



Aportes Académicos

N° 3
Julio 2021

Juan Manuel Rivero Godoy



MERCOSUR

TPR

Tribunal Permanente
de Revisión

Secretaría del Tribunal
Permanente de Revisión

Aportes Académicos

N° 3
Julio 2021



**Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión.
Centro Mercosur de Promoción de Estado de
Derecho
www.tprmercosur.org**



El SOFT LAW en las resoluciones de controversias en el comercio internacional

<http://dx.doi.org/10.16890/aportes.n.3.2021>

FICHA CATALOGRÁFICA

Clasificación 341.2458 Rivero Godoy, Juan Manuel
R621 s

El soft law en las resoluciones de controversias en el comercio internacional/ Juan Manuel Rivero Godoy. Asunción: Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, Centro Mercosur de Promoción de Estado de Derecho, 2021.

31 p.; 25 x 17,6 cm. (Aportes académicos: n° 3)

ISSN: 2789-2662

DOI: <http://dx.doi.org/10.16890/aportes.n.3.2021>

1. Derecho internacional privado. 2. Comercio internacional. 3. Derecho internacional público. Título. II. Autor



Bajo términos de licencia Creative commons 4.0

Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión

Asunción, República del Paraguay, 2021

La reproducción total o parcial de esta publicación es autorizada siempre que se cite la fuente.

La información contenida en la publicación es responsabilidad exclusiva del autor/es de la misma.

El SOFT LAW en las resoluciones de controversias en el comercio internacional

<http://dx.doi.org/10.16890/aportes.n.3.2021>

TABLA DE CONTENIDO

Presentación	0
El SOFT LAW en las resoluciones de controversias en el comercio internacional	1
1. Introducción	1
2. Soft Law.....	3
2.1. Ubicación del tema.....	4
2.2. La doctrina y el soft law.....	6
2.3. Las llamadas “declaraciones”.	11
2.4. El aporte de la comisión de derecho internacional	12
2.5. El soft law y su utilización por los tribunales internacionales u otras cortes.....	16
3. El soft law de origen privado: encuentro de fronteras	17
3.1. La UNCITRAL y UNIDROT	18
3.2. Lex mercatoria.....	21
4. La práctica arbitral y el soft law	23
4.1. Reglas relativas a la institución arbitral	24
4.2. La transparencia	25

El SOFT LAW en las resoluciones de controversias en el comercio internacional

<http://dx.doi.org/10.16890/aportes.n.3.2021>

4.3. El acta de misión o acta preliminar	25
4.4. Reglas para los árbitros	25
4.5. Reglas para los abogados.....	26
4.6. Reglas para los peritos.....	26
4.7. Third party funding	27
4.8. Reglas para el procedimiento en el proceso arbitral internacional	27
5. Referencias bibliográficas	28

Presentación

Es una publicación digital editada por la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, elaborada por el Centro Mercosur de Promoción de Estado de Derecho (CMPED) con la participación del área jurídica y la biblioteca institucional

Este espacio tiene la finalidad de divulgar trabajos académicos que por su estructura o contenido no cumplen requisitos determinados en la norma editorial para la publicación en la revista RSTPR, pero representan un aporte académico muy valioso y de alta calidad. El objetivo es difundir conocimientos generados por profesores, investigadores y operadores jurídicos a través de trabajos inéditos que contribuyan a la academia.

Este número es un aporte de mi trabajo como jurista y como investigador del derecho, especialidad que tanto me apasiona y lo pongo a disposición con la finalidad de difundir conocimientos de manera de contribuir a la academia. El trabajo elegido parte de la inquietud que se plantea en el derecho internacional (en general) sobre la aplicación de la técnica de soft law como una herramienta que día a día los Estados -e instituciones- adoptan para ir creando legislación en los diversos campos de una disciplina como lo es el derecho.

La Secretaría del Tribunal agradece a los autores que apoyan y colaboran para que esta publicación sea una realidad e invita a más profesionales del derecho y de la integración a contribuir con este espacio.

Dr. Juan Manuel Rivero Godoy

Secretario del Tribunal Permanente de Revisión

EL SOFT LAW en las resoluciones de controversias en el comercio internacional

<http://dx.doi.org/10.16890/aportes.n.3.2021>

EL SOFT LAW en las Resoluciones de controversias en el comercio internacional

Dr. Juan Manuel Rivero Godoy^{*1}

1. Introducción

El Derecho Internacional reconoce en su elaboración variadas fuentes de donde encontrar sus normas de carácter obligatorias -con ciertas particularidades- y, por otro lado, también encuentra ciertos actos “cuasi-jurídicos” que implican un grado de duda importante sobre su obligatoriedad “ab initio”, especialmente porque no hay claridad sobre el alcance normativo o directivo de ellas.

En ese cúmulo de fuentes ² se presentan:

- a. Convencional (tratados, convenciones, pactos, protocolos, etc.)
- b. Consuetudinaria (costumbre internacional)
- c. El método jurídico positivo (creación de principios)
- d. La voluntad unilateral (reflejo del accionar soberano)
- e. SOFT LAW
- f. Jurisprudencia (fallos, laudos)
- g. Doctrina (investigaciones jurídicas)

¹ Catedrático en Derecho Internacional Público. Secretario del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur (2020-2023). Asunción, Paraguay.

² De las cuales emanan reglas jurídicas válidas en su génesis -autoridad en su creación y en su reconocimiento- y de contenido -ejemplo, no opuestas al ius cogens- pero sin descartar nuevos fenómenos de creación como el soft law.

El SOFT LAW en las resoluciones de controversias en el comercio internacional

<http://dx.doi.org/10.16890/aportes.n.3.2021>

Desde un buen tiempo hasta esta parte -citando el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia- la doctrina es conteste que su Art.38 hace alusión a las “fuentes” del Derecho Internacional Público. Sin embargo, una lectura detenida muestra un efecto “spread off” de lo que dice la mentada disposición, pero lejos está de suponer que su contenido versa sobre las fuentes, máxime cuando esta última categoría es una construcción académica-doctrinaria. El Art.38 solo menciona qué tipo de normas la Corte puede utilizar en su función contenciosa, nada más.

Por otro lado, la disposición en cuestión destaca las normas convencionales, consuetudinarias y los llamados principios generales de derecho reconocidos por los principales sistemas jurídicos, pero omite los actos unilaterales, el soft law, etc.

En cuanto al SOFT LAW y su particular denominación de “derecho blando”, un término confuso y ambiguo, la academia y práctica se enfrenta a un tema complejo cuando se trata de determinar si ese llamado “derecho blando” obliga o no. Claramente que para abordar esta incógnita hay que saber a qué se hace referencia cuando se habla de SOFT LAW y su clara vinculación con la costumbre y los tratados. Además, los Estados han incursionado, en la práctica, en la adopción de este soft law por procedimientos internos legales (leyes, por ejemplo) y eso plantea analizar la transición desde el soft law hacia lo que podrían ser principios generales de derecho o normas ya de tinte obligatorias, piénsese en los países que adoptan la Ley Modelo de Arbitraje de la UNCITRAL en sus derechos internos ¿Seguimos hablando de soft law, en este caso?

Claramente no, pero lo mismo podría decirse de los principios de la UNIDROIT, de la Guide on the Law Applicable to International Commercial Contracts in the Americas, las reglas de la International Bar Association, reglas de Praga, etc. A Priori entran en ese llamado Soft law, pero luego “mutan” hacia algo ya más conocido como lo es

El SOFT LAW en las resoluciones de controversias en el comercio internacional

<http://dx.doi.org/10.16890/aportes.n.3.2021>

el clásico “HARD LAW”. Y mucho más para decir de las Resoluciones de la Asamblea General de la ONU, de la OEA, etc.

Luego, la clase de entidades y procesos que hace a la creación del soft law será un tema de abordaje ineludible; y finalmente, la incidencia en la práctica internacional, especialmente en la resolución de disputas.

2. Soft Law

En el ámbito del Derecho Internacional, y más vinculado al Público, el soft law alude a ese conglomerado de resoluciones emanadas por los órganos de las Organizaciones Internacionales, más precisamente las de orden intergubernamental como es el caso de las Naciones Unidas o la Organización de Estados Americanos. Destacan así las resoluciones, proyectos, recomendaciones, códigos de conducta, guías, reportes, leyes modelos, etc., pudiéndose nombrar a la Asamblea General, la UNCITRAL, UNIDROIT y tantos otros más en el elenco de instrumentos y órganos que desarrollan estas actividades.

Autores como Feler (2015: 283) expresan en relación al soft law que:

... sobre la base de la participación que la primera tiene en el proceso de creación de normas convencionales y consuetudinarias de Derecho Internacional, sin que ello implique erigirla como fuente. Si bien el soft law tiene incidencia en la aplicación de la norma, tanto sus rasgos distintivos como su funcionalidad deben ser estudiados en el ámbito de creación de la norma.

Sin embargo, para los que se ven más emparentados con el Derecho Internacional Privado (o Privado Internacional) ese soft law –mencionado ut supra- no es desconocido, pero que de forma paralela da entrada a otro tipo de soft law que emana de algunas asociaciones privadas con clara vocación internacional que van incorporando “sus

El SOFT LAW en las resoluciones de controversias en el comercio internacional

<http://dx.doi.org/10.16890/aportes.n.3.2021>

normas-guías”, pero que tienen un peso sustancial en el orden práctico y más precisamente en el del arbitraje internacional, especialmente el comercial (en un sentido amplio).

2.1. Ubicación del tema

El soft law representa un fenómeno propio del sistema internacional bajo el encuadre jurídico del Derecho Internacional; nacido de la pragmática diplomática reflejada -principalmente- en las resoluciones que adoptan los órganos de las distintas Organizaciones Internacionales. Sin embargo, a diferencia clara de los tratados donde hay una regulación concreta y específica -en cuanto creación, regulación etc.- como la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (normas consuetudinarias, muchas de ellas) los efectos jurídicos de las resoluciones siempre han sido un tema de interés y debate. Primero, porque no queda claro si tienen efecto vinculante “prima facie”, y segundo, porque pueden desarrollar costumbre o su contenido ser recogido en algún tratado. Si se parte desde el sistema general de Derecho Internacional Público la Carta de Naciones Unidas diferencia las resoluciones adoptadas por la Asamblea General y las Decisiones que aprueba el Consejo de Seguridad. En un plano jurídico-formal las resoluciones y decisiones quedan diferenciadas a texto expreso, pero en la práctica hay que atender a su contenido.

Ejemplo de ello son las “resoluciones del Consejo de Seguridad”, en sentido amplio del término, pero que en su contenido pueden estar adoptando alguna cuestión decisoria, como el uso de la fuerza bajo el Capítulo VII, por ejemplo. Si se atiende a esto último, la Carta en su Art. 25 expresa “Los Miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta”. El giro lingüístico de la

El SOFT LAW en las resoluciones de controversias en el comercio internacional

<http://dx.doi.org/10.16890/aportes.n.3.2021>

disposición marca claramente su sentido obligatorio para los Estados Parte de la organización.

Sin embargo, si se atiende al giro empleado para los actos de la Asamblea General se podrá ver la sustancial diferencia en cuanto a la omisión del carácter –vinculante o no- de tales actos. Los artículos 10 y 11 mencionan, respectivamente, que se “podrá hacer recomendaciones sobre tales asuntos o cuestiones a los Miembros de las Naciones Unidas o al Consejo de Seguridad” y “podrá también hacer recomendaciones respecto de tales principios a los Miembros o al Consejo de Seguridad”. El Art. 13 estipula para cuales otras situaciones la AG podrá emitir recomendaciones, al igual que para los medios de resolución de disputas (Art.14). Ahora bien, nada se expresa en cuanto al alcance de la obligatoriedad de estas resoluciones que contienen recomendaciones. Claro que un examen más detenido hace concluir que el Consejo de Seguridad puede adoptar en sus resoluciones dos tipos de actos: decisiones y recomendaciones (Art.39).

A primera vista, la Asamblea General tiene ciertas restricciones para emitir las recomendaciones como son las del Art.10 y 11 debido a la previa intervención del Consejo de Seguridad, dado que es materia privativa de este como es el caso de la paz y seguridad internacional (la autoridad se reconoce en ese órgano). Pero para el resto no hay un panorama claro. Aunque, si se analiza la Carta se daría a entender que en caso de haberse contraído una obligación por ella y otra proveniente de otros tratados prevalecerá la Carta (Art.103). ¿Esto hace suponer que se contraen obligaciones por medio de recomendaciones contenidas en las Resoluciones? Sobre todo, si se piensa en los propósitos de la Carta (Art.1) en el sentido de que tales son obligaciones ya asumidas por los Estados, luego reflejadas o incluso reiteradas en los textos de las resoluciones.

El SOFT LAW en las resoluciones de controversias en el comercio internacional

<http://dx.doi.org/10.16890/aportes.n.3.2021>

Pero ¿Qué sucede con las resoluciones en cuanto a quienes las votaron afirmativamente? En un sistema intergubernamental donde cada Estado tiene su voto y representa a su país, bien lógico es que al expresar su voto se expresa su voluntad soberana, en un sentido claro e incontestable. De ser así, no hay dudas que las resoluciones, en ese sentido, si representan un compromiso de comportarse –al menos- en la forma por ella indicada. No hay que olvidar que el Art. 2 numeral 2 expresa la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones; incluso principios generales de derecho asisten esa idea tales como el de seguridad y certeza jurídica o la teoría de los actos propios. Nuevamente surge una interrogante ¿las resoluciones supondrían un reflejo de esas obligaciones ya contraídas? En este caso, quienes votan negativamente ¿incumplen los propósitos? Como se aprecia surgen muchas dudas que plantean el verdadero rol de las resoluciones.

2.2. La doctrina y el soft law

La academia ha abordado este tema con bastante profundidad, pero no desprovista de ambigüedad y vaguedad cuando hay que definir su alcance y efectos. Ejemplo de ello es la definición que brinda Moya (2010:55): ... conjunto de incipientes normas jurídicas como las resoluciones emanadas de organismos internacionales que no tienen carácter de convenciones y la normativa transnacional generada a través del comercio internacional, que se guía por pautas impuestas por la OMC receptadas de la práctica impuesta por las empresas transnacionales que operan en el comercio, la economía y las finanzas internacionales.

Es suficientemente claro que primero corresponde determinar si estamos frente a normas jurídicas y si solo los Estados o las Organizaciones Internacionales gubernamentales son los titulares de su creación. De lo contrario se abre puerta a nuevas formas de legislar a nivel internacional, por fuera de las normas clásicas y

El SOFT LAW en las resoluciones de controversias en el comercio internacional

<http://dx.doi.org/10.16890/aportes.n.3.2021>

procedimientos más o menos claros, para dar entrada a otra forma de normas “soft law” provenientes desde la esfera pública y privada internacional. Y en este sentido es interesante lo que vuelve a expresar Moya (2010:55):

El tema del medio ambiente es el detonador de este nuevo proceso de creación de normas de derecho. La protección ambiental, el desarrollo auto sostenido, la problemática ecológica, no nacieron de la voluntad de los Estados ni de la voluntad supranacional, sino que tienen origen transnacional.

Es interesante destacar la opinión de Puceiro (2005: 342):

... las cartas constitutivas de los organismos internacionales, utilizan muy diversas terminologías para denominar los actos de sus órganos y no precisan en todos los casos el alcance de los mismos o les otorgan alcances diferentes. Por otro lado, los órganos no se adecuan totalmente en sus manifestaciones de voluntad, a aquellas denominaciones y alcances, todo lo que se da lugar a incertidumbres terminológicas y ambigüedades conceptuales de naturaleza. Por ello el mundo de estos actos es en definitiva difícil de aprehender, identificar y sistematizar.

Esto es un claro reflejo de lo que se expuso ut supra sobre el hecho de que si bien podría pensarse que los actos de las OI –léase resoluciones- son actos unilaterales –reconocidos con fuerza obligatoria por la CIJ³- la realidad de la forma en que se redactan y su contenido dejan serias dudas sobre su obligatoriedad por el lenguaje poco directivo y más consultivo o recomendatorio. Véase que la Corte Internacional de Justicia ha dicho que “El lenguaje de una resolución del Consejo de Seguridad, debe ser cuidadosamente analizado, antes

³ Véase a la CIJ en el caso de los Ensayos Nucleares *Australia v. Francia*, CIJ Reports 1974

El SOFT LAW en las resoluciones de controversias en el comercio internacional

<http://dx.doi.org/10.16890/aportes.n.3.2021>

de poder concluir sobre el efecto obligatorio” (en Puceiro, 2010, p.345).

Otro tanto puede decirse de las resoluciones de la Asamblea General si se atiende a lo expresado por la CIJ en el caso Namibia 4:

Sería inexacto suponer que, por poseer en principio la facultad de hacer recomendaciones, la Asamblea General esté impedida de adoptar, en casos determinados dentro del marco de su competencia, resoluciones que revistan el carácter de decisiones o posean una intención de ejecución.

Por otro lado, existen las resoluciones que pueden contener algún tipo de obligatoriedad para sus miembros tales como las decisiones de suspensión, admisión, expulsión, las que suprimen órganos, las financieras o presupuestarias, administrativas, etc. Es por ello que se deduce que estos actos sí obligan a los órganos que las han adoptado, a los otros órganos de la organización de que se trate y a los Estados que la conforman (Virally: 1991, p.253-276, en Puceiro, 2010: 347).

En otro orden, y retomando palabras más arriba, se planteó qué sucedía con esas resoluciones que contienen un efecto externo a la Organización. Es el caso de las decisiones (por vía de Resolución) del Consejo de Seguridad y que no han sido votadas por algunos de sus miembros, en pleno cumplimiento de las normas sobre el cuórum. Según se ha mencionado el Art. 25 destaca que se deben cumplir las decisiones del CS, ante lo cual no interesa si hubo abstenciones o rechazos en su votación. Este problema no se resuelve en el caso de las resoluciones de la AG, por eso se esgrimió que al menos para aquellos que las votaron si obligan (la buena fe⁵) pero al ser actos de la

⁴ Caso sobre las consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sud Occidental). ICJ Report 1971.

⁵ En un doble juego de las normas de la Carta de ONU Art.2 numeral 2, Resol. 2625/1970, o como un principio general de derecho de los que refiere el Art.38 del Estatuto de la CIJ.

El SOFT LAW en las resoluciones de controversias en el comercio internacional

<http://dx.doi.org/10.16890/aportes.n.3.2021>

organización ¿no suponen un comportamiento en el sentido de lo que la resolución dictamina? Esto no enerva la posibilidad de desaprobación o constancia del Estado que entienda que no está obligado ya que votó en contra. De ser así solo sería en el supuesto de las resoluciones de la AG y habría que ver que esa resolución no refleje una “obligación” contraída en la Carta misma, ya que ahí si estaríamos en resoluciones que podrían aparejar carácter obligatorio, en función de un principio de no contradicción. En este sentido, la resolución parecería ser un mero recordatorio de la Carta dado que no podría contradecir el texto de aquella, pero no deja de ser una norma clara en ese sentido. Piénsese en las normas legislativas que se votan – a nivel de derecho interno- con mayorías y rechazadas por otras, pero que no inhiben su fuerza obligatoria.

Hay que advertir que una cuestión es la obligatoriedad de un acto como una resolución y luego su eventual “*enforcement*” donde la discusión pasa a los medios disponibles para hacer efectivo el cumplimiento de aquella, pero ya no se discute su “*mandatory effect*”. Si es una norma jurídica obliga, de lo contrario estamos en otro ámbito no jurídico.

Retomando el ámbito de las resoluciones, un tema que no pasa indiferente es el mentado carácter recomendatorio de aquellas. Ejemplo del Tratado de Roma (1957) donde se expresa que las recomendaciones no tendrán fuerza vinculante. Eso conduce a otro problema no menor que es el hecho de que esas recomendaciones no podrían volverse costumbre internacional, de lo contrario sería un sin sentido jurídico. En este caso, hay una norma clara que otorga efecto a esas recomendaciones y que lógicamente inhibe una mutación de aquella en una costumbre. Pero en el caso que venimos analizando de

El SOFT LAW en las resoluciones de controversias en el comercio internacional

<http://dx.doi.org/10.16890/aportes.n.3.2021>

la AG de ONU no resuelve el problema dado que se carece de una disposición en ese sentido.

Sin embargo, no faltan autores que mencionan la carga de cumplir con la buena fe en el cumplimiento de los propósitos de la Carta, ejemplo el Art.55 y 56. Eso hace suponer que, si hay una obligación de cumplir de buena fe con los propósitos, y si estos están reflejados en las resoluciones (recomendaciones) de sus órganos ¿habría que cumplirlas? ¿no eran recomendaciones? Como se puede apreciar el problema presenta las dificultades que se avanzaron al inicio: la terminología, la vaguedad, la ambigüedad, etc.

Cassese (2005: 196) también exhibe una definición del soft law enfocado hacia “a body of standards, commitments, joint statements, or declarations of policy or intention...”. Otros autores refieren al tema como “instruments or rules that have some indicia of international law but lack explicit and agreed legal bindingness”⁶, o “those instruments which are to be considered as giving rise to legal effects, but do not (or not yet, perhaps) amount to real law.”⁷

Por otro lado, hay destacados autores que han intentado recopilar las expresiones más utilizadas en torno al soft law. Ejemplo de ello ha sido Barberis (en Feler, 2015, p.288) al mencionar que:

... normas que se encuentran en proceso de formación y aún no han adquirido validez jurídica. [...] normas jurídicas de contenido vago o difuso en las que resulta difícil precisar si sus disposiciones han sido o no cumplidas debidamente. [...] normas que se hallan en resoluciones

⁶ Kal Raustiala & Anne-Marie Slaughter, *International Law, International Relations, and Compliance*, in Walter Carlsnaes, Thomas Risse y Beth Simmons, eds., *Handbook of International Relations*. Londres: SAGE. 2002. p. 540- 558.

⁷ Klabbers J. *The Redundancy of Soft Law*. *Nordic Journal of International Law*. 1996; 65 (2): p. 167-182.

El SOFT LAW en las resoluciones de controversias en el comercio internacional

<http://dx.doi.org/10.16890/aportes.n.3.2021>

de la Asamblea General de las Naciones Unidas, [...] en los acuerdos políticos entre los gobiernos [...]"

Nótese si será complejo el tema que al hablar de normas técnicamente se estaría hablando de hard law, de lo contrario no serían normas, pero no obstante eso se les otorga el rótulo de "normas".

2.3. Las llamadas "declaraciones"

Otro fenómeno totalmente conectado con lo anterior son los actos llamados "declaraciones" en el seno de la Asamblea General o de cualquier otro órgano de una OI que las emita.

Típico ejemplo es la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 bajo la forma de Resolución 217 A de la Asamblea General de Naciones Unidas. Esta situación parece salirse de lo que se venía exponiendo dado que no se asemeja ni a las recomendaciones ni a las decisiones, sino algo a medio camino. Lo interesante es que estas declaraciones se han vuelto de un peso enorme al considerarse parte del llamado SOFT LAW por su aptitud de volverse una norma consuetudinaria o convencional.

Es por eso que se habla de este tipo de resoluciones (que contienen declaraciones) en el sentido de que declaran derecho –fuerza probatoria de la costumbre o de principios generales de derecho internacional- las que cristalizan derecho porque consolidan una costumbre en status *nascendi* –un tratado también las cristaliza- y las que generan derecho -dado su carácter repetitivo en el tiempo- que vendrían a constituir la *opinio iuris* para consolidar el proceso creador de la costumbre seguida o no de la práctica. Así lo expresó la CIJ en el caso del Sahara Occidental ⁸ al expresar que:

⁸ ICJ Reports 1975.

El SOFT LAW en las resoluciones de controversias en el comercio internacional

<http://dx.doi.org/10.16890/aportes.n.3.2021>

... se entiende que, si bien una resolución aislada de la Asamblea General no tiene fuerza obligatoria, el efecto acumulativo de numerosas resoluciones de un contenido similar, votadas por una fuerte mayoría y frecuentemente reiteradas durante un cierto lapso de tiempo, puede devenir la expresión de una *opinio iuris* y constituir así una norma de derecho consuetudinario internacional.

Como puede apreciarse el fenómeno de construcción del DI es suficientemente complejo dado que no solo la práctica más la *opinio iuris* (costumbre en sentido clásico) y la *opinio iuris* (declaraciones sin una práctica tradicional) pueden crear el derecho internacional moderno.

2.4. El aporte de la Comisión de Derecho Internacional

El desarrollo o codificación del hard law (draft conventions) por parte de la CDI siempre ha sido parte de sus actividades. Sin embargo, el trabajo de aquella no siempre termina reflejado en la adopción del texto convencional, sino que queda relegado a la decisión de la AG de someterlo a su eventual firma. Sin embargo, el trabajo de la Comisión tiene una importancia sustancial desde el momento que fomenta la creación o demuestra la tendencia en Derecho Internacional y deja a los Estados el desarrollo de este soft law y su transformación en una eventual hard law. Así lo expresa Baylis (2019: 1008) al expresar que:

... the scholarly consensus was that the transition toward soft law could revive the ILC's relevance in the face of declining state interest in developing multilateral treaties as a mode of global law-making.

Ejemplos de esta tendencia, especialmente drafting and guidelines, pueden observarse en los siguientes proyectos “protection

El SOFT LAW en las resoluciones de controversias en el comercio internacional

<http://dx.doi.org/10.16890/aportes.n.3.2021>

of the atmosphere and provisional application of treaties are being developed in the form of draft guidelines; its work on peremptory norms is being developed in the form of draft conclusions; and its work on protection of the environment in relation to armed conflicts is being developed as draft principles, Draft Articles on the Protection of Persons in the Event of Disasters, Final Report of the Study Group on the Most-Favored Nation Clause, Draft Conclusions on Subsequent Agreements and Subsequent Practice in Relation to the Interpretation of Treaties, and Draft Conclusions on Identification of Customary International”.

Algunos de ellos pueden terminar con una “recomendación” para que sea adoptada como convención, previo análisis de los Estados.

El gran aporte de la CDI se ve reflejada en palabras de Baylis (2019:1009):

... soft law is an effective vehicle for the ILC's mission of codifying and progressively developing international law, and that, likewise, the ILC is well-structured to produce soft law. It then observes that the ILC's soft law has in fact been influential on an audience of diverse global legal actors.

Por otro lado, y desde lo práctico, el Soft law ayuda a la consolidación de la costumbre internacional. Así lo expresa Cassese: soft law do not impose legally binding obligations," they "may. ... lay the ground, or constitute the building blocks, for the gradual formation of customary rules or treaty provisions."... may be regarded as declaratory, or indicative, of a customary rule, or instead as helping to crystallize such a rule.

Las ventajas que puede insumir el proceso de soft law es que permite un ambiente más flexible para los Estados en orden de implementar y adaptarse a las normas en *status nascendi* bajo la modalidad del *case by case*. La CDI, bajo esta modalidad, puede ayudar a codificar normas

El SOFT LAW en las resoluciones de controversias en el comercio internacional

<http://dx.doi.org/10.16890/aportes.n.3.2021>

existentes bajo el soft law y promulgar otras, sin tener que desestimular a los Estados en el proceso. Es interesante destacar que el uso del “draft” en la CDI de alguna manera promueve el consenso en la redacción de sus artículos y al tener una naturaleza declaratoria, parecería reflejar el estado de la costumbre internacional. Además, otras ocasiones fomentan que las “guidelines” sean una herramienta en donde los Estados encuentren elementos de utilidad en su práctica y sirve para ir adaptando una eventual costumbre.

En la práctica del litigio internacional, el trabajo de la CDI también se ve reflejado. Véase lo expresado en Azaria 9 (2019) sobre el uso del soft law en sobre el uso del soft law en “study of the International Court of Justice's citation of ILC documents and commentaries has found extensive ICJ reliance on the ILC's work”. Pero también hay pruebas de que otros tribunales citan el soft law de la CDI como the International Tribunal for the Law of the Sea; the WTO Appellate Body; international arbitral tribunals; the African Court on Human and Peoples' Rights; the African Commission on Human and Peoples' Rights; the European Court of Human Rights; the Inter-American Court of Human Rights; and the Special Tribunal for Lebanon¹⁰. También Hirsch¹¹ (2011) ha expresado que “a study of investment tribunal awards in 2009 found that ILC rules, including soft law, were treated as evidence of customary law by such tribunals”.

⁹ Azaria Danae. The Working Methods of the International Law Commission: Adherence to Methodology, Commentaries and Decision-Making. In Nations United. 70 Years Of The International Law Commission-Drawing a balance for the future, at 4-5 (forthcoming 2019) (draft on file with author) (finding that the ICJ has relied on ILC sources in 22 cases to address 39 legal questions).

¹⁰ U.N. Secretary General, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Compilation of Decisions of International Courts, Tribunals and Other Bodies, U.N. Doc A/71/80, at 5 (2016).

¹¹ Moshe Hirsch, Sources of International Investment Law 12 (July 21, 2011) (unpublished research paper), <https://ssrn.com/abstract=1892564> (citing awards that themselves cite ILC soft law).

El SOFT LAW en las resoluciones de controversias en el comercio internacional

<http://dx.doi.org/10.16890/aportes.n.3.2021>

El tema del soft law no solo involucra a Estados, sino a la comunidad internacional en general, hoy en día. Así lo expresa Baylis (2019: 1019)12:

Across various areas of international law, scholars have argued that legal development does not necessarily proceed top-down, from the international to the domestic, but rather, occurs through iterative engagement among numerous actors at numerous levels; likewise, legal development is not wholly state-centered, but may be driven by interactions among peers in varied governmental, intergovernmental, non-governmental, and private settings.

Téngase en cuenta que todo este proceso de soft law no necesita de la clásica ratificación de los Estados, sino de su aceptación y de reconocimiento (una visión más Hartiana). Lo que facilita también que otros actores no estatales puedan utilizar el soft law de la CDI (como órgano de autoridad) y con ello contribuir a plasmar normas por la vía de la aceptación y practicidad (¿costumbre?). Se expresa que su contribución práctica es la de “the most fundamental reason that legal actors are relying on the ILC's soft law is that it is useful; these norms enable parties to a case to lend support to their argument, assist a decision-maker in grappling with a contested legal issue, and provide fodder for scholarly analysis” (Baylis, 2019: 1021).

¹² Este autor/a cita a Robert B. Ahdieh, *Dialectical Regulation*, 38 *Conn. L. Rev.* 863, 864-65 (2006); William W. Burke-White, *A Community of Courts: Toward a System of International Criminal Law Enforcement*, 24 *Mich. J. Int'l L.* 1, 24 (2002); Levit, *supra* note 25; Margaret E. McGuinness, *Medellin, Norm Portals, and the Horizontal Integration of International Human Rights*, 82 *Notre Dame L. Rev.* 755, 773 (2006); Hari M. Osofsky & Janet Koven Levit, *The Scale of Networks? Local Climate Change Coalitions*, 8 *Chi. J. Int'l L.* 409, 433-34 (2008); Melissa A. Waters, *Normativity in the "New" Schools: Assessing the Legitimacy of International Legal Norms Created by Domestic Courts*, 32 *Yale J. Int'l L.* 455, 455-56 (2007). See generally Margaret E. Keck & Kathryn Sikkink, *Activists Beyond Borders: Advocacy Networks In International Politics* (1998).

El SOFT LAW en las resoluciones de controversias en el comercio internacional

<http://dx.doi.org/10.16890/aportes.n.3.2021>

Meyer (en Feler, 2015, p. 289) expresa que “al mismo tiempo, el soft law afecta el modo en que las obligaciones de tipo hard son interpretadas o implementadas”.

2.5. El soft law y su utilización por los tribunales internacionales u otras cortes

Otro punto de interés es la incidencia del soft law, en su uso, por los tribunales internacionales, domésticos y procedimientos arbitrales. En este sentido, no es nada nuevo destacar que los tribunales recurren al uso del soft law para respaldar sus fallos, cuestión que podría ser criticada -de alguna manera- por el peso no vinculante que aquel “supone”.

Veamos algunos ejemplos. En el caso *Texaco v. Libia* el árbitro del asunto concedió valor normativo a dos Resoluciones de la AG por entender que reflejaban el estado consuetudinario de sus normas. Expresó que “El fundamento de tal decisión consistió en que la Resolución 1803 había contado con el apoyo de los países importadores y exportadores de capital, lo cual evidenciaba el consenso de los Estados”.

Otro caso es ante la Corte Internacional de Justicia, en el asunto *Nicaragua v. EE. UU (1986)* donde se expresó que “la mayoría de la CIJ consideró que la Resolución 2625 (XXV) que trata sobre la Declaración sobre los Principios de DIPu referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de Naciones Unidas, evidenciaba el DIPu consuetudinario” (en Farinella¹³, 2018, p. 419).

¹³ Farinella F. Reinterpretación de las fuentes del derecho internacional desde una perspectiva de derechos humanos. *Anales de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Plata*. 2018; 15 (48), p.419.

El SOFT LAW en las resoluciones de controversias en el comercio internacional

<http://dx.doi.org/10.16890/aportes.n.3.2021>

3. El soft law de origen privado: encuentro de fronteras

Lo visto hasta acá describe –muy sucintamente- el origen del tema desde la órbita gubernamental y más precisamente en la esfera internacional pública. Sin embargo, el fenómeno ha generado una mecánica distinta que reconoce el desarrollo “en paralelo” de una contribución al soft law de forma dinámica por otros actores, diverso a los estatales. Expresa Chicharro (en Feler, 2015, p. 291) “entidades que no poseen subjetividad jurídica internacional¹⁴, aunque sí son capaces de influir en las relaciones que tienen lugar más allá de las fronteras estatales”. Se agrega como ejemplo a las empresas multinacionales y las ONG’s. Podría también agregarse las organizaciones profesionales de derecho (como la International Bar Association, la American Arbitration Association, la Chamber of Commerce International, etc.).

Desde hace décadas hasta acá que se viene experimentando una participación, intervención e influencia acentuada de ciertas asociaciones que a nivel internacional y doméstico han contribuido en general con determinados productos o documentos como las guías, informes, reportes, códigos de conducta, etc., pero que amplían su ámbito de aplicación más allá de estas organizaciones privadas. Muchas de ellas son asociaciones que nuclean estructuras para la promoción de la uniformidad de reglas de comercio, otras para promover el arbitraje y otros medios de disputas, algunas trabajan en el desarrollo del derecho internacional privado, también hay quienes proveen reglas-reglamentos para utilizar en procedimientos arbitrales, etc.

¹⁴ Al menos no como se venía hablando en el trabajo desde el Derecho Internacional Público clásico. En versiones más modernas, arraigadas en la práctica, hay varios actores que participan de la vida jurídica internacional y producen efectos transnacionales, por lo que revisten personería jurídica internacional.

El SOFT LAW en las resoluciones de controversias en el comercio internacional

<http://dx.doi.org/10.16890/aportes.n.3.2021>

Es interesante destacar que por medio de estas vías las “cuasi-normas” del soft law incursionan y permean las jurisdicciones nacionales, a veces reconocidas a texto expreso como es el caso de la adopción de leyes modelo de la UNCITRAL a través de leyes nacionales, otras por la aplicación de normas en los arbitrajes internacionales; normas que previamente son soft law y que luego mutan a hard law dentro del procedimiento arbitral y claramente se reconocen en las jurisdicciones domésticas por medio de los procedimientos judiciales de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.

3.1. La UNCITRAL y UNIDROT

Estos dos organismos, altamente conocidos, han contribuido al desarrollo de muchos de estos reglamentos, guías de derecho aplicable a contratos, códigos de conducta, informes, reportes, etc., con la particularidad de que tienen una trascendencia práctica uniforme o al menos aspiran a tenerlo.

La UNCITRAL o CNUDMI¹⁵ tiene por objetivos promover la armonización y modernización progresivas del derecho del comercio internacional mediante la preparación y el fomento de la utilización y adopción de instrumentos legislativos y no legislativos en diversos temas clave del derecho mercantil. Su estructura es gubernamental y ha sido creada por la Res. 2205 de la AGNU en 1966. En ese sentido, sus trabajos se dirigen hacia la elaboración de convenios, leyes modelo y normas aceptables a escala mundial, la preparación de guías jurídicas y legislativas y la formulación de recomendaciones de gran valor práctico, la presentación de información actualizada sobre jurisprudencia referente a los instrumentos y normas de derecho mercantil uniforme y sobre su incorporación al derecho interno, la prestación de asistencia

¹⁵ Información disponible en <https://uncitral.un.org/es>.

El SOFT LAW en las resoluciones de controversias en el comercio internacional

<http://dx.doi.org/10.16890/aportes.n.3.2021>

técnica en proyectos de reforma de la legislación, la organización de seminarios regionales y nacionales sobre derecho mercantil uniforme.

En este sentido, la comisión trabaja sobre la base de diversos grupos que atienden temáticas específicas. Ejemplo de ello son los grupos de trabajo sobre microempresas y pequeñas y medianas empresas, arbitraje y conciliación, sistema de disputas entre inversores y Estados, comercio electrónico, régimen de insolvencia, transparencia, compraventa internacional de mercaderías, garantías inmobiliarias, etc. Por lo general, se adoptan leyes modelo para que los Estados pueden incorporarlas a nivel legislativo o simplemente pueden ser adoptadas en el transcurso de un arbitraje de común acuerdo por las Partes. Ejemplo de esto son los arbitrajes donde las partes acuerdan utilizar el reglamento UNCITRAL para regular el arbitraje y en otras ocasiones ya está identificado el tribunal (ejemplo la Corta Permanente de Arbitraje) pero se utiliza su reglamento para el procedimiento.

Por otro lado, la UNIDROIT, también de corte intergubernamental tiene como objetivos “to study needs and methods for modernising, harmonising and co-ordinating private and in particular commercial law as between States and groups of States and to formulate uniform law instruments, principles and rules to achieve those objectives”. Eso no descarta –ni ha descartado– su utilización por sectores privados y en la práctica arbitral. Ejemplo de esto es el Caso N°10930 ante la CCI donde “el tribunal arbitral ante un contrato entre una parte francesa y otra rumana tuvo que aplicar no solo disposiciones del derecho rumano (así lo indicaba el contrato) sino que acudió a las disposiciones de la ley francesa y principios de la Unidroit”. Lo mismo en el caso N°13012 donde se expresó:

“Un contrato entre una empresa francesa, y una empresa estadounidense, no hace referencia respecto del derecho aplicable al acuerdo, la primera invoco la aplicación de la ley francesa, la otra, la aplicación de la ley del estado estadounidense de Illinois, el tribunal

El SOFT LAW en las resoluciones de controversias en el comercio internacional

<http://dx.doi.org/10.16890/aportes.n.3.2021>

determinó que ninguno de los *factores de conexión* eran lo suficientemente convincentes, como para aplicar alguna legislación en particular, así que la decisión se basó en los principios generales del derecho y la *lex mercatoria*. Se recurre a los principios de UNIDROIT como regla primaria para determinar de aplicación al contrato”.

Sobre este punto de la aplicación de los principios UNIDROIT Piedra Poveda (2012: 11) ha manifestado que:

Sobre el particular, sea sobre el derecho aplicable a los contratos, el Preámbulo de los Principios de UNIDROIT en su versión 2010, establece al respecto ciertas reglas básicas como guía para los árbitros, puntos sobre los cuales se ha desarrollado la jurisprudencia; (Piedra Poveda, 2012, p. 11).

Más claro aún es el caso N°12193 que expresa:

...el caso de un contrato de distribución entre un fabricante alemán y un distribuido libanés, en el cual el contrato no establecía lo referente a la ley aplicable al mismo, en este se determinó que la ley aplicable iba a ser la ley libanesa. Una de las partes solicitó la aplicación subsidiaria de los principios generales del derecho o *lex mercatoria* como se expresa en los

principios de UNIDROIT –lo cual fue rechazado - según el tribunal arbitral, porque la aplicación de la *lex mercatoria* solo se justifica si el contrato está estrechamente relacionado con más de un país o si el derecho nacional aplicable falla en proveer de solución al asunto debatido. Hace referencia el tribunal arbitral al artículo 7.4.1 de los Principios de UNIDROIT para demostrar que la disposición correspondiente de la legislación libanesa se ajusta a la *Lex Mercatoria*.

También es interesante el caso N°8908 donde se expresó el carácter normativo de los principios al decir que “Convención (CISG) y a

El SOFT LAW en las resoluciones de controversias en el comercio internacional

<http://dx.doi.org/10.16890/aportes.n.3.2021>

los Principios UNIDROIT¹⁶, definiendo ambos como texto como “textos normativos que pueden ser considerados de utilidad en la interpretación de todos los contratos de una naturaleza internacional”.

3.2. Lex mercatoria

Se ha señalado que el influjo comercial internacional, a instancias de las empresas multinacionales y entidades profesionales, conlleva un desplazamiento de la ley estatal por medio del contrato internacional o local que incorpora estándares y canaliza las disputas por medio de un sistema arbitral privado, con la consiguiente particularidad de que sus laudos requieren del auxilio de las jurisdicciones domésticas para su ejecución.

Es interesante lo que esbozan algunos autores sobre la naturaleza de esta lex. Expresan Kerchove y Ost que “la lex mercatoria puede considerarse tanto no jurídica (un conjunto de usos comerciales que emanan del “cuerpo social”) como jurídica (“expresión de principios generales del derecho internacional”). De nuevo nos encontramos, por tanto, en “el ámbito en el que se transforma la norma social en norma jurídica”. Claro que está el hecho de que este soft law proveniente de instituciones públicas (cuyo contenido no es vinculante en principio) y privadas puede ser criticado porque supone una creación jurídica al margen de los Estados; y estos no han creado una autoridad que se habilite al efecto. No obstante, la realidad internacional muestra que la discusión se centra en torno a su contenido, alcance, predictibilidad de su uso, etc. Pero sin dudas que la utilización de este *corpo iuris* por parte de los tribunales domésticos acarrea un tema de legitimidad de aquel y reconoce una nueva ¿fuente de normas?

¹⁶ También se dispone de los Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya.

El SOFT LAW en las resoluciones de controversias en el comercio internacional

<http://dx.doi.org/10.16890/aportes.n.3.2021>

Ejemplo de ello es la cita de Galgano (en Sanz y Folloni, 2017, p. 251):

...la Corte Suprema italiana¹⁷ donde esta afirma explícitamente que la *lex mercatoria* existe porque existe una comunidad empresarial que comparte una serie de valores que se refieren a su actividad (lo cual nos recuerda al adagio latino *ubi societas ibi ius*); y que existe en dicha comunidad la convicción mayoritaria de que tales valores son vinculantes.

Según Jemielniak¹⁸ (2009: 257) expresa que:

...son fuentes del derecho de la *lex mercatoria* las prácticas o usos del derecho mercantil transnacional y los principios generales del derecho. Asimismo, en versiones más amplias, podrían incluirse estándares internacionales para el comercio establecidos por organismos tanto públicos como privados; modelos contractuales o laudos arbitrales.

En este sentido Cuniberti¹⁹ (2013:381) también considera que deben incluirse los tratados internacionales en el comercio internacional de amplia aceptación, prácticas y modelos contractuales y los principios generales de derecho.

Es interesante como algunas pautas insertas en los contratos comerciales actuales obedecen al influjo de estos principios, guías, recomendaciones, etc., pero que suponen un exilio al clásico control y producción estatal. Es así que se reconoce “the fragmentation of the law-

¹⁷ Judgment of February 8, 1982, Cass., 1982 Foro It. I, 2285 (It.)

¹⁸ Jemielniak, Joanna. Application of transnational substantive rules to commercial disputes: on creative aspects of arbitral decision making. Zirk-Sadowski, Marek; Golecki, Mariusz Jerzy; Wojciechowski, Bartosz (Ed.). *Multicentrism as an emerging paradigm in legal theory*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2009. p. 257.

¹⁹ Cuniberti, Gilles. Three theories of *lex mercatoria*. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 52, n. 1, p. 381, 2013.

El SOFT LAW en las resoluciones de controversias en el comercio internacional

<http://dx.doi.org/10.16890/aportes.n.3.2021>

making process ... law-making is no longer a monopoly of the State legislator” (en de Araújo, Vargas y Gama, 2011, p. 212).

También se expresa por Moreno Rodríguez (2014: 27) que:
... quienes defienden el derecho supranacional configurado mediante la práctica arbitral sostienen que, a pesar de su origen privado, puede adquirir progresivamente la fuerza de norma jurídica. Los Estados han delegado su law-making authority (...) en la órbita del comercio internacional a árbitros y a un proceso de resolución de conflictos privados admitido globalmente...

4. La práctica arbitral y el soft law

El arbitraje internacional es uno de los medios de solución de disputas que puede encontrarse tanto en las esferas nacionales como transnacionales. Reconociendo su uso no solo por los Estados sino por los particulares (personas jurídicas o físicas). Es un medio alternativo a las cortes domésticas, especialmente por la dinámica del comercio internacional y la búsqueda de una jurisdicción privada (pública también) donde las Partes encuentran confidencialidad, denominación de árbitros, celeridad en la decisión, derecho aplicable a la medida, control de la información, manejo del caso, etc.

En esta práctica internacional de arbitraje es donde el soft law ha encontrado un lugar de residencia dado que se puede apreciar que en el arbitraje estos instrumentos jurídicos o cuasi jurídicos²⁰ de soft law son utilizados porque contienen soluciones que terminan por llenar espacios o lagunas, aportándole mayor predictibilidad y transparencia el

²⁰ Esos instrumentos han sido creados por Instituciones u Organizaciones como: International Bar Association, American Bar Association, American Arbitration Association, Chartered Institute of Arbitrators, Club Español del Arbitraje, Korean Commercial Arbitration Board o bien, la reunión de diferentes profesionales practicantes de denotado prestigio en grupos de trabajo para la creación de estos instrumentos (v. gr. Las Reglas de Praga).

El SOFT LAW en las resoluciones de controversias en el comercio internacional

<http://dx.doi.org/10.16890/aportes.n.3.2021>

arbitraje para que se convierta en un proceso justo, legítimo y eficiente; algo más emparentado con el debido proceso legal. Pero con la particularidad que las partes tienen mayor flexibilidad y dirección del proceso.

Expresa en este sentido Moreno Rodríguez (2019: 103) que:

existe gran disparidad cuando, en alusión al mismo fenómeno, se habla indistintamente de derecho transnacional, *lex mercatoria*, derecho blando o *soft law*... ante ello, se optó en el instrumento de La Haya por acudir a la expresión “rules of law” ... con el deliberado objetivo de beneficiarse del gran desarrollo doctrinario, jurisprudencial y normativo que se ha producido en torno a ella a partir de su adopción en el mundo arbitral.

Esto permite de manera amplia que las Partes adopten para resolver su caso un derecho de origen no estatal.

Se verán ahora algunos ejemplos del *soft law* en la práctica arbitral:

4.1. Reglas relativas a la institución arbitral

Es el caso del Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español de Arbitraje. El Código propone unos principios generales. Parte de la independencia de la Institución, la cual deberá estar regida por sus propios estatutos y bajo la dirección y el control de sus órganos. De ese modo, ningún tercero podrá ejercer influencia alguna en la toma de decisiones de dichos órganos. Aun cuando las instituciones estén integradas a otra (como en el caso de los Centros de Arbitraje y Conciliación adscritos a las Cámaras de Comercio e Industria) se debe garantizar su independencia funcional y orgánica en su relación con la Organización Matriz (2019).

El SOFT LAW en las resoluciones de controversias en el comercio internacional

<http://dx.doi.org/10.16890/aportes.n.3.2021>

4.2. La transparencia

Este elemento ha cobrado peso en relación a las demandas por mayor conocimiento de las cuestiones que se ventilan en el arbitraje internacional. Por ello se recomienda reglas en que la Institución Arbitral publique, entre otras cosas: (i) Los nombres de las personas que patrocinen conferencias y eventos organizados por la Institución Arbitral, y los importes satisfechos por dichos patrocinadores en los últimos años; (ii) Los aranceles y los honorarios de los árbitros, junto con un calculador que facilite el cálculo; (iii) Las cuentas anuales y los informes de gestión de los últimos cinco ejercicios; (iv) Las estadísticas detalladas sobre los asuntos que administra y los nombramientos de árbitros, diferenciando por edad, género y origen; (v) Publicar una lista de los casos que administra con los elementos más importantes del caso, guardando el anonimato de las partes; y, (vi) Propugna por el carácter público de los laudos, anonimizando los nombres de las partes, pero manteniendo los nombres de los árbitros y abogados.

4.3. El acta de misión o acta preliminar

Donde las partes dejarán constancia de las instancias que insumirá el procedimiento (audiencias, testigos, alegatos, etc.).

4.4. Reglas para los árbitros

Algunas asociaciones profesionales han tratado de recoger y han patrocinado la creación de instrumentos soft law que tratan sobre esos temas. Ya desde 1977, a través de un comité conjunto, la American Bar Association y la American Arbitration Association publicaron un Código de Ética. El código proveía unos lineamientos para los árbitros,

El SOFT LAW en las resoluciones de controversias en el comercio internacional

<http://dx.doi.org/10.16890/aportes.n.3.2021>

enfocándose en asuntos de parcialidad y posibles sesgos. La International Bar Association publicó en el 2004 una guía detallada en la que se consideran las circunstancias que comúnmente provocarían dudas respecto a la imparcialidad o independencia de un árbitro. La guía establece un mecanismo de alerta tipo semáforo en la que enlista de forma no exhaustiva situaciones que pueden ser consideradas como no aceptables por generar conflictos de interés; no aceptables salvo que las partes aun sabiendo el posible conflicto de interés, decidan continuar con la conformación del Tribunal Arbitral; y, finalmente, situaciones en las que no existe un conflicto de interés.

Se busca evitar (i) vínculos con las partes; (ii) vínculos con la disputa; (iii) vínculos con los abogados de las partes; (iv) vínculos con los demás árbitros; y, (v) vínculos con otras personas implicadas en el arbitraje; lo que puede conducir a la nulidad del laudo.

4.5. Reglas para los abogados

El Código, al igual que las Directrices de la IBA sobre Representación de Parte en Arbitraje Internacional, recogen importantes lineamientos que están destinados a regular la conducta del Abogado de parte en el Arbitraje. De ese modo, le prohíben presentar, intencionalmente, hechos falsos al Tribunal, tanto de forma escrita como oral. Del mismo modo, ambos instrumentos admiten que los Abogados tengan contacto y asistan a los peritos y testigos en la preparación de sus declaraciones e informes.

4.6. Reglas para los peritos

Algo similar referente a los abogados a efectos de evitar posibles conexiones con el caso que hagan suponer una afectación a su

El SOFT LAW en las resoluciones de controversias en el comercio internacional

<http://dx.doi.org/10.16890/aportes.n.3.2021>

imparcialidad e independencia, por ejemplo, el Reglamento sobre la Administración de Procedimientos de Peritaje de la Cámara de Comercio Internacional.

4.7. Third party funding

El Código recomienda únicamente la obligación de la parte de revelar e informar al tribunal arbitral si ha recibido u obtenido fondos de cualquier tipo de parte de un tercero financista y que esté vinculada al resultado del arbitraje. De igual manera, requiere revelar la identidad del tercero financista. Esta obligación no tiene limitación temporal, siendo que, si la obtención de los fondos se produce posteriormente a la presentación de la demanda, la parte deberá informarlo dentro de un plazo razonable.

4.8. Reglas para el procedimiento en el proceso arbitral internacional

Este soft law ha ido incursionando en temas como la producción de pruebas, organización de procedimiento, ética y conflicto de intereses. Estas reglas favorecen la planificación (acta de misión) y evita sorpresas por reglas creadas post inicio del proceso arbitral (IBA, Praga, etc.). El aspecto fundamental es que ambas reglas permiten de

alguna manera que partes con diverso bagaje jurídico-cultural puedan usar normas estandarizadas y sin ningún atisbo de nacionalidad que pueden ingresar por la discrecionalidad de los árbitros.

Esas normas se han convertido en un vehículo –antes ausente– para:

1. Producción de documentos.

El SOFT LAW en las resoluciones de controversias en el comercio internacional

<http://dx.doi.org/10.16890/aportes.n.3.2021>

2. Interrogatorio de testimonios (on line incluso)
3. Realización de inferencias adversas.
4. Prueba pericial.
5. Conducción de audiencia de pruebas.

5. Referencias bibliográficas

Abbud AA. Soft Law e produção de provas na arbitragem internacional. São Paulo: Atlas. 2014.

Azaria D. The Working Methods of the International Law Commission: Adherence to Methodology, Commentaries and Decision-Making. In Nations United. 70 Years of The International Law Commission-Drawing. A balance for the future. Leiden: Nations United and Brill | Nijhoff. 2019. p. 172-197.

Baylis E. The International Law Commission's Soft Law Influence. FIU Law Reviu. 2019; 13 (6): p. 1007-1025. [consultado 15 mayo 2021] Disponible en: <https://ecollections.law.fiu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1400&context=lawreview>

Born G. Introduction. En: International Commercial Arbitration. 2ª ed. Londres: Kluwer Law International. 2014. p.1-5.

Caivano RJ. El Arbitraje: Nociones Introdutorias [Internet] Derecho Comercial.com. p.1-7. [consultado 15 junio 2021] Disponible en: <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/Arb-001.pdf>

Club Español del Arbitraje, Sección Segunda: Proceso Arbitral. Código de Buenas Prácticas Arbitrales. [consultado 10 junio 2021] 2019. Disponible en: https://www.garrigues.com/sites/default/files/documents/codigo_de_buenas_practicas_arbitrales_del_club_espanol_del_arbitraje_o.pdf

El SOFT LAW en las resoluciones de controversias en el comercio internacional

<http://dx.doi.org/10.16890/aportes.n.3.2021>

Corte Internacional de Justicia. Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia. Disponible en:

<https://www.icj-cij.org/public/files/summaries/summaries-1948-1991-es.pdf>

Cuniberti G. Three theories of lex mercatoria. *Columbia Journal of Transnational Law*. 2013; 52 (1): p 369-434

De Araújo N, Vargas D, Gama L. The Hague Conference on Private International Law and the Codification of Private International Law. En: Fernández D, Lima Marques C. *Derecho Internacional privado y derecho internacional público: un encuentro necesario*. Asunción: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política y Asociación Americana de Derecho Internacional Privado. 2013. p. 205-219

Esplugues C, Hargain D (coordinadores). *Derecho del comercio internacional*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial Reus y Editorial B de F. 2005.

Farinella F. Reinterpretación de las fuentes del derecho internacional desde una perspectiva de derechos humanos. *Anales de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Plata*. 2018; 15 (48): p.407-430

Feler A. Soft law como herramienta de adecuación del derecho internacional a las nuevas coyunturas. *Lecciones y Ensayos*. 2015; 95: p.281-303. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/95/soft-law-como-herramienta-de-adequacion-del-derecho-internacional-a-las-nuevas-coyunturas.pdf>

Hirsch M. Sources of International Investment Law. [Internet] (July 21, 2011) (unpublished research paper). Consultado el 25 mayo 2021. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1892564>

El SOFT LAW en las resoluciones de controversias en el comercio internacional

<http://dx.doi.org/10.16890/aportes.n.3.2021>

Jemielniak J. Application of transnational substantive rules to commercial disputes: on creative aspects of arbitral decision making. Zirk-Sadowski, Marek; Golecki, Mariusz Jerzy; Wojciechowski, Bartosz (Ed.). Multicentrism as an emerging paradigm in legal theory. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2009. p. 257.

Jiménez de Aréchaga E., Puceiro R. y Arbuet H. Derecho Internacional Público, Tomo I. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. 2005.

Klabbers J. The Redundancy of Soft Law. Nordic Journal of International Law. 1996; 65 (2): p. 167-182.

Moreno Rodríguez JA. Contratación y Arbitraje Internacional. 1ª ed. Colección Internacional N°48. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá: Temis, 2014.

Moya Domínguez M. Manual de Derecho Internacional Público. Buenos Aires: AR S.A, 2010.

Naciones Unidas. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. [Internet]. [consultad 15 mayo 2021] Disponible en: <https://uncitral.un.org/es>

Naciones Unidas. Secretaría General. Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Compilation of Decisions of International Courts, Tribunals and Other Bodies, U.N. Doc A/71/80, at 5 (2016). [consultado 25 mayo 2021] Disponible en: <https://undocs.org/A/71/80>

Piedra F. Principios de la jurisprudencia comercial internacional. Revista Judicial Costa Rica. 2012;104. p. 57-90. Disponible en: https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/images/DocsRevista/revistajudicial_104.pdf

El SOFT LAW en las resoluciones de controversias en el comercio internacional

<http://dx.doi.org/10.16890/aportes.n.3.2021>

Raustiala K, Slaughter AM. International Law, International Relations, and Compliance, in Walter Carlnaes, Thomas Risse y Beth Simmons [editores] Handbook of International Relations. Londres: SAGE. 2002. p. 540- 558.

Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. (UNIDROIT) [Internet]. Disponible en: <https://www.unidroit.org/>

Virally M. Les actes unilatéraux des organisations internationales. En Bedjaoui M. (ed.), Droit international: Bilan et perspectives. Paris: Pédone: UNESCO, 1991. p 253-276 (publication posthume)

Zelaya Cáliz BA, Villeda Corona FJ. 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. [consultado 8 junio 2021].2019. Disponible en: <https://lexincorp.com/2020/10/30/instrumentos-de-soft-law-en-arbitraje-internacional-su-uso-y-una-mirada-comparativa-en-base-al-codigo-de-buenas-practicas-del-club-espanol-del-arbitraje/>



Tribunal Permanente de Revisión
Avda. Mariscal López 1141 casi General Melgarejo
Asunción- República del Paraguay
ISSN: 2789-2662

Aportes Académicos
N° 3
Julio 2021