



CEMLA - BANCO DE ESPAÑA

VIII REUNIÓN DE ASESORES LEGALES DE BANCA CENTRAL
Madrid, junio 2007

“*Soft law* y formación de costumbre y derecho internacional: perspectivas en la integración financiera, el derecho monetario y la banca central”

Manuel Monteagudo Valdez
Banco Central de Reserva del Perú



1



“*Soft law* y formación de costumbre y derecho internacional: perspectivas en la integración financiera, el derecho monetario y la banca central”

Introducción

Las negociaciones interestatales clásicas están siendo reemplazadas por la acción de las organizaciones internacionales y los procesos de armonización legislativa.

El instrumento clave de estos procesos no es el *tratado internacional* sino una panoplia de: recomendaciones, visitas técnicas, códigos de conducta, estándares y *leyes modelo (soft law)*.

Se trata de un fenómeno de creación de normas jurídicas (sobre todo en materia macro económica) que acompaña a la globalización.



BANCO CENTRAL DE RESERVA DEL PERÚ

2



Introducción

Transformación del derecho y de sus mecanismos generadores.

Principios monetarios y financieros básicos empiezan a reproducirse en constituciones y leyes internas: estabilidad monetaria, independencia de los bancos centrales, supervisión bancaria, firmeza e irrevocabilidad en los sistemas de pagos.

Un nuevo Sistema Monetario y Financiero Internacional apoyado en el *soft law* y la armonización legislativa.



PLAN

- I. ¿Qué es el *soft law* ?
- II. La experiencia del *soft law* [en América latina] en la integración financiera y el derecho monetario
- III. Perspectivas del *soft law* y la formación de derecho internacional





I. ¿Qué es el *soft law* ?

a. Naturaleza

Las diferentes manifestaciones del *soft law* (recomendaciones, visitas técnicas, códigos de conducta, estándares) no son normas jurídicas.

Su aplicación es flexible.

Su incumplimiento no compromete la responsabilidad internacional de los Estados.

Para el *funcionalismo* la armonización legislativa en materia económica y cooperación es más efectiva a través de la acción de organizaciones internacionales (OECD en Europa) que en negociaciones interestatales (S. Zamora).



a. Naturaleza

Pero su incumplimiento puede tener consecuencias prácticas:

No incorporar un estándar internacional (reglas de Basilea, trato nacional a la inversión extranjera o la falta de transparencia en las finanzas públicas) afecta la confianza internacional de un Estado.

Limitaciones a facilidades o servicios de organizaciones internacionales (FMI, Banco Mundial).

Consecuencias económicas iguales o mayores que los de un Tratado internacional.





a. Naturaleza

El *soft law* es flexible (no es una norma jurídica) pero puede ser inflexible en sus consecuencias.

El orden jurídico no sólo está compuesto por las normas jurídicas (relaciones humanas y políticas).

Existe un *no derecho* que se desarrolla y amplifica al abrigo del orden jurídico (*la libertad protegida por la ley*, Roger Pinto).

El *soft law* no es la negación ni el fracaso de la norma jurídica.



b. El *soft law* y el derecho internacional

El derecho internacional *clásico* reconoce un valor a los *actos concertados no convencionales*.

No son tratados pero son instrumentos destinados a regir las relaciones interestatales.

No están regidos por el derecho de los tratados (regla *pacta sunt servanda*).





b. El soft law y el derecho internacional

Ejemplos teóricos:

- Los *gentlemen's agreements*.
- Comunicados conjuntos al término de la negociación de un Tratado.
- Resoluciones de Organizaciones Internacionales (NNUU).
- Declaraciones unilaterales (eventualmente vinculantes).
- Acuerdos entre agencias de gobierno.

No están sometidos a las reglas internacionales y nacionales sobre formalización de tratados, ni su incumplimiento compromete la responsabilidad internacional (artículo 38.1 del estatuto de la CIJ).



b. El soft law y el derecho internacional

Ejemplos históricos:

- El acta final del Congreso de Viena y la Declaración sobre la perpetua neutralidad de Suiza (1815).
- La carta del Atlántico (1941).
- La Declaración de Naciones Unidas (1942) y los comunicados o declaraciones adoptadas por las grandes conferencias interaliados durante la segunda guerra mundial (Moscú 1943, Yalta y Postdam 1945).
- La Declaración y el programa de acción de Copenhague por el desarrollo social de 1995.





b. El soft law y el derecho internacional

Por qué existen los *actos concertados no convencionales* ?

- Vinculan a los Estados por el principio de buena fe (confianza mutua).
- Ejecución progresiva y flexible de acuerdos.
- Necesidad de coordinar legislación interna.
- Evitan difíciles procesos de aprobación y ratificación de Tratados.



b. El soft law y el derecho internacional

Por qué existen los *actos concertados no convencionales*

- Su incumplimiento puede *justificar* acciones colectivas (relativización del principio de no-intervención, Chechenia o Sudán)
- Pueden devenir en Tratados internacionales (*pre-droit*)
- Contribuyen con la formación de costumbre internacional





c. **La acción de las organizaciones internacionales y la soberanía de los Estados (teoría de Raustiala, UCLA)**

Denuncia de pérdida de soberanía de los Estados por la acción de las organizaciones internacionales:

- Supranacionalidad de los órganos comunitarios.
- Jurisdicciones internacionales *privadas* que determinan la responsabilidad de los Estados (CIADI).
- Fracaso del Acuerdo Multilateral sobre Inversiones (AMI).
- Consenso negativo en la OMC.



c. **La acción de las organizaciones internacionales y la soberanía de los Estados (teoría de Raustiala, UCLA)**

Réplica a denuncia de la pérdida de soberanía:

- No es un debate sobre la pérdida de soberanía o ausencia de poder público sino respecto a **dónde se ubica** el poder (¿descentralización hacia arriba o hacia abajo?).
- En un mundo mas interdependiente las instituciones internacionales refuerzan la soberanía de los Estados y su acción regulatoria.





c. La acción de las organizaciones internacionales y la soberanía de los Estados (teoría de Raustiala, UCLA)

Réplica a denuncia de la pérdida de soberanía:

- Algunas políticas internas pueden estar sujetas a un sesgo proteccionista orientado a un grupo de interés (*rent seekers*).
- Las acciones y recomendaciones de las organizaciones internacionales pueden reforzar la soberanía interna contra presiones internas y externas.
- La amenaza principal es la resistencia al gobierno global mas que al gobierno en sí .
- La soberanía para ser recuperada debe ser el producto de la colaboración interestatal y de la acción combinada con organizaciones internacionales.



c. La acción de las organizaciones internacionales y la soberanía de los Estados (teoría de Raustiala, UCLA)

Precondición:

- Transparencia en las organizaciones internacionales (experiencias en el FMI y el Banco Mundial).
- Evitar que en las organizaciones internacionales se reproduzca la acción de los grupos de interés económico (participación de la sociedad civil).
- Mejorar los mecanismos de representación.





II. La experiencia del *soft law* [en América latina] en la integración financiera y el derecho monetario

a. Consideración general

- Reformas económicas e institucionales (años 80s y 90s) y procesos de estabilización económica.
- Acompañamiento del FMI y el Banco Mundial.
- Las instituciones de Bretón Woods inspiradas en el *funcionalismo*: entidades operativas (préstamos, asistencia técnica, diseminan información) e inspiradoras de normas económicas, (establecen y promueven estándares).
- Iniciativas conjuntas de los Bancos Centrales nacionales.



b. Algunos ejemplos

Los Guidelines on treatment of foreign investment (Banco Mundial)

Liberalización del tratamiento de la inversión y trato nacional

Mecanismo de solución de controversias (formación de una *jurisprudencia*)

Diseminación de los Acuerdos bilaterales de inversión (*BITs*)





b. Algunos ejemplos

Modelos de renegociación de la deuda externa

Intervención del FMI en los programas de refinanciación (años 80 y 90)

Tribunal FMI, Cláusulas de acción colectiva y la armonización legislativa del Grupo de los 10 (S. Hagan)



b. Algunos ejemplos

Pilares en la reforma de los sistemas monetarios y financieros

- Acuerdos de Basilea.
- Reforma de los sistemas de pagos (armonización legislativa).
- Independencia de los bancos centrales y la prohibición de financiamiento del Fisco.
- Transparencia fiscal.
- Cartas de Intención FMI, compromisos de estabilidad económica, modificación de legislación interna (caso Perú).





III. Perspectivas del *soft law* y en la formación de costumbre y derecho internacional

a. *Soft law* y *Hard Law* (Tratados)

La flexibilidad del *soft law* se adapta a los cambios continuos en los mercados Financieros internacionales (MOCOMILA).

Los altos costos de la negociación de un tratado multilateral exceden sus posibles beneficios (Gkoutzinis).

Ausencia de un sistema multilateral en todos los campos de la actividad financiera y monetaria a pesar de la creciente integración y armonización.

Situación equivalente en el tratamiento de la inversión extranjera (negociación AMI).



a. *Soft law* y *Hard Law* (Tratados)

La Unión Europea es un proceso exitoso de integración y armonización financiera **regional** a través del *hard law* (tratado internacional y normas derivadas).

Funcionalismo e *intergubernalismo* (Smouts).

El derecho internacional tiende a ser doméstico (penetra en zonas que antes eran exclusivas de los Estados).

No es necesario oponer el *soft law* al *hard law*. Ambos son complementarios entre sí. El *soft law* tiene que terminar en una norma jurídica doméstica.





b. Afirmación de principios soft law en materia monetaria y financiera

- Estabilidad de la moneda (un derecho fundamental, *Tietmeyer*).
- Protección del ahorro del público.
- Principios de la hacienda pública: garantía para los ciudadanos.
- Transparencia fiscal y monetaria.



c. Formación de principios y costumbre de derecho internacional y soft law

Derecho Internacional

- Conciencia de los límites.
- La costumbre y los principios de derecho internacional tienen fuerza vinculante en las relaciones internacionales.
- Resuelven conflictos interestatales.





Derecho Internacional

- La formación y reconocimiento de principios de Derecho Internacional están sometidos al paso del tiempo (la sabia lentitud del derecho).
- La CIJ aplica la costumbre internacional como prueba de una práctica general aceptada como regla de derecho, *opinion juris* (artículo 38 de los Estatutos CIJ).



Soft law

- El soft law (en materia económica y financiera) es un instrumento de armonización y no de solución de controversias internacionales.
- En muchos casos el soft law ayuda a resolver conflictos internos (recurrencia a las *mejores prácticas* y al derecho comparado).





Soft law

- El soft law puede también anunciar la formación de un tratado internacional (liberalización de capitales OECD y TCE).
- Podría en el largo plazo convertirse en costumbre o principio si luego de un reconocimiento generalizado se asocia a las relaciones interestatales.



CONCLUSIONES

- Estamos frente a un *instrumento internacional* que desde el inicio de la era Bretton Woods se ha mostrado muy eficaz: *Soft law*.
- El soft law no es el fracaso del derecho ni de la soberanía de los Estados.
- Asistimos a un proceso de armonización legislativa en materia monetaria y financiera sin precedentes.





“Soft law y formación de costumbre y derecho internacional: perspectivas en la integración financiera, el derecho monetario y la banca central”

CONCLUSIONES

- El soft law ha permitido resolver conflictos internos.
- Si bien su aplicación generalizada no es costumbre o principio derecho internacional, puede anunciar o facilitar la formación de una regla convencional.
- Nos corresponde la tarea de identificación de los principios, su práctica generalizada y su confirmación por la Jurisprudencia (Colombia, CEJ, Colombia, etc.).



BANCO CENTRAL DE RESERVA DEL PERÚ

29



CEMLA - BANCO DE ESPAÑA

**VIII REUNIÓN DE ASESORES LEGALES DE BANCA CENTRAL
Madrid, junio 2007**

“Soft law y formación de costumbre y derecho internacional: perspectivas en la integración financiera, el derecho monetario y la banca central”

**Manuel Monteagudo Valdez
Banco Central de Reserva del Perú**



30