



Estudio del CURI

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

Prof. Dr. Juan M. Rivero Godoy

Catedrático en Derecho Internacional Público

***Consejo Uruguayo
para las Relaciones Internacionales***

Estudio N° 1/21

El CURI mantiene una posición neutral e independiente respecto de las opiniones personales de sus Consejeros y Colaboradores. El contenido y las opiniones de los “Estudios del CURI” y “Análisis del CURI” constituyen la opinión personal de sus autores.

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

Prof. Dr. Juan M. Rivero Godoy¹

1. Introducción

El Derecho Internacional reconoce en su elaboración variadas fuentes de donde encontrar las 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”.

En ese cúmulo de fuentes² se presentan:

a. Convencional

b. Consuetudinaria

c. El método jurídico positivo

d. La voluntad unilateral

e. SOFT LAW

f. Jurisprudencia

g. Doctrina

Desde un buen tiempo hasta esta parte -citando el Estatuto de la CIJ- 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.

¹ 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.

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 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, 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? 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 IBA, Praga, etc. A Priori entran en ese llamado Soft law, pero luego “mutan” hacia algo ya más conocido del 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.

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 también y en forma paralela se da entrada a otro tipo de soft law que emana de algunas asociaciones privadas con clara vocación internacional que van incorporando “sus 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; nacido de la pragmática diplomática reflejada en las resoluciones que adoptan los órganos de los organismos internacionales. Sin embargo, a diferencia clara de los tratados donde hay una regulación clara -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. 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” pero que en su interior pueden estar deci-

diendo alguna cuestión, como el uso de la fuerza. 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 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 “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 muestra 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 él). 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 asumidas por los Estados, luego reflejadas en las resoluciones.

Pero ¿Qué sucede con las resoluciones en cuanto a quienes votaron afirmativamente por ella? En un sistema intergubernamental donde cada Estado tiene su voto y representa a su país, bien lógico es que al expresar su voto 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. Nuevamente, ¿las resoluciones supondrían un reflejo de esas obligaciones ya contraídas? En este caso, quienes votan negativamente ¿incumplen los propósitos? Como se aprecia surgen muchas interrogantes 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 el Estado o la OI gubernamental es la titular de su creación. De lo contrario se abre puerta a nuevas formas de legislar a nivel internacional por fuera de las normas clásicas y 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 expresa 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 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 Namibia⁴:

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 dice 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 quórum. 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 resolu-

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

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

ciones 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 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 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 no menor es el 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. Pero en el caso que venimos analizando de 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

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.

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 Feller, 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 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.

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 conside-

⁶ Kal Raustiala & Anne-Marie Slaughter, International Law, International Relations, and Compliance, in HANDBOOK OF INTERNATIONAL RELATIONS 540, 551 (Walter Carlsnaes et al. eds., 2002), en Baylis (2019, p.1007).

⁷ Klabbbers, The Redundancy of Soft Law, 65 NORDIC J. INT'L L. 167 (1996), en Baylis (2019, p.1007).

rarse 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- las que **crystalizan 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 Occidental⁸ al expresar que:

... 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 en una eventual hard law. Así lo expresa Baylis (2019: 1008) al expresar que:

⁸ ICJ Reports 1975.

...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 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 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 Azaria⁹ (2019) 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”.

El tema del soft law no solo involucra a Estados, sino que a la comunidad internacional en general. 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 deve-

⁹ Danae Azaria, *The Working Methods of the International Law Commission: Adherence to Methodology, Commentaries and Decision-Making*, in *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).

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).

lopment is not wholly state-centered, but may be driven by interactions among peers in varied governmental, intergovernmental, nongovernmental, 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 toma de conocimiento (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).

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, criticado 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 caso *Nicaragua v. EE.UU* (1986) donde 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).

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. 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 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 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.

¹³ Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata. UNLP. Año 15/Nº 48-2018. Anual. Impresa ISSN 0075-7411-Electrónica ISSN 2591-6386

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.

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, 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.

3.1. La UNCITRAL y UNIDROIT.

Estos dos cuerpos, 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 UNICTRAL 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 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 insol-

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

vencia, transparencia, compraventa internacional de mercaderías, garantías inmobiliarias, etc. Por lo general, se adoptan leyes modelo en este sentido que los Estados incorporan 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 UNCTRAL 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 coordinating 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 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 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 jurídico (“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* provenientes de instituciones públicas (cuyo contenido no es vinculante en principio) y privadas es criticado porque supone una creación jurídica al margen de los Estados; y estos no han creado una autoridad que habilite al efecto. No

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.

obstante, esto, la realidad internacional muestra que la discusión se centra en torno a su contenido, alcance, predictibilidad de su uso, etc. Pero sin dudas que el uso de este *corpo iuris* por parte de los tribunales domésticos acarrea un tema de legitimidad de aquel y reconoce una nueva ¿fuente de normas?

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-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...

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.

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 arbitraje para que se convierta en un proceso justo, legítimo y eficiente; algo más emparentado con el debido proceso legal.

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:

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).

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).

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

Bibliografía:

- Fabián J. Villeda Corona, Asociado en Lexincorp Central American Law Firm – Honduras. Abogado por la Universidad Tecnológica Centroamericana (UNITEC), Orientación Comercial Internacional, LL.M. en Derecho Internacional por la Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Magíster en Derecho Internacional, Inversione
- 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. 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/>.
- Gary Born, ‘Introduction’, *International Commercial Arbitration* (Segunda Ed., Kluwer Law International, 2014), 1-5.
- Roque J Caivano, ‘El Arbitraje: Nociones Introductorias’ Revista Electrónica de Derecho Comercial.
- Club Español del Arbitraje, Sección Segunda: Proceso Arbitral. Código de Buenas Prácticas Arbitrales. 2019.
- Les actes unilatéraux des organisations internationales », in M. Bedjaoui (ed.), *Droit international: Bilan et perspectives*, Paris, Pedone, 1991, pp. 253-276 (publication posthume) (article mis en ligne avec l’aimable autorisation des Éditions A. Pedone).
- de Albuquerque, Abbud (2014). *Soft Law e producao de provas na arbitragem internacional*. Editorial Atlas.
- Esplugues, C. y Hargain, D. Coordinadores (2005). *Derecho del comercio internacional*. Editorial Reus y Editorial B de F, Montevideo, Buenos Aires.
- CUNIBERTI, Gilles (2013). *Three theories of lex mercatoria*. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 52, n. 1.

-de Araújo, N., Vargas, D. y Gama, L. (2011). The Hague Conference on Private International Law and the Codification of Private International Law, en Derecho Internacional privado y derecho internacional público: un encuentro necesario, obra dirigida por Diego P. Fernández Arroyo y Claudia Lima Marques, bajo auspicio de ASADIP, CEDEP y BRASILCON. Ediciones y Arte S.A.

- Moya Dominguez, M. (2010). *Manual de Derecho Internacional Público* de, Editora AR S.A, Buenos Aires.

-Jiménez de Aréchaga, E., Puceiro, R. y Arbuet, H. (2005). *Derecho Internacional Público, Tomo I*. Primera Edición, Fundación de Cultura Universitaria.

-Moreno Rodríguez, J.A (2014). *Contratación y Arbitraje Internacional*. Colección Internacional N°48 de la Pontificia Universidad Javeriana.