

**GARRIDO GÓMEZ, M.<sup>a</sup> Isabel, *El soft law como fuente del derecho transnacional*, Dykinson, Madrid, 2017, 236 pp.**

Este libro obedece a la necesidad de estudiar el *soft law* como fuente actual del Derecho, centrándose en las dinámicas y modalidades que expresan una tendencia privatizadora. Muy pocos autores/as son los que hasta ahora han trabajado el tema desde la visión general de una fuente jurídica, por lo que es aquí donde radica su originalidad.

El contenido está ligado a una nueva concepción del Derecho que hace que sea necesaria una nueva comprensión de la idea de norma y de sujeto jurídico a partir de nuevos parámetros de estimación de los conceptos clásicos de validez, justicia y eficacia, partiendo de una interrelación entre ellos. Tal concepción se inserta en el contexto de la globalización, contexto que consagra formas de desregulación jurídica y de autorregulación, las cuales, a su vez, no se pueden comprender fuera de la idea de gobernanza.

El trabajo se divide estructuralmente en cinco capítulos agrupados en tres grandes partes. La primera se ocupa de los conceptos de fuente del Derecho y de *soft law*. El punto de partida es el marco normativo general del cual se extraen los principios y conceptos jurídicos fundamentales que permiten determinar las dinámicas y los tipos de *soft law* con la finalidad de supervisar la efectividad y eficiencia de las normas cuando son implementadas.

La segunda parte realiza una categorización de las dimensiones que se examinan en los niveles de la desregulación y la autorregulación articulándolas con atributos que recoge la norma. Dichos atributos se definen de forma delimitada y, al mismo tiempo, se intentan complementar para la organización de un sistema en red sustentado en la voluntariedad. Se abordan así las diferentes modalidades de *soft law* analizando los objetivos de cada una de ellas según su funcionalidad y las competencias que tienen.

La tercera y última parte lleva a cabo una serie de reflexiones finales sobre el empleo del *soft law*.

Desde un punto de vista metodológico, este estudio aporta una visión teórica con importantes implicaciones prácticas. Desde la Sociología del Derecho se establecen relaciones entre lo jurídico y lo social, de manera recíproca, para dejar constancia de que el Derecho como hecho social no está únicamente sometido a condicionamientos que lo presionan, sino que también propulsa, a su vez, la dinámica social. Las aportaciones que se realizan desde la dimensión histórica y sociológica resultan de gran utilidad para entender y reflexionar sobre la integración del *soft law* como nuevo modelo de fuente del Derecho que dentro del sistema existente aporta una visión transformadora. En este análisis, se dan por consabidos los aspectos generales en los que se genera el Derecho en un contexto global, para prestar especial atención al *soft law* en el Derecho internacional público, el Derecho de la Unión Europea, el comercio internacional, la responsabilidad social empresarial y la esfera contractual.

Teniendo en cuenta lo dicho, se parte de un concepto de *soft law* plural y no unívoco entre la doctrina que es objeto de numerosas polémicas en torno a considerarlo como fuente del Derecho o no. De esta manera, la doctrina tampoco se pone de acuerdo a la hora de fijar el lugar que ocupa como fuente del Derecho: unos creen que la razón de considerarlo así es la producción de efectos jurídicos relevantes al actuar como criterio interpretativo del *hard*

*law*; otros estiman que la causa es que conforma un principio general; y otros que es por actuar como anticipación de regulaciones futuras.

En todo caso, el *soft law* constituye, cada vez más, una opción reguladora que no encaja en la tradicional clasificación entre fuentes materiales y formales. El motivo principal de la falta de utilidad de esta diferenciación es que la juridicidad se estructura en red, de tal manera que en ella se incluyen normas y materiales jurídicos cuya fuerza vinculante es diferente y que interactúan entre sí.

Desde este punto de vista, se hace un esfuerzo para llegar a encontrar las notas más relevantes del *soft law* que le den unidad y nos posibiliten llevar a cabo una reflexión unitaria sobre él, siendo estas: 1) El diseño o implantación no depende de la potestad regulatoria de los Estados; 2) hay una participación voluntaria en la construcción, operación e incluso continuación del mismo. Los participantes son libres de adherirse al régimen o no, y de no continuar su aplicación, sin que esto implique invocar el poder sancionador de los Estados; 3) idealmente, se busca que las decisiones para actuar se tomen en consenso y como resultado de un diálogo entre diferentes actores; y 4) hay una ausencia de poder sancionatorio del Estado.

En general, no es necesario que concurren cada uno de los elementos señalados, aunque sí que resultan definitorios la inexistencia de mecanismos para su exigibilidad y la disociación de la idea de responsabilidad. Así, en sentido contrario, cuando se trate de un instrumento jurídicamente exigible y que su incumplimiento suponga una responsabilidad del sujeto infractor la norma podrá ser considerada *hard law*. El contenido del *soft law* es indeterminado, extendiéndose a los actos e instrumentos que no sean obligatorios formalmente.

En el *soft law* aparece una combinación de principios y reglas, en una relación entre género y especie. Los principios pueden ser cumplidos en distinto grado dependiendo de las posibilidades reales y de las dispuestas en el ordenamiento jurídico. En cambio, las reglas pueden ser cumplidas o no. En todo caso, la falta de obligatoriedad no supone una carencia de juridicidad, ya que constituye actos jurídicos con formas que producen efectos igualmente jurídicos.

Como se analiza en este estudio, en este contexto la forma regulatoria que mayor importancia tiene es la autorregulación, ya que nos encontramos en un espacio en el que se incluye la normativa elaborada por los afectados. Este Derecho producto de la autorregulación, que escapa a la esfera del poder estatal y de los poderes públicos, tiene cada vez mayor importancia y evidencia el pluralismo jurídico vigente, su complejidad, su carácter poliédrico, ambiguo y ambivalente.

Para comprender el verdadero alcance del *soft law* es necesario, además, analizar la relación entre el Derecho y la Economía. De esta manera se demuestra que el Derecho oficial necesita transformarse, quiere ser eficaz y dar respuestas que respeten la igualdad. Al Derecho estatal le correspondería conservar un mínimo regulatorio, lo que podría considerarse la regulación de la autorregulación. De esta manera, se tomaría en consideración la garantía de la objetividad de los intereses en competencia mediante la imposición de cautelas procedimentales en la creación normativa, y se incluiría la reserva del Estado cuando existan problemas en los mecanismos de control y garantía dentro del procedimiento.

A ello hay que añadir que en el *soft law* la autoridad se manifiesta en que se trata de normas elaboradas por fuentes independientes y expertas. Dicha

flexibilidad está vinculada a la adaptabilidad del Derecho, y a la heterogeneidad y dinamismo de la realidad social regulada.

Teniendo en cuenta las cuestiones señaladas, se analizan las modalidades de *soft law* considerando los objetivos de cada una de ellas según la funcionalidad que llevan a cabo y de forma adecuada a sus competencias. Así, se estudian el *soft law* en los ámbitos del Derecho internacional público, de la Unión europea, la nueva *lex mercatoria*, la normativa vinculada a la responsabilidad social empresarial y las nuevas formas de los contratos.

Más específicamente, habría que decir que el *soft law* está estrechamente vinculado a la gobernanza en el ámbito del Derecho internacional público, centrado en la reforma del sector público la cual asume principios de organización y *management* propios de la esfera privada. Esto se traduce en que los flujos de control y orden surgen en los sistemas y en el devenir de unos sistemas a otros, teniendo en cuenta que hay un gran número de organizaciones gubernamentales y no gubernamentales actuando en forma de actores.

Las funciones del *soft law* se agrupan dentro del Derecho internacional como una especie de avance del *hard law*, como una alternativa, como un complemento y como un parámetro interpretativo. Así se puede distinguir entre las reglas jurídicas que se inclinan hacia el *law* y aquellas no jurídicas que lo hacen hacia el *soft* de tal forma que se articula una zona intermedia entre la norma de carácter vinculante y aquella que carece de trascendencia jurídica. La doctrina se muestra dividida entre quienes consideran que el *soft law* puede quedar incluido dentro de los compromisos políticos pero con un significado fuera de la dimensión jurídica; quienes entienden que tiene una plena eficacia jurídica por la cooperación entre las partes del acuerdo; y una tercera postura que precisamente situaría el *soft law* entre las dos anteriores, al entender que las partes han cooperado sin ajustarse exclusivamente a la negociación política, para obtener un pacto por el que no se quiere obligar de igual manera que si se hubiera optado por un tratado internacional tradicional.

En el plano del *soft law* de la Unión Europea, nos tenemos que centrar en los ámbitos competenciales en los que la Unión actúa con menor autoridad, como son los supuestos de la política económica, laboral, cultural o educativa. Además de las instituciones que precisan de más legitimidad y participación de la esfera privada, caso de la política de competencia que necesita de comunicación permanente entre la Comisión, los Estados y las empresas que poseen una dimensión europea. Todo ello nos remite a la esfera de la supranacionalidad. Dentro de este espacio de supranacionalidad que representa la Unión Europea, se han creado instrumentos de *soft law*, como evidencia este estudio, en el diseño de mecanismo de cooperación y coordinación desde las Administraciones territoriales de los Estados hasta la formación de la voluntad de la Unión. De esta manera, los Estados pueden asegurarse una actuación armonizadora que contribuya en la formación de instrumentos normativos europeos.

En cuanto al comercio internacional, hablamos de la nueva *lex mercatoria* representante de la parte del Derecho económico global que actúa en la periferia del sistema jurídico en acoplamiento estructural directo con las empresas y las transacciones económicas globales, gozando de una dimensión que se sitúa en la transnacionalidad. En este plano, divisamos una relación calificada de circular cerrada entre el contrato y el arbitraje, ya que, además de las reglas sustantivas, en dichos contratos se incorporan prescripciones que permiten la solución de los potenciales conflictos que surjan a

través de un tribunal arbitral. Entre las distintas posibilidades de interpretación existe una que reviste especial interés dentro del ámbito de análisis de este trabajo, aquella que permite considerar al árbitro como un órgano del orden jurídico transnacional creado por la sociedad internacional de comerciantes espontáneamente.

De otro lado, las empresas multinacionales y transnacionales son uno de los sujetos protagonistas de la globalización, siendo la Responsabilidad Social Empresarial (RSE) uno de los elementos esenciales dentro de su ámbito de acción. Dentro de este campo, cabe reseñar la asimetría que se ha producido entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional del trabajo, principalmente en lo que respecta a la regulación de las empresas transnacionales y, en concreto, en la vertiente del Derecho internacional del comercio.

Es reseñable, en relación al ámbito concreto de los derechos humanos, que aunque la RSE ha aportado importantes beneficios para la garantía de los mismos en el contexto empresarial, aún siguen existiendo diferentes cuestiones pendientes de revisión. Así, por ejemplo, existen dificultades a la hora de desarrollar sistemas de control normativo que sean capaces de someter a las empresas multinacionales y transnacionales al impero de la ley. Además, es patente la contradicción entre las acciones empresariales en el marco de la RSE y la situación de los derechos humanos, los aspectos medioambientales y los laborales.

En último lugar, se observa el nacimiento de nuevos contratos relacionales que se caracterizan por conformar redes contractuales, apreciándose que las relaciones que nacen de ellos conectan con un tercero que es poseedor de intereses, estando relacionados con el objeto del contrato. Su naturaleza es entrecruzada y su duración es considerable, a lo que se une el hecho de que los beneficios y cargas tienen una fuerza vinculante limitada. A estos cabe agregar los contratos reflexivos, los cuales se enfocan principalmente a la perspectiva sistémica y son parte del Derecho reflexivo.

Dicho Derecho reflexivo incorpora la idea de una intervención mínima y sustancial en las áreas reguladas a través de normas procedimentales. Como muestra este trabajo, el paradigma procedimental persigue una reflexión sobre la justificación y la aplicación del Derecho junto con la evidencia de cómo las estructuras jurídicas en su relación con las de carácter social definen el ordenamiento jurídico. Con todo ello no se pretende más que conseguir capacitar para que los sujetos puedan optar por la autorregulación en sus asuntos. Así, frente al Derecho formal o material encontramos el Derecho reflexivo, de igual manera que frente al aumento o la disminución del Derecho hay un Derecho con otros contenidos.

Las funciones del *soft law*, como se presenta en este estudio, pueden analizarse desde distintos planos. En primer lugar, el prelegislativo, que permite elaborar una legislación futura que tenga mayor fundamento y canalice un consenso que derive en la producción normativa. En segundo lugar, en el poslegislativo, partiendo de la legislación ya existente desde la cual el *soft law* realiza una función interpretativa y complementaria. Por último, en el paralegislativo, de tal forma que se actualiza cuando no hay norma, y si la hay sirve en todo caso como una alternativa.

En resumen, como se puede apreciar fácilmente, este trabajo mantiene la idea de que el Derecho debe enfocarse desde un punto de vista transformacional acompasado con la realidad, sin olvidar la funcionalidad prestada por el Derecho estatal que debe conservarse. Desde este punto de vista, se apre-

cia que el empleo del *soft law* sigue la línea de potenciar el pragmatismo del Derecho, y genera nuevos modos de cooperación, participación e integración con distintos sujetos, intereses y niveles de regulación. Sin embargo, se pone en evidencia que un uso abusivo del *soft law* puede ser perjudicial para las partes más desaventajadas de la sociedad, produciéndose un déficit en la participación y representación. Además de que puede llegar a constituirse en una excusa para que los poderes públicos no actúen.

Finalmente, en relación con la proyección del libro, su principal interés reside en el potencial que encierra para comprender la temática del Derecho y las normas jurídicas que lo componen; para identificar las carencias y las oportunidades con el fin de superarlas y aprovecharlas en el medio y largo plazo; y para establecer prioridades entre los diversos actores dentro de los posibles escenarios implicados.

Ángeles SOLANES CORELLA  
Universitat de València