, UNCITRAL, UNIDROIT, etc.–; sino que, al contrario, en tanto norma, el *Soft Law* puede ser propuesto por cualquier entidad que pretenda crear una norma, con la expectativa de su utilización y entrada en el mundo jurídico –por ejemplo, un Reglamento de algún centro de Arbitraje que regula el arbitraje nacional–.

4. *Soft Law*, *lex mercatoria*, *lex contractus* y Derecho positivo

Como puede intuirse, existe una relación muy estrecha entre los conceptos *Soft Law*, *lex mercatoria*, *lex contractus* y Derecho positivo. Esta relación se da en un ámbito de aplicabilidad y no de géneros, aunque todos tienen connotaciones normativas.

Por una parte, si entendemos la *lex mercatoria* como el «conjunto de usos, prácticas y costumbres comerciales emanados del giro mercantil

³⁷ Entiéndase esta autoridad como una autoridad estatal hacia el Derecho interno, las partes basadas en el principio de *pacta sunt servanda*, una autoridad internacional en el marco de sus atribuciones normativas (por ejemplo, la Unión Europea).

internacional»³⁸; a la *lex contractus* como la ley aplicable que las partes vinculadas en un contrato han determinado que sea la que rige dicha relación jurídica³⁹; y al Derecho positivo como las normas aplicables en un definido espacio geográfico, el cual es vinculante por determinación de la autoridad que dicta la norma, entonces podemos aceptar que el *Soft Law* puede llegar a relacionarse con cada uno de ellos.

Es así como el *Soft Law* puede recoger los usos y costumbres mercantiles considerados como *lex mercatoria* y abstraerlos para convertirlo en normas escritas (*Soft Law*), las cuales, por sus características, podrán convertirse, por determinación legal, en Derecho positivo (ver por ejemplo, el artículo 31 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela). Este caso es el que ocurre con los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, que tienen su origen en los usos y costumbres mercantiles internacionales, los cuales fueron normativizados para su mejor difusión.

Igualmente sucede con los casos de la *lex contractus* –tal y como fue definida para el presente trabajo–. La voluntad de las partes podrá determinar que cualquier norma *Soft Law* quedará incluida en su contrato y, por tanto, regirá el contenido normativo de su relación, tal y como puede suceder con las Reglas y Usos Uniformes aplicables a los Créditos Documentarios de la Cámara Internacional de Comercio (UCP 600).

³⁸ STAMPA, Gonzalo: «El comercio internacional: definición y regulación. La denominada *lex mercatoria*. El arbitraje comercial internacional: definición y principales características». En: *El arbitraje internacional: cuestiones de actualidad*. Bosch. N. GINÉS CASTELLET, coord. Barcelona, 2009, p. 42.

Vid. en este N.º 13-II de la *Revista*: VALDIVIESO RUÍZ, Rubén Darío: «La *lex mercatoria* como fuente del Derecho y su rol en el Derecho Internacional Privado en Venezuela», pp. 763 y ss. [Nota del editor].

³⁹ Entendemos que la acepción *lex contractus* es mucho más amplia de la que damos en el presente artículo. Sin embargo, nos hemos decantado por particularizar esta definición, tal y como la hemos propuesto, con el propósito de facilitar la conceptualización de la tesis que aquí exponemos. Para una mejor comprensión del término *lex contractus* sugerimos revisar GIRAL PIMENTEL, José Alfredo: *El contrato internacional*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 1999.

Por último, puede verse la relación que existe entre el *Soft Law* y el Derecho positivo, por ejemplo, al revisar cómo algunos países adoptan las leyes modelo propuestas por organizaciones internacionales. Tal es el caso, entre otros, de Venezuela con la adopción de la Ley Modelo de Arbitraje de 1985 de UNCITRAL.

En todos los casos vemos cómo las distintas manifestaciones de *Soft Law*, en su carácter de normas, fueron incorporadas de diversas formas en el ordenamiento jurídico, lo que pareciera corroborar nuestra tesis de que una de las notas características del *Soft Law* es su aptitud para convertirse en norma verdaderamente jurídica.

Conclusión

Hemos podido observar que existe una teorización importante respecto del *Soft Law*, sobre todo en el ámbito del Derecho Internacional Público. Ello no obsta a que la existencia de las normas *soft* se reduzcan a la única aplicación de esta rama del Derecho. Al contrario, se puede observar que, con el mayor paso del tiempo, y con el auge que tienen las relaciones particulares en el comercio internacional, estas normas han servido de lugar común para que todos los actores jurídicos normalicen sus relaciones, encontrando además un entendimiento generalizado en la regulación de sus relaciones, aun proviniendo de sistemas jurídicos diversos.

Creemos que el estudio del *Soft Law* en su sentido teórico debe ser abordado más exhaustivamente, ya que en el mundo globalizado es cada vez más relevante el uso de este tipo de normas, lo que no escapa de confusiones y consideraciones especiales, las cuales deben ser dilucidadas por la doctrina y, sin duda, por la jurisprudencia durante los años que siguen.

En todo caso, el estudio particular de cada una de las normas *soft* podría abarcar tratados enteros, y, aun así, dejar por fuera gran cantidad de normas, ya sea por desconocimiento, o por tratar de abarcar el gran número de normas *soft* que ya existen y que sin duda seguirán creándose, lo cual es un trabajo que, creemos, es excesivamente ambicioso.

* * *

Resumen: El autor revisa las formas en que ha sido entendido el término *Soft Law*, su importancia para el Derecho, y la relación que guarda el mismo con otras disciplinas de relevancia jurídica. Asimismo, se hace una determinación de la naturaleza del *Soft Law* concluyendo que el mismo no puede entenderse como una norma jurídica, sino dentro de la categoría de las fuentes materiales del Derecho. **Palabras clave:** *Soft Law*, *Hard Law*, Derecho Internacional, fuentes del Derecho, Derecho positivo. Recibido: 03-11-19. Aprobado: 20-12-19.