

La necesidad de salvaguardar el *soft law* en el arbitraje

Gabriel Sira Santana*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 2, 2021. pp. 301-321

Resumen: La colaboración recoge las reflexiones compartidas en el VII Congreso Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional organizado por la Asociación Venezolana de Arbitraje, donde se abordó el tema del derecho blando (o *soft law*) como norma de especial interés para la actividad arbitral a pesar de que la misma carezca de carácter vinculante y fuerza coercitiva.

Palabras Claves: Derecho blando, arbitraje, norma jurídica

The need to safeguard soft law in arbitration

Abstract: *This paper summarizes the ideas shared in the VII Venezuelan Congress of National and International Arbitration organized by the Venezuelan Arbitration Association, in relation to soft law as a rule of special interest for arbitration activity, despite the fact that it lacks binding force and coactivity.*

Keywords: *Soft law, arbitration, legal norms*

Recibido: 26/08/2021

Aprobado: 19/12/2021

* Abogado egresado de la Universidad Central de Venezuela (UCV) en el año 2013 con la mención Summa Cum Laude. Especialista en Derecho Administrativo egresado de la misma universidad en el año 2018, mención honorífica. Investigador del Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP), ubicado en Caracas, Venezuela. Profesor de pregrado y de la Especialización en Derecho Administrativo de la UCV y de Teoría Política y Constitucional en la Universidad Monteávila. Ganador del Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales para Profesionales 2017-2018, Dr. Ángel Francisco Brice. Correo electrónico: gsira@cidep.com.ve

La necesidad de salvaguardar el *soft law* en el arbitraje

Gabriel Sira Santana*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 2, 2021. pp. 301-321

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. La norma como punto de partida. 2. El *soft law* y la autonomía de la voluntad. 3. El *soft law* en el arbitraje. Reflexión final. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Uno de los temas más debatidos en la sociedad es cuál debe ser el margen de libertad que el Estado ha de reconocer a los individuos y, por interpretación a contrario, qué aspectos de la vida de estos últimos deben ser regulados por el primero para alcanzar el tantas veces invocado interés general, si bien la determinación –y el propio uso– de este concepto no esté exento de problemas.

Se trata de la clásica discusión entre el intervencionismo estatal y la autonomía de la voluntad de la que el arbitraje no resulta extraño pues, si bien a la fecha él ha logrado mantenerse prácticamente al margen de esta intervención gracias a una regulación legislativa más “de principios” que de corte expansivo e imperativo¹, no son pocas las decisiones judiciales que –al menos en Venezuela– atisban la necesidad de acotar esas libertades en pro de la mejor defensa de los derechos e intereses de quienes acuden a este medio alternativo de resolución de conflictos².

Esta situación nos coloca en una encrucijada que podemos simplificar del siguiente modo: sí consentimos la participación del Estado para que este subsane las eventuales fallas del sistema arbitral por vía legislativa, estaríamos aceptando que el mismo reduzca la autonomía de la voluntad que resulta intrínseca al arbitraje al imponer –por ejemplo– cómo habría de desarrollarse el procedimiento arbitral para que las

* Abogado egresado de la Universidad Central de Venezuela (UCV) en el año 2013 con la mención *Summa Cum Laude*. Especialista en Derecho Administrativo egresado de la misma universidad en el año 2018, mención honorífica. Investigador del Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP), ubicado en Caracas, Venezuela. Profesor de pregrado y de la Especialización en Derecho Administrativo de la UCV y de Teoría Política y Constitucional en la Universidad Monteávila. Ganador del Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales para Profesionales 2017-2018, Dr. Ángel Francisco Brice. Correo electrónico: gsira@cidep.com.ve

¹ Véase Rafael Badell Madrid et al., *Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial* (Caracas: Badell & Grau, 1998).

² Véase un balance de los fallos publicados por el Tribunal Supremo de Justicia al respecto en José Gregorio Torrealba R., *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia sobre medios alternativos de solución de controversias, arbitraje comercial, arbitramento y arbitraje de inversiones 2000-2014* (Caracas: EJV, 2016) y, más recientemente, Andrea Cruz Suárez y Gabriel Sira Santana, “El arbitraje según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”, *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, N° 1 (Caracas: AVA, 2020) 323-365, en <https://bit.ly/3wAnnmW>

partes estén en condiciones de igualdad. En cambio, sí negamos todo tipo de regulación con base en la mencionada autonomía, el arbitraje podría dejar de ser un medio que la población califique como confiable, predecible y –en definitiva– garantista, lo que a la larga llevaría a su desuso por no ofrecer al particular mayores ventajas que la vía judicial.

Es frente a este panorama que irradia la importancia del *soft law* como norma principalmente promovida por las instituciones arbitrales que permite alcanzar un equilibrio entre los escenarios descritos al dotar al arbitraje de un compendio de disposiciones subjetivas y adjetivas que ofrecen seguridad a quienes acuden al mismo, a la par que no vulneran el principio de la autonomía de la voluntad pues estas normas no son impuestas –como podría ocurrir en caso de que derivasen de una norma jurídica dictada por el Estado– sino acordadas por las partes.

Es con motivo de lo anterior que creemos pertinente revisar las características generales del *soft law* –o derecho blando como también se le conoce, aunque la elocución en inglés predomina en el foro– ya que un mejor entendimiento del mismo –así como de sus retos– abogará en favor de una regulación “natural” del arbitraje y, con ello, su eventual expansión como medio para resolver conflictos intersubjetivos de intereses, tanto privados como públicos.

1. La norma como punto de partida

Antes de adentrarnos en la relevancia que el *soft law* tiene para el arbitraje hay dos conceptos que resulta prudente precisar y que sirven de trasfondo a nuestro objeto de estudio: la norma en su sentido general –el género, si se quiere– y la norma jurídica como especie de la primera. Ambas, manifestaciones del uso prescriptivo del lenguaje que busca “dirigir el comportamiento de otro, o sea inducirlo a que adopte un determinado curso de acción”, independientemente de si logra o no tal propósito³.

Así, y solo como noción introductoria pues el estudio pormenorizado de los términos rebasa la finalidad de estas líneas⁴, por la primera de estas normas autores como Santiago Nino entienden aquellas reglas que (i) “definen o determinan una actividad”, (ii) “indican un medio para alcanzar determinado fin”, o (iii) prescriben una conducta, en el sentido que una autoridad exige que un sujeto se comporte de un modo determinado –en términos imperativos, haga o deje de hacer algo, o en términos facultativos pueda o no hacerlo– bajo la amenaza de castigo o sanción⁵.

³ Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*, 2° ed., 12° reimp. (Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2003): 64. El autor diferencia este uso de otros como el informativo, expresivo, interrogativo y operativo.

⁴ Para mayor detalle se recomienda la consulta –en adición de la bibliografía citada a lo largo de este aparte– de Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, 16° ed., trad. Roberto J. Vernengo (México DF: Editorial Porrúa, 2009): 17-37 y Eduardo García Máynez, *Introducción al Estudio del Derecho*, 53° ed. (México DF: Editorial Porrúa, 2002): 3-14, 78-94.

⁵ Santiago Nino 2003: 67-69. El autor sigue de cerca los postulados de von Wright, quien agrega a las categorías mencionadas otras tres: las normas ideales o basadas en las virtudes del objeto regulado, la costumbre y la moral.

Una aproximación un tanto más amplia hallamos en la obra de Mujica Rodríguez quien expresa que la norma, como concepto general, es una “[r]egla de actuación” que “debe seguir el hombre”, en el entendido que “[n]o existe actividad humana que no esté regulada por un sistema complejo de normas” y, lo que varía, es la naturaleza de estas últimas que puede ser ética, moral, jurídica, religiosa, social (convencionalismos) o de cualquier otro tipo⁶.

Por su parte, la norma jurídica ha sido definida por Smith como:

...la significación lógica creada según ciertos procedimientos instituidos por una comunidad jurídica y que, como manifestación unificada de la voluntad de ésta, formalmente expresada a través de sus órganos e instancias productoras, regula la conducta humana en un tiempo y un lugar definidos prescribiendo a los individuos, frente a determinadas circunstancias condicionantes, deberes y facultades, y estableciendo una o más sanciones coactivas para el supuesto de que dichos deberes no sean cumplidos⁷.

De modo similar, Ortiz-Ortiz plantea –luego de recordar que las normas en general “tienen como propósito regular el mundo de la libertad del hombre en su vida en sociedad”– que las normas jurídicas son “aquellos enunciados de prescripción de conductas que implican deberes u obligaciones, facultades y declaraciones de estados jurídicos, en las relaciones intersubjetivas de los seres humanos con la finalidad de lograr un determinado orden social aspirado”⁸.

Lo aquí dicho permite llegar a una primera conclusión que sirve de base a los comentarios que siguen: toda norma jurídica es una norma, pero no toda norma es una norma jurídica.

¿Por qué interesa esta distinción que a simple vista podría parecer de Perogrullo? Por el hecho que cuando hablamos de *soft law* nos estamos refiriendo a una regla de conducta que es una norma (y por ende converge con las particularidades de este tipo), pero no es una norma jurídica (y por ende no tiene la fuerza de este último tipo). Nos explicamos.

Una norma jurídica tiene entre sus principales características que, cuando la autoridad competente crea o reconoce derechos y obligaciones a través de ella, la misma dota a estas disposiciones de un halo de obligatoriedad que permite que tal norma pueda ser invocada y aplicada en un caso concreto –siempre que se materialice el supuesto de hecho que ella prevé e incluso si no media el consentimiento del destinatario– pudiéndose en ocasiones, y si la norma en cuestión así lo determina, sancionarse su incumplimiento.

⁶ Rafael Mujica Rodríguez, “Norma. Concepto general”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, (Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1977) edición digital.

⁷ Juan Carlos Smith, “Norma jurídica”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, (Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1977) edición digital.

⁸ Rafael Ortiz-Ortiz, “Hacia una ontologización de la norma jurídica”, *Revista de Derecho*, N° 14 (Caracas: TSJ, 2004):131.

El *soft law*, en tanto, no comparte estas características pues, si bien es una norma en los términos descritos *supra*⁹, carece de obligatoriedad y eventual coercibilidad, por una parte, y, por la otra, no deriva del proceso de formación de leyes –en el caso venezolano, previsto en los artículos 202 a 218 de la Constitución de la República¹⁰– ni del ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Poder Público¹¹, motivo por el cual el foro afirma que, cuando hablamos de *soft law*, estamos en presencia de una norma que no es “vinculante por sí misma” y que no deriva de la voluntad del Estado, por lo que podría catalogarse como “anacional”¹².

A pesar de lo anterior, sería un error pensar que con motivo de lo aquí expuesto el *soft law* carece de valor para el mundo jurídico –con inclusión del arbitraje– y que, en consecuencia, su estudio habría de desecharse. ¿Por qué sostenemos este enfoque? La respuesta es sencilla: si bien el *soft law* no tiene *per se* carácter coercitivo ni vinculante¹³, nada obsta que él pueda adquirir ese carácter a corto, mediano o largo plazo como consecuencia de –por ejemplo– (i) la celebración de un contrato en el cual se invoquen sus disposiciones, convirtiéndolas en “ley entre las partes”¹⁴, tal como podría preverse en una cláusula arbitral¹⁵ o (ii) su adopción posterior por parte del Estado al dictar una ley o acto de rango sublegal que se inspire en el mismo, tal como ocurre con las llamadas leyes modelos y dentro de las cuales resulta de especial interés para este trabajo la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil

⁹ Véase a su vez la primera acepción de “norma” en el Diccionario de la Lengua Española, edición del tricentenario, donde este vocablo se define como la “[r]egla que se debe seguir o a que se deben ajustar las conductas, tareas, actividades, etc.”, consultado en <https://dle.rae.es/norma>

¹⁰ Publicada en la Gaceta Oficial N° 36.860 del 30-12-1999, reimpresa en N° 5.453 Extraordinario del 24-03-2000 y enmendada en N° 5.908 Extraordinario del 19-02-2009. Véase a su vez el Título VI (del proceso de formación y discusión de proyectos de ley y acuerdos) del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional, publicado en la Gaceta Oficial N° 42.064 del 08-02-2021 y reimpreso en N° 42.068 del 12-02-2021.

¹¹ Véase al respecto José Antonio Muci Borjas, *Potestad reglamentaria y reglamento* (Caracas: ACIENPOL y EJV, 2017) y Gabriel Sira Santana, “La obligación de consulta pública de normas: Ni tan obligatoria ni tan pública”, *Revista de Derecho Público*, N° 142 (Caracas: EJV, 2015): 206-213.

¹² Fernando Sanquírigo Pittevil, “Soft law. Derecho y terminología”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 13 (Caracas: RVLJ, 2019): 412, en <https://bit.ly/2UvsnIQ> Nótese, no obstante lo dicho, que somos del criterio que nada impide que el Estado dicte recomendaciones sin fuerza vinculante sobre una materia al considerar que las mismas resultan favorables para la sociedad, por lo que el *soft law* bien podría derivar de la voluntad del Estado según retomaremos más adelante.

¹³ Esta, reiteramos, es la característica principal de lo que se entiende por *soft law* hoy en día, ya que como apunta Mauricio Iván Del Toro Huerta, “El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI (México DF: UNAM, 2006): 518, en <http://dx.doi.org/10.22201/ij.24487872e.2006.6.160>., “[a]unque se reconoce que el término *soft law* fue introducido al lenguaje del derecho internacional por Lord McNair, lo cierto es que éste acuñó el término para distinguir entre proposiciones de *lege lata* y de *lege ferenda* y no para distinguir un fenómeno complejo que supone la existencia de variaciones normativas que van desde lo no vinculante hasta lo vinculante, del ‘no derecho’ al derecho, de lo *soft* a lo *hard*”, como ocurre en la actualidad.

¹⁴ Véase al respecto el artículo 1159 del Código Civil, publicado en la Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinario del 26-07-1982.

¹⁵ Recuérdese que a tenor del artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial publicada en la Gaceta Oficial N° 36.430 del 07-04-1998, “[e]l ‘acuerdo de arbitraje’ es un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje puede consistir en una cláusula incluida en un contrato, o en un acuerdo independiente. // En virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria”.

Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 con enmiendas de 2006, visto que, como reporta esta Comisión, “[s]e ha promulgado legislación basada en la Ley Modelo en 85 Estados en un total de 118 jurisdicciones”, entre los que hallamos a Venezuela¹⁶.

Precisado lo anterior, pasamos de seguida a abordar algunas particularidades del *soft law* como tipo normativo para luego revisar cuál es su importancia para el arbitraje y por qué consideramos que debe fomentarse su adopción sobre el derecho positivo.

2. El *soft law* y la autonomía de la voluntad

Una de las máximas que rige a las sociedades democráticas y de derecho –como al menos teóricamente hablando lo es Venezuela¹⁷– es que esté último constituye un conjunto de “instituciones que garantizan la preeminencia del individuo frente a los gobernantes y proscrib[e] la coacción arbitraria o despótica”, gracias a la adopción del principio de la igualdad y la libertad de las personas como la base de un sistema normativo que se caracteriza, a su vez, por ser general, abstracto y previo¹⁸.

Este sistema normativo suele estudiarse junto con otro concepto básico de la teoría general del Derecho: sus fuentes, entendidas como “[l]os hechos o actos calificados por el ordenamiento jurídico como idóneos para producir el Derecho Objetivo, o mejor dicho, las normas jurídicas”, y que se clasifican en fuentes escritas –es decir, aquellas que resultan “de documentos emanados de la autoridad estatal competente (...) que supone la voluntad de una autoridad u órgano debidamente facultados por una expresa disposición normativa para ejecutar dicho proceso”– y no escritas, o “derivadas del funcionamiento de la comunidad”¹⁹.

Ahora bien, sí, tal como afirmamos en el acápite anterior, el *soft law* no es derecho objetivo ni norma jurídica, las reglas que este concepto agrupa serían entonces ajenas a la clasificación de fuentes en los términos definidos; aun cuando no se ignora que

¹⁶ Véase CNUDMI, *Situación actual Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006*, en <https://bit.ly/3jQTRqt> El texto completo de la ley modelo puede consultarse en <https://bit.ly/3dRQIID>

¹⁷ Véase el artículo 2 de la Constitución de la República conforme con el cual “Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia”. Sobre los pormenores de cada una de estas cláusulas revélese, Francisco J. Delgado, *La idea de Derecho en la Constitución de 1999* (Caracas: UCV, 2008).

¹⁸ Antonio Canova González, Luis Alfonso Herrera Orellana y Giuseppe Graterol Stefanelli, *Individuos o masas. ¿En qué tipo de sociedad quieres vivir?*, 1° reimp. (Caracas: Editorial Galipán, 2014): 74-75, 89.

¹⁹ José Peña Solís, *Manual de Derecho Administrativo*, vol. I, 5° reimp. (Caracas: TJSJ, 2006): 150-152.

podría guardar cierta similitud con la costumbre que la doctrina incluye en las normas no escritas sin que –advertimos– puedan igualarse los términos²⁰. Así surge entonces una nueva interrogante: ¿de dónde emana este derecho blando y cuáles son sus implicaciones, si el mismo no forma parte del sistema de fuentes señalado?

La respuesta podríamos encontrarla en el hecho que el *soft law* es una de las tantas manifestaciones del principio de la libertad individual que mencionamos al inicio de este acápite²¹ y, más concretamente, de la autonomía de la voluntad como “típica manifestación de la libertad dentro de la esfera del derecho privado”²².

De esta forma, el principio de la autonomía de la voluntad –conceptualizado como la posibilidad de que los particulares ordenen y regulen sus relaciones jurídicas de acuerdo con su libre iniciativa y a su mejor conveniencia, sin más limitaciones que las previstas en la ley²³– sería el axioma²⁴ que avalaría que las personas complementen el ordenamiento jurídico de su Estado –ya sea porque este no prevé el supuesto de hecho que requiere de regulación, o la regla existente es ambigua– mediante la creación de sus propias normas e imperativos de conducta que, a su vez, facilitarán la consecución de sus intereses y la defensa de los derechos subjetivos que dicho ordenamiento les concede o reconoce.

Lo anterior, claro está, siempre que la norma creada por los particulares no vulnere el orden público pues, como lo sostiene Domínguez Guillén y se desprende del artículo 6 del Código Civil venezolano, “[e]n las materias en que está de por medio el orden

²⁰ Véase sobre la costumbre *ibid.*, 632-640. Decimos que la similitud no es absoluta porque –en adición al carácter escrito que suele caracterizar a nuestro objeto de estudio– si bien el *soft law* puede traducirse en usos que resultan uniformes a lo largo del tiempo por un cúmulo de personas que los consideran obligatorios, no es necesario que siempre sea así. Piénsese por ejemplo en el caso de una asociación que dicte una serie de reglas innovadoras en materia probatoria para el arbitraje que no se compaginan con los usos que han imperado a la fecha –por lo que las reglas serían contrarias a la costumbre– y que, sin embargo, al considerarse más beneficiosas para la defensa de sus derechos e intereses, las partes decidan voluntariamente someterse a ellas. Sobre el vínculo entre el *soft law* y la costumbre puede verse también Alix Aguirre Andrade, Yoselyn Bermúdez Abreu y Nelly Manasia Fernández, “El *soft law* y su aplicación en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre”, *Revista Fronesis*, Vol. 13, N° 2 (Maracaibo: Universidad del Zulia, 2006): 26, en <https://bit.ly/3jW1PyG> quienes apuntan que “[u]n sector de la doctrina considera que el *Soft Law* es un derecho espontáneo, pues nace o emerge de los usos y costumbres de los operadores jurídicos y comprende todo un conjunto de actos de variados tipos (guías jurídicas, leyes modelo, recomendaciones, resoluciones, entre otros), constituyendo un conjunto de reglas surgidas del obrar de los participantes en el contexto internacional”, de lo que se deduce que la costumbre, más que un sinónimo, podría ser precursora del *soft law*.

²¹ Nótese que la constitucionalización de este principio la hallamos también en el artículo 20 de la Constitución de la República, según el cual “[t]oda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social”.

²² María Candelaria Domínguez Guillén, “Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad”, *Revista de Derecho*, N° 7 (Caracas: TSJ, 2002): 189. La autora también cataloga a este principio como “la máxima expresión de la libertad dentro del derecho privado”, en *ibid.*, 286.

²³ Edilia De Freitas De Gouveia, “La autonomía de la voluntad en el derecho de la persona natural”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 13 (Caracas: RVLJ, 2019): 40. La autora agrega que ello constituye “[u]na de las conquistas irrenunciables de la civilización” al tener cada hombre libertad “de ser, obrar y de abstenerse, para obtener algo que entra en la escena de su interés”, en *ibid.*, 42.

²⁴ Véase sobre los principios jurídicos y su significado en general Robert Alexy, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. Carlos Bernal Pulido (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003): loc. 761-1223, formato Kindle.

público, no encuentra aplicación el principio de autonomía de la voluntad”, visto que “las normas en cuestión no pueden ser relajadas por los particulares, porque se trata de materias esenciales para el desarrollo del orden jurídico y social”²⁵.

Así las cosas, de acuerdo con lo hasta aquí dicho, el *soft law* no sería más que la materialización de esa posibilidad de que los individuos “creen derecho” –en un sentido *lato* del término–, teniéndose como sus notas características (i) el dinamismo, ya que al no depender del proceso legislativo formal es más sencillo que las normas se adapten a las prácticas socioeconómicas del momento y las exigencias de la colectividad, (ii) la economía, pues reduce los costos de negociación y temporales que lleva consigo la adopción de una norma jurídica, (iii) la uniformidad, en el sentido que las normas de esta naturaleza tienden armonizar y coordinar el actuar de las partes, guiándoles en la dirección que se considera óptima y favoreciéndose en definitiva la previsibilidad y la seguridad jurídica, y (iv) la voluntariedad, dado que, al carecer estas normas de fuerza coercitiva *erga omnes* como se dijo *supra*, es imperativo el consentimiento de aquellos que pretendan hacerlas valer para que las mismas adquieran efectos vinculantes²⁶. Todas estas, vale decir, características cónsonas con el arbitraje.

De este modo, el *soft law* asumirá la forma de directrices, lineamientos, reglas, códigos u otros compendios similares que, más que disposiciones obligatorias, contienen orientaciones sobre cómo debería procederse ante un supuesto de hecho, correspondiéndole al individuo decidir si se adhiere a lo previsto en la norma –caso en el cual ella pasará a ser vinculante– o no, en cuyo caso seguirá teniendo naturaleza meramente orientadora; de lo que se deduce que el principio de la autonomía de la voluntad ya explicado sería de relevancia para el *soft law* tanto al momento de dictarse la norma (o a modo de interrogante: ¿qué se quiere que sea la norma?), como de someterse o no a lo previsto en ella (¿cuándo se quiere aplicar la norma?).

Esta visión sobre nuestro objeto de estudio es compartida por el foro donde –por ejemplo a nivel nacional– Ramírez León indica que “[e]l *Soft Law*, también conocido como (...) normas no estatales, se refiere a normas que crean las personas jurídicas, independientemente de su actividad privada o pública, nacional o internacional, cuyo contenido no es legalmente coercible, pero que tienen especial relevancia jurídica”, enmarcándose dentro de este concepto “instrumentos, que si bien no son leyes, constituyen un marco referencial ampliamente aceptado”²⁷. En tanto, fuera de nuestras fronteras autores como Pulido Riveros en Colombia afirman que:

²⁵ Domínguez Guillén 2002: 75. El artículo citado, en tanto, reza que “[n]o pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres”.

²⁶ Véase en general Mónica M. Boretto, “Soft law. Nuevos enfoques para el desarrollo progresivo del derecho internacional de la propiedad intelectual”, *Ars Boni Et Aequi*, Vol. 8, N° 2 (Santiago de Chile: Universidad Bernardo O’Higgins, 2012): 83-95, en <https://bit.ly/3jOLQct>

²⁷ José Alberto Ramírez León, “La mediación en Venezuela: Una mirada al presente y futuro”, *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, N° 1 (Caracas: AVA, 2020): 123, en <https://bit.ly/3jT02ZA>

El *soft law* (...) consiste en todas aquellas reglas y principios generales no coercitivos (...) cuya obligatoriedad se deriva de la autonomía de la voluntad, cuando las partes deciden incorporarlos a sus estipulaciones; o, al servir de guía para la toma de decisiones de árbitros y jueces, al fallar principalmente conflictos donde las partes no han escogido la ley aplicable que regulen sus convenios²⁸.

Lo hasta aquí dicho permite arribar a las siguientes conclusiones en cuanto al *soft law*:

En primer lugar, y al contrario del *hard law* cuyas disposiciones resultan obligatorias aunque en ocasiones admitan acuerdo en contrario²⁹, la característica fundamental del *soft law* es que sus normas no son vinculantes, por lo que su exigibilidad deriva de un acto de voluntad posterior por medio del cual el que así lo desee se somete a ella. A partir de ese momento, el *soft law* pasaría a ser tan exigible como el *hard law*, no por la fuerza intrínseca de la norma, sino por decisión de quien la toma para sí.

¿Significa ello que si una persona no se somete expresamente a estas normas ellas carecen de toda importancia? La respuesta es negativa pues, como afirman en el foro y ya asomamos, "la ausencia de fuerza vinculante en la norma de *soft law* no conlleva a que la misma esté exenta de relevancia jurídica, especialmente en los procesos de creación de la norma"³⁰, a lo que se suma que las normas del *soft law* pueden (i) proveer a los operadores jurídicos de pautas interpretativas para la mejor comprensión y aplicación del derecho positivo, y (ii) de aplicarse de forma sostenida en el tiempo bajo la ilusión de obligatoriedad, podrían dar paso a la costumbre que, como vimos, sí es fuente del derecho y es apreciada como tal por el derecho internacional público³¹.

²⁸ Juan Camilo Pulido Riveros, "El '*soft law*' en el derecho privado: sostén a la teoría de la 'nueva lex mercatoria'", *Revista Misión Jurídica*, Vol. 11, N° 14 (Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, 2018): 238, en <https://bit.ly/3ywjYqF> El autor incluye "entre las principales manifestaciones del *soft law*" a "las condiciones generales de contratación, modelos contractuales y cláusulas tipo, así como recomendaciones, manuales, directrices, términos uniformes, reglas estándar, leyes modelo y guías de distinto alcance, etcétera", en *ibid.*, 237.

²⁹ Téngase como ejemplo el artículo 148 del Código Civil según el cual "[e]ntre marido y mujer, si no hubiere convención en contrario, son comunes, de por mitad, las ganancias o beneficios que se obtengan durante el matrimonio", o el artículo 1225 *ejusdem* que prevé que "[s]alvo disposición o convención en contrario, la obligación solidaria se divide en partes iguales entre los diferentes deudores o entre los diferentes acreedores".

³⁰ Alan Matías Feler, "Soft law como herramienta de adecuación del derecho internacional a las nuevas coyunturas", *Lecciones y Ensayos*, N° 95 (Buenos Aires: UBA, 2015): 290, en <https://bit.ly/3r2ZFPo> En el mismo sentido se pronuncia Del Toro Huerta 2006: 519, al afirmar que "la expresión *soft law* busca describir la existencia de fenómenos jurídicos caracterizados por carecer de fuerza vinculante aunque no carentes de efectos jurídicos o al menos con cierta relevancia jurídica".

³¹ Véase al respecto el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que incluye dentro de las fuentes que la Corte puede consultar para decidir las controversias que se le presenten conforme con derecho a "la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho" (literal "B" del numeral 1). El estatuto puede consultarse en <https://bit.ly/3r37xAq>

En segundo lugar, y también al contrario de como ocurre con el *hard law* respecto al cual hay un número finito de autoridades que tiene competencias regulatorias dentro de un Estado para crear, modificar o extinguir normas jurídicas generales³², las disposiciones del *soft law* pueden derivar prácticamente de cualquier sujeto, sin importar si este es de naturaleza pública o privada.

Es decir, que tanto los órganos y entes que integran al Poder Público en su connotación vertical y horizontal³³ como los particulares, actuando juntos o separadamente, tendrían la posibilidad de dictar estas normas débiles³⁴; a pesar de que el foco de producción sea sin lugar a dudas el sector privado pues, como sostiene Pulido Riveros, son:

...los miembros de la comunidad del comercio internacional [quienes] juegan un rol muy activo en la generación de soluciones [a través del *soft law*], pudiendo acordar nuevas fórmulas, cubriendo lagunas en las cuales la legislación es insuficiente, ineficaz o carece de consenso, o satisfaciendo nuevos intereses de la comunidad, que de otro modo se tornaría complejo de materializar; al mismo tiempo de ir enriqueciendo aún más el *soft law*, dotándolo de nuevas características para dar respuesta a nuevos problemas. Subsiguientemente, y teniendo en consideración que el desarrollo de instrumentos de *soft law* obedece al imperativo comercial de asegurar el derecho aplicable a la concreta transacción comercial internacional, éstos han venido multiplicándose progresivamente, en una clara complementariedad ofrecida a las legislaciones nacionales³⁵.

En tercer lugar, y como consecuencia de lo anterior, el *soft law* no se encuentra sometido a un proceso de formación legislativo o reglamentario formal de acuerdo con las disposiciones mencionadas *supra*, por lo que quien haga las veces de su creador, y como otra manifestación del principio de la autonomía de la voluntad, tendría libertad para decidir cómo dicta la norma.

³² Véase Allan R. Brewer-Carías, "Las funciones del Estado, la función administrativa, y las actividades estatales", *La función administrativa y las funciones del Estado. Cuatro amigos, cuatro visiones sobre el Derecho Administrativo en América Latina* (Caracas: EJV, 2014): 207-211. El autor recuerda que "[l]a función normativa del Estado (...) si bien se atribuye como función propia al órgano que ejerce el Poder Legislativo, es decir, a la Asamblea Nacional, se realiza también por otros órganos del Poder Público", como podrían ser los órganos y entes del Poder Ejecutivo nacional, estatal y municipal dentro del ámbito de sus competencias.

³³ Téngase presente el encabezado del artículo 136 de la Constitución de la República según el cual "[e]l Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral", a lo que el texto constitucional luego agrega que a nivel de estados y municipios el Poder se divide en Legislativo y Ejecutivo.

³⁴ Véase como un ejemplo de *soft law* derivado de la actividad estatal (particularmente, la Administración Pública colombiana): Darío Martínez Jurado, "El *soft law* en derecho administrativo y su control judicial en Colombia", *Revista Digital de Derecho Administrativo*, N° 20 (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018): 289-343, en <https://doi.org/10.18601/21452946.n20.12>. El autor expresa que "[c]on el propósito de concretar los lineamientos que involucra el concepto de la nueva gobernanza y el cambio de paradigma del modelo de administrar el Estado, las autoridades recurren al derecho blando (...), ya que dada su informalidad, diversidad y versatilidad permite responder de manera ágil, consensuada y técnica a las problemáticas coyunturales de la sociedad. (...) Estos mecanismos pueden asumir la estructura de reglas o principios, pero lo determinante es que se emiten con la vocación de persuadir, desprovista de la finalidad de obligar o constreñir que jurídicamente identificaría a un típico acto administrativo o al *hard law*".

³⁵ Pulido Riveros 2018: 240.

Esta situación exige un comentario adicional y es que, aunque como dijimos el promotor de la norma puede optar por el método de su preferencia para establecer y dar a conocer el contenido normativo, visto que el *soft law* no tiene carácter vinculante *per se* y se requiere que él “crezca en la mente” de sus eventuales destinatarios para que opten por someterse al mismo, lo más recomendable sería que su proceso de formación estuviese signado por principios como la transparencia y la publicidad, dando oportunidades para que los interesados participen a través de consultas públicas y den a conocer sus opiniones y observaciones sobre las normas a fin de su optimización y mayor receptividad por parte de la población³⁶. Es decir, que el procedimiento habría de regirse por los mismos principios que deben caracterizar al *hard law* –si bien en este último caso no suelen cumplirse³⁷– aunado a su posterior publicación para que pueda ser invocado.

Asimismo, consideramos que la norma habría de caracterizarse por tener una buena técnica legislativa en cuanto a su sistematización, redacción y concordancia con el resto de las reglas que integren el sistema jurídico³⁸ para evitar así incurrir en los vicios que aquejan a nuestro *hard law*³⁹.

Finalmente, en cuarto y último lugar, todo lo anterior se hace depender de un concepto jurídico indeterminado⁴⁰ como lo es el orden público⁴¹, ya que como se dijo el *soft law* no puede contravenir las normas jurídicas imperativas y preexistentes que guarden relación con las materias que el primero ahora desea regular, pudiendo constatarse una relación inversamente proporcional entre ambos tipos de normas o, lo que es lo mismo,

³⁶ Téngase como ejemplo la consulta promovida por la Asociación Venezolana de Arbitraje en diciembre de 2020 en cuanto a las Reglas sobre Arbitraje Independiente, creadas por dicha asociación “con el propósito de ofrecer a la comunidad jurídica y empresarial, nacional e internacional, un procedimiento arbitral acorde con las modernas tendencias legislativas y jurisprudenciales, sin dejar de lado la flexibilidad y el valor de la libre autonomía de la voluntad de las partes que caracteriza al arbitraje independiente como medio idóneo para la resolución de controversias”. El texto de las reglas, calificadas por la propia asociación como “un instrumento de *soft law*”, puede consultarse en <https://bit.ly/2TLniQI>

³⁷ Véase Sira Santana 2015. En todo caso, esta idea es compartida por Cortés Cabrera –citado por Pulido Riveros 2018: 239– cuando expresa que “uno de los rasgos esenciales del régimen del *soft law*, en contraposición al *hard law*, es la participación y aporte de recursos de actores no gubernamentales en la construcción, operación e implementación de instrumentos del *soft law*”.

³⁸ Véase en general Jhenny Rivas Alberti, “Metodología y técnica de la legislación”, *Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional*, N° 5 (Caracas: Asamblea Nacional e IEC, 2016): 1-151, en <https://bit.ly/3uddt9V> Las pautas, si bien se refieren a normas jurídicas, resultarían perfectamente trasladables al derecho blando *mutatis mutandis*.

³⁹ Véase Francisco J. Delgado, *La reconstrucción del Derecho Venezolano* (Caracas: Editorial Galipán, 2012): 39, donde el autor expresa, entre otras consideraciones de valor, que la vaguedad en el uso del lenguaje en nuestra legislación “convierte la certeza del derecho en una fantasía” o “una abigarrada masa de artículos susceptibles de servir de fundamento para cualquier decisión”. Situación esta de la que habrían de apartarse quienes pretendan crear *soft law* como alternativa o su poder de persuasión será nulo.

⁴⁰ Véase al respecto Miguel Ángel Torrealba Sánchez, “Discrecionalidad administrativa y conceptos jurídicos indeterminados: ¿nociones totalmente diversas o dos niveles dentro de una misma categoría? García de Enterría y las posiciones de la doctrina venezolana”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, N° 8 (Caracas: UMA, 2016): 346, en <https://bit.ly/31g6ceu> El autor recuerda que “para un amplio sector de la doctrina iberoamericana, los conceptos jurídicos indeterminados son aquellas fórmulas jurídicas que regulan la actividad de la Administración, en los que la indeterminación de sus enunciados no se traduce en una indefinición de sus aplicaciones, pues solo se permite una unidad de solución justa. La Ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque los mismos no admiten una cuantificación o determinación rigurosas”.

⁴¹ Véase sobre este concepto en general Juan Carlos Montalvo Abiol, “Concepto de orden público en las democracias contemporáneas”, *Revista jurídica*, N° 22 (Madrid: Dykinson y UAM, 2010): 197-222, en <http://hdl.handle.net/10486/11803>

que a mayor cantidad de aspectos de la vida en sociedad que se consideren de orden público y sean reguladas de forma imperativa por el Estado –como ocurre en las democracias de corte social que tienden a desconocer las libertades del hombre y favorecen el intervencionismo estatal⁴²– menor será la posibilidad de que existan normas de *soft law*, y viceversa.

En este sentido, podrá haber *soft law* siempre que (i) no exista una norma jurídica que se refiera al supuesto de hecho que se pretende regular, por lo que con este derecho blando se buscará colmar esa laguna jurídica o (ii) exista tal norma jurídica, pero ella tenga carácter dispositivo –es decir, que puede ser relajada por la voluntad de los individuos (*ius dispositivum*), al contrario de las normas jurídicas imperativas o de orden público que no admiten esta previsión en contrario (*ius cogens*)–, siendo la intención del *soft law* brindar a los particulares una norma alterna al considerarse la de carácter jurídico insuficiente, inadecuada, ambigua o simplemente ineficaz.

Conocido entonces qué hemos de entender por *soft law* y cuáles son sus particularidades, pasamos como último punto de estas anotaciones a precisar cómo se vincula este concepto con el arbitraje que, como recordará el lector, es otro tema que se encuentra estrechamente vinculado con el principio de la autonomía de la voluntad abordado en este acápite.

3. El *soft law* en el arbitraje

Dentro los casos de estudio que suelen colocarse como ejemplos cuando se aborda el tema del *soft law* –junto con otros como los Principios UNIDROIT o los INCO-TERMS– hallamos al arbitraje, conceptualizado por Badell Madrid como:

Un mecanismo de resolución de controversias que tiene su origen en un acuerdo de voluntades de las partes involucradas, mediante el cual convienen en someter al conocimiento de terceras personas, denominadas árbitros, la resolución de los conflictos que hayan surgido o puedan surgir entre ellas⁴³.

Este mecanismo para la resolución de conflictos intersubjetivos de intereses – que en Venezuela tiene rango constitucional⁴⁴ y forma parte del sistema de justicia⁴⁵– se encuentra regulado en nuestro país en una norma de derecho positivo (*hard law*):

⁴² Véase entre otros Friedrich Hayek, *Los fundamentos de la libertad*, 9° ed. (Madrid: Unión Editorial, 2014).

⁴³ Rafael Badell Madrid, "Medios alternativos de solución de conflictos en el Derecho Administrativo venezolano. Especial referencia al arbitraje en los contratos administrativos", *Congreso Internacional de Derecho Administrativo en homenaje al profesor Luis Enrique Farías Mata*, tomo II (Caracas: UCAB, 2006): 131. Véase en el mismo sentido, entre otros, Andrés A. Mezgravis, "La promoción del arbitraje: un deber constitucional reconocido y vulnerado por la jurisprudencia", *Revista de Derecho Constitucional*, N° 5 (Caracas: Editorial Sherwood, 2001): 131-152 y María Petzold-Rodríguez, "Algunas consideraciones sobre el arbitraje en general", *Revista Derecho y Sociedad*, N° 4 (Caracas: UMA, 2003): 27-40.

⁴⁴ Véase el artículo 258 de la Constitución de la República, según el cual "[l]a ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos".

⁴⁵ Véase el artículo 253 de la Constitución de la República, según el cual "[e]l sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales (...) los medios alternativos de justicia (...)".

la Ley de Arbitraje Comercial de 1998 que, conforme con su artículo 1, “se aplicará al arbitraje comercial, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente”, a lo que un par de artículos más adelante la ley agrega que “[l]os árbitros tendrán siempre en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos y costumbres mercantiles” (único aparte del artículo 8).

Así, se trata de una ley basada en la Ley Modelo de la CNUDMI –como dijimos páginas más arriba⁴⁶– y que reconoce la importancia de la autonomía de la voluntad cuando se decide someter una controversia a arbitraje (artículo 4⁴⁷), si bien contiene un par de normas jurídicas de corte imperativo como serían, por ejemplo, que determinadas controversias quedan “exceptuadas” de este mecanismo (artículo 3⁴⁸) y que el acuerdo debe constar por escrito (artículo 6).

A su vez, y de mayor relevancia para nuestro objeto de estudio, esta autonomía de voluntad no se limita únicamente al acuerdo arbitral pues, al regularse al arbitraje institucional como uno de los dos tipos que prevé la ley –siendo el otro el arbitraje independiente–, la norma jurídica destaca que:

Artículo 12. En el arbitraje institucional todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo las notificaciones, la constitución del tribunal, la recusación y reemplazo de árbitros y la tramitación del proceso, se regirá de conformidad con lo dispuesto en el reglamento de arbitraje del centro de arbitraje al cual las partes se hayan sometido.

Es decir, que el legislador habría consentido que todos los aspectos mencionados fuesen regulados por normas calificadas por el foro como de *soft law*⁴⁹, precisando la ley únicamente el contenido mínimo de estos reglamentos⁵⁰ que, si bien podrían inspirarse en las pautas que prevé la ley para el arbitraje independiente⁵¹, no se requiere que ello sea así.

⁴⁶ Véase también Claudia Madrid Martínez, “Más de 20 años de la Ley de Arbitraje Comercial. Algunas reflexiones”, *Principia*, N° 2 (Caracas: UMA, 2020): 63, en <https://bit.ly/3xypCZw>

⁴⁷ Véase adicionalmente el artículo 9 de esta ley según el cual “[l]as partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje” y el artículo 10 *ejusdem*, que en términos similares agrega que “[l]as partes podrán acordar libremente el idioma o los idiomas que hayan de utilizarse en las actuaciones arbitrales”.

⁴⁸ El artículo enlista de modo taxativo las controversias: “a) Que sean contrarias al orden público o versen sobre delitos o faltas, salvo sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en tanto ésta no hubiere sido fijada por sentencia definitivamente firme; b) Directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público; c) Que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas; d) Relativas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial; y e) Sobre las que haya recaído sentencia definitivamente firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso y no hayan sido determinadas por sentencia definitivamente firme”.

⁴⁹ Véase Ramírez León 2020: 124, en relación con el Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas y el Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), disponibles en <https://bit.ly/3yLuz7Y> y <https://bit.ly/36pmKCl>, respectivamente.

⁵⁰ Al respecto el artículo 13 incluye el “a) Procedimiento para la designación del Director del centro, sus funciones y facultades; b) Reglas del procedimiento arbitral; c) Procedimiento de elaboración de la lista de árbitros, la cual será revisada y renovada, por lo menos cada año; los requisitos que deben reunir los árbitros; las causas de exclusión de la lista; los trámites de inscripción y el procedimiento para su designación; d) Tarifas de honorarios para árbitros; y tarifas de gastos administrativos, las cuales serán revisadas y renovadas cada año; e) Normas administrativas aplicables al centro; y f) Cualquier otra norma necesaria para el funcionamiento del centro”.

⁵¹ Nótese que este procedimiento arbitral también podría aplicarse a un arbitraje institucional “si así los estipulan las partes” (artículo 15 de la ley comentada).

De ese modo vemos que la legislación nacional sobre el arbitraje estaría en consonancia con el principio de la autonomía de la voluntad explicado en el acápite anterior tanto por lo que se refiere a qué se quiere que sea la norma –visto que no solo los centros de arbitraje podrán reglamentar el procedimiento de acuerdo a lo que consideren más conveniente, sino que las partes también pueden convenir sus propias normas en la materia como parte del acuerdo arbitral– como cuándo se quiere aplicar la norma, ya que las partes podrían elegir someterse a las normas de un centro, las normas de la ley o inclusive las normas dictadas por un tercero, siempre que ninguna de ellas atente contra el orden público⁵² ni los principios propios de un Estado de Derecho como lo sería el debido proceso⁵³ puesto que, al ser el arbitraje parte integrante del sistema de justicia según dijimos, el mismo no podría abstraerse de las máximas que rigen a este último⁵⁴.

Es esta realidad –que, vale decir, no resulta única del caso venezolano pues la autonomía en cuestión es propia del arbitraje como concepto, independientemente de dónde ocurra el mismo, al igual que la flexibilidad que lo caracteriza– la que explica por qué el foro internacional es contesté en afirmar que “[e]n síntesis, las partes tienen un margen considerable de decisión respecto de diferentes elementos del proceso arbitral, contrario a lo que sucede cuando de la justicia ordinaria se trata”, agregándose que dentro de este margen de decisión se halla el acudir a instrumentos de *soft law* “porque contienen propuestas y soluciones que han venido a llenar los espacios en blanco en ciertos aspectos procedimentales del arbitraje, aportándole mayor predictibilidad y transparencia al procurar que el arbitraje sea un debido proceso justo, legítimo y eficiente”⁵⁵.

A ello se suma que, como apuntan los autores nacionales:

Recientemente estamos asistiendo en el arbitraje internacional a la incorporación, indirecta o por referencia, de los textos del *Soft Law* arbitral por vía de los reglamentos arbitrales aunque también al hilo de otros instrumentos. Son las propias instituciones arbitrales las que han

⁵² Véase Claudia Madrid Martínez, “El rol del orden público en el arbitraje comercial internacional”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 126 (Caracas: UCV, 2006): 79-101 y Fernando Sanquirico Pittevil, “Orden público adjetivo y arbitraje”, *Revista MARC*, N° 2 (Caracas: Venancham, 2020): 16-29, en <https://bit.ly/36zqxQx> Este último coloca como ejemplo de normas procesales que no pueden ser relajadas por las partes aquellas “que determinan u ordenan la actuación de la jurisdicción estatal en caso de que sea requerida su actuación relacionada con el Arbitraje, como por ejemplo, la determinación del tribunal competente por materia para conocer del Recurso de Nulidad, los lapsos procesales que deben seguirse en dicha jurisdicción, o la obligatoria ayuda que deben prestar en caso de medidas cautelares”.

⁵³ Véanse los ocho numerales del artículo 49 de la Constitución de la República, entre los que destacamos el derecho a la defensa, la notificación, acceso a pruebas, presunción de inocencia y derecho a ser oído.

⁵⁴ Al respecto resulta esclarecedor el artículo 32.1 del Reglamento de Conciliación y Arbitraje del CEDCA, según el cual “[e]l procedimiento ante el Tribunal Arbitral se regirá por las normas que las partes acuerden, supletoriamente por las normas contenidas en este Reglamento, y en caso de silencio, por las que el Tribunal Arbitral determine, ya sea con referencia o no a una disposición legal o de cualquier otra naturaleza. Las partes pueden acordar la utilización de normas distintas a las previstas en este Reglamento siempre que lo notifiquen al Tribunal Arbitral y este, luego de revisadas, determine que no existen impedimentos legales o procedimentales para su implementación”.

⁵⁵ Benito Arturo Zelaya Cáliz y Fabián J. Villeda Corona, *Instrumentos de soft law en arbitraje internacional: su uso y una mirada comparativa en base al Código de Buenas Prácticas del Club Español del Arbitraje* (Tegucigalpa: Lexincorp, 2020), en <https://bit.ly/2UBH3tE> Los autores colocan como ejemplos de asuntos regulados por normas de *soft law* que hacen las veces de directrices o protocolos a los conflictos de intereses y la actividad probatoria.

decidido respaldar el uso del *Soft Law* arbitral incrementando su visibilidad e importancia práctica. Esta incorporación por referencia se hace tanto en relación con textos de creación propia como incorporando textos elaborados por otras instituciones⁵⁶.

En otras palabras, no es solo que las partes en una contienda arbitral puedan acordar que la misma se regirá por lo que establezca una norma de *soft law* determinada⁵⁷ fungiendo la cláusula arbitral como el “factor de conexión” entre un procedimiento arbitral en concreto y la norma en cuestión⁵⁸, sino que los mismos centros de arbitraje han iniciado un proceso de retroalimentación –tanto a nivel nacional como internacional, gracias al fenómeno de la globalización– para fortalecer su normativa interna con base en las corrientes y estándares que se aprecian en otras latitudes y robustecer su posición como sede arbitral.

Finalmente, como expresa Stampa, es tal la importancia que ha adquirido el *soft law* para el arbitraje que, incluso en aquellos casos en los cuales las partes no aluden al mismo, el árbitro, como parte de su obligación de “adoptar las medidas de dirección de las actuaciones que estime oportunas (gestión eficiente de las actuaciones)” durante el procedimiento arbitral para el correcto desarrollo del mismo, estaría facultado para acudir al derecho blando para complementar la *lex arbitri* en todo aquello que las partes no hubiesen previsto⁵⁹.

Lo anterior, claro está, siempre que las partes no hayan proscrito la aplicación de esa norma en concreto como manifestación de su autonomía de la voluntad pues, en ese caso, el árbitro estaría vedado de la posibilidad de acudir a la misma en el marco del procedimiento arbitral y habría de regirse por lo que determine el derecho positivo –en cuyo caso nuestro objeto de estudio permitiría aclarar ambigüedades o facilitar la interpretación de la norma jurídica, sobre todo si la controversia tiene tintes de internacionalidad⁶⁰–, otras normas de *soft law* o su discrecionalidad, sin que, repetimos, en ninguno de estos casos pueda colocarse en entredicho al debido proceso, el derecho a la defensa y el acceso a la justicia.

⁵⁶ Pilar Perales Viscasillas, “Hacia un estándar uniforme de las reglas 5 y 6 de la IBA sobre representación de parte en el arbitraje internacional”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 13 (Caracas: RVLJ, 2019): 679.

⁵⁷ A modo de ejemplo ténganse presentes las Reglas de la Asociación Internacional de Abogados (IBA, por sus siglas en inglés) sobre pruebas, conflictos de intereses e imparcialidad e independencia de árbitros, ética de los árbitros, representación de partes y redacción de cláusulas arbitrales, todas disponibles en el sitio web de la asociación en <https://bit.ly/3e5o7KC>, así como las Reglas sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (Reglas de Praga), en <https://bit.ly/3k1BkHZ>

⁵⁸ Véase Gonzalo Stampa, “La organización del procedimiento arbitral”, *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, N° 1 (Caracas: AVA, 2020): 66, en <https://bit.ly/3yMvVSO>

⁵⁹ *Ibid.* Véase en el mismo sentido Pulido Riveros 2018: 25, para quien “la practica arbitral y jurisprudencial demuestran que cada vez más los principios se aplican como normas jurídicas aunque las partes no los hayan incluido ni expresa ni implícitamente en sus contratos” y Guillermo Argerich et al., *Reglas de Praga: nuevas normas de soft law para procedimientos en el arbitraje internacional* (Praga: Prague Rules, 2018) en <https://bit.ly/3AMfoXn> quienes expresan que “[e]s usual que en la práctica del arbitraje comercial se recurra a normas de soft law que coadyuvan a la optimización del desarrollo del procedimiento arbitral. Su utilización es complementaria de las disposiciones legales y las reglas institucionales, ad hoc u otras que resulten aplicables”.

⁶⁰ Véase en este sentido Mehves Erdem, *Soft Law In International Arbitration* (Londres: Mondaq, 2017), en <https://bit.ly/36srHKy>

La situación aquí narrada deja entrever entonces cómo el hecho que el *soft law* carezca de fuerza coercitiva y vinculante como sostuvimos en un inicio no se traduce, en realidad, en que estas normas estén desprovistas de valor jurídico o sean menos relevantes que las normas jurídicas en un procedimiento arbitral. Así lo afirma también Del Toro Huerta cuando sostiene que:

...el carácter *hard* o *soft* de determinada norma no está directamente relacionado con el grado de su cumplimiento. Normas *soft* pueden gozar de alto prestigio, amplio consenso y espontánea observancia; mientras normas *hard* pueden requerir de muchos esfuerzos diplomáticos o largos procesos jurisdiccionales antes de alcanzar su pleno cumplimiento, o incluso resultar imposible la exigibilidad del mismo⁶¹.

Pero... a pesar de las ventajas aquí descritas, no podemos ignorar que el *soft law* no se encuentra exento de críticas que tienden a ver su proliferación como un atentado a la propia autonomía de la voluntad que dice defender por predeterminarse cómo habría de operar el procedimiento arbitral y, quizá de mayor relevancia, afirmarse que estas normas tienen una naturaleza no democrática, ya que no derivan de un representante legítimo que atienda a los intereses de la población (a saber: el legislador) sino asociaciones del sector privado que tienen y persiguen sus propios intereses económicos⁶².

Estos planteamientos, si bien invitan a la reflexión, consideramos que no se ajustan del todo a la realidad pues hemos de recordar que la clave del *soft law* es su carácter no vinculante y, por ende, nada obsta a que los sujetos se adhieran o no o a uno de los tantos sistemas que existen (Reglas IBA o Praga, por ejemplo), o creen uno propio como parte de su acuerdo arbitral. Argumento este que resultaría extensible a la objeción sobre el carácter no democrático de estas normas pues, al requerirse el consentimiento del individuo para que estas les resulten aplicables –bien sea porque expresamente así lo quiso, o porque calló al respecto dejando en cabeza del árbitro decidir cuál sistema usar– mal podría considerarse que existe una imposición o restricción ilegítima de la libertad por parte de alguien que no tiene poder para ello.

Esta posición coincidiría con los dichos de Mourre en la materia quien, luego de afirmar que “el arbitraje no puede sobrevivir sin un nivel adecuado de regulación”, considera que el proscribir el *soft law* como método de autorregulación y que el arbitraje se rija únicamente por reglas estatales en virtud del supuesto carácter no democrático mencionado es lo que, en realidad, constituiría “una negación de su autonomía y de su naturaleza transnacional”, por lo que debe promoverse es que el arbitraje “adopt[e] una autorregulación significativa” –y agregamos nosotros, cónsona con los principios a los que hemos hecho referencia a lo largo de estas páginas– a fin de que los Estados no

⁶¹ Del Toro Huerta 2006: 533. El autor agrega que “en ocasiones instrumentos no vinculantes ofrecen mejores soluciones, sea porque reflejan un mayor consenso de la comunidad internacional, por llenar alguna laguna, por establecer criterios de interpretación o por ser la única vía de acuerdo posible”, en *ibíd.*, 523-524.

⁶² Alexis Mourre, *La soft law como condición para el desarrollo de la confianza en el arbitraje Internacional* (Madrid: CEU Ediciones, 2018): 14, en <https://bit.ly/3k1af7W>

tengan la “necesidad” de intervenir e imponer normas que no puedan ser relajadas por las partes, abstrayéndose del principio de autonomía, flexibilidad e internacionalidad del arbitraje por considerarse que es la única forma de que este sistema sea “justo, confiable y predecible”⁶³.

Reflexión final

Sí el arbitraje es un medio alternativo de resolución de conflictos que se caracteriza por su voluntariedad, flexibilidad, transnacionalidad y dinamismo, el *soft law* es la norma que mejor puede garantizar la vigencia de cada uno de estos caracteres, logrando el tan ansiado equilibrio entre la previsibilidad que en teoría se logra con la intervención estatal y la autonomía que ofrece la falta de regulación, sin tampoco caer en los peligros que acompañan a estos extremos. A saber: la pérdida de la libertad en el primer caso y la discrecionalidad excesiva que puede derivar en arbitrariedad en el segundo.

En este sentido, somos del criterio que el *soft law* como norma reguladora del arbitraje –y de cualquier otro medio alternativo de resolución de conflictos, pues hemos de recordar que la máxima de una sociedad libre y democrática es que todas las personas pueden hacer tanto como no tengan prohibido, lo que incluye la facultad para dotarse de normas y autorregular sus relaciones civiles, mercantiles y de cualquier otra índole siempre que estas no vulneren el *ius cogens*– constituye una de las conquistas de la sociedad frente al Estado en pro de la desregulación de la misma, sin que por ello resulte perjudicada la seguridad jurídica, la igualdad, ni los derechos e intereses que se discutan en sede arbitral pues son los mismos individuos quienes decidirán cuál es la norma que los rige.

Asimismo, el *soft law* permite garantizar el carácter transnacional del arbitraje y que, sin importar el ordenamiento jurídico ni el Estado donde se lleve a cabo el procedimiento o del que sean las partes o los árbitros, se alcancen laudos que vayan más allá de los designios de las autoridades de un Estado que, de avalarse que dicten normas jurídicas que prevean detalles y controles adicionales, pueden atentar contra la autonomía e independencia de los árbitros –como lamentablemente hemos visto ocurre con frecuencia en la vía judicial⁶⁴– desnaturalizándose en definitiva el mecanismo en cuestión.

⁶³ *Ibíd.*, 7-16. El autor reafirma este criterio al sostener, de modo bastante claro, que “si la confianza en el arbitraje desaparece, las partes recurrirán a otras formas de resolver sus disputas, los Estados reforzarán sus controles hasta desnaturalizarlo, y al final el arbitraje desaparecerá”, por lo que más bien se debe reforzar la legitimidad de las reglas del *soft law* a través de “la experiencia acumulada por la institución, el carácter inclusivo del proceso de elaboración normativa, y la internacionalidad del enfoque dado a las reglas por sus autores”.

⁶⁴ Véase, entre otros, Canova González 2014.

Finalmente, somos del criterio que el *soft law* garantiza también el carácter dinámico del arbitraje ya que, al tener las partes –o el árbitro en ausencia de decisión de las primeras– plena libertad para decidir cómo se regulará el procedimiento, se evita la necesidad de tener que acudir a la siempre tardía vía judicial para determinar cuál es el derecho procesal aplicable en caso de desacuerdo o imprevisión por las partes, pues tanto estas como el árbitro cuentan con una serie de pautas de conducta que les servirán de guía y se basan en el consenso, más allá de la buena fe que en ocasiones no es suficiente.

Así las cosas, la invitación es a ver al *soft law* como una herramienta a favor de la libertad y la autorregulación, y como ejemplo del camino de desregularización que debe emprender el Estado para que sea la sociedad quien dicte sus normas con base en la autonomía de la voluntad, sin que por ello se coloquen en entredicho los derechos e intereses de terceros, dejándose como *hard law* únicamente aquellas materias que requieren de la efectiva intervención del primero que, en el caso del arbitraje, parecería ser únicamente cuando se requiere la actuación de la jurisdicción estatal en cuanto, por ejemplo, la ejecución y recusación de los laudos.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE ANDRADE, Alix, BERMÚDEZ ABREU, Yoselyn y FERNÁNDEZ, Nelly Manasía, “El soft law y su aplicación en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre”, *Revista Fronesis*, Vol. 13, Nº 2 (Maracaibo: Universidad del Zulia, 2006): 9-30, en <https://bit.ly/3jW1PyG>
- ALEXY, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. Carlos Bernal Pulido (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003), formato Kindle.
- ARGERICH, Guillermo et al., *Reglas de Praga: nuevas normas de soft law para procedimientos en el arbitraje internacional* (Praga: Prague Rules, 2018) en <https://bit.ly/3AMfoXn>
- BADELL MADRID, Rafael, “Medios alternativos de solución de conflictos en el Derecho Administrativo venezolano. Especial referencia al arbitraje en los contratos administrativos”, *Congreso Internacional de Derecho Administrativo en homenaje al profesor Luis Enrique Farías Mata*, tomo II (Caracas: UCAB, 2006): 103-186.
- BADELL MADRID, Rafael et al., *Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial* (Caracas: Badell & Grau, 1998).
- BORETTO, Mónica M., “Soft law. Nuevos enfoques para el desarrollo progresivo del derecho internacional de la propiedad intelectual”, *Ars Boni Et Aequi*, Vol. 8, Nº 2 (Santiago de Chile: Universidad Bernardo O’Higgins, 2012): 81-144, en <https://bit.ly/3jOLQct>
- BREWER-CARÍAS, Allan R., “Las funciones del Estado, la función administrativa, y las actividades estatales”, *La función administrativa y las funciones del Estado. Cuatro amigos, cuatro visiones sobre el Derecho Administrativo en América Latina* (Caracas: EJV, 2014): 185-248.
- CANOVA GONZÁLEZ, Antonio, HERRERA ORELLANA, Luis Alfonso y GRATEROL STEFANELLI, Giuseppe, *Individuos o masas. ¿En qué tipo de sociedad quieres vivir?*, 1º reimpr. (Caracas: Editorial Galipán, 2014).
- CNUDMI, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006* (New York: ONU, 2008), en <https://bit.ly/3dRQIID>

- _____, *Situación actual Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006*, en <https://bit.ly/3jQTRqt>
- CRUZ SUÁREZ, Andrea, y SIRA SANTANA, Gabriel, "El arbitraje según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia", *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, N° 1 (Caracas: AVA, 2020) 323-365, en <https://bit.ly/3wAnmW>
- DE FREITAS DE GOUVEIA, Edilia, "La autonomía de la voluntad en el derecho de la persona natural", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 13 (Caracas: RVLJ, 2019): 37-181.
- DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván, "El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI (México DF: UNAM, 2006): 513-549, en <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2006.6.160>
- DELGADO, Francisco J., *La idea de Derecho en la Constitución de 1999* (Caracas: UCV, 2008).
- _____, *La reconstrucción del Derecho Venezolano* (Caracas: Editorial Galipán, 2012).
- DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria, "Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad", *Revista de Derecho*, N° 7 (Caracas: TSJ, 2002): 49-311.
- ERDEM, Mehves, *Soft Law In International Arbitration* (Londres: Mondaq, 2017), en <https://bit.ly/36srHKy>
- FELER, Alan Matías, "Soft law como herramienta de adecuación del derecho internacional a las nuevas coyunturas", *Lecciones y Ensayos*, N° 95 (Buenos Aires: UBA, 2015): 281-303, en <https://bit.ly/3r2ZFpo>
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 53° ed. (México DF: Editorial Porrúa, 2002).
- HAYEK, Friedrich, *Los fundamentos de la libertad*, 9° ed. (Madrid: Unión Editorial, 2014).
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, 16° ed., trad. Roberto J. Vernengo (México DF: Editorial Porrúa, 2009).
- MADRID MARTÍNEZ, Claudia, "El rol del orden público en el arbitraje comercial internacional", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 126 (Caracas: UCV, 2006): 79-101.
- _____, "Más de 20 años de la Ley de Arbitraje Comercial. Algunas reflexiones", *Principia*, N° 2 (Caracas: UMA, 2020): 63-66, en <https://bit.ly/3xypCZw>
- MARTÍNEZ JURADO, Darío, "El *soft law* en derecho administrativo y su control judicial en Colombia", *Revista Digital de Derecho Administrativo*, N° 20 (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018): 289-343, en <https://doi.org/10.18601/21452946.n20.12>
- MEZGRAVIS, Andrés A., "La promoción del arbitraje: un deber constitucional reconocido y vulnerado por la jurisprudencia", *Revista de Derecho Constitucional*, N° 5 (Caracas: Editorial Sherwood, 2001): 131-152.
- MONTALVO ABIOL, Juan Carlos, "Concepto de orden público en las democracias contemporáneas", *Revista jurídica*, N° 22 (Madrid: Dykinson y UAM, 2010): 197-222, en <http://hdl.handle.net/10486/11803>
- MOURRE, Alexis, *La soft law como condición para el desarrollo de la confianza en el arbitraje Internacional* (Madrid: CEU Ediciones, 2018), en <https://bit.ly/3k1af7W>
- MUCI BORJAS, José Antonio, *Potestad reglamentaria y reglamento* (Caracas: ACIENPOL y EJV, 2017).
- MUJICA RODRÍGUEZ, Rafael, "Norma. Concepto general", *Enciclopedia Jurídica Omeba*, (Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1977) edición digital.
- NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2° ed., 12° reimp. (Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2003).
- ORTIZ-ORTIZ, Rafael, "Hacia una ontologización de la norma jurídica", *Revista de Derecho*, N° 14

- (Caracas: TSJ, 2004): 119-164.
- PEÑA SOLÍS, José, *Manual de Derecho Administrativo*, vol. I, 5° reimp. (Caracas: TSJ, 2006).
- PERALES VISCASILLAS, Pilar, "Hacia un estándar uniforme de las reglas 5 y 6 de la IBA sobre representación de parte en el arbitraje internacional", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 13 (Caracas: RVLJ, 2019): 667-699.
- PETZOLD-RODRÍGUEZ, María, "Algunas consideraciones sobre el arbitraje en general", *Revista Derecho y Sociedad*, N° 4 (Caracas: UMA, 2003): 27-40
- PULIDO RIVEROS, Juan Camilo, "El 'soft law' en el derecho privado: sostén a la teoría de la 'nueva lex mercatoria'", *Revista Misión Jurídica*, Vol. 11, N° 14 (Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, 2018): 223-259, en <https://bit.ly/3ywjYqF>
- RAMÍREZ LEÓN, José Alberto, "La mediación en Venezuela: Una mirada al presente y futuro", *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, N° 1 (Caracas: AVA, 2020): 113-132, en <https://bit.ly/3jtO2ZA>
- RIVAS ALBERTI, Jhenny, "Metodología y técnica de la legislación", *Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional*, N° 5 (Caracas: Asamblea Nacional e IEC, 2016): 1-151, en <https://bit.ly/3uddt9V>
- SANQUÍRICO PITTEVIL, Fernando, "Orden público adjetivo' y arbitraje", *Revista MARC*, N° 2 (Caracas: Venancham, 2020): 16-29, en <https://bit.ly/36zqxQx>
- _____, "Soft law. Derecho y terminología", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 13 (Caracas: RVLJ, 2019): 409-425, en <https://bit.ly/2UvsnlQ>
- SIRA SANTANA, Gabriel, "La obligación de consulta pública de normas: Ni tan obligatoria ni tan pública", *Revista de Derecho Público*, N° 142 (Caracas: EJV, 2015): 206-213.
- SMITH, Juan Carlos, "Norma jurídica", *Enciclopedia Jurídica Omeba*, (Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1977) edición digital.
- STAMPA, Gonzalo, "La organización del procedimiento arbitral", *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, N° 1 (Caracas: AVA, 2020): 63-88, en <https://bit.ly/3yMvvsO>
- TORREALBA R., José Gregorio, *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia sobre medios alternativos de solución de controversias, arbitraje comercial, arbitramento y arbitraje de inversiones 2000-2014* (Caracas: EJV, 2016).
- TORREALBA SÁNCHEZ, Miguel Ángel, "Discrecionalidad administrativa y conceptos jurídicos indeterminados: ¿nociones totalmente diversas o dos niveles dentro de una misma categoría? García de Enterría y las posiciones de la doctrina venezolana", *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, N° 8 (Caracas: UMA, 2016): 221-233, en <https://bit.ly/31q6ceu>
- ZELAYA CÁLIX, Benito Arturo y VILLEDA CORONA, Fabián J., *Instrumentos de soft law en arbitraje internacional: su uso y una mirada comparativa en base al Código de Buenas Prácticas del Club Español del Arbitraje* (Tegucigalpa: Lexincorp, 2020), en <https://bit.ly/2UBH3tE>