

# EL *SOFT LAW* EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL. PROBLEMAS, DEBATES Y EL APORTE DEL ANÁLISIS ECONÓMICO

FRANZ STIRNIMANN FUENTES

Socio Fundador STIRNIMANN FUENTES Dispute Resolution, Abogado colegiado en Ginebra, Inglaterra y Gales, y Nueva York. Doctor en Derecho, Universidad de Zúrich. Magíster en Derecho, Universidad de Georgetown. Licenciado en Derecho, Universidad de Friburgo y Universidad de Durham

PATRICIO GRANÉ RIERA

Abogado, Universidad de Buenos Aires. Magíster en Solución de Controversias Internacionales (MIDS), Universidad de Ginebra e Instituto de Altos Estudios Internacionales y del Desarrollo (IHEID). Diplomado en Economía y Finanzas para Abogados, Universidad Pompeu Fabra. Diplomado en Contencioso de los Negocios Internacionales, Universidad de París XII

Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones  
Enero-mayo 2021 (1)  
Págs. 123-150

**Resumen:** El presente artículo describe los fenómenos que han alentado la proliferación de normas de *soft law* en los últimos años en el arbitraje internacional y examina las principales categorías dentro de dicho universo de normas. Además de analizar los debates doctrinarios en torno a la existencia, concepto y conveniencia de los instrumentos de *soft law* en el arbitraje internacional, se señalan los problemas que ha traído consigo la multiplicación excesiva de dichas normas. Por último, se analizan estos problemas como fallas de

**Abstract:** The article starts with a description of the phenomena that have in recent years fostered the proliferation of soft laws in international arbitration and examines the main categories within that universe of soft laws. After discussing the debates in scholarly writing on the existence, concept and convenience of soft laws in international arbitration, the authors identify the problems caused by the excessive multiplication of soft laws. The authors see these problems essentially as a market and government failure and propose a

mercado y de Estado y se propone una solución basada en la teoría económica. La tesis de los autores es que el libre juego de la oferta y la demanda de las normas de *soft law* revela las preferencias de los usuarios del arbitraje, y que las encuestas, las consultas públicas y iniciativas de codificación son instrumentos eficaces para observar, recabar y sistematizar esas preferencias de los usuarios.

**Palabras clave:** Normas de *soft law*– Proliferación de normas– Análisis económico– Fallas de mercado y de Estado– Oferta y demanda.

solution of the problem based on an economic analysis. The thesis of the authors is that the free play of supply and demand of soft law rules will show the preferences of the arbitration users, and that surveys, public consultations and efforts of codification are effective instruments to survey, collect and systematize the preferences of the users.

**Keywords:** Soft law– Proliferation of norms– Economic analysis of law– Market and government failures– Supply and demand.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. FENÓMENOS QUE HAN INFLUIDO EN EL DESARROLLO DE NORMAS DE *SOFT LAW* EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL. 1. *La autonomía de la voluntad como principio rector del arbitraje internacional*. 2. *El carácter multicultural del arbitraje internacional*. 3. *La proliferación de centros de arbitraje*. 4. *La proliferación de asociaciones de arbitraje*. 5. *El rol preeminente de los despachos de abogados angloamericanos*. 6. *La propensión de los abogados a crear normas de alcance general a partir de su experiencia en casos particulares*. III. LAS PRINCIPALES CATEGORÍAS DENTRO DEL VASTO UNIVERSO DE LAS NORMAS *SOFT LAW*. IV. CONCEPTO, ORIGEN Y DEBATES ACTUALES EN TORNO A LAS NORMAS *SOFT LAW*. 1. *¿Qué es el soft law?* 1.1. Concepto de norma de *soft law*. 1.2. Orígenes en el derecho internacional público y trasplante al arbitraje internacional. 2. *¿Qué es –y qué no es– una norma soft law?* 3. *¿Es conveniente la creación de normas soft law?* V. EL PROBLEMA DE LA PROLIFERACIÓN DE NORMAS DE *SOFT LAW* EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y LA CONTRIBUCIÓN DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO. 1. *El análisis económico del derecho y las fallas de mercado*. 1.1. Los costos de transacción. 1.2. Asimetría de la información. 1.3. Problemas de agencia. 2. *La oferta y la demanda de normas de soft law como solución para los problemas de eficiencia*. VI. CONCLUSIÓN.

## I. INTRODUCCIÓN

El arbitraje internacional, que tiene la autonomía de la voluntad como uno de sus principios rectores, se ha visto invadido en los últimos años por una multitud de directrices, guías, notas y protocolos elaborados por instituciones arbitrales, asociaciones de arbitraje, académicos o abogados reputados en la industria.

Existe en la comunidad arbitral un intenso debate en torno a la utilidad de esos instrumentos de *soft law* o normas de Derecho *blando*. Sin embargo, y más allá de cómo pueda zanjarse ese debate, las normas de *soft law* son una realidad en el arbitraje internacional; existe un grupo de normas que son ampliamente utilizadas por los usuarios.

La proliferación de las normas de *soft law* en el arbitraje internacional puede convertirse en un problema al tornar costoso para los usuarios determi-

nar el valor o utilidad de las diversas normas que hay disponibles. Sirviéndonos de las herramientas del análisis económico para analizar algunos de esos problemas, concluiremos brindándoles una posible solución.

El presente artículo se estructura de la siguiente manera. La sección II describe los fenómenos que han alentado la proliferación de normas de *soft law* en las últimas décadas. La sección III examina las principales categorías dentro del universo de las *soft law*, dando ejemplos al pasar para cada una de ellas. La sección IV examina las discusiones actuales en torno a la existencia de las *soft law*, su definición y la conveniencia de favorecer su desarrollo o, por el contrario, perseguir su terminación. En el transcurso del análisis de las discusiones doctrinarias sobre estos asuntos, se pondrán de relieve los problemas que ha traído consigo la multiplicación de las normas de *soft law*. La sección V considera estos problemas como *fallas de mercado* y propone una solución basada en la teoría económica, que ayuda a identificar la utilidad de las normas con el fin de maximizar el bienestar de los usuarios. La sección VI contiene una conclusión sobre el debate en curso en relación con los beneficios y las desventajas que presentan las normas de *soft law* y la opinión de los autores al respecto.

## II. FENÓMENOS QUE HAN INFLUIDO EN EL DESARROLLO DE NORMAS DE *SOFT LAW* EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

En las últimas dos décadas, y más aún en los años recientes, la creación de normas de *soft law* ha crecido enormemente en el arbitraje internacional. Este incremento significativo se debe a múltiples fenómenos. En la presente sección describiremos separadamente cada uno de esos fenómenos y luego concluiremos delineando cómo todos ellos, en su conjunto, han aumentado considerablemente la creación de normas de *soft law*, con sus ventajas e inconvenientes.

### 1. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO PRINCIPIO RECTOR DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Una de las características principales del arbitraje –si no la principal– es la autonomía de la voluntad y la posición central del acuerdo de las partes para elegir el modo en que se llevará a cabo el procedimiento<sup>1</sup> y se resolverá la disputa<sup>2</sup>.

1. Blackaby, N., Partasides, C., et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6ta ed., Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 355, párr. 6.07.

2. Born, G.B., *International Commercial Arbitration*, 3ra ed., Países Bajos: Kluwer Law International, p. 31.

Una de las consecuencias que se sigue de esa característica tan fundamental es que la regulación del arbitraje internacional tiende a ser relativamente escueta, justamente para dejar librado a la autonomía de la voluntad de las partes su organización. Si lo comparamos con otras áreas del Derecho nacional, es considerablemente menos profusa su ordenación; en particular, con el Derecho procesal interno, ya sea que se trate del procesal civil y comercial, penal, o administrativo. Cualquiera de esas áreas del Derecho procesal tiende a hallarse considerablemente más regulada en la mayoría de los ordenamientos jurídicos internos, justamente porque a nivel interno tiende a hacerse prevalecer la seguridad jurídica sobre la libertad contractual.

En efecto, la estructura del arbitraje internacional reposa sobre unas pocas normas internacionales, que además se caracterizan generalmente por su brevedad. Un ejemplo claro es la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (Convención de Nueva York), una de las normas fundamentales del arbitraje internacional, en tanto establece un acabado sistema de control de laudos arbitrales y de distribución de competencias entre, por un lado, tribunales arbitrales y tribunales estatales, y, por otro, entre los diferentes tribunales estatales de los Estados parte<sup>3</sup>. Si observamos dicha norma, advertiremos que consta de tan solo diecisiete artículos. Esta parsimonia normativa tiene una lógica: en la negociación de un tratado de la importancia de la Convención de Nueva York, que para los Estados lleva aparejada la obligación de reconocer y ejecutar en su territorio los laudos dictados y reconocidos en otras jurisdicciones, es lógico que se busque un texto breve y conciso, que facilite la adhesión del mayor número posible de Estados.

Otro ejemplo es la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional, que representa el estándar normativo internacional de calidad, como demuestra su recepción en gran número de legislaciones modernas de arbitraje. La Ley Modelo contiene solo treinta y seis artículos, con el propósito de darle a los Estados parte la mayor flexibilidad posible en la incorporación de la Ley Modelo a sus respectivos ordenamientos internos y, al mismo tiempo, dejar en sus leyes de arbitraje el máximo espacio para la autonomía de la voluntad<sup>4</sup>. En ese sentido, muchos Estados, con la ambición de atraer más

3. Reisman, W.M., «*The Diversity of Contemporary International Dispute Resolution: Functions and Policies (MIDS Lecture, 2011)*», en *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 4, 2012, pp. 10-17.

4. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, con las enmiendas aprobadas en 2006, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Segunda Parte; Nota explicativa de la secretaria de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006, Nueva York 2008, p. 26, párr. 4.

casos a sus jurisdicciones, han realizado esfuerzos<sup>5</sup> por mejorar su legislación arbitral<sup>6</sup> y han creado o reorganizado los tribunales estatales encargados de la revisión y ejecución de laudos arbitrales<sup>7</sup>.

Por esa razón, y por dejar a las partes –y a la jurisdicción estatal en la sede del arbitraje– un margen amplio de autonomía para regular el proceso, es por lo que el arbitraje internacional se encuentra, en general, regulado por pocas normas.

Ahora bien, como consecuencia de esta sobria regulación del arbitraje internacional por parte de la comunidad internacional y los Estados nacionales, han quedado múltiples lagunas jurídicas a cubrir en diversas áreas del procedimiento arbitral. Un ejemplo claro de ello es el modo de concebir la exhibición documental. Como sabemos, los diversos sistemas nacionales, tanto del Derecho continental como del anglosajón, poseen principios y regulaciones marcadamente diferentes en este punto (pensemos, por ejemplo, en el limitado alcance de la exhibición de documentos en el Derecho continental en contraposición con el instituto procesal del *discovery* en el Derecho anglosajón). Sin embargo, en el arbitraje internacional esta etapa de la exhibición documental ha quedado completamente librada a la elección de las partes, que pueden con total libertad regular el modo en que la prueba será obtenida de la contraparte y luego aportada al procedimiento.

Es la existencia de estas lagunas normativas lo que determina la necesidad para las partes y el tribunal arbitral de negociar y redactar normas, no solo a medida de las partes y de la disputa en general, sino tal vez para cada etapa del procedimiento, lo que obviamente demanda más horas de trabajo y en consecuencia puede resultar extremadamente oneroso. Es allí donde las normas de *soft law* aparecen como una solución de bajo costo para cubrir los espacios dejados por el *hard law* o Derecho *duro*, y así facilitar a las partes y a los tribunales arbitrales la regulación del procedimiento con normas *prefa-*

---

5. Sin embargo, es importante mencionar, que muchos de esos esfuerzos estatales han sido impulsados por iniciativas privadas de los profesionales del arbitraje internacional o por el *lobby* de las secciones internacionales de los principales colegios de abogados.

6. Un ejemplo es la sanción en Argentina en 2018 de una nueva ley de arbitraje comercial internacional, basada en la Ley Modelo de la CNUDMI. Ver Caivano, R.J. y Sandler, V., «La nueva Ley argentina de arbitraje comercial internacional», *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. XI, n.º 2, 2018, pp. 575-600. Otro ejemplo es la reforma en Rusia en 2016 de la ley de arbitraje y de la regulación de las instituciones arbitrales. Ver Rubins, N., Yadykin, A. y Mekat, M.C., «*The Russian arbitration reform*», *Arbitration International*, vol. 32, 2016, pp. 641-650.

7. Un ejemplo es Francia, dónde en 2019 se le otorgó la competencia para la revisión y ejecución de laudos arbitrales a la *Chambre internationale de la cour d'appel de Paris*. Ver Gaillard, E., «*L'avenir des chambres commerciales internationales de Paris*», *Revue Lamy Droit des Affaires (RLDA)*, n.º 152, 2019, p. 57.

*bricadas*, sin tener que incurrir en extensas negociaciones o en la redacción conjunta de directrices, con el costo que esto suele acarrear.

## 2. EL CARÁCTER MULTICULTURAL DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

El arbitraje internacional surge como un mecanismo alternativo a los tribunales estatales domésticos para solucionar disputas transfronterizas<sup>8</sup>. Es decir, se ocupa de una clase particular de disputas que involucra a partes que generalmente poseen una cultura distinta, muchas veces con idiomas diferentes y con abogados formados en tradiciones jurídicas diversas.

Por esa razón, surge la necesidad de encontrar soluciones comunes a múltiples problemas procesales que pueden suscitarse en un arbitraje y que puedan permitir a estos operadores, de diversa formación y experiencia, gestionar el procedimiento de manera armónica y eficiente.

## 3. LA PROLIFERACIÓN DE CENTROS DE ARBITRAJE

La globalización y el aumento de los flujos del comercio internacional trajeron consigo, inevitablemente, un crecimiento de las disputas de índole transfronteriza. Y con el aumento de casos surgieron más centros que brindan el servicio de administración de dichas disputas.

En los albores de la era moderna del arbitraje internacional, uno de los primeros centros importantes para administrar arbitrajes, creado en 1891, fue la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA, por sus siglas en inglés). Sin embargo, a medida que el arbitraje fue ganando tracción como medio de resolución de disputas comerciales transnacionales, otras instituciones crearon centros de arbitraje bajo su órbita o directamente se crearon centros de arbitraje como instituciones autónomas a instancias de asociaciones profesionales y gobiernos locales.

Entre todas estas instituciones, cabe destacar la Corte de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), fundada en 1923, que hoy en día es sin lugar a dudas la principal institución, no sólo en cantidad de casos, sino también por su *gravitas*, por el «capital de legitimidad» que la institución posee entre los actores del arbitraje internacional<sup>9</sup>. Una de las numerosas actividades que la CCI y su Comisión sobre Arbitraje llevan a cabo

8. Respecto de la internacionalidad del arbitraje, ver Fernández Arroyo, D.P., «Arbitraje comercial internacional», Calvo Caravaca, A.-L. y Carrascosa González, J. (eds.), *Curso de contratación internacional*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid: Colex, 2006, pp. 45-46.

9. Dezalay, Y. y Garth, B.G., *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, Chicago: University of Chicago Press, 1996, p. 244.

es organizar grupos de trabajo (*task forces*) de especialistas sobre temas actuales de arbitraje internacional, que luego emiten informes y recomendaciones sobre buenas prácticas, otros instrumentos de *soft law*.

En los años siguientes al establecimiento de la Corte de la CCI continuaron emergiendo nuevos centros de arbitraje. Muchos fueron creados con la intención de cubrir la demanda de servicios de arbitraje a nivel regional o local<sup>10</sup>, o para cubrir la demanda de servicios de arbitraje especializados en un tipo de industria<sup>11</sup>.

Iberoamérica en general, y Latinoamérica en particular, han experimentado un crecimiento vertiginoso de centros regionales. Un buen ejemplo es Perú, que goza de una gran cantidad de centros, la mayoría administrando arbitrajes internos, pero cada vez más también internacionales<sup>12</sup>.

De entre las instituciones más noveles destaca el Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM), creado en 2019, pero que es fruto de la fusión de la actividad de arbitraje internacional que ya realizaban instituciones españolas con amplia experiencia<sup>13</sup>.

Esta proliferación de nuevos de centros de arbitraje, si bien confirma la vitalidad de este modo de resolución de disputas, también ha ido generando –especialmente desde de fines de la década de 1990- mayor competencia por administrar casos, por ganar cuotas de mercado. Enfrentados a esa mayor

- 
10. En el sudeste asiático, por ejemplo, el fenómeno es más reciente. El Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (HKIAC, por sus siglas en inglés) se creó en 1985, a instancias del gobierno de Hong Kong y de la comunidad de negocios de la ciudad. El Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (SIAC) fue fundado en el año 1990 y comenzó a operar en 1991. Y el Centro de Arbitraje Internacional de Asia (Malasia) (AIAC, por sus siglas en inglés) en Kuala Lumpur, que fue fundado en su estructura actual en 2018.
  11. Ejemplos de este último tipo de centros es (i) el Centro de Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en el área de disputas sobre cuestiones de propiedad intelectual; (ii) el Tribunal Arbitral de Deporte (CAS-TAS) para disputas deportivas y de la industria del deporte; o (iii) la *Grain and Feed Trade Association* (GAFTA) para disputas relacionadas con la compraventa internacional de *commodities* agrícolas.
  12. A la fecha existen al menos una docena de centros de arbitraje en el Perú. Ver Cantuarias Salaverry, F., *Arbitraje comercial y de las inversiones*, Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2007, pp. 178-179. Entre los centros más importantes, como por ejemplo el Centro Nacional e Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL), que fue fundado en 1993, o el Centro Internacional de Arbitraje de la AmCham de Perú, que se creó en 2001, o la Corte de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, según información provista a los autores por la Secretaría del Centro Nacional e Internacional de Arbitraje de la CCL, la CCL ha administrado 44 arbitrajes internacionales, con partes que no son peruanas, en los últimos 5 años.
  13. El CIAM nace de la fusión de la actividad de arbitraje internacional de la Corte de Arbitraje de Madrid (CAM), la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA) y la Corte Española de Arbitraje (CEA).

competencia, los centros comenzaron a diseñar y adoptar estrategias de mercadeo orientadas a captar más casos<sup>14</sup>. Una de las políticas que los centros implementaron a tal fin –siguiendo el ejemplo de la CCI– fue la creación de reglamentos, notas y guías destinadas a hacer más eficientes las diversas etapas de los procedimientos arbitrales bajo su supervisión. Ello ha dado lugar a un incremento considerable de normas de *soft law* emanadas de centros arbitrales.

Como ejemplos recientes de la creación incesante de *soft law* por parte de instituciones arbitrales, podemos mencionar la Nota de la CCI a las partes y al tribunal arbitral sobre la conducción del arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje, la nota para los árbitros de la LCIA, la inclusión como anexo a las reglas de arbitraje de la LCIA de las pautas para los representantes legales de las partes y la guía sobre organización de audiencias de la CNUDMI, por mencionar solo algunos<sup>15</sup>.

#### 4. LA PROLIFERACIÓN DE ASOCIACIONES DE ARBITRAJE

La creación de asociaciones profesionales dedicadas exclusivamente al arbitraje internacional ha sido otro de los fenómenos que ha impulsado la creación de *soft law*. Dichas asociaciones funcionan como ámbito de encuentro de los profesionales del arbitraje y facilitan un espacio de discusión para intercambiar ideas y para el debate sobre propuestas de diversos instrumentos de *soft law*.

Ejemplos paradigmáticos de estas asociaciones en el ámbito del arbitraje internacional son, entre muchos otros, el Comité de Arbitraje de la Asociación Internacional de Abogados (IBA, por sus siglas en inglés), el *International Council for Commercial Arbitration* (ICCA, por sus siglas en inglés), el *Chartered Institute of Arbitrators* (CIArb, por sus siglas en inglés) o el Club Español del Arbitraje (CEA), entre muchos otros<sup>16</sup>.

Estas asociaciones han influido también decididamente en la creación de normas de *soft law*. Como señalaremos más adelante, la IBA ha elaborado, entre otras, las Directrices sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional y las Reglas sobre la Práctica de la Prueba en el Arbitraje Internacio-

---

14. Fernández Arroyo, D.P., «Arbitraje comercial internacional», en Calvo Caravaca, A.-L. y Carrascosa González, J. (eds.), *Curso de contratación internacional*, 2.ª ed., Madrid, Colex (2006), p. 46.

15. En las secciones siguientes se analizarán algunas de las normas de *soft law* más relevantes.

16. Más recientemente, en la última década, hemos podido atestiguar la creación de asociaciones de jóvenes profesionales del arbitraje, comúnmente denominadas con los anglicismos «*young arbitration practitioners*» o «*very young arbitration practitioners*», como por ejemplo las de Argentina, Brasil, México, Lima, Madrid o Santiago. Resta observar si la multiplicación de estas asociaciones influye también en la creación de normas *soft law*.

nal<sup>17</sup>, que son probablemente las dos normas de *soft law* más utilizadas por la comunidad arbitral. El CIArB, por ejemplo, ha producido decenas de normas de *soft law* sobre virtualmente casi todos los aspectos del arbitraje internacional. Y, recientemente, el CEA ha publicado su nuevo Código de Buenas Prácticas Arbitrales.

## 5. EL ROL PREEMINENTE DE LOS DESPACHOS DE ABOGADOS ANGLOAMERICANOS

El auge del arbitraje internacional<sup>18</sup> se ha debido, por lo menos inicialmente y en parte, al poderío de los grandes despachos de abogados angloamericanos, que dominan el mercado internacional del Derecho empresarial<sup>19</sup>. Las grandes empresas multinacionales estadounidenses se expandieron vertiginosamente por el mundo al finalizar la Segunda Guerra Mundial, y dicho proceso de expansión fue acompañado lógicamente por las firmas de abogados que las asesoraban<sup>20</sup>. Esto condujo a la primacía de las *big law firms* americanas y, en similar medida, inglesas en el mercado global de servicios jurídicos. Esta presencia central de los despachos angloamericanos llevó a que determinadas prácticas típicas del *common law* de Estados Unidos y de Inglaterra influenciaran fuertemente el modo en que se llevan a cabo determinadas etapas en el arbitraje internacional. El ejemplo más evidente es la incorporación en el arbitraje de una etapa de exhibición de documentos inspirada en el proceso de *discovery* que se utiliza en los Estados Unidos<sup>21</sup>. Otro ejemplo es la introducción en el arbitraje de figuras procesales tomadas de la práctica de la prueba pericial en Inglaterra, como la prueba pericial de parte, las discusiones entre peritos sobre los puntos de acuerdo y desacuerdo, y el careo o interrogatorio conjunto de peritos<sup>22</sup>.

17. Para un análisis en detalle de ambos instrumentos, ver Dasser, F., «*Soft Law*» in *International Commercial Arbitration*, en *Recueil des cours*, vol. 402, Brill: Leiden, 2020, pp. 492-539.

18. Gaillard, E. y Fernández Arroyo, D.P., «Introducción», en Gaillard, E. y Fernández Arroyo, D.P. (eds.), *Cuestiones claves del arbitraje internacional*, Bogotá: UR/CEDEP, 2013, pp. 1-3.

19. Dezalay, Y. y Garth, B.G., *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, Chicago: University of Chicago Press, 1996, p. 37.

20. Dezalay, Y. y Garth, B.G., *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, Chicago: University of Chicago Press, 1996, p. 33.

21. Dezalay, Y. y Garth, B.G., *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, Chicago: University of Chicago Press, 1996, p. 52.

22. Ver, Part 35 de las *Civil Procedure Rules* (CPR35) y la *Practice Direction 35* (PD35), disponibles en [www.justice.gov.uk](http://www.justice.gov.uk).

Este tipo de prácticas, inspiradas en el *common law*, fueron introducidas en el arbitraje comercial internacional por medio de reglamentos, directrices y guías, es decir, normas de *soft law*; en particular, los instrumentos de *soft law* de la IBA y del CIArb que mencionábamos anteriormente, y en cuya creación tienen una función importante los abogados de las grandes firmas anglosajonas. Así pues, los despachos americanos e ingleses también han sido un factor en la proliferación de normas de *soft law*.

## 6. LA PROPENSIÓN DE LOS ABOGADOS A CREAR NORMAS DE ALCANCE GENERAL A PARTIR DE SU EXPERIENCIA EN CASOS PARTICULARES

Los abogados parecen presentar cierta inclinación, partiendo de su experiencia en una disputa en particular, a la formulación de normas que den solución, en el futuro, a hechos análogos. Es lo que Landau y Weeramantry han descrito como la «propagación pandémica de la enfermedad altamente contagiosa “legislitis”»<sup>23</sup>. Un ejemplo de ello son los protocolos y métodos –muchos ya devenidos en práctica establecida– propuestos por árbitros y abogados de parte. Algunos ejemplos que vienen a la mente son el famoso (y útil) *Redfern Schedule*, el método Böckstiegel, el *Sachs Protocol on Expert Teaming* o el *Salomon Protocol*, entre muchos otros<sup>24</sup>.

Esta propensión a crear normas generales es también compartida por los académicos del arbitraje internacional. La literatura académica sobre el arbitraje internacional se enfoca no solo en el análisis de cuestiones de procedimiento, sino que también crecientemente en la elaboración de normas de *soft law*. Un ejemplo de ello son las diferentes propuestas que se han presentado para la elaboración de normas armonizadas de ética para abogados que intervienen en arbitrajes internacionales, que no solo son impulsados por las asociaciones de abogados como la IBA<sup>25</sup>, sino también cada vez más por académicos<sup>26</sup>. Otro ejemplo son las estadísticas y estudios empíricos sobre diversos aspectos del arbitraje internacional que son publicados regularmente por la Escuela de Arbitraje Internacional de la *Queen Mary University of London* en colaboración

23. Landau, T. y Weeramantry, R., «A Pause for Thought», en van den Berg, A.J. (ed.), *International Arbitration: The Coming of a New Age?*, ICCA Congress Series, vol. 17, Países Bajos: Kluwer Law International, 2013, p. 497.

24. Ver Blackaby, N., Partasides, C., et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 68, Tabla 1.1; Paulsson, J., «The Timely Arbitrator: Reflections on the Böckstiegel Method», *Arbitration International*, vol. 22, n.º 1, 2006, pp. 19-26; Sachs, K. y Schmidt-Ahrendts, N., «Protocol on Expert Teaming: a New Approach to Expert Evidence», ICCA Congress Series, Países Bajos: Kluwer Law International, 2010, pp. 135 y sig.

25. Directrices de la IBA sobre Representación de Parte en el Arbitraje Internacional.

26. Ver, por ejemplo, Rogers, C.A., *Ethics in International Arbitration*, Oxford: Oxford University Press, 2014.

con firmas como White & Case, PriceWaterhouseCoopers o Pinsent Masons y que son valorados por la comunidad arbitral<sup>27</sup>. Esta tendencia de los abogados practicantes y académicos a crear normas de alcance general (o «*legislitis*») también ha sido un factor decisivo en la proliferación de normas de *soft law* en el arbitraje internacional.

La conjunción e interacción de todos estos fenómenos (el principio de la autonomía de la voluntad que guía al arbitraje, pero que lógicamente deja lagunas normativas; el carácter multicultural del arbitraje internacional; la proliferación de centros y de asociaciones de arbitraje; el rol preeminente de los despachos angloamericanos en la expansión del arbitraje internacional; y la propensión de abogados y académicos a crear normas de alcance general) ha sido el motor del crecimiento exponencial de las normas de *soft law* en el arbitraje internacional.

### III. LAS PRINCIPALES CATEGORÍAS DENTRO DEL VASTO UNIVERSO DE LAS NORMAS *SOFT LAW*

El universo de las normas de *soft law* es considerablemente amplio. Las dos principales categorías son las procesales y las sustantivas<sup>28</sup>. Pero hay una diferencia práctica muy relevante entre estas dos categorías: su aplicación. A diferencia de las normas de *soft law* procesales, las normas de *soft law* de Derecho sustantivo (como pueden ser las Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional o la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional) son relativamente poco utilizadas, tanto por las partes como por los tribunales<sup>29</sup>. Lo mismo ocurre con otras normas de *soft law*, que no tratan específicamente sobre temas sustantivos del arbitraje, pero que pueden llegar a ser relevantes para resolver el fondo de un arbitraje, como son los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, la *lex mercatoria*, o los contratos modelo de la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC, por sus siglas en francés)<sup>30</sup>. Estas

27. Se trata de estudios sobre cuestiones tan variadas como: daños y perjuicios (2020), arbitraje de inversión (2020), arbitrajes de construcción (2019), arbitrajes en el área de tecnologías informáticas y de comunicación (2016), mejoras, innovaciones y adaptación en el arbitraje internacional (2015 y 2020), prácticas preferidas (2012), actitudes y elecciones corporativas, también respecto al reconocimiento y la ejecución de laudos (2006, 2008 y 2013). Disponibles en <https://arbitration.qmul.ac.uk/research>.

28. Hodges, P., «Chapter II: The Arbitrator and the Arbitration Procedure, The Proliferation of “Soft laws” in International Arbitration: Time to Draw the Line?», en *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2015, p. 208.

29. En el caso de las Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional, se pueden utilizar por las partes como guía para la redacción de acuerdos de arbitraje, y por el tribunal arbitral como instrumento para su interpretación.

30. Para profundizar sobre este tema, ver Moreno Rodríguez, J.A., «El debate sobre el derecho no estatal y la *lex mercatoria*», *Revista de Derecho Forseti*, n. 1, 2014, pp. 74-97; y,

normas sustantivas son poco utilizadas, ya que las partes suelen seleccionar como normas jurídicas aplicables al fondo de sus disputas el Derecho de un país determinado, en tanto este les brinda un régimen integral para determinar derechos y obligaciones<sup>31</sup>.

Por el contrario, las normas de *soft law* procesales cuentan con la ventaja de que muchos de los reglamentos de arbitraje de las instituciones arbitrales otorgan a los tribunales arbitrales amplias facultades para conducir el procedimiento arbitral a su criterio. En consecuencia, los tribunales arbitrales suelen servirse de las normas procesales de *soft law* para determinadas etapas del procedimiento y por ello son aplicadas con mayor frecuencia que las sustantivas<sup>32</sup>. Dentro del amplio universo de las normas procesales de *soft law*, podemos encontrar instrumentos sobre temas específicos del arbitraje, como la organización del procedimiento<sup>33</sup>, las medidas cautelares<sup>34</sup>, la práctica de la prueba<sup>35</sup>, la ética de los abogados<sup>36</sup>, cuestiones logísticas<sup>37</sup>, la composición del tribunal arbitral<sup>38</sup> o, incluso, sobre temas procesales complejos y fundamentales<sup>39</sup>, entre otros<sup>40</sup>.

---

Moreno Rodríguez, J.A., «Los Principios de la Haya y el derecho no estatal en el arbitraje comercial internacional», *Revista Jurídica de la UNICURITIBA*, v. 2, n. 29, 2012, pp. 30-62.

31. Greineder, D. y Medvedskaya, A., «*Beyond High Hopes and Dark Fears: towards a Deflationary View of Soft law in International Arbitration*», en *ASA Bulletin*, vol. 38, issue 2, 2020, p. 423.
32. Greineder, D. y Medvedskaya, A., «*Beyond High Hopes and Dark Fears: towards a Deflationary View of Soft law in International Arbitration*», en *ASA Bulletin*, vol. 38, issue 2, 2020, p. 423.
33. Ver las Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral; la Nota de la CCI a las partes y al tribunal arbitral sobre la conducción del arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje; o las Notas para árbitros de la LCIA.
34. Ver la Guía n.º 4 del CIArb sobre solicitud de medidas cautelares; y la Guía n.º 5 del CIArb sobre la *cautio judicatum solvi*.
35. Ver las Reglas de la IBA sobre Práctica de la Prueba en el Arbitraje Internacional, las Reglas de Praga sobre la tramitación eficiente de los procedimientos en el arbitraje internacional y la Guía n.º 7 del CIArb sobre peritos de partes y peritos designados por el tribunal arbitral.
36. Ver las Directrices de la IBA sobre Representación de Parte en el Arbitraje Internacional, la Guía n.º 1 del CIArb sobre entrevistas con posibles árbitros, el Anexo a las Reglas de arbitraje de la LCIA sobre lineamientos generales para los representantes autorizados de las partes, y el Código del CIArb sobre conducta profesional y ética en el arbitraje.
37. Ver el Libro de referencia sobre redacción de la ICCA para cuestiones logísticas en resoluciones procesales, la Nota de orientación de la CCI sobre posibles medidas destinadas a mitigar los efectos de la pandemia del COVID-19, el Informe de la CCI sobre a gestión de la producción de documentos electrónicos en arbitraje internacional, el Informe de la ICC sobre la tecnología de la información y arbitraje internacional.
38. Ver las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional.
39. Ver las Recomendaciones de la Asociación del Derecho Internacional (ILA, por sus siglas en inglés) sobre *lis pendens* y *res judicata* y arbitraje.
40. Para profundizar sobre los instrumentos más citados, ver Dasser, F., «*Soft Law*» in *International Commercial Arbitration*, en *Recueil des cours*, vol. 402, Brill: Leiden, 2020, pp. 435-491.

#### IV. CONCEPTO, ORIGEN Y DEBATES ACTUALES EN TORNO A LAS NORMAS *SOFT LAW*

En la última década el tema de las normas *soft law* ha sido discutido ampliamente por la doctrina arbitral. Entre los debates más relevantes destacan las discusiones sobre qué es y qué no es una norma *soft law*, la conveniencia de crear normas de *soft law* y la distinción entre una norma de *soft law* y una norma de *hard law*. En las siguientes subsecciones trataremos cada una de estas discusiones separadamente, para concluir describiendo los nuevos debates suscitados más recientemente.

##### 1. ¿QUÉ ES EL *SOFT LAW*?

###### 1.1. Concepto de norma de *soft law*

Una de las discusiones doctrinarias más importantes ha sido determinar qué tipo de normas se encuadran bajo la definición de *soft law*. Para poder adentrarnos en esa discusión, primero exploraremos las definiciones que se han dado de *soft law* y luego analizaremos los criterios propuestos por la doctrina para identificar una norma de *soft law*.

Algunos doctrinarios afirman que tal cosa como el *soft law* no existe, que una norma o lo es o no lo es. Esta es la postura ilustrada comúnmente por la idea de que no es posible estar «ligeramente embarazada»<sup>41</sup>. De acuerdo con esta posición, no hay grises posibles. Sin embargo, y a pesar de estas discusiones, está claro que las normas *soft law* son una realidad innegable en la práctica del arbitraje internacional. Existen y son así referenciadas hasta por sus más vehementes detractores. Tal vez se puede coincidir en la imprecisión del término, pero no se puede negar la realidad del fenómeno que designa.

Es bastante difícil definir en abstracto qué es una norma de *soft law*<sup>42</sup>. En los hechos, como fue explicado anteriormente, las normas denominadas como *soft law* engloban una gran cantidad de instrumentos, desde normas generales sobre la conducción del procedimiento arbitral hasta normas muy específicas sobre algún aspecto técnico. La gran mayoría de la literatura del arbitraje

41. Señala Reisman que «el adjetivo “blando”, cuando se utiliza para modificar la palabra “derecho”, recuerda el adverbio “levemente”, cuando se usa para modificar la palabra “embarazada”». Ver, Reisman, W.M., «*Soft law and Law Jobs*», en *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 1, 2011, p. 26.

42. El concepto de *soft law* es distinto de los usos y costumbres comerciales, ver Fernández Arroyo, D.P., «*Soft law and arbitral procedure: A conditioned but inescapable couple*», en *European International Arbitration Review*, vol. 7 n.º 2, 2018, p. 72. El artículo 21(2) del Reglamento de Arbitraje la CCI de 2021 hace referencia a los usos y costumbres comerciales como una norma jurídica aplicable al fondo que debe de ser tomada en cuenta por el tribunal arbitral.

internacional no define qué es *soft law* y se da por entendido por todos en la comunidad arbitral. Sin embargo, algunos de los principales autores han intentado en los últimos años brindar una definición. Gabrielle Kaufmann-Kohler sostiene, por ejemplo, que se consideran generalmente normas de *soft law* aquellas que no se pueden hacer cumplir por medio de la fuerza pública<sup>43</sup>. Asimismo, agrega que las normas de *soft law* pueden emanar de actores estatales, ya sea que se trate de legisladores, gobiernos u organizaciones internacionales, como así también pueden proceder de actores no estatales, como instituciones privadas y asociaciones profesionales<sup>44</sup>. Señala también que «el hecho de que una norma de *soft law* no pueda ser aplicado por la fuerza pública no significa necesariamente que carezca de normatividad», ya que los destinatarios de las normas *soft law* pueden percibirlos como vinculantes. Y que si incluso si así no las percibieran, los destinatarios pueden optar por acatarlas por su propia voluntad, por razones más psicológicas que jurídicas<sup>45</sup>.

Al respecto, Kaufmann-Kohler afirma que, puesto que legisladores, árbitros y jueces hacen referencia y aplican normas de *soft law*, estas gozan «de cierta normatividad, una que podría llamarse blanda porque el *soft law* ejerce una influencia y se le da deferencia sin ser percibido como obligatorio en el sentido clásico de la palabra»<sup>46</sup>.

En similar sentido se pronuncia David Arias. Arias sostiene que lo que en última instancia caracteriza a una norma como *soft law* es la imposibilidad de ejecutarlas, o de hacerlas cumplir, por medio de los mecanismos de que dispone el Estado<sup>47</sup>. Y esta imposibilidad de hacerlas observar la atribuye bien a la falta de contenido concreto de esas normas o bien a la carencia de obligatoriedad.

Otros autores han definido al *soft law* como principios legales no vinculantes<sup>48</sup> o como instrumentos de carácter normativo sin fuerza vinculante legalmente y que se aplican únicamente mediante aceptación voluntaria<sup>49</sup>.

43. Kaufmann-Kohler, G., «*Soft law in International Arbitration: Codification and Normativity*», en *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 1, issue 2, 2010, p. 2.

44. Kaufmann-Kohler, G., «*Soft law in International Arbitration: Codification and Normativity*», en *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 1, issue 2, 2010, p. 2.

45. Kaufmann-Kohler, G., «*Soft law in International Arbitration: Codification and Normativity*», en *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 1, issue 2, 2010, p. 2.

46. Kaufmann-Kohler, G., «*Soft law in International Arbitration: Codification and Normativity*», en *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 1, issue 2, 2010, p. 15.

47. Arias, D., «*Soft law in International Arbitration: Positive Effects and Legitimation of the IBA as a Rule-Maker*», VI *Indian Journal of Arbitration Law*, vol. 2/2018, p. 30.

48. Gabriel, H.D., «*The Advantages of Soft law in International Commercial Law: The Role of UNIDROIT, UNCITRAL, and the Hague Conference*», en *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 34, 2009, p. 3.

49. Bonell, M.J., «*Soft law and Party Autonomy: The Case of the UNIDROIT Principles*», *Loyola Law Review*, vol. 51, 2005, p. 229.

Por último, Felix Dasser tiene una postura que podríamos denominar *agnóstica*. Éste considera que *soft law* se ha convertido en una palabra de moda, con muy poco significado, si es que tiene alguno. Sin embargo, afirma, el término *soft law* implica al menos cierta normatividad; de lo contrario, si no hay ningún tipo de normatividad involucrada, entonces no deberíamos hablar de derecho, sea *soft* o de otro tipo<sup>50</sup>.

## 1.2. Orígenes en el Derecho internacional público y trasplante al arbitraje internacional

Una buena forma de contribuir a esclarecer el concepto de normas de *soft law* es referirnos brevemente a sus orígenes. Al respecto, es importante describir el contexto histórico particular en el que emerge dicho concepto.

La entrada en escena del concepto del *soft law* en el Derecho internacional general se da luego de concluida la Segunda Guerra Mundial, según señala Dasser. En particular, se puede afirmar que el *soft law*, como concepto, es producto de la Guerra Fría<sup>51</sup>. En este contexto internacional, congeladas las relaciones políticas entre los bloques de occidente y oriente, es donde surgen de forma espontánea las normas de *soft law*. Esto es así ya que, si bien las relaciones políticas estaban congeladas, el mundo seguía funcionando y con ello la necesidad de cooperación internacional en múltiples áreas. Lo que sucedía entonces era que los Estados estaban dispuestos a acordar declaraciones y principios no vinculantes, pero se resistían a celebrar tratados vinculantes. Se negociaban en conferencias instrumentos sobre diversos asuntos y se acordaba formalmente, pero no contenían obligaciones, lo que facilitaba el consenso y la cooperación internacional<sup>52</sup>. Así surge la idea y la técnica del *soft law*.

Explica Dasser que el concepto de normas *soft law* fue trasplantado desde el Derecho internacional público al arbitraje internacional hace alrededor de quince años<sup>53</sup>. La transposición del término desde el Derecho internacional público al arbitraje internacional trajo aparejadas consecuencias, necesariamente. En Derecho internacional público, en aquel contexto, la normatividad

50. Dasser, F., «*Soft law in International Commercial Arbitration – A Critical Approach*», en *Austria Yearbook on International Arbitration*, 2019, p. 115; Dasser, F., «*Soft Law*» in *International Commercial Arbitration*, en *Recueil des cours*, vol. 402, Brill: Leiden, 2020, pp. 409-410.

51. Dasser, F., «*Soft Law*» in *International Commercial Arbitration*, en *Recueil des cours*, vol. 402, Brill: Leiden, 2020, p. 412.

52. Dasser, F., «*Soft law in International Commercial Arbitration – A Critical Approach*», en *Austria Yearbook on International Arbitration*, 2019, p. 113; Dasser, F., «*Soft Law*» in *International Commercial Arbitration*, en *Recueil des cours*, vol. 402, Brill: Leiden, 2020, pp. 413-417

53. Dasser, F., «*Soft law in International Commercial Arbitration – A Critical Approach*», en *Austria Yearbook on International Arbitration*, 2019, p. 115.

del *soft law* se basaba en gran parte en la buena fe política: la expectativa de que los Estados cumplieran, siquiera de forma parcial, las normas que ellos habían acordado, a pesar de que no fueran vinculantes<sup>54</sup>. En contraste, en el arbitraje internacional, señala Dasser, la normatividad basada en la buena fe parece haber perdido fuerza y se convirtió en una característica marginal y prescindible del *soft law*<sup>55</sup>.

## 2. ¿QUÉ ES –Y QUÉ NO ES– UNA NORMA *SOFT LAW*?

Ahora bien, si bien los orígenes y el concepto nos permiten acercarnos al objeto de estudio, la noción sigue siendo relativamente imprecisa y, por ello, no termina de darnos una idea clara de qué tipo de normas son consideradas *soft law*.

Al respecto, en los últimos años, algunos arbitralistas han intentado establecer –o al menos delinear– los contornos del concepto *soft law*, y a tal fin han propuesto diversos criterios.

Por un lado, recientemente, Diego Fernández Arroyo ha propuesto la utilización de la categoría de normas de *soft law* «sólidas» (*solid soft laws*, en inglés). La categoría de normas de *soft law* sólidas no trae aparejada una definición estricta, sino que propone un modo de producción de las normas que permitiría distinguir las verdaderamente útiles del resto. En palabras de Fernández Arroyo, «si bien el universo de las normas de *soft law* es ilimitado, solo unos pocos instrumentos calificarán como normas de *soft law* sólidas»<sup>56</sup>.

Fernández Arroyo señala que, para lograr un producto exitoso, un instrumento de *soft law* sólido, el proceso de preparación debe ser adecuado. La institución que persigue crear una norma debería hacerlo siguiendo los siguientes pasos o criterios (que generalmente serán estándar para la creación de normas en cualquier área del derecho): (i) evitar proponer como solución el denominador común entre las reglas existentes; (ii) respetar los diferentes enfoques propuestos por diferentes jurisdicciones; (iii) coordinar este esfuerzo con otras instituciones para evitar instrumentos en competencia; y (iv) consultar a representantes de todos los estamentos de la industria<sup>57</sup>.

En sentido similar, y a pesar de que tiene sus dudas sobre el concepto de normas *soft law*, Dasser propone su criterio para identificar aquellos instru-

54. Dasser, F., «Soft Law» in *International Commercial Arbitration*, en *Recueil des cours*, vol. 402, Brill: Leiden, 2020, pp. 421-422.

55. Dasser, F., «Soft law in International Commercial Arbitration – A Critical Approach», en *Austria Yearbook on International Arbitration*, 2019, p. 115.

56. Fernández Arroyo, D.P., «Soft law and arbitral procedure: A conditioned but inescapable couple», en *European International Arbitration Review*, vol. 7 n.º 2, 2018, p. 73.

57. Fernández Arroyo, D.P., «Soft law and arbitral procedure: A conditioned but inescapable couple», en *European International Arbitration Review*, vol. 7 n.º 2, 2018, pp. 82-83.

mentos que aspiren a calificar como *soft law*. Dasser considera que para que una norma sea considerada como *soft law*, estos tres requisitos deben estar presentes: (i) legitimidad institucional; (ii) un procedimiento transparente; y (iii) aceptación<sup>58</sup>.

Respecto del primer punto, la legitimidad institucional, vendrá dada por diversos factores. Uno de ellos es contar con miembros en los grupos de trabajo que tengan una amplia experiencia práctica, que posean diversidad de formación y tradiciones jurídicas, y que dispongan de tiempo para dedicarle a la tarea de discutir y hacer propuestas para la norma que se pretende crear<sup>59</sup>. Asimismo, y más allá de los aportes individuales, Dasser considera que es necesario brindar a la comunidad en general una amplia oportunidad de hacer sus contribuciones. A tal fin, debe haber un período lo suficientemente amplio para que la comunidad participe y para que el grupo de trabajo a cargo de la elaboración considere los comentarios. De lo contrario, no es correcto promover una directriz como el reflejo de la sabiduría colectiva de toda una institución<sup>60</sup>.

En cuanto al segundo requisito, según Dasser, cualquier norma *soft law* que supuestamente obtenga legitimidad de la organización que la emite debe ser transparente sobre el proceso que llevó a su adopción. Si el proceso fue defectuoso o sencillamente es oscuro, entonces el instrumento difícilmente puede reclamar legitimidad institucional, incluso si ha sido adoptada por una institución renombrada o importante<sup>61</sup>.

Por último, como tercer requisito, debe existir aceptación por parte de la comunidad del arbitraje. La dificultad aquí se presenta en que, según Dasser, es muy difícil establecer con algún grado de seriedad el nivel de aceptación que puede concitar una norma. Si bien hace mucho tiempo ya se utiliza la herramienta de las encuestas en el arbitraje internacional (pensemos en las encuestas mencionadas anteriormente, que realiza la escuela de arbitraje internacional de la *Queen Mary University of London*<sup>62</sup>), según Dasser muchas veces el modo en que fueron realizadas no es del todo transparente<sup>63</sup>.

58. Dasser, F., «Soft Law» in *International Commercial Arbitration*, en *Recueil des cours*, vol. 402, Brill: Leiden, 2020, p. 569; Dasser, F., «Soft law in International Commercial Arbitration – A Critical Approach», en *Austria Yearbook on International Arbitration*, 2019, p. 118;

59. Dasser, F., «Soft law in International Commercial Arbitration – A Critical Approach», en *Austria Yearbook on International Arbitration*, 2019, p. 117.

60. Dasser, F., «Soft law in International Commercial Arbitration – A Critical Approach», en *Austria Yearbook on International Arbitration*, 2019, p. 117.

61. Dasser, F., «Soft law in International Commercial Arbitration – A Critical Approach», en *Austria Yearbook on International Arbitration*, 2019, p. 117; Dasser, F., «Soft Law» in *International Commercial Arbitration*, en *Recueil des cours*, vol. 402, Brill: Leiden, 2020, p. 572.

62. Señala Dasser que las encuestas de Queen Mary «están claramente por encima de la media y, en general, se consideran fiables», Dasser, F., «Soft Law» in *International Commercial Arbitration*, en *Recueil des cours*, vol. 402, Brill: Leiden, 2020, p. 575.

63. Señala Dasser que de hecho la utilidad de las encuestas depende en gran medida de cuántas

Adicionalmente, Dasser brinda algunos consejos prácticos que debería considerarse al momento de redactar una norma *soft law*. El más importante tal vez es la necesidad de destinar una buena cantidad de tiempo para la elaboración de la norma. Afirma Dasser que «la redacción cuidadosa de las leyes por parte de los legisladores lleva años (todos sabemos que también hay una redacción descuidada de leyes que lleva mucho menos tiempo). La redacción cuidadosa de las directrices también lleva años, con varias rondas de consultas entre varios grupos y circunscripciones»<sup>64</sup>.

En conclusión, existe en la doctrina un consenso emergente de que, de manera similar a una (buena) ley que es observada por los ciudadanos, una buena norma de *soft law*, para que sea valorada por los usuarios del arbitraje, debe de haber sido elaborada respetando ciertas pautas metodológicas, como, por ejemplo, ser elaborada por expertos reputados en la materia, que tengan enfoques diversos y provengan de distintas jurisdicciones, y haber consultado a los usuarios por medio de un procedimiento transparente.

### 3. ¿ES CONVENIENTE LA CREACIÓN DE NORMAS *SOFT LAW*?

A comienzos de la década de 2010, Michael Schneider, por ese entonces presidente de la ASA, publicó un mensaje en la revista de la institución titulado «El sentido y el sinsentido de los “textos para-regulatorios” en el arbitraje internacional». Allí Schneider, anunciando que la ASA dedicaría la próxima conferencia anual a dicho tópico, re-designa por primera vez a las normas de *soft law* como textos para-regulatorios y afirma que son un «matorral de una densidad en continuo crecimiento». Schneider adelantaba en este mensaje que en la conferencia «el debate nos permitirá... analizar si la tendencia debe ser desalentada o desarrollada aún más; y, en su caso, que direcciones debería tomar»<sup>65</sup>. Este era el puntapié inicial para una serie de debates que se produjeron

---

les fueron las preguntas realizadas, quiénes fueron encuestados y quiénes respondieron, Dasser, F., «Soft Law» in *International Commercial Arbitration*, en *Recueil des cours*, vol. 402, Brill: Leiden, 2020, pp. 573-574; Dasser, F., «Soft law in International Commercial Arbitration – A Critical Approach», en *Austria Yearbook on International Arbitration*, 2019, p. 117. Sobre las encuestas sobre el uso de las normas de *soft law*, ver, Mereminskaya, E., *Results of the Survey on the Use of Soft Law Instruments in International Arbitration*, Kluwer Arbitration Blog, 6 de junio de 2014 (disponible en [www.arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/06/06/results-of-the-survey-on-the-use-of-soft-law-instruments-in-international-arbitration](http://www.arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/06/06/results-of-the-survey-on-the-use-of-soft-law-instruments-in-international-arbitration)); IBA Arbitration Guidelines and Rules Subcommittee, «Report on the reception of the IBA arbitration soft law products», Septiembre de 2016; Alvarez, J.E., *Reviewing the Use of “Soft Law” in Investment Arbitration*, *European International Arbitration Review*, vol. 7, n. 2, 2019, pp. 149-200.

64. Dasser, F., «Soft law in International Commercial Arbitration – A Critical Approach», en *Austria Yearbook on International Arbitration*, 2019, p. 116.

65. Schneider, M.E., «President’s Message. The sense and non-sense of “para-regulatory texts” in international arbitration», en *ASA Bulletin*, 28, 2/2010, p. 201.

en los años siguientes sobre el mérito y la conveniencia de los instrumentos *soft law* (o para-regulatorios en la terminología de Schneider).

El año siguiente, Schneider publicó un capítulo en un libro con un tono deliberadamente sarcástico y mordaz, titulado «Las Directrices esenciales para la preparación de directrices, directivas, notas, protocolos y otros métodos destinados a ayudar a los profesionales del arbitraje internacional a evitar la necesidad de pensar de forma independiente y promover la transformación de errores en “mejores prácticas”»<sup>66</sup>.

Un par de años después, Schneider retomó el embate, esta vez sobre una norma de *soft law* en particular: las Reglas de la IBA sobre representación de partes en el arbitraje internacional. En otro mensaje publicado en la revista de la ASA sostenía que dicho instrumento que «se presenta como la solución a lo que en realidad parece solo un problema marginal, corre el riesgo de convertirse en una fuente importante de solicitudes e interrupciones procesales»<sup>67</sup>.

Un poco más cerca en el tiempo, Dasser, actual presidente de la ASA, critica las Directrices de la IBA sobre representación de partes en el arbitraje internacional en tanto el procedimiento institucional interno que se utilizó para elaborarlas fue poco transparente y gestionado a los apuros, dejando poco tiempo para los comentarios de la comunidad arbitral e incluyendo varias prácticas típicamente estadounidenses<sup>68</sup>. Dasser, en una línea similar a la de Schneider, pareciera ser partidario de confiar en el sentido común y el buen criterio de árbitros experimentados, y restarle importancia a la abundancia de regulaciones por medio de normas de *soft law*<sup>69</sup>.

Por su parte, Alexis Mourre, anterior presidente de la Corte de Arbitraje Internacional de la CCI, sostiene –con razón– que las Reglas de la IBA sobre la práctica de la prueba, así como las Directrices de la IBA sobre conflictos de

66. Schneider, M.E., «*The Essential Guidelines for the Preparation of Guidelines, Directives, Notes, Protocols and Other Methods Intended to Help International Arbitration Practitioners to Avoid the Need for Independent Thinking and to Promote the Transformation of Errors into “Best Practices”*», en Lévy, L., Derains, Y. (eds.), *Liber amicorum en l’honneur de Serge Lazareff*, Paris: Pedone, 2011, p. 563..

67. Schneider, M.E., «*President’s Message. Yet another opportunity to waste time and money on procedural skirmishes: The IBA Guidelines on Party Representation*», en *ASA Bulletin*, vol. 31, issue 3, 2013, p. 497.

68. Dasser, F., «*A Critical Analysis of the IBA Guidelines on Party Representation*», en *The Sense and Non-Sense of Guidelines, Rules and Other Para-Regulatory Texts in International Arbitration*, Serie Especial ASA n.º 37, 2015, p. 34. Para profundizar sobre su análisis de esas directrices, ver Dasser, F., «*Soft Law*» in *International Commercial Arbitration*, en *Recueil des cours*, vol. 402, Brill: Leiden, 2020, pp. 540-560.

69. Greineder, D. y Medvedskaya, A., «*Beyond High Hopes and Dark Fears: towards a Deflationary View of Soft law in International Arbitration*», en *ASA Bulletin*, vol. 38, issue 2, 2020, pp. 423-425.

interés de los árbitros<sup>70</sup>, se han convertido en un conjunto de reglas que ahora son respaldadas de forma casi universal por las partes y los árbitros. Y que se han convertido en práctica estándar aun cuando las partes no hacen remisión expresa a ellas en sus acuerdos<sup>71</sup>.

El debate respecto de la conveniencia de la elaboración de normas *soft law* parece no estar aún cerrado. Sin embargo, la realidad indica que existen ya un número de normas de *soft law* que, con el transcurso del tiempo, han sido ampliamente reconocidas y acreditadas por la comunidad arbitral.

## V. EL PROBLEMA DE LA PROLIFERACIÓN DE NORMAS DE *SOFT LAW* EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y LA CONTRIBUCIÓN DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Más allá de los fenómenos que han contribuido a la proliferación descontrolada de normas de *soft law* en el arbitraje internacional, hay valiosas razones de eficiencia que justifican la creación de ese tipo de normas. Una de las principales razones es su contribución sustancial a la reducción de los costos de los procedimientos arbitrales. En este sentido, las normas de *soft law*, al tratarse de soluciones pre-armadas, de normas *prêt-à-porter*, permiten a las partes que se enfrentan a una situación o etapa no regulada en el procedimiento arbitral, de evitar tener que ponerse a negociar y a redactar desde cero nuevas reglas aplicables a esa etapa, al caso y al problema en que se encuentran envueltas. En lugar de incurrir en ese gasto, las partes sencillamente pueden acordar aplicar una norma *soft law* diseñada previamente para reglar esa situación. Al hacerlo así, las partes la convierten en *hard law* para ellas, ya que la norma es incorporada en un acuerdo procesal o dictada por el tribunal en la forma de una resolución procesal. En ambos casos, el quebrantamiento de la norma acarrea consecuencias negativas para el incumplidor, otorgándole a la norma un carácter vinculante.

Sin embargo, una consecuencia no deseada de la proliferación excesiva de normas de *soft law* en las últimas décadas, es que ha traído consigo una suerte de caos normativo. Como señala Fernández Arroyo, «el universo de las normas de *soft law* es ilimitado»<sup>72</sup>. Este universo de normas en constante expansión termina siendo un problema para los usuarios. La consecuencia de

70. Los tribunales de varios países –en particular Suiza y el Reino Unido– han hecho referencia repetidamente a las Directrices sobre conflictos. Ver Dasser, F., «*Soft Law*» in *International Commercial Arbitration*, en *Recueil des cours*, vol. 402, Brill: Leiden, 2020, pp. 411-427.

71. Mourre, A., *La Soft law como condición para el desarrollo de la confianza en el arbitraje internacional*, Madrid: CEU Ediciones, 2018, p. 21.

72. Fernández Arroyo, D.P., «*Soft law and arbitral procedure: A conditioned but inescapable couple*», en *European International Arbitration Review*, vol. 7 n.º 2, 2018, p. 73.

la proliferación excesiva de normas de *soft law* es que resulta muy dificultoso para las partes y el tribunal arbitral distinguir los aportes verdaderamente valiosos de aquellos que no lo son. En consecuencia, decidir qué normas conviene aplicar a una determinada situación puede volverse un proceso muy oneroso. Por tanto, ese universo ilimitado se torna en muchos casos en una superposición de múltiples normas muy difícil de navegar, incluso para quienes poseen cierto conocimiento de la materia.

En efecto, salvando algunas excepciones, el abogado de parte o el tribunal arbitral que se dedique a investigar potenciales soluciones de *soft law* para utilizar en una etapa del procedimiento, o para una cuestión procesal específica, puede llegar a encontrarse con más de una decena de normas que aborden dicha problemática. Más aún, las partes en un arbitraje pueden encontrarse frente a múltiples regulaciones, de calidad diversa, y muchas veces incluso con soluciones contrapuestas<sup>73</sup>. Para darse una idea de la dimensión del problema al que nos enfrentamos, habría que imaginar qué sucedería si un abogado litigante doméstico se enfrentara a cuatro o más regulaciones alternativas –todas con idéntica validez legal– de la producción de la prueba en su código procesal.

Este caos normativo no solo es ineficiente, sino que también afecta negativamente a la seguridad jurídica, menoscabando la estabilidad y previsibilidad, en tanto las partes no conocen con certeza el valor o la utilidad de la norma *soft law* que aplicará el tribunal arbitral en caso de desacuerdo.

En la presente sección, describiremos cómo los problemas que acarrea de la proliferación de normas *soft law* son un campo propicio para ser analizado con las herramientas del análisis económico y concluiremos esbozando propuestas de solución prácticas basadas en la teoría económica.

## 1. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y LAS FALLAS DE MERCADO

El análisis económico del derecho (AED) consiste «en el empleo de teoría económica, fundamentalmente teoría de precios, a los fines de explicar el sistema legal, predecir sus consecuencias, o bien, recomendar cambios con la finalidad de obtener resultados eficientes u otras metas usualmente considera-

---

73. Un ejemplo claro de normas de *soft law* que poseen principios contrapuestos son las Reglas de la IBA sobre Práctica de la Prueba en el Arbitraje Internacional, y las Reglas de Praga sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional, que, entre otros aspectos, otorgan un rol distinto al tribunal en la dirección de la etapa de producción de la prueba y regulan de manera muy diferente esa etapa. Sobre las Reglas de Praga, ver Dasser, F., «*Soft Law*» in *International Commercial Arbitration*, en *Recueil des cours*, vol. 402, Brill: Leiden, 2020, pp. 505-509; Stampa, G., «*The Prague rules*», *Arbitration International*, vol. 35, n.º 2, 2019, pp. 221-244.

das valiosas»<sup>74</sup>. Explica Eduardo Stordeur que el AED parte de la premisa de que «las personas toman decisiones con la finalidad de maximizar su utilidad o bienestar en los más diversos contextos de la vida social, lo que incluye las decisiones relativas a cumplir contratos o adoptar una unidad adicional de cuidado frente la perspectiva de pagar daños por accidentes. Las reglas legales contienen precios, a veces no monetarios o precios sombra, que incentivan de manera determinada a las decisiones humanas, de un modo algo análogo al modo en el cual lo hacen los precios monetarios. De ese modo el sistema legal puede examinarse, desde la teoría económica, como un sistema de organización social basado en incentivos»<sup>75</sup>.

Según Stordeur, para que haya eficiencia en los mercados se requiere que se presenten algunas condiciones. Cuando hay una ausencia importante de alguna de esas condiciones, se dice que un mercado enfrenta problemas de eficiencia<sup>76</sup> o fallas de mercado (en nuestro caso, el mercado de las normas de *soft law*)<sup>77</sup>.

Bajo esta óptica, se puede decir que los problemas de eficiencia antes descritos que acarrea la proliferación de instrumentos de *soft law* son fallas de mercado. A continuación, analizaremos algunas de esas fallas en el mercado de las normas de *soft law*.

### 1.1. Los costos de transacción

Los costos de transacción pueden ser descritos sucintamente como los costos de negociación cuando deseamos realizar una transacción, es decir, obtener algo de alguien<sup>78</sup>. En otras palabras, «para efectuar una transacción en el mercado, es preciso descubrir quién es la persona con la que se desea operar, informar a las personas qué se desea traficar y en qué condiciones, efectuar negociaciones que conducen a un acuerdo, redactar el contrato, realizar la

74. Stordeur, E.(h), *Análisis económico del derecho. Una introducción*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011, pp. 1-2. Ver también, Bullard, A., *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*, Lima: Palestra Editores, 2006, p. 35.

75. Stordeur, E.(h), *Análisis económico del derecho. Una introducción*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011, p. 17.

76. Vale señalar que uno de los beneficios de la proliferación de normas de *soft law*, es decir, de que tantas instituciones y asociaciones dedicadas al arbitraje propongan y elaboren normas para el arbitraje internacional, es que ello es prueba que el de las *soft law* s se trata de un mercado altamente competitivo y sin barreras de entrada. Por ello, podemos *prima facie* descartar la existencia de monopolios u oligopolios en el «mercado» de las *soft laws*.

77. Stordeur, E.(h), *Análisis económico del derecho. Una introducción*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011, pp. 79-80.

78. Stordeur, E.(h), *Análisis económico del derecho. Una introducción*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011, p. 101. Ver también Bullard, A., *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*, Lima: Palestra Editores, 2006, pp. 42-45.

inspección necesaria para asegurarse de que se respetan las estipulaciones del contrato, etc.»<sup>79</sup>.

Al respecto, las normas de *soft law* al pretender estandarizar buenas prácticas o prácticas establecidas deberían contribuir a reducir los costos de transacción de una disputa ya que las partes y el tribunal arbitral evitan tener que investigar y negociar un aspecto de la transacción. Sin embargo, en el estado actual, presentan una paradoja, ya que la existencia de múltiples normas en competencia por ser aplicadas termina aumentando los costos de transacción, genera incertidumbre y obliga a las partes y al tribunal arbitral a discutir sobre, por ejemplo, las normas de *soft law* convenientes a aplicar en una etapa determinada del procesal arbitral. O, cuando las partes no han logrado ponerse de acuerdo y a falta de una provisión expresa, a discutir y presentar escritos sobre las facultades o poderes de los árbitros<sup>80</sup> para determinar las normas *soft law* aplicables a una etapa o cuestión del procedimiento. Como es sabido, las discusiones procesales se han vuelto –desafortunadamente– muy comunes en el arbitraje internacional y son una de las principales razones del aumento de los costos en el arbitraje.

## 1.2. Asimetría de la información

Explica Stordeur que «una condición para que los mercados operen de manera eficiente es que los operadores tengan buena información acerca de los elementos relevantes del mercado»<sup>81</sup>. Sin embargo, hay situaciones donde operan problemas de información asimétrica<sup>82</sup>, que se dan cuando los precios fracasan como mecanismo de transmisión de la información correcta, lo que termina llevando a resultados ineficientes. En estos casos, la información es o bien muy onerosa o ha sido mal distribuida, por lo cual se terminan produciendo menores transacciones, lo que a su turno conduce a la pérdida de excedentes<sup>83</sup>.

El problema de la proliferación de normas puede ser también considerado como un problema de asimetría de la información. Esta se presenta típicamente cuando en un mercado determinado «el vendedor tiene mucha más información

79. Coase, R.H., *La empresa, el mercado y la ley*, Alianza: Madrid, 1998, p. 134.

80. Para profundizar sobre este tema, ver Fernández Arroyo, D.P., «*Arbitrators' Procedural Powers: The Last Frontier of Party Autonomy?*», en *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration*, pp. 199-231. Huntington: Juris Editions, 2016.

81. Stordeur, E.(h), *Análisis económico del derecho. Una introducción*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011, p. 83.

82. Para profundizar sobre este tema, ver Bullard, A., *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*, Lima: Palestra Editores, 2006, pp. 439-442

83. Stordeur, E.(h), *Análisis económico del derecho. Una introducción*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011, p. 83.

que el comprador sobre la calidad de los bienes»<sup>84</sup>. Al respecto, a algunos de los usuarios de las normas *soft law* (o *compradores*) les puede resultar difícil obtener información acerca del *valor* o utilidad de cada norma sin antes incurrir en un costoso análisis detallado de cada una de ellas. En una situación en la que una de las partes tiene una experiencia sustancial utilizando normas *soft law* y la otra es relativamente inexperta, puede ser que a esta última le resulte muy costoso establecer el valor y seleccionar la norma que más le conviene. Por esa razón, una de las partes puede incurrir en un error y consentir la aplicación de una norma de *soft law* que la perjudica<sup>85</sup>. O, por su falta de conocimiento, puede oponerse a la aplicación de cualquier norma de *soft law*, lo que obligaría a las partes (o al tribunal arbitral) a diseñar una norma específica para el caso, lo que es evidentemente más costoso para todos. Como vemos, la presencia de asimetría de la información puede generar una interacción que lleve a las partes a terminar con una solución que es menos óptima.

### 1.3. Problemas de agencia

Así como hay fallas de mercado, también existen las fallas de Estado. Las fallas de Estado o del sector público fueron primero esbozadas por la escuela o teoría de la elección pública<sup>86</sup>, un enfoque que propone aplicar teoría microeconómica «al campo de la ciencia política, asumiendo que los actores determinantes del sistema político, como políticos, burócratas y votantes, persiguen maximizar su propia utilidad»<sup>87</sup>.

En el caso del arbitraje internacional, si bien el Estado en sentido estricto no tiene generalmente participación en la elaboración de las normas (procesales) de *soft law*, sí hay instituciones y actores privados que cumplen una función legislativa. Y, como con el Estado, puede suceder que esos actores persigan maximizar su propia utilidad, en lugar de la utilidad de los usuarios.

En efecto, los problemas metodológicos en la elaboración de las normas de *soft law* observados por algunos doctrinarios –que describiéramos anteriormente– pueden ser considerados como un problema de agencia. Bajo este esquema, las partes o los *usuarios* de las normas de *soft law* son los principales, y los grupos de trabajo o los *legisladores* de *soft law* son los agentes. El problema

84. Stordeur, E.(h), *Análisis económico del derecho. Una introducción*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011, p. 83.

85. Bullard, A., *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*, Lima: Palestra Editores, 2006, p. 447.

86. Explica Bullard que esta teoría sirve, por ejemplo, «para analizar los procesos políticos, las decisiones de los funcionarios públicos, cómo se generan las constituciones y las reglas electorales, etc». Bullard, A., *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*, Lima: Palestra Editores, 2006, p. 46.

87. Stordeur, E.(h), *Análisis económico del derecho. Una introducción*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011, p. 106.

se presenta cuando los agentes (los legisladores) no tienen buenos incentivos para elaborar normas que contengan las mejores soluciones, es decir, aquellas que maximicen el bienestar de los principales (los usuarios de las normas), y cuando la posibilidad por parte de los principales de fiscalizar la labor de los agentes es prácticamente imposible o excesivamente onerosa.

La falla se presentaría entonces cuando esos legisladores podrían haber creado normas más eficientes que las que finalmente publicaron, ello teniendo en cuenta la preferencia de los usuarios, es decir, lo que hubiera servido mejor a sus intereses<sup>88</sup>.

Como señala Dasser, el proceso de elaboración de normas *soft law* debe gozar de legitimidad institucional, contar con un procedimiento transparente y tener aceptación por parte de la comunidad del arbitraje<sup>89</sup>. En particular, respecto de este último elemento señala Fernández Arroyo que se deben consultar representantes en todos los niveles, incluyendo profesionales, empresas, instituciones, así como a la comunidad arbitral en general a través de consultas públicas<sup>90</sup>. Si alguno de los elementos enumerados no están presentes en el proceso, puede tener como resultado normas que no contengan las soluciones más útiles a los problemas de los usuarios y, de tal forma, generar la percepción en los usuarios de que los *legisladores* no maximizaron su utilidad, sino que sirvieron sus propios intereses.

## 2. LA OFERTA Y LA DEMANDA DE NORMAS DE *SOFT LAW* COMO SOLUCIÓN PARA LOS PROBLEMAS DE EFICIENCIA

Como señalábamos antes, algunos autores han propuesto alternativas para distinguir entre las diversas normas de *soft law*, como la propuesta de una norma de *soft law* «sólido» de Fernandez Arroyo<sup>91</sup> o las pautas procedimentales más estrictas sugeridas por Dasser<sup>92</sup>. Estas propuestas tienen en común que hacen foco en la metodología de elaboración de la norma para distinguir entre el buen *soft law* y aquél que no lo es tanto.

Nosotros, en lugar de enfocarnos en el medio (en la metodología de la elaboración de las normas *soft law*), un proceso que puede ser muy difícil y

88. Stordeur, E.(h), *Análisis económico del derecho. Una introducción*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011, p. 107.

89. Dasser, F., «*Soft law in International Commercial Arbitration – A Critical Approach*», en *Austria Yearbook on International Arbitration*, 2019, p. 10.

90. Fernández Arroyo, D.P., «*Soft law and arbitral procedure: A conditioned but inescapable couple*», en *European International Arbitration Review*, vol. 7 n.º 2, 2018, p. 83.

91. Fernández Arroyo, D.P., «*Soft law and arbitral procedure: A conditioned but inescapable couple*», en *European International Arbitration Review*, vol. 7 n.º 2, 2018, pp. 82-83.

92. Dasser, F., «*Soft law in International Commercial Arbitration – A Critical Approach*», en *Austria Yearbook on International Arbitration*, 2019, p. 10.

costoso de evaluar, preferimos enfocarnos en el resultado. El resultado del instrumento sería la satisfacción del usuario (las partes y el tribunal arbitral), independientemente de cualquier defecto metodológico que pudiera aparecer en la etapa de elaboración de la norma.

La forma de conocer cuáles son los resultados de una norma es observando si, luego de utilizar una determinada norma, los actores la vuelven a elegir en el futuro, manifestando así su preferencia individual por ésta. Por ello, el sistema más efectivo para identificar las normas de *soft law* que son más satisfactorias para los usuarios es el mercado libre, mediante la operación de la ley de la oferta y la demanda<sup>93</sup>. En nuestro caso, «la oferta y la demanda de una norma» de *soft law* por parte de los usuarios del arbitraje. De esta manera, agregando las preferencias individuales de los usuarios, podremos saber cuáles son las normas más útiles (y cuáles no).

En términos prácticos, la observación de la operación de la oferta y la demanda de normas de *soft law* se podría lograr a través de encuestas o consultas públicas periódicas, realizadas con total transparencia y siguiendo los estándares más altos posibles. Las principales instituciones de la comunidad arbitral (centros de arbitraje, asociaciones arbitrales e instituciones académicas) podrían unir esfuerzos para comandar dichas iniciativas<sup>94</sup> y realizarlas a intervalos regulares, para así obtener indicadores fidedignos y actualizados sobre cuáles son las normas que el mercado libre del arbitraje internacional a lo largo del tiempo considera más aptas para abordar una determinada cuestión procesal o sustantiva.

Otra solución posible (y complementaria de la anterior), es la propuesta de Kaufmann-Kohler que reposa sobre los beneficios de la codificación de las normas. En efecto, Kaufmann-Kohler señala que «la naturaleza humana tiene la tendencia a favorecer la solución fácil y las transacciones de negocios que tienen el beneficio de la predictibilidad» por lo que «no debiera sorprender que las reglas codificadas tengan mayor normatividad que aquéllas no codificadas»<sup>95</sup>. Siguiendo este razonamiento, luego de identificar las normas de *soft law* más aptas para abordar un determinado aspecto procesal del arbitraje in-

93. Ver, Posner, R.A., *El análisis económico del derecho*, México DF: Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 11-23; Bullard, A., *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*, Lima: Palestra Editores, 2006, p. 533.

94. Como sostiene Mourre, los órganos de elaboración de normas de *soft law* como la IBA y la ICCA tienen un papel importante que desempeñar para garantizar la integridad del arbitraje, pero «solo instituciones de arbitraje sólidas y legítimas pueden hacer cumplir estas reglas y dar transparencia y previsibilidad al sistema global». Ver Jones, T. y Ross, A., *Mourre Calls for Institutions to Join Forces*, 9 de marzo de 2018 disponible en [www.globalarbitrationreview.com/mourre-calls-institutions-join-forces](http://www.globalarbitrationreview.com/mourre-calls-institutions-join-forces).

95. Kaufmann-Kohler, G., «Soft law in International Arbitration: Codification and Normativity», en *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 1, issue 2, 2010, pp. 15-16.

ternacional, se procedería a codificarlas<sup>96</sup> para así otorgarles una (aún mayor) normatividad.

Las encuestas y consultas públicas junto con la codificación contribuirían a identificar la utilidad o valor de las normas, al coleccionar, centralizar y ordenar sistemáticamente información excesiva y dispersa, ayudando así a consolidar un sistema de precios en el mercado de las normas de *soft law*. Como explica Stordeur, «el sistema de precios contiene información que permite que los operadores de mercados tomen decisiones correctas en términos de coordinación con alto grado de ignorancia. El sistema de precios, antes que permitir que agentes informados asignen bienes a sus usos más valiosos, permite que agentes poco informados tomen decisiones correctas en los mercados»<sup>97</sup>.

En cuanto a las fallas de mercado y de Estado en el mercado de las normas de *soft law*, las encuestas y consultas públicas resolverían el problema de los costos de transacción, al identificar de forma transparente las normas más útiles para los usuarios, quienes se evitarían el costoso proceso de revisar la multiplicidad de normas de *soft law* con dicho objetivo. También resolverían el problema de agencia, al quitar influencia a los agentes (los legisladores de *soft law*) y dársela a los principales (los usuarios de las normas de *soft law*). Junto con la codificación, las encuestas y consultas públicas resolverían también los problemas de asimetría de la información, al hacer públicamente accesible<sup>98</sup> y de forma ordenada y sistemática cuáles son las normas consideradas más valiosas por los usuarios.

## VI. CONCLUSIÓN

El *soft law*, si bien es un concepto importado al arbitraje internacional hace relativamente pocos años, ha generado un intenso debate en la comunidad arbitral sobre su conveniencia, concepto y alcances. Aun así, hay un consenso incipiente en la doctrina arbitral sobre ciertas pautas metodológicas mínimas que se deberían cumplir para que un instrumento califique como norma de *soft law*.

Sin embargo, dicho enfoque metodológico, en un contexto de proliferación excesiva de normas, tiene una utilidad limitada para los usuarios, que

96. Hay una evidente tensión entre la flexibilidad y la adaptabilidad del *soft law* y la estructura y rigidez de un código. Ver al respecto, Torsello, M., «*Storing Clouds in a Jar: Lex Mercatoria, Soft Law and Codification in Transnational Commercial Law*», en *European International Arbitration Review*, vol. 7 n.º 2, 2019, p. 101.

97. Stordeur, E.(h), *Análisis económico del derecho. Una introducción*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011, p. 84.

98. Como señala Marco Torsello, «es evidente que la codificación de un instrumento de *soft law* lo hace más accesible para sus usuarios». Ver, Torsello, M., «*Storing Clouds in a Jar: Lex Mercatoria, Soft Law and Codification in Transnational Commercial Law*», en *European International Arbitration Review*, vol. 7 n.º 2, 2019, p. 124.

necesitan seleccionar de forma rápida y sencilla una norma de *soft law* entre las múltiples disponibles para regir una cuestión no regulada en un arbitraje.

El análisis económico brinda herramientas efectivas para analizar los problemas que produce la proliferación de normas *soft law* como fallas de mercado y de Estado y, asimismo, nos permite proponer soluciones prácticas basadas en el libre mercado y en la operación de la ley de la oferta y la demanda. Las encuestas, consultas públicas y la codificación normativa implican recabar y ordenar la información que genera las elecciones de los usuarios en el mercado. Allí tienen un papel central que cumplir los centros de arbitraje, las asociaciones de profesionales y las instituciones académicas.