



Artículo original

Incidencia del soft law para la aplicación de normas Impact of soft law on the implementation of legislation Mba'eichapa opokosoftlawtekorã apo ryepýpe

Karina Liz Caballero Hellión*

<https://orcid.org/0000-0001-6565-1961>

Ministerio Público. Asunción, Paraguay.

Resumen

La presente investigación constituye una reseña global de los contenidos más importantes, en torno a la formación de normas positivas a partir de las declaraciones, resoluciones y programas de acción concertadas a nivel internacional por los Estados, a través de las cumbres, congresos, convenciones, y otros mecanismos que les reúne como miembros de organizaciones internacionales. En estos encuentros, se debaten temas jurídicos actuales, y se proponen soluciones para diferentes tipos de conflictos que pueden suscitarse a nivel internacional. Sin embargo, no son vinculantes ante la ley de cada Estado, pues, son principios o reglas persuasivas, es decir, les sugiere su adopción. En ese contexto, se hace un análisis referente al caso *Salvatore Grimaldi*, llevado ante la Corte Europea en la aplicación *soft law*. El caso, trata de un inmigrante italiano que sufría de una enfermedad en sus manos, el cual no estaba incluida en el libro de enfermedades ocupacionales de Bélgica.

Recibido: 07.07.21

Aceptado: 19.08.2021

*Agente Fiscal Penal, actualmente a cargo del Despacho de la Unidad Numero 3 de la Barrial 8 de Asunción, Paraguay. Email: lizcaballerohellion@gmail.com

Abogada por la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción con Diploma de Honor, fue agente fiscal de la unidad de delitos ordinarios en Ciudad del Este y agente fiscal de la Unidad Especializada de lucha contra el Narcotráfico de Cordillera. Máster en Derecho Penal Económico por la Universidad de la Rioja, Especialista en Ciencias Jurídicas por la Universidad Iberoamericana, Analista de Inteligencia Criminal. Especialista en Planificación Estratégica Nacional, Especialista en Derecho Natural por la UCA, Investigadora del Centro de Entrenamiento del Ministerio Público.

ISSN 2415-5063 Versión impresa
<https://ojs.ministeriopublico.gov.py>

ISSN 2415-5071 Versión en línea
Contacto: dip.informaciones@ministeriopublico.gov.py



Artículo de acceso abierto. Licencia Creative Commons 4.0



Por lo tanto, no podía ser compensado como empleado con dicha discapacidad a falta de una norma. El tema reviste una importancia desde que estos mecanismos constituyen el primer paso para que se conviertan en *hard law*, es decir, en normas positivas obligatorias, aunque sus efectos son indirectos, igualmente resultan muy efectivos como la misma ley, al ser adoptados por la jurisprudencia de los tribunales de los Estados parte.

Palabras Claves: Derecho blando, derecho duro, arbitraje internacional, derechos humanos.

Abstract

This investigation is a general review of relevant contents related to the setting up of positive norm departing from statements, resolutions, and action plans agreed at an international level by the States in summits, congresses, conventions and other mechanisms they find as members of international organizations. These forums discuss current judicial topics and propose solutions to different types of conflict that may arise at international level. Nevertheless, they are non-binding, since they are suggested principles to be adopted. In this context, this paper covers an analysis of the case Salvatore Grimaldi, brought to the European Court in accordance with the application of soft law. The case is about an Italian immigrant who suffered of a disease in the hands which was not included in the list of occupational diseases in Belgium. Therefore, he could not be compensated as employee with the mentioned illness. The case is of the utmost importance since these mechanisms constitute to convert the case into hard law, that is to say, in positive binding normative and although the effects will be indirect, they are found to be as effective as the law itself, for they are adopted by jurisprudence in law courts in the member states.

Key Words: soft law, hard law, international arbitration, human rights.

Ñemombyky

Ko investigación ryepýpe oñeñe'ẽ tuichaháicha umi mba'e tekotevētereíva oñemomba'oejapokuévoumi norma positiva, declaración, resolución ha programa-kuéra rupive oñemboguata tembiapo joaju tetânguera oñondiveEstado rupive, upevarã ojejapo atyguasú, amandaje, térã ojotopa jave tetânguera motenondehárakuéra. Ko'ã atyha ha jotopaha rupi, oñeñomongeta umi léi kuéra rehe, ha upépe ojeheka oñondivepa opaichagua solución oñesẽ haguã javorái vai ojejúva tetákuéra oñondiveNdaha'úi ramo jepe ojapova'erã katuete Tetã Léi ryepýpe, ojekuaaháicha ko'áva ha'égui pyrenda térã regla jehapejokorãnte ha ikatu oñemoinge kuaa tetã ryepýpe. Upeicha rupi oñehesa'ýjijo pe Salvatore Grimaldikásooñemoguahẽva'ekue Corte Europea-peha ojeporu upépe pesoft law.Ko káso ningo omombe'u peteĩ kuimba'e italiaygua hasy vaíva ipópe, ko mba'asy ndaipóri rupipe mba'apohára mba'asasy arandukápe tetã Belgica-pe. Upéicha rupi pe tapicha ndaikatúiva'ekue ohupyty pe ñepytyvõ mba'apohára mba'eteévandaipóri rupiileikuérape,oguerekóramo jepe upe mba'asy, Ko tema tuichaiterei mba'e, kóva rupive oñembohape haojapó haguã pehard law, péva he'ise umi norma imbaretéma ha katuetéma ojejapo va'erã, imbeguéramo jepe ijhecha tuicha mba'énte avei umi léi kuéraicha, iporã ojegueroike tribunal jurisprudencia-pe Estado kuéra apytépe.

Ñe'ẽ tee: Derécho ikangýva, derécho imbaretéva, arbitraje internaccional, yvypórakuéra derécho.



Introducción

En materia normativa internacional, la evolución del derecho a lo largo de los años ha traído una revolución en materias de leyes, en consonancias con los nuevos desafíos industriales, financieras y tecnológicas.

Actualmente la tecnología ha acercado tanto a los países que las reuniones multilaterales se pueden realizar en una sala virtual en plataformas diseñadas específicamente para ello. Un ejemplo de esto lo tenemos en la reunión pública virtual del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas, llevada a cabo el 16 de mayo del año 2021, ocasión en que se trató sobre la escalada de violencia entre Israel y Gaza. Esta reunión fue posible gracias a la actual tecnología que en materia informática tenemos en el mundo.

Estos avances, sobre todo en materia digital o informática, han acelerado la toma de decisiones plasmadas en instrumentos internacionales que son utilizados en las relaciones entre Estados con miras a desarrollar nuevas leyes para combatir la pobreza, la violencia, facilitar las transacciones financieras, acercar nuestras culturas, compartir tecnología y avances científicos, entre otras, al alcance de un solo click, lo que posibilita un mayor entendimiento entre los países en un menor tiempo acortando distancias en una sala de reunión virtual. Éste y otros ejemplos, dan la nota peculiar de lo que ha venido siendo una costumbre en materia de leyes internacionales, adoptadas desde siempre entre los países para extender lazos de amistad y comercio, con fines de progreso y bienestar para los respectivos pueblos de cada nación.

Es por ello que, las normas adoptadas por los países del mundo, en el marco de las innumerables reuniones internacionales llevadas a cabo en diferentes momentos de nuestra historia, refleja la intención de los pueblos de luchar en un frente común contra los mayores flagelos que atacan a nuestras sociedades, desde el narcotráfico, crimen organizado, tráfico de armas, terrorismo, pobreza, educación, salud, medio ambiente, y otros tantos temas que son intereses comunes de la sociedad global.

Si bien es cierto que, de estas reuniones de representantes de estados tienen como fin la firma de acuerdos y convenios, no siempre dichos instrumentos son adoptados de manera vinculante, muchas veces son solo expresiones de deseo y compromiso, pero que no forman parte efectiva de la legislación positiva de los países, salvo aquellos tratados que por expresa decisión del congreso de cada nación así lo apruebe.

En nuestro caso, por imperio del artículo 137 de la Carta Magna, establece los tratados suscritos por nuestro país integra efectivamente el derecho positivo nacional, una vez aprobada y ratificada por el Estado paraguayo a través de sus representantes legítimos. Por tanto, una vez aprobados y ratificados, son de cumplimiento obligatorio. Tal es el caso de la Ley n.º 01 /89 que aprueba y ratifica la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, por citar algún ejemplo.



Es decir, volviendo al concepto de *hard law*, es fácil comprenderlo, puesto que, en materia de derecho internacional, componen aquellos tratados y acuerdos internacionales que son aprobados y ratificados por ley de cumplimiento obligatorio. Es decir, componen el orden jurídico positivo de un país.

En contraposición a todo lo anterior, el concepto de *soft law* se entiende como aquel conjunto de mecanismos legales como por ejemplo las declaraciones, resoluciones y programas de acción, que reflejan una conformidad ante las normas establecidas por el Derecho Internacional, pero no son vinculantes ante la ley, sino que son persuasivas, es decir, sugieren a los Estados partes adoptar una u otra línea legal, en otras palabras, dichos mecanismos constituyen el primer paso para que se conviertan en *hard law*, y sus efectos son indirectos, aun que pueden resultar muy efectivos como la misma ley al ser adoptados por la jurisprudencia, por ejemplo.

Como bien lo sostienen algunos autores, en ese caso Marengo refiere que en esta materia: En el ámbito comercial internacional estos instrumentos se han nutrido de la *Lex Mercatoria*, un ejemplo de ello son los *Incoterms*, usos y costumbres que uniforman y sistematizan este ordenamiento jurídico, creado por los comerciantes, propio de los negocios jurídicos de compraventa internacional de mercadería (2018).

Ante todo, surge la pregunta: ¿Cómo puede aplicarse un derecho blando en la práctica en nuestros tribunales? La respuesta es sencilla, se aplica de varias formas, por ejemplo, se a través de los fallos contestes y uniformes de los tribunales –jurisprudencia–, o adoptando las sugerencias dentro de las decisiones jurisdiccionales que se pueden ver influidas por ellas.

El caso Salvatore Grimaldi ante la Corte de Justicia Europea

A los efectos de presentar ejemplo para evidenciar el uso del *soft law* en la jurisprudencia en materia internacional, uno de ellos el caso *Grimaldi*, que tuvo lugar en la Corte Europea de Justicia. Este caso se trató de acontecimiento en el ámbito de la salud ocupacional –laboral–. Y cuentan los anales de este caso en el que un inmigrante italiano, sufría de una enfermedad en sus manos que no estaba incluida en el libro de enfermedades ocupacionales de Bélgica, por lo tanto, no podía ser compensado como empleado con dicha discapacidad a falta de una norma. Tales son este tipo de casos, muestran como las enfermedades, discapacidades sobrevinientes o todo lo relacionado en materia de salud, es un derecho fundamental y no puede ni debe quedar fuera de tutela.

Ese sentido, si bien no existía una norma positiva que resolviera la situación del inmigrante italiano, con relación a su enfermedad, aparecía en el libro de enfermedades ocupacionales de Europa, e incluía una recomendación instando se aplicara como ley nacional. Finalmente, y en estas condiciones, la Corte Europea de Justicia decidió adoptar las recomendaciones del libro europeo para suplementar el vacío del libro belga, otorgándole de esta forma y por este mecanismo



un efecto vinculante al caso concreto suscitado en materia de tutela para un caso que no estaba expresamente previsto en la ley.

Es decir, este caso fue resuelto mediando la existencia de recomendaciones existentes en la materia.

Otro claro ejemplo de que las recomendaciones vienen siendo usadas e ingresan a nuestro sistema normativo por la vía de jurisprudencia u otros similares, lo verificamos en el área de las contrataciones internacionales que involucran activos de Propiedad Intelectual, los imperativos tecnológicos han forzado la adopción de soluciones ágiles y flexibles, v.g. la Recomendación Conjunta relativa a las Disposiciones sobre la Protección de las Marcas, y otros Derechos de Propiedad Industrial sobre Signos en Internet o la Política Uniforme, son instrumentos que cumplen con el objetivo de crear un marco jurídico claro para los operadores que participan en Internet, aprovechando las oportunidades que ofrece el comercio electrónico (Boretto, Mónica M., 2012).

El *softlaw* como herramienta alternativa en materia de propiedad intelectual y derecho mercantil

Efectivamente, el derecho blando proporciona soluciones a controversias en materia de propiedad intelectual y de marcas a través de los instrumentos alternativos satisfactorios, además de facilitar las reglas para el reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras, como por ejemplo los instrumentos del *American Law Institute* en adelante ALI, del Max Planck Institute, la Organización Mundial de Propiedad Intelectual en adelante OMPI y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en adelante UNCITRAL aportan perspectivas pragmáticas para el desarrollo progresivo del derecho internacional de la Propiedad Intelectual. Con esta estrategia se ha logrado una rápida adaptación normativa acorde a la evolución tecnológica a través de principios comunes aplicables a nivel internacional.

Es más, como venimos diciendo en materia de derechos intelectuales y la influencia de las leyes blancas, los instrumentos del *American Law Institute*, en adelante ALI, no constituyen una recopilación jurídica en materia de derechos intelectuales, sino que apuntan a soluciones prácticas a la gran mayoría de las preguntas relacionadas con conflictos de propiedad intelectual en litigios transnacionales, donde éstos pudieran ocurrir.

Estas soluciones han sido cuidadosamente examinadas dentro del *American Law Institute* por un Consejo de Asesores, por el Consejo Ejecutivo, y por el Comité Consultor, así como también por dos Asambleas Generales. Es importante resaltar que entre los miembros del ALI se encuentran tanto académicos como abogados ejercientes y jueces, por lo que sus resoluciones pueden resistir las críticas en cuanto a su funcionalidad. Además, de los 26 asesores encargados de desarrollar este proyecto, 13 no son estadounidenses, de modo que estas resoluciones ciertamente encajan con diferentes sistemas legales y no están orientadas unilateralmente hacia las nociones angloamericanas del debido proceso y la cortesía entre naciones (*comity between nations*) (Dessemontet, 2009).

Por otro lado, y como bien lo explica en su libro: *La responsabilidad social corporativa y el Derecho de sociedades de capital: entre la regulación legislativa y el soft law*, el Catedrático



de Derecho Mercantil en la Universidad de Valencia, José Miguel Embid Irujo, señala que entre las fuentes, reales y posibles, de la Responsabilidad Social Corporativa, no se puede dejar de lado, desde la perspectiva del Derecho de sociedades, textos de tanto relieve en la praxis societaria como son los códigos de Buen Gobierno. Pero, asimismo, nos recuerda que la palabra código no debe confundirnos puesto que, en dicha materia no estamos hablando de un ordenamiento jurídico positivo, sino de documentos característicos del llamado *soft law*, es decir, carentes de poder vinculante para sus destinatarios.

En esa línea, Irujo, en la obra: La responsabilidad social corporativa y el Derecho de sociedades de capital: entre la regulación legislativa y *el soft law*, sostiene:

Se debe, como es bien sabido, a que contienen, meramente, un conjunto de recomendaciones, cuyo seguimiento por las sociedades cotizadas es del todo voluntario, sin perjuicio de la necesidad de explicar, en caso contrario, el motivo de la inobservancia –la regla *complyorexplain*– (2016).

Para entender mejor este tema, debemos aclarar al lector que el término *Corporate Social Responsibility*, en adelante CSR, en inglés y Responsabilidad Social Corporativa –RSC– en español, es un término internacional que se utiliza para referirse a la responsabilidad de las empresas, y hace referencia a la obligación moral y ética de las empresas en sus relaciones con los empleados, el medio ambiente, la competencia, la economía y otras áreas de la vida que una empresa puede invadir. Se entiende como un compromiso asumido voluntariamente por una empresa con respecto a ciertas reglas que van más allá de sus obligaciones legales.

En la práctica se ha constatado que las empresas que se comprometen voluntariamente con una buena causa, mejoran al mismo tiempo su imagen pública y por ello ajustan sus actividades a estas recomendaciones.

Dichas recomendaciones se sitúan en el ámbito externo e impreciso del llamado *soft law*, que intenta incidir en la realidad jurídica desde el plano no vinculante y plenamente disponible de la recomendación.

Principios que rigen el gobierno corporativo de las sociedades mercantiles

En la realidad de las actividades humanas viene adquiriendo un mayor protagonismo los llamados códigos de conducta, de extensión y alcance diversos, como los Códigos de Buen Gobierno, o Códigos de Gobernanza, que inciden en el gobierno corporativo de las sociedades mercantiles, empresas y compañías. Las recomendaciones contenidas en estos códigos de buen gobierno constituyen propuestas que influyen en las concretas políticas que al respecto puedan adoptar las sociedades en sus actividades diarias.

Por otro lado, el convenio fundacional de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, en adelante OCDE, firmado en París el 14 de diciembre de 1960, en vigor el 30 de septiembre de 1961, contempla como uno de sus objetivos primordiales la contribución a la sana expansión económica de los Estados. Para la consecución de dicho objetivo la OCDE, recomienda una serie de principios que con el paso del tiempo se han convertido en auténticos modelos de funcionamiento para empresas y organizaciones en el ámbito internacional.



Así mismo, en 1999 se emitieron los denominados Principios de Gobierno Corporativo. Estos principios –concebidos inicialmente como recomendaciones generales sobre gobernanza– constituyen el entorno genérico mayoritariamente aceptado para la gestión del cumplimiento al abordar, cuestiones tales como los procesos decisorios en materias medioambientales, cuestiones de índole ética y aspectos relativos a la lucha contra la corrupción.

Si bien no reconocen la existencia de un único modelo de gobierno corporativo, establecen principios de gran valor para la adopción de prácticas de buen gobierno que han constituido históricamente la base de referencia para la legislación de los Estados.

Es decir, no se trata de un texto específicamente centrado en Compliance, pero aborda aspectos relativos, por ejemplo, al compromiso con los valores éticos, la integridad de la información financiera y el cumplimiento normativo.

En 1976 la OCDE aborda medidas para facilitar los procesos de inversión entre sus estados miembros. La cuestión se plasma en la *Declaration on International Investment and Multinational Enterprises*. Como parte de dicha declaración vieron la luz las *Guidelines for Multinational Enterprises*. Las *Guidelines* son una serie de recomendaciones para llevar a cabo negocios de forma responsable con el fin de generar un entorno de confianza que dé seguridad a los inversores. Actualmente, constituyen referencia obligada para las multinacionales, y su contenido determina los elementos clave del entorno genérico para la gestión del cumplimiento.

Se estructuran en torno a una serie de bloques de cumplimiento normativo muy esenciales, lo que hace difícil que las empresas multinacionales puedan obviar cualquiera de ellos. Resulta interesante destacar, que uno de los principios señalados en las *Guidelines* hace referencia no solo al comportamiento de la propia multinacional, sino también a la necesidad de vigilar el comportamiento de sus proveedores.

También, se señala la necesidad de que las empresas y organizaciones dispongan de sistemas de cumplimiento, y a que den a conocer información sobre el mismo.

Los principios ayudan a los legisladores a evaluar y mejorar el marco legislativo, reglamentario e institucional del gobierno corporativo, con el objetivo de favorecer la eficiencia económica, la estabilidad financiera y el crecimiento económico sostenible. Esto se consigue, principalmente, proporcionando a los accionistas, consejeros y directivos de las empresas, así como a los intermediarios financieros y a los proveedores de servicios, los incentivos adecuados para desempeñar sus funciones dentro de un marco de controles y contrapesos.

Asimismo, estos principios son concisos, comprensibles y accesibles para la comunidad internacional. Basándose en los Principios, es rol de los gobiernos, las administraciones o el sector privado para evaluar la calidad del marco de gobierno corporativo y desarrollar normas obligatorias o voluntarias más detalladas que puedan tener en cuenta las diferencias jurídicas, económicas y culturales de cada país.

Resumiendo, los principios de Gobierno Corporativo del G20 y de la OCDE ayudan a los legisladores a evaluar y mejorar el marco legislativo, reglamentario e institucional del gobierno corporativo, con el objetivo de favorecer la eficiencia económica, la estabilidad financiera y el crecimiento económico sostenible.



Estos principios están siendo ampliamente utilizados como marco de referencia en diferentes jurisdicciones de todo el mundo. Asimismo, se encuentran entre las normas fundamentales de los sistemas financieros sólidos adoptadas por el Consejo de Estabilidad Financiera y proporcionan la base de valoración del componente de gobierno corporativo incluido en los informes relativos a la observancia de códigos y normas del Banco Mundial.

De conformidad al apdo. b) art.5 del convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos de 14 de diciembre de 1960; teniendo en cuenta la recomendación del Consejo relativa a las Líneas Directrices sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas, que establece directrices complementarias para las empresas públicas; y asimismo, sobre la base de las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales, que son parte integral de la Declaración relativa a la Inversión Internacional y a las Empresas Multinacionales, el Convenio relativo a la Lucha contra la Corrupción de agentes públicos extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales y la recomendación del Consejo relativa a la Igualdad de los Sexos en Educación, Empleo y Emprendimiento.

Entonces, se concluye que los principios han alcanzado reconocimiento en todo el mundo y constituyen una base fundamental del proceso nacional e internacional de mejora del gobierno corporativo; y que su aplicación depende de circunstancias legislativas, económicas, sociales y reglamentarias cambiantes, por lo cual, se recomienda a los miembros y terceros países adheridos tengan debidamente en cuenta los Principios que se exponen en el apéndice de la recomendación y se invita a su difusión (OCDE, 2016).

De esta manera se comprueba que dichas recomendaciones son cada día más utilizadas por los países adherentes que las ingresan en sus diferentes fallos a la hora de declarar el derecho de los justiciables, por ejemplo, en juicios llevados a cabo donde existan conflictos de intereses involucrados a empresas, a pesar de que no tienen carácter vinculante.

No obstante, lo importante del tema es el término efecto vinculante en donde precisamente radica la principal diferencia entre lo que se entiende por *hard law* y *soft law*. Mientras la primera es obligatoria en su aplicación para el Estado, la segunda sugiere su aplicación con un grado de efectividad en el Estado signatario.

Volviendo al caso Grimaldi, que tuvo mucha repercusión por su novedad en la época, vemos como la Corte Europea de Justicia utilizó la recomendación del libro europeo para llenar un vacío legal o para aplicar mejor las interpretaciones favorables al demandante en materia laboral, siendo así, esta aplicación hizo que tal recomendación se convierta, por esta vía, en *hard law*.

Sin embargo, es importante recalcar que durante la discusión sobre este caso Grimaldi, no se afirmó que la recomendación tuviera una fuerza vinculante y efecto vinculante, sino que se estableció que la recomendación en sí continuaba siendo *softlaw*; pero para los propósitos del caso que mencionamos, tuvo un efecto de aplicación positiva para resolver la cuestión llevada ante el Tribunal. Por este motivo, los estudiosos concluyen que efecto legal y fuerza vinculante en la jurisprudencia, no son conceptos absolutos sino más bien flexibles.

En este punto, cabe recurrir a los argumentos utilizados por los catedráticos Gregory C. Shaffer y Mark Pollack, quienes han destacado en derecho internacional. Estos profesores han explicado los conceptos de *hard law* y *soft law* desde la relación que se da entre los Estados.



En ese sentido, proponen 3 puntos de vista. En uno de ellos proponen que los Estados considerados poderosos que están de acuerdo con una política común, utilizan las herramientas de *hard law* y *soft law*, conjuntamente, para implantar disposiciones legales que son de su interés común.

Es decir, ejercen este tipo de injerencia en su provecho propio, y así se puedan aprobar todas aquellas medidas que convienen a sus intereses por cualquier de las dos vías, el *hard law* o del *soft law*. Esta es una práctica lógica y de ejercicio de soberanía de cada Estado, por lo que creemos que no es criticable de manera negativa sino más bien es lo esperado de quien detenta el poder otorgado por el pueblo a sus representantes.

En otro escenario se propone la situación de falta de acuerdo entre los Estados poderosos, lo que llevará a buscar convenio con otros Estados que compartan sus mismos intereses, hacer alianzas, lograr que se adopten sus lineamientos legales usando las herramientas *hard law* o *soft law* en orden de conseguir ciertas ventajas. Aquí la diferencia radica principalmente en que los países bajo la influencia del estado poderoso tienden a usar el *soft law* para alinearse a la corriente imperante.

En ambos casos, y en un tercer escenario, se tiene que los países adoptan de manera estratégica una u otra vía con más preeminencia o no según la corriente del país dominante, o según otros intereses internos.

Finalmente, y en materia de arbitraje internacional es el medio donde realmente creemos que estas normas blandas constituyen una herramienta realmente efectiva a la hora de dirimir los conflictos. Dependerá no solo de las normas blandas sino también de la habilidad del árbitro o mediador que lleve adelante las negociaciones.

El arbitraje internacional tiene su mayor repercusión en el ámbito del derecho comercial internacional, en lo referente a contratación internacional, y sobre todo en aquellas contrataciones donde se ha pactado como método de resolución de conflictos el arbitraje.

El arbitraje y el *soft law*

El arbitraje es un método de solución de disputas que se materializa como los contratos, pero se negocia como se litiga en un proceso. Para llegar a él, las partes acuerdan en un contrato agregando la cláusula compromisoria o arbitral, o también puede pactarse en un acuerdo de arbitraje por separado haciendo referencia al contrato o a la disputa ya suscitada para la cual se establece. La manera o forma en que se llevara cabo –el procedimiento– está inserta ya en el texto de la cláusula, la que regula todo el proceso –designación de árbitros, composición del tribunal, sede, idioma, derecho aplicable–.

El arbitraje comercial internacional constituye una jurisdicción alternativa y distinta a la ordinaria, se rige por principios propios reconocidos hoy día en casi todas las jurisdicciones. Asimismo, incorpora principios compartidos con el derecho civil, pero que son privilegiados, como por ejemplo la autonomía de la voluntad, la razonabilidad, el principio de los actos propios y la buena fe.

Con respecto a las decisiones a las que se arriban tienen forma de laudos en el que el árbitro explica cómo se resolverá la controversia y es reconocido como una sentencia definitiva



y ejecutable entre las partes, esto gracias a la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrarias extranjeras de 1958 que fue ratificada por 158 países. Paraguay aprobó este convenio por Ley n.º 948 del año 1996.

En el trámite del arbitraje y su final resolución no solo se aplica el derecho duro –el ordenamiento jurídico positivo que incluye los tratados internacionales– sino que asimismo puede ser utilizado el derecho blando o *soft law* –leyes modelo, reglas de derecho, principios, usos, costumbres del comercio internacional– las que son definidas por la doctrina como aquel derecho constituido por reglas de derecho elaboradas por órganos no gubernamentales que tienen como objetivo o finalidad la unificación armoniosa los sistemas jurídicos y normas de derecho comercial internacional para resolver los conflictos utilizando principios comunes del derecho mundial (UNIDROIT, UNICTRAL, Conferencia de La Haya, CCI etc).

Como habíamos dicho, en la cláusula del contrato referente a la resolución de conflictos que pudieran surgir entre las partes, es que regula cual será el derecho a ser aplicado al caso concreto en el caso que surja algún desacuerdo. Por ello, resulta de vital importancia investigar todo lo concerniente al *soft law* como ley aplicable en materia de arbitraje como herramienta muy útil para los árbitros y para la solución de cualquier inconveniente. La cuestión radica esencialmente en que el *soft law* aún es poco conocido en su aplicación sobre todo por las partes contratantes, por lo que creemos que su difusión y socialización resultan necesarias tanto en el ámbito académico como en foros, reuniones, congresos y semanarios nacionales e internacionales, a fin de visibilizar sus bondades.

Y en materia de beneficios, podemos afirmar que el *soft law* resulta muy útil en los arbitrajes puesto que recoge el espíritu del derecho mundial, especialmente en materia comercial. Es decir, esto es así puesto que reúne los usos y costumbres más comúnmente utilizados por los comerciantes a través de la historia de la actividad mercantil internacional y por ende beneficia a la hora de regular los actos jurídicos porque ofrece soluciones justas a casos transnacionales con normas afines, conocidas y aceptadas en la práctica por los comerciantes. En otras palabras, resulta muy útil por su carácter uniforme y equitativo, porque reúne principios comunes de todos los sistemas jurídicos, y posee una amplia aceptación e identificación por los comerciantes.

Lo repetimos, es fácil de entender y aplicar, y es muy conocido entre los comerciantes, por lo cual otorga seguridad jurídica a las partes en las controversias de tipo internacional al resolver los conflictos de leyes que surgen como consecuencia de la territorialidad de éstas.

Por su parte, siendo un mecanismo flexible en contraposición a las normas duras, es más fácil de aplicar a los casos concretos con mayor éxito, teniendo en cuenta que lo que se resuelve es de naturaleza transaccional, por lo que abarcan un abanico más amplio de propuestas y soluciones. Por otro lado, las organizaciones dedicadas a elaborar normas modelo buscan que éstas sean más equitativas y flexibles, adaptables y fáciles de aceptar, mucho más que las duras y absolutistas soluciones legales de la ley dura.

Algunos autores dicen que el *soft law* es una especie dentro de la llamada *Lex Mercatoria*, que abarca el derecho comercial mundial y esta netamente formado por *hard law* como por ejemplo lo es la Convención de Viena de Compraventa de mercaderías de 1980 (Diccionario Jurídico Espasa, 1998).



Actualmente, y mediante los avances tecnológicos e informáticos, el derecho comercial se ha ido uniformando con los años, y por efecto de la globalización, por la necesidad de regular la actividad comercial de los países. Esta actividad es una de las más importantes, desde que es la base del abastecimiento de productos en el mundo con productos y servicios, actividad que influye profundamente la vida y desarrollo de los pueblos, los fenómenos sociales y el derecho.

Por lo tanto, y debido a que los conflictos suscitados en el ámbito comercial internacional inciden directamente sobre los ordenamientos jurídicos de cada país y del derecho internacional, resulta necesario descongestionar el ordenamiento jurídico positivo como única herramienta de solución. En esa línea, y actualmente han cobrado mayor presencia las normas blandas como forma de resolver dichos conflictos y sobre todo a través del arbitraje internacional, actividad que a la fecha se ha multiplicado con el uso de las plataformas y salas virtuales que han acercado a las partes contratantes quienes están al alcance de un clic.

En la actualidad se ve con más frecuencia las contrataciones electrónicas por medio de firmas digitales, intercambios de correo electrónico, salas virtuales, entre otras.

En ese sentido, Paraguay ha avanzado con la entrada en vigor de la Ley de firma digital del año 2010, que reconoce la validez jurídica de la firma electrónica, la firma digital, los mensajes de datos, el expediente electrónico y regula la utilización de los mismos, las empresas certificadoras, su habilitación y la prestación de los servicios de certificación.

En ese orden de ideas, se ha visto que, la *Lex Mercatoria* –constituido por los principios comunes a todos los sistemas– es un derecho transnacional, nutrido por los usos y costumbres comerciales, y elaborado por especialistas de un gran número de países en materia de derecho contractual, derecho privado, derecho comparado y derecho comercial, el cual a su vez es legitimado por la práctica de los comerciantes, vienen siendo incorporadas al *hard law* al ser reconocidas por tratados internacionales como el caso de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías –Viena 1980– y la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras –Nueva York, 1958–.

Sin embargo, existen reglas de derecho que forman parte de la llamada *Lex Mercatoria*, ampliamente, utilizadas por los comerciantes al momento de contratar con países extranjeros que no se encuentran incorporados dentro del sistema jurídico de los países por medio de técnicas legislativas, sino que se van imponiendo por su uso en el comercio por parte de los comerciantes y la eficacia que otorgan a las relaciones entre los mismos, es lo que la doctrina ha denominado *soft law*, o derecho blando.

Es por ello, que los contratantes vienen incluyendo con más frecuencia en sus contratos estas normas blandas por lo que se afirma que estas normas son las que encuentran más acogida en el arbitraje por su conveniencia y facilidad que otorga en cuanto a que resulta ser una norma uniforme y maleable.

Algunos de estos instrumentos de *soft law* con que cuentan los comerciantes para dirimir sus conflictos son, a saber, en la compraventa internacional de mercaderías: La Convención de Viena de 1980, derecho sustantivo en materia, los INCOTERMS 2000, derecho contractual



relativo a las modalidades de entrega principal, pero no exclusivamente, la Convención sobre la Prescripción de 1074, contratos internacionales similares o afines como la construcción de plantas industriales y su Guía Jurídica de UNCITRAL, 1988; el denominado comercio compensatorio internacional –trueque obarter– y su Guía Jurídica de UNCITRAL, 1992, entre otras.

En cuanto a la financiación del comercio internacional podemos mencionar a la Convención de Naciones Unidas de 1988 sobre letras de cambio y pagarés internacionales, Nueva York, 1988. Por otro lado, la convención UNIDROIT de 1988 sobre leasing internacional y la Convención UNIDROIT de 1988 sobre *factoring internacional*.

Así, también, en lo relativo al comercio electrónico podemos citar a la Ley Modelo sobre comercio electrónico de 1996, la Ley Modelo sobre firmas electrónicas de 2001, el pago y las garantías como los créditos documentarios –RUU 500–, el pago por medios electrónicos: guía jurídica y ley modelo de UNCITRAL sobre transferencias electrónicas de fondos, 1992. Asimismo, las garantías a primera demanda y sus diversas modalidades: las reglas uniformes de la CCI y la Convención de UNCITRAL sobre garantías independientes y cartas de crédito contingentes, 1995. Finalmente, en cuanto a las cesiones de crédito podemos citar a la convención de UNCITRAL sobre cesión de créditos en el comercio internacional, 2001.

En cuanto al marco legal del arbitraje y la conciliación mercantil internacional, se mencionan los siguientes instrumentos a saber: las leyes Modelo: Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje mercantil internacional –LMCACI– de 1985, y Ley Modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional –LMCCCI–, el Reglamento de la CNUDMI compuesto del Reglamentos de Arbitraje de la CNUDMI de 1976, el Reglamento de conciliación de la CNUDMI de 1980.

Por otro lado, los Reglamentos de instituciones arbitrales como el Reglamento de Arbitraje de la CCI de 1998 –RACCI–; las Reglas de la ICC sobre solución amigable de disputas –ICC ADD Rules – *Amicable Dispute Resolution*–, 1 de julio 2001, junto con la Guía explicativa, que han sustituido al Reglamento de Conciliación de la ICC de 1998; las Reglas de Arbitraje de la *London Court of International Arbitration* –LCIA–, 1 de enero 1998; las Reglas sobre mediación de la LCIA –*Mediation Procedure*– de 1 de octubre 1999; las reglas internacionales de arbitraje de la *American Arbitration* –AAA– de 1 de noviembre 2001; y las reglas de arbitraje de *Chartered Institute of Arbitrators* de 2000.

En lo que respecta a las reglas y directrices de la IBA tenemos a las Directrices de la IBA sobre representación de parte en el arbitraje internacional de 25 de mayo de 2013, directrices de la IBA sobre conflictos de intereses en el Arbitraje Internacional de 23 de octubre de 2014; las reglas de la IBA sobre el comportamiento de los abogados en el arbitraje internacional del 23 de mayo de 2013; las reglas de la IBA sobre práctica de pruebas en el arbitraje comercial internacional del 1 de junio de 1999, y las Reglas Praga.



Método

En cuanto, la metodología es enfoque cualitativo de tipo descriptivo no experimental, como técnica de recolección de datos se utiliza el análisis documental, razón de que se hace una revisión de los documentos internacionales utilizados tanto en arbitraje, en materia intelectual, así como en el derecho comercial internacional.

Igualmente, se utiliza una jurisprudencia emblemática que pone de manifiesto el tema, como lo es el caso Grimaldi, ya que por medio este fallo se hace una aplicación del *soft law* en el ordenamiento jurídico interno, sin que forme parte de él.

Conclusión

Con este breve análisis se quiere evidenciar la importancia que tiene el derecho blando en la realidad jurídica actual. En ese sentido, este *soft law* o las llamadas leyes modelo que surgieron a raíz de la necesidad de encontrar soluciones a las desventajas que presenta la aplicación de un régimen jurídico positivo a las controversias suscitadas con motivo de contrataciones comerciales internacionales, resulta muy útil a la hora de solucionar conflictos con la maleabilidad que ello requiere.

En otras palabras, las leyes blandas han traído un respiro a la problemática generada por la dureza o poca flexibilidad de las soluciones propuestas por las normas del ordenamiento positivo internacional.

Actualmente, el conflicto de normas disímiles en las distintas regulaciones positivas de las partes contratantes muchas veces lleva al llamado “forum shopping” o búsqueda del órgano jurisdiccional más ventajoso, es decir, a la búsqueda de una jurisdicción cuyas normas sean más favorables a sus intereses (Moreno Rodríguez, 2013).

Consecuentemente, en la actualidad y en materia comercial, se impone el arbitraje comercial internacional como la más idónea jurisdicción para dirimir conflictos, las partes escogen el derecho aplicable más conveniente a sus intereses y además con la posibilidad implícita de pactar *soft law*, como una de las soluciones más queridas a fin de darle esa seguridad jurídica, certidumbre y sensación de satisfacción muy buscadas por todos.

Recomendaciones

Con esta reseña que nos lleva a transitar por los diferentes mecanismos de solución de conflictos en materia jurídica internacional que los Estados utilizan en sus decisiones jurisdiccionales, y para resolver conflictos en su mayoría de índole internacional, creemos que resulta necesario generar más espacios de debate en nuestro medio, así como generar instrumentos internacionales en otras áreas que también se pueden ver influenciadas con el derecho blando como por ejemplo el tema de la corrupción y sus consecuencias nocivas, sobre todo, en materia empresarial, y principalmente en América Latina.

Si bien es cierto que, existen varias ponencias, seminarios y conferencias sobre cómo analizar el riesgo de corrupción aplicando *hard law* y *soft law*, en nuestro país aún no contamos con una regulación clara acerca del código de conducta que las empresas deberían adoptar.



Por otro lado, y relacionado al tema, se deben comenzar a buscar soluciones a la problemática de las organizaciones de la sociedad civil que, con el slogan de tareas altruistas, se hallan percibiendo fondos provenientes de organismos extranjeros que buscan solventar ideologías foráneas y poco sanas en las sociedades latinoamericanas, tal vez aprovechándose de su situación económica y financiera débil y corrupta que viene a empobrecer cada vez a mas a nuestros pueblos tanto en educación, economía, salud y otros temas básicos que en el siglo 21 aun no hallan soluciones definitivas.

Tal vez un código de conducta debería ser una exigencia para estas organizaciones no gubernamentales a los efectos de salvaguardar los principios constitucionales establecidos en la Carta Magna, puesto que la función de estas organizaciones, en su mayoría, pasa desapercibida en la sociedad, mientras tanto, se debe revisar las normas del derecho blando que se están usando para perfeccionar las funciones de estas organizaciones, que no son empresas ni tienen fines lucrativos. Sin embargo, tienen objetivos claros que inciden de manera directa en la población de cada país. Por tanto, este tema de las organizaciones de la sociedad civil será motivo de otro debate en alguna otra investigación por lo que quedará en el tintero hasta ese momento.

Referencias

- Boretto, M. M. (2012). Soft law. Nuevos enfoques para el desarrollo internacional de la propiedad intelectual. *Ars Boni et Aequi*, 8 (2), 81-144.
- Boretto, Mónica M. (2012). Soft Law Nuevos enfoques para el desarrollo Internacional de la Propiedad Intelectual. *Ars Boni et Aequi*, 8 (2), 81-144.
- Dessemontet, F. (mayo de 2009). Los principios del American Law Institute: propiedad intelectual y litigios transfronterizos. *Revista para el Análisis del Derecho*.
- Diccionario Jurídico Espasa*. (1998). Madrid: Espasa Calpe S.A.
- Irujo, J. M. (2016). *La responsabilidad social corporativa y el Derecho de sociedades de capital: entre la regulación legislativa y el soft law*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Irujo, J. M. (2016). *La responsabilidad social corporativa y el Derecho de sociedades de capital: entre la regulación legislativa y el soft law*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- José Antonio Moreno Rodríguez. (2013). *Derecho aplicable y Arbitraje Internacional*. Asunción: Ed. CEDEP.



- Marengo, E. C. (2018). Los incoterms como instrumento de derecho suave. *Revista de Mercatoria*, vol. 17 n.º 1, enero-junio/2018,, 17 (1), 47-85.
- Moreno Rodríguez, J. A. (2013). *Derecho aplicable y Arbitraje Internacional*. Asunción: Ed. CEDEP.
- OCDE. (2016). *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20*. Paris, Francia: OCDE.