

PARTE I
RECONSTRUCCIONES
DEL *SOFT LAW*

SOFT LAW: ASPECTOS TEÓRICOS
Y PROBLEMAS PRÁCTICOS

Juan José Iniesta Delgado

Álvaro Núñez Vaquero (eds.)

ISBN: 978-84-1381-930-3

Madrid, 2025

pp. 19-59

DOI: 10.37417/soft-law/01

Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

***SOFT LAW*, TÉRMINO Y REALIDAD: EXPLORANDO LA DEFINICIÓN Y LA REFERENCIA DE UNA NOCIÓN EN EVOLUCIÓN**

Juan José INIESTA DELGADO
Universidad de Murcia

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. DIFICULTADES DE UNA EXPRESIÓN EN CRECIMIENTO: 2.1. El problema de la expresión; 2.2. El problema de la referencia; 2.3. El problema de la caracterización— 3. IDENTIFICACIÓN DEL *SOFT LAW*: 3.1. Identificación ontológica; 3.2. Identificación funcional.— 4. SOBRE LA NORMATIVIDAD DEL *SOFT LAW*: 4.1 ¿El *soft law* está integrado por normas?: 4.1.1 ¿Qué son normas?; 4.1.2 Normas de *soft law*; 4.1.3 Características de las normas de *soft law*. 4.2 ¿El *soft law* regula conductas?.— 5. SOBRE LA FUERZA VINCULANTE DEL *SOFT LAW*: 5.1 Si carece de fuerza vinculante, ¿de qué carece el *soft law*?; 5.2 ¿Por qué el *soft law* no tiene fuerza vinculante?; 5.3 ¿Cuáles son las consecuencias de no tener fuerza vinculante?.— 6. SOBRE LOS EFECTOS JURÍDICOS DEL *SOFT LAW*: 6.1 Posibles efectos del *soft law*; 6.2 Explicación de los efectos del *soft law*.— 7. ALGUNAS RESPUESTAS «BLANDAS» A PREGUNTAS «DURAS».— BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

A pesar de la irrefutable necesidad del derecho en cualquier sociedad humana mínimamente civilizada, inveteradamente reflejada en el aforismo «*ubi societas ibi ius*»¹, no deja de resultar una necesidad incómoda, puesto que supone un apremio indeclinable al obrar huma-

¹ Sobre la falta de exactitud de este aforismo y la ausencia de sincronía entre el origen de la sociedad y el origen de las formas jurídicas y políticas, CAPELLA, 1997: 18-21.

no que parece incompatible con unas aspiraciones de libre actuación a las que no estamos dispuestos a renunciar alegremente. No es de extrañar, pues, la recurrente aparición de tesis y actitudes anarquistas o cercanas a anarquismo que se rebelan contra esa coacción a la libertad humana que consideran inasumible. Como tampoco es de extrañar el poco éxito cosechado por dichas tesis y actitudes, al chocar sus pretensiones con una necesidad de organización que no se deja sortear con facilidad. La persistencia de la presencia y fuerza del derecho en todo tiempo y lugar es una manifestación del inevitable sometimiento de la mera conveniencia a la implacable necesidad.

En nuestros días la controversia entre necesidad e incomodidad del derecho adquiere los tonos y los perfiles propios de los problemas específicos que apremian a nuestra sociedad. Confluyen, de este modo, nuevas exigencias, nuevas relaciones, nuevos conflictos y todas las dificultades del mundo para procurar una organización adecuada a unas realidades que, por su novedad, son experimentadas a la par que exigen ser reguladas. Si nada garantiza que el derecho largamente reflexionado sobre viejas cuestiones acierte con las soluciones que propone, cuanto más podrá ser falible, ineficiente, inoportuno, contraproducente incluso, un derecho que se formula sin más método que el ofrecido por la dinámica ensayo-error, desarrollada con la celeridad que reclama una realidad que evoluciona a ritmo de vértigo².

En este contexto, cabe apreciar que nuestras aspiraciones de organización social, por lo que se refiere al derecho, se debaten entre lo que puede calificarse como fenómenos de *hiperregulación* y fenómenos de *desregulación*.

Por lo que a la hiperregulación se refiere, sus causas se han tratado de encontrar en diversos factores, como el incremento de las funciones del Estado (LÓPEZ DE OÑATE, 2007: 39), el sometimiento del poder a derecho (TORRES RUIZ, 1992: 370), el incremento de la producción normativa por la Administración pública, pasando de una administración de gestión a una administración de regulación (INMORDINO y MODICA, 2002: 287), la aparición de nuevos centros de poder normativo (CASTILLO BLANCO, 2002: 22-23), la utilización de la legislación como propaganda (DESDENTADO BONETE, 2009: 8-9), etc. Son muchos los aspectos de la realidad en los que se aprecia la necesidad de orden, en los que se advierte la posibilidad del conflicto y cada vez más los detalles que hay que tener en cuenta, desencadenando la proliferación de una regulación particularizada, que baja al detalle de cada situación concreta.

² De «Legislación motorizada» hablaba C. SCHMIDT, si bien referida a la producción de decretos del gobierno (SCHMITT, 1950: 20). Sobre la alusión al «legislador motorizado» como denuncia de este proceso de legislación irreflexiva, véase MENÉNDEZ, 1999: 21.

Por otro lado, un fenómeno aparentemente opuesto, como es el de la desregulación (MARCILLA, 2005: 240), también es apreciable en la aparición y expansión de ámbitos de la realidad social que rehúyen el corsé impuesto por las normas jurídicas, a veces por pura y simple aversión a los límites impuestos externamente³, reflejado en exigencias de autonomía que se aprecian especialmente vibrantes en el ámbito económico, dando lugar al conocido fenómeno de la *desregulación financiera* que desde el último tercio del siglo pasado ha ido progresivamente eliminado las restricciones a las actividades bancarias, sobre todo en los países más desarrollados (SWARY y TOPF, 1993). Otras veces deriva de la desconfianza hacia las normas provenientes del aparato del Estado que se perciben insatisfactorias frente a realidades socialmente complejas o muy tecnificadas (SARMIENTO, 2008: 66), dando lugar a lo que se ha llamado «externalización» (*outsourcing*) de la producción de reglas, fenómeno por medio del cual, los órganos de creación normativa del estado se descargan de su la tarea de regular el detalle, limitándose a disponer las metas a alcanzar (WESTERMAN, 2018b: 8 ss.). En otros casos, lo que se desprecia es la ineficacia de las fuentes de derecho, cuando no existe un poder suficiente para imponerlas, como paradigmáticamente se viene apreciando en el ámbito del derecho internacional⁴.

Esta dialéctica entre las acuciantes necesidades de regulación y la ineficacia e insuficiencia de los instrumentos jurídicos para satisfacerlas es el terreno fértil en el que se ha sembrado y desarrollado la irregular semilla del *soft law*: un «derecho» que no impone, una regla que no oprime, orientación amable frente a imposición violenta, reglas cuyo cumplimiento se solicita «por favor» y no «porque sí».

Hay muchas preguntas interesantes planteadas sobre este curioso fenómeno que parece habitar en las fronteras del derecho: ¿por qué surge?, ¿para qué sirve?, ¿quién lo promueve? ¿A qué tipo de instrumentos, actos o hechos se puede aplicar este término? Tanto la dogmática jurídica como la teoría del derecho se enfrentan a estas cuestiones, a veces inquietas a causa de la duda acerca de si realmente se trata de asuntos de su incumbencia. Tal vez porque, subyacente a todas esas preguntas, se oculta la fundamental demanda ontológica: «¿qué es el *soft law*?». Y, sobre todo, por el temor a que la respuesta pueda exiliarles fuera de su ámbito de competencia.

³ CAPELLA señala que esta aversión a los límites puede provenir de los mismos aparatos estatales y de su deseo de intervenir en ciertos ámbitos por *medios extrajurídicos*, sin quedar vinculados por normas (CAPELLA, 1997: 49).

⁴ Sobre estas aproximaciones críticas a la eficacia del derecho internacional se pueden consultar las aportaciones de diversos autores en *Proceedings of the ASIL Annual Meeting 2009*, bajo el epígrafe *In What Sense is International Law Law?* También, en el mismo sentido se apunta que el habitual empleo de instrumentos de *soft law* en el seno de las instituciones europeas es una manifestación de la debilidad de la Unión Europea derivada de los problemas que presenta la integración entre sus miembros (ESCUDERO, 2012: 145).

En cualquier caso, a la par que las dudas teóricas, los juristas de toda índole se enfrentan a la ineludible cuestión práctica planteada por la habitual presencia de las diversas realidades englobadas bajo la noción genérica de *soft law* en todo tipo situaciones en las que está en juego la ordenación de la vida social, tanto en su vertiente pública como en la privada, en colaboración o, incluso, en competencia, con el derecho «de toda la vida», ese al que la contraposición con la nueva noción ha forzado a denominar *hard law*. Desde el valor de las disposiciones no vinculantes de la Unión Europea (dictámenes y recomendaciones, así como otra variedad de instrumentos como programas de acción, reglas administrativas, códigos de conducta, instrumentos interpretativos, etc.) hasta los códigos de buen gobierno empresarial, pasando por las proclamaciones no legislativas de los parlamentos, instrucciones, circulares, cartas de servicio, etc., de la administración pública, la repercusión de estas tipologías regulatorias al margen del sistema de fuentes tipificado se deja sentir en los más diversos sectores de la práctica judicial y extrajudicial, con una relevancia que pocos dudan en calificar como *jurídica*. Y es que, más allá de la cuestión de si el *soft law* es o no es derecho, parece claro que sus efectos son *jurídicos*⁵. Pero ¿lo son en realidad?

2. DIFICULTADES DE UNA EXPRESIÓN EN CRECIMIENTO

2.1. El problema de la expresión

En los cada vez más frecuentes estudios de teoría del derecho que se le han dedicado⁶, la cuestión de la naturaleza del *soft law* cobra un particular protagonismo, resumiéndose esta preocupación en dos preguntas: 1) ¿Qué tiene de *derecho* el *soft law*?; 2) ¿En qué consiste la propiedad de la *blandura* del derecho blando?

Al aproximarnos de este modo al estudio del fenómeno del que nos ocupamos, corremos el riesgo de dejarnos llevar, casi intuitivamente, por la estructura gramatical de nuestra expresión: al sustantivo (*law/derecho*) le acompaña el adjetivo (*soft/blando*). Mientras que con el sustantivo se designa el objeto, con el adjetivo se designa la propiedad.

⁵ Una exposición del tipo de efectos jurídicos generados por el *soft law*, en particular, del producido por las instituciones de la Unión Europea, tanto a nivel comunitario como a nivel nacional, puede encontrarse en las distintas aportaciones del volumen colectivo *EU Soft Law in the Member States* (ELIANTONIO, KORKEA-AHO, STEFAN, 2021).

⁶ En este ámbito pueden destacarse: ESCUDERO ALDAY, 2012; WESTERMAN, HAGE, KIRSTE, MACKOR (eds.), 2018; GRNCHALLA-WESIERSKI, 1984; GALIANA SAURA, 2016; PASTORE, 2014; POSNER, GERSEN J, 2008; DE MELO CARTAXO, 2016; CARBONNIER, 1994; LAPORTA, 2014.

Este tratamiento gramatical del término conduce a una aproximación ontológica al tema que condiciona los espacios de análisis. El más importante de ellos gira en torno al debate sobre si el *soft law* es derecho o no es derecho. La tesis subyacente a los diversos posicionamientos en este debate parece ser que la denominación *soft law* está comprometida de algún modo con la asunción de que el derecho blando debe ser *algún tipo de derecho*. De otro modo, o bien deberíamos llamarlo de forma diferente, o bien estaríamos usando mal el término (SHELTON, 2008: 3).

Sin embargo, no toda combinación de sustantivo y adjetivo alude a una catalogación de género y especie. Por supuesto, un león grande o un león de circo son tipos de león, pero un león marino no lo es, de la misma forma que un lobo de mar no es un tipo de lobo. Las expresiones del español «león marino» y «lobo de mar» son locuciones nominales que actúan conjuntamente como un sustantivo con significación propia independiente de la que tienen las palabras que se combinan para formarlas⁷.

No sería de extrañar que «*soft law*» fuese una expresión, en este caso inglesa, que se corresponde a la categoría gramatical de las locuciones nominales. A la hora de identificar locuciones nominales hay que tener cuidado, puesto que no toda secuencia de palabras empleada habitualmente para designar objetos son auténticas locuciones nominales. Por este motivo resulta útil fijarse en ciertas características de tales expresiones que nos puede servir de guía: 1) el orden de las palabras es fijo y no admite combinaciones libres; 2) no se pueden insertar otras palabras que no formen parte de la locución; 3) no se pueden separar ni modificar el género y número; 4) son difícilmente traducibles.

Precisamente este último rasgo resulta bastante llamativo en el caso que estamos examinando, puesto que la locución inglesa ha devenido expresión habitual, incluso cuando nos expresamos en castellano, mientras que la alternativa traducida, «derecho blando», ya no parece tan apropiada, puesto que pierde algo de su significado y, a la vez, adquiere algo distinto, como puede ser un vago, aunque no por ello menos reconocible, matiz de burla.

Si, tal y como presumo, nuestra expresión es una locución nominal, resulta que el *soft law* no tiene necesariamente que ser derecho. El empleo del término *law* no sería usado en la locución con su significado propio. En todo caso, aludiría alegórica o metafóricamente a algún elemento o propiedad del derecho que, de algún modo, vemos reflejada

⁷ CASARES define la locución como «combinación estable de dos o más términos, que funcione como elemento oracional y cuyo sentido unitario consabido no se justifique, sin más, como una suma del significado normal de sus componentes»; el término «consabido» es empleado por el autor para expresar que el sentido de que se trata es familiar a la comunidad lingüística (CASARES, 1992: 170).

en la realidad referida por la locución nominal⁸. En consecuencia, su empleo no debe condicionarnos irremediablemente a tener que asumir compromiso conceptual alguno respecto a la caracterización del *soft law* como derecho.

2.2. El problema de la referencia

En cualquier caso, el problema conceptual sigue generando una genuina preocupación, al menos para el teórico que se interesa por indagar en la realidad designada por esta curiosa locución. ¿Cómo saber a qué nos estamos refiriendo cuando hablamos de *soft law*?

Es el uso extendido (*consabido*) de la locución misma lo que nos va a indicar su sentido y su referencia. Sin embargo, aquí nos topamos con el primer obstáculo: es difícil saber hasta qué punto hay un uso consolidado de la expresión *soft law*. El *Diccionario panhispánico del español jurídico* da dos definiciones distintas:

1. Conjunto de normas o reglamentaciones no vigentes que pueden ser consideradas por los operadores jurídicos en materias de carácter preferentemente dispositivo y que incluyen recomendaciones, dictámenes, códigos de conducta, principios, etc. Influyen asimismo en el desarrollo legislativo y pueden ser utilizadas como referentes específicos en la actuación judicial o arbitral.

2. Actos jurídicos que sin tener fuerza vinculante obligatoria contienen las pautas inspiradoras de una futura regulación de una materia, abriendo paso a un posterior proceso de formación normativa.

En *Oxford Reference* se dice lo siguiente: «(En derecho internacional) Guías de comportamiento, tales como aquella que encontramos en los tratados todavía no en vigor, resoluciones de las Naciones Unidas, o conferencias internacionales, que no son vinculantes por sí mismas, pero que son más que meras declaraciones de aspiraciones políticas (se encuentra en un limbo político/jurídico entre estas dos situaciones). El *soft law* contrasta con el *hard law*, esto es, aquellas obligaciones jurídicas que encontramos en los tratados o en el derecho consuetudinario internacional que son vinculantes en y por sí mismas».

Dos cuestiones aparecen claramente perfiladas en estas definiciones y en otras que se han venido apuntando: la primera es la que corresponde a la identificación del tipo de objetos a los que se le aplica la denominación *soft law*, esto es, el aspecto extensional de la definición. La otra se refiere a los rasgos que caracterizan a los fenómenos de *soft*

⁸ Tampoco debería descartarse el «significado emotivo favorable» que acompaña al término «derecho», al que aludía NINO, como factor determinante para aplicar tal etiqueta a fenómenos valorados positivamente (NINO, 1987: 16).

law y, por lo tanto, responden a una definición intensional del mismo. La constatación de la primera corresponde a un examen empírico, la constatación de la segunda, de uno analítico.

Las definiciones de diccionario nos dan una primera aproximación a qué tipo de objetos se puede referir esta expresión: recomendaciones, dictámenes, códigos de conducta, tratados todavía no en vigor, resoluciones de organizaciones o conferencias internacionales, estándares de calidad, leyes modelo, pautas de actuación, etc. Sin embargo, estas enumeraciones no ayudan demasiado, puesto que, por un lado, son enumeraciones abiertas y, por otro, la mayor parte de las expresiones que las integran son, asimismo, de alcance indeterminado. Desde luego, llama la atención la cantidad y variedad de objetos a los que se aplica la expresión que nos ocupa, así como lo diversas que son sus características (GRNCHALLA-WESIERSKI, 1984: 44). Otra cosa que llama la atención, desde una perspectiva diacrónica, es que se trata de una expresión cuyo alcance se ha ido extendiendo exponencialmente, sin que pueda afirmarse en la actualidad que haya quedado definitivamente fijado. Podría decirse que el número de entidades de *soft law* crece constantemente tanto por la elaboración de nuevas instancias de tipos de *soft law* ya consolidados, como por la nueva aplicación del término a tipos de instrumentos ya existentes, pero no incluidos previamente en el término (SENDEN, 2004: 23-25). Una manifestación de la fortuna de una nueva expresión es que su crecimiento en el número de instancias se ve acompañada de su expansión en cuanto a los tipos que abarca.

2.3. El problema de la caracterización

Al formular una definición de la expresión *soft law* que armonice con el ámbito de referencia al que se aplica, un aspecto importante para tener en cuenta es que la expresión *soft law* ha sido generada en el seno de una comunidad especializada (PASTORE, 2014: 76) y no se ha expandido tanto su uso fuera de dicha comunidad para considerar que se haya vulgarizado (ESCUDERO, 2012: 130). El significado de la expresión *soft law* habrá que rastrearlo en el más restringido ámbito de la comunidad académica. Esto, por un lado, hace la búsqueda más accesible, por supuesto. Pero también supone que las discordancias de uso tengan una incidencia mayor como obstáculos a la consolidación de una definición. Que un individuo tenga una particular manera de entender la palabra «elefante» no revela más que una rareza en su idiolecto; que un académico difiera en cuanto a los caracteres definidores de la expresión *soft law* respecto a varios otros, genera una duda genuina en cuanto a su posible significado.

Otro detalle que merece la pena destacar respecto a los intentos de delimitación conceptual que tratan de ofrecer las definiciones o

caracterizaciones del *soft law* es que suelen tomar como punto de referencia las características que se predicen de su tocayo duro, el *hard law* (GALIANA SAURA, 2010: 42). Este método genera pistas sugerentes y, en cierto modo, puede parecer incluso inevitable, pero no deja de tener sus peligros, si consideramos que esa semejanza terminológica oculta más diferencias de fondo de las que aparenta. Tampoco ayuda mucho que las características que operan como factor de comparación entre *hard law* y *soft law* no estén siempre bien identificadas puesto que se expresan en términos confusos, vagos, ambiguos, lo que dificulta la comprensión de aquello que verdaderamente acerca o separa ambos fenómenos.

En definitiva, al carácter fluido de la extensión de la expresión *soft law*, presentada como vasta, heterogénea y expansiva, se suma la ausencia de una definición asentada, aceptada y utilizada comúnmente por la comunidad de interesados (en principio, reducida) que la emplea habitualmente en sus discursos. Esto tiene como consecuencia semántica natural una ineludible vaguedad que dificulta la identificación concreta de los ítems integrados en su ámbito de referencia⁹.

¿Cómo podemos enfrentarnos a esta dificultad? Yo pretendo ofrecer dos observaciones muy generales tendentes a la identificación de la referencia de la expresión *soft law*: una referida a la función del *soft law* y la otra referida a su naturaleza ontológica. A partir de ahí, podremos reflexionar con una base más sólida sobre tres notas características que protagonizan debates y dudas respecto a su proximidad o lejanía respecto al derecho: normatividad, ausencia de fuerza vinculante y producción de ciertos efectos jurídicos (SENDEN, 2004: 112).

3. IDENTIFICACIÓN DEL *SOFT LAW*

3.1. Identificación ontológica

Cuando buscamos instancias concretas de aquello que llamamos *soft law* nos encontramos siempre con una modalidad de textos documentados con autores ciertos y con cierto grado de publicidad. Declaraciones, instrucciones, circulares, directivas, recomendaciones, estándares, códigos... todas estas denominaciones hacen referencia a productos documentales integrados por enunciados que pretenden tener cierta influencia en sus ámbitos de interés, aunque no precisamente la que deriva de su pertenencia a un sistema jurídico. Podría describirse, entonces, el *soft law* como conjunto de enunciados.

Estos documentos son elaborados por una amplia variedad de sujetos públicos y privados a los que se reconduce la intención reguladora

⁹ Sobre las dudas relativas a la extensión del término *soft law*, véase ESCUDERO, 2012: 131.

de los enunciados que lo integran¹⁰. El reconocimiento del carácter de *soft law* que tiene el contenido de esos documentos está basado en gran parte en la adopción de ciertos criterios de identificación que no siempre están unánimemente reconocidos, lo que no ayuda a deshacer la vaguedad patológica de nuestra expresión¹¹.

3.2. Identificación funcional

Funcionalmente, el *soft law* es una respuesta regulativa a situaciones intersubjetivas en las que no se puede o no se quiere imponer una regulación. Parece inevitable, por tanto, que tenga que venir delimitado por referencia al derecho, al menos por lo que se refiere a su función. El *soft law* vendría a ocupar aquellos ámbitos de la realidad social que el derecho, a través de sus fuentes, no alcanza a regular¹². Se trata de casos en los que las soluciones que aporta el derecho resultan insuficientes para cubrir las necesidades de regulación existentes. En concreto:

a) Situaciones para las que se necesitan criterios de actuación que orienten la conducta, pero no se requiere que dicha conducta sea impuesta. Hay una necesidad de orientación, pero no de ordenación. Así, ciertas manifestaciones del *soft law* se presentan como alternativas a la contratación entre particulares, como es el caso de los Incoterms de la Cámara de Comercio Internacional que establecen una regulación para las obligaciones, costes y riesgos de la entrega de mercancías cuya efectividad depende de que sean incorporados a un negocio jurídico por acuerdos de voluntades. Estas reglas de comercio internacional suponen una orientación a la conducta negocial puesto que ofrecen una regulación abierta a la disposición de los interesados. En el ámbito público, las necesidades de orientación sin imposición se evidencian en el recurso cada vez más frecuente de las Administraciones públicas a instrumentos regulatorios no vinculantes que ofrezcan a los órganos de la administración pautas de actuación dentro de los márgenes de discrecionalidad que dejan abiertos las normas jurídicas (SARMIENTO, 2008: 42, 50, 68; ALONSO GARCÍA, 2001: 79).

b) Situaciones en las que se percibe la necesidad de imponer una ordenación de las relaciones sociales, pero en la que dicha ordenación es difícil de alcanzar, bien por ausencia de competencia jurídica (las

¹⁰ Esa intención reguladora es la que permitiría, según algunos autores diferenciar el *soft law* de otras cosas como, por ejemplo, los meros acuerdos políticos en el ámbito internacional (SENDEN, 2004: 112; MEYER, 2008: 906)

¹¹ Así, por ejemplo, hay quien considera que la expresión *soft law* no puede ser aplicada a reglas elaboradas por cualquier tipo de sujeto, sino solamente por aquellos que disponen de algún tipo de poder normativo (CERONE, 2016: 23).

¹² «La proliferación del *soft law* refleja una cierta estrechez e inadecuación del *hard law*. El *soft law* debe hacer algunos trabajos en los que el *hard law* falla» (BÓDIG, 2018: 223).

entidades con competencia técnica para elaborar una ordenación de la materia no tienen atribuida la potestad para crear normas jurídicas¹³), bien por carencia de competencia técnica (las autoridades con competencia jurídica no se ven capaces de regular una materia de excesiva complejidad técnica¹⁴), bien por falta de voluntad política (como es el caso de los acuerdos internacionales que no llegan a ser tratados por no tener suficientes ratificaciones¹⁵).

4. SOBRE LA NORMATIVIDAD DEL *SOFT LAW*

Si algo tiene propiamente de *law* el *soft law*, parece encontrarse en su normatividad. Podríamos decir que derecho duro y derecho blando comparten una misma raíz ontológica en cuanto que ambos son fenómenos normativos (SENDEN, 2004: 112).

Sin embargo, la literatura que se ha ocupado del tema se muestra en este punto, al menos nominalmente, contradictoria. Y no se discute sobre esta contradicción, sino que tanto los que consideran que el *soft law* es un fenómeno normativo, como los que consideran que no lo es, lo dan por supuesto.

A los componentes del *soft law* se les llama «enunciados normativos» (CALDERÓN MARENCO, 2018: 51)¹⁶. También se dice de ellos que tienen «naturaleza normativa» (GARRIDO, 2018: 56) o que los instrumentos de *soft law* tienen «estatus normativo» (BÓDIG, 2018: 234), o que son una «fórmula de producción normativa» (ESCUDERO, 2012: 128). Por otro lado, hay quien afirma que el *soft law* está formado por «enunciados no normativos» (KIRSTE, 2018: 49)¹⁷, y se habla del *soft*

¹³ En los casos en los que la ausencia de competencia jurídica se debe a un reparto de competencias normativas entre órganos diversos, es discutible que los órganos que no tienen competencia para regular una determinada materia puedan intervenir en ella vía *soft law*. Particularmente, en derecho español se ha negado que el Estado pueda intentar regular con estos instrumentos materias que son competencia exclusiva de las autonomías (ARROYO, RODRÍGUEZ, 2021: 245).

¹⁴ WESTERMAN (2018b: 10) menciona esta falta de competencia técnica como una de las principales causas de la «externalización» (*outsourcing*) de la función legislativa del Estado.

¹⁵ Por la vía del *soft law* los Estados pueden pretender también evitar los engorrosos procesos internos de ratificación, así como los controles a los que puedan ser sometidos por órganos judiciales y constitucionales (CERDA DUEÑAS 2017: 166). Sobre la ausencia de formalismos en la elaboración del *soft law* como causa de proliferación de instrumentos de este tipo (SHELTON 2008: 15; BRUS, 2018: 249; POSNER, GERSEN, 2008: 41). En el ámbito internacional, el *soft law* se presenta también como un mecanismo para flexibilizar los acuerdos internacionales de modo que facilite a los Estados coyunturalmente interesados en alcanzar un compromiso apartarse del mismo cuando cambien las circunstancias sin mayores complicaciones o sin onerosas consecuencias (MEYER, 2008: 910-912).

¹⁶ Sin embargo, poco más adelante dice que los actos que generan *soft law* «carecen de eficacia normativa» (CALDERÓN MARENCO, 2018: 51).

¹⁷ Aunque más adelante dice que también se llama *soft law* a ciertas «regulaciones normativas» (KIRSTE, 2018: 50).

law como «no normativo» (HAGE, 2018: 40-42). Y para rizar el rizo, el oxímoron absoluto, cuando se lo define como «normas que no son normas» (SARMIENTO, 2008: 28).

Esta aparente diversidad de opiniones evidencia, más que una discrepancia acerca de la naturaleza del *soft law*, un uso divergente de las expresiones «norma» o «normativo». Todo parece indicar que cuando se afirma o se niega la normatividad del *soft law* se está hablando de cosas distintas. Yo creo atisbar los siguientes significados de «normativo» referido al *soft law*:

- 1) Jurídico o jurídicamente válido
- 2) Integrado por normas
- 3) Obligatorio o vinculante
- 4) Causa de reglas o pautas de comportamiento

Me da la impresión de que cuando se dice que no es normativo lo que se quiere decir es que no es jurídicamente válido (significado 1), o que no es vinculante (significado 3). En cambio, cuando se afirma que es un fenómeno normativo se está aludiendo o bien a que el *soft law* está compuesto de normas (significado 2) o, sobre todo, al hecho de que genera reglas o pautas de conducta (significado 4).

Ya he señalado como el mero hecho de incluir el término «*law*» en la expresión que analizamos no es una prueba suficiente para considerar que estamos ante un tipo de derecho y que habrá que profundizar más en las propiedades esenciales de los elementos de derecho y de *soft law* para comprobar si sus semejanzas los convierten en elementos del mismo género a pesar de sus diferencias o no es el caso¹⁸. Por lo que se refiere al significado 3, que es uno de los que más consenso suscita y donde se hace descansar gran parte de las diferencias entre una y otra categoría, me ocuparé de él en el siguiente apartado. En este me ocuparé de las otras dos cuestiones y que son donde parece que se materializan de manera más evidente las semejanzas con el derecho (obviamente, junto con la cuestión de la eficacia jurídica de la que me ocuparé en el apartado quinto).

Estas dos cuestiones se resumen en dos preguntas: a) ¿El *soft law* está integrado por normas?; b) ¿El *soft law* regula comportamientos?

¹⁸ Una exposición del debate acerca del carácter jurídico del *soft law* en GALIANA SAURA, 2016: 314

4.1. ¿El *soft law* está integrado por normas?

4.1.1. ¿Qué son normas?

Cuando decimos que el derecho es un fenómeno normativo no hay duda de que una de las cosas que queremos decir (aunque no sea la única) es que está integrado por una serie de entidades a las que llamamos «normas». Pues bien, si consideramos que la afirmación «el *soft law* es un fenómeno normativo» tiene un significado análogo, lo que quiere decir es que el *soft law* está integrado por normas.

Una norma es una entidad proposicional o una regularidad de comportamiento¹⁹. Entendida como entidad proposicional, una norma es un elemento del lenguaje, normalmente asociado a un tipo de discurso prescriptivo. En cuanto elemento del lenguaje una norma puede ser entendida como una formulación normativa con tipo de discurso prescriptivo, esto es, un enunciado prescriptivo, o bien como una entidad semántica, esto es, el significado o sentido de una formulación normativa. Entendida como regularidad de comportamiento, una norma es una conducta reiterada en un grupo social respecto a la cual la mayoría de los miembros de ese grupo tienen la convicción de que resulta debida. Las normas, entendidas como regularidades de comportamiento, son descritas por formulaciones normativas asertivas que afirman la existencia de dicha regularidad junto con la convicción compartida de su obligatoriedad.

Es un lugar común para cualquier doctrina del derecho considerar que todas las normas jurídicas, sean del tipo que sean, son entidades jurídicas, esto es, entidades que forman parte del derecho²⁰. Sin embargo, hay doctrinas del derecho para las cuales no todas las entidades jurídicas son normas jurídicas, esto es, no todas las entidades que integran el derecho son entidades proposicionales jurídicas o regularidades jurídicas de comportamiento, sino otro tipo de entidades como valores, derechos subjetivos, obligaciones, voluntades, espíritus (de la norma, de la ley, ...), órganos, organizaciones, relaciones, instituciones, actos, y un largo etcétera²¹.

Las normas jurídicas pueden ser entendidas de manera diferente según el compromiso ontológico asumido por cada teoría sobre la naturaleza del derecho²². Entendidas como regularidades de compor-

¹⁹ Sobre estas clasificaciones y terminología, véase HERNÁNDEZ MARÍN, 1989: 37 y ss.

²⁰ Por lo que resultan especialmente llamativas afirmaciones como la que hace GARDNER, al señalar que las resoluciones judiciales son normas jurídicas que no forman parte del derecho (GARDNER, 2022: 79).

²¹ Este tipo de doctrinas son calificadas como «no normativistas» por HERNÁNDEZ MARÍN (1998: 61).

²² La expresión «compromiso ontológico» tiene su origen en la obra de W. V. O. QUINE, para quien todo lenguaje o teoría debe describir el tipo de entidades o cosas que constituyen sus referentes (QUINE 1962: 25-47).

tamiento, no cabe duda de que se trata de hechos observables y constatables a través de métodos empíricos. Otra cosa cabe decir de las normas jurídicas entendidas como entidades proposicionales jurídicas. En este caso, resulta habitual la opinión de que las normas jurídicas son objetos abstractos.

Aunque la filosofía jurídica se encuentre cómoda con este planteamiento y no acostumbre a profundizar sobre este tipo de problemas ontológicos, lo cierto es que la existencia de objetos abstractos, y particularmente de objetos lingüísticos abstractos (como sentidos, significaciones o conceptos) es objeto de una amplia discusión en la filosofía del lenguaje de los últimos decenios, sobre todo a partir de la obra de los grandes filósofos analíticos nominalistas como QUINE, GOODMAN o SELLARS. Por lo tanto, no es que considere que la existencia de objetos abstractos sea un disparate y no se pueda sostener seriamente, sino que me parece sorprendente que, desde nuestro campo, lo que se considere disparate sea la discusión y llegar a plantearse, si quiera sea por asomo, que tales entidades ideales puedan no existir.

Desde los postulados de una filosofía estrictamente factualista, que no pretende comprometerse con entidades de dudoso pedigrí ontológico, no hay más entidad proposicional existente que los enunciados inscripción²³, las entidades lingüísticas factuales orales o escritas ocasionalmente recogidas en soportes de diversa naturaleza.

Según este parsimonioso compromiso ontológico, normas jurídicas son enunciados inscripción formulados por ciertos sujetos y, a menudo, recogidos en ciertos tipos de documentos. Cabe advertir que este compromiso ontológico no necesariamente reduce los mecanismos de construcción del derecho (lo que según algunos podría provocar una desconexión entre los criterios teóricos de identificación del derecho y la práctica comunitaria de reconocimiento de este). Es importante no confundir la naturaleza ontológica del derecho con el problema de sus fuentes. El compromiso ontológico asumido puede mantenerse con una gran diversidad de prácticas de reconocimiento de fuentes simplemente adaptando la explicación correspondiente²⁴.

²³ La explicación ofrecida por LEONARD y GOODMAN sobre la suficiencia del cálculo de individuales para la explicación de la mayor parte de las situaciones en que habitualmente empleamos la referencia a clases resulta especialmente interesante en este caso pues ejemplifica a la perfección como se pueden abordar estos temas sin necesidad de adoptar un compromiso ontológico carente de fundamento (LEONARD, H., GOODMAN, N., 1940: 45-55).

²⁴ Por ejemplo, si bien se ha considerado que el papel de los intérpretes del derecho justifica la laxitud ontológica con que se ha de tratar la identificación del derecho, puesto que es improbable que los enunciados de la ley tengan relevancia jurídica alguna sin pasar por el tamiz de la interpretación de los operadores jurídicos, no existe dificultad para entender esta función del intérprete dentro de los márgenes de un compromiso ontológico estrecho. Simplemente deberemos reconsiderar nuestras afirmaciones sobre el sistema de fuentes del derecho del que partimos: el derecho son los enunciados formulados por ciertos (o todos) los intérpretes

La expresión «norma jurídica» no solo genera debate respecto a su naturaleza ontológica. Como he mencionado, cuando se entiende como entidad proposicional, es una expresión que es empleada con frecuencia como indicativo del tipo de discurso de dicha entidad: las normas son entidades proposicionales directivas. Como ha puesto de relieve HERNÁNDEZ MARÍN, este debate acerca del significado de las entidades jurídicas está atravesado por una confusión que, partiendo de la teoría pura kelseniana, recorre buena parte de la teoría jurídica de los últimos cien años: la confusión entre semántica y ontología, entre tipo de discurso y naturaleza del derecho, entre mandato y existencia (HERNÁNDEZ MARÍN, 1989: 117 ss.). De esta cuestión me ocuparé al referirme a la noción normativa de *soft law* como instancia de regulación de conductas.

4.1.2. Normas de *soft law*

Si el *soft law* comparte con el derecho su naturaleza normativa parece sensato suponer que está, al igual que el derecho, formado por normas (exclusivamente o no). ¿Nos permite esto afirmar que el derecho y el *soft law* son dos especies del mismo género? Tal vez, pero este género común no consiste en que ambos fenómenos sean manifestaciones de lo jurídico, como parecería indiciar el término común compartido. Lo que derecho y *soft law* tendrían en común sería su carácter normativo, entendido en el sentido de que ambos fenómenos estarían integrados por normas.

Esto nos deja dos posibilidades respecto a la naturaleza de los elementos que integran el *soft law*: o bien son entidades proposicionales o bien son regularidades de comportamiento.

La identificación de las normas de *soft law* con entidades proposicionales, no implica un compromiso ontológico determinado con algún tipo de realidad. Serán las concretas descripciones de *soft law* las que nos proporcionen el compromiso ontológico expreso o implícito, las que nos den una idea acerca de la naturaleza de las realidades a las que se refieren. En cambio, cuando se piensa en las normas de *soft law* como regularidades de comportamiento, resulta poco dudoso que nos estamos refiriendo a hechos.

Cualquiera que sea la naturaleza ontológica de las entidades proposicionales jurídicas, parece sensato admitir que las que componen el *soft law*, si efectivamente son entidades proposicionales, deberían

del derecho cuando pretenden interpretar determinados textos legales (u otras entidades reales o ficticias). Si el intérprete es fuente del derecho sus enunciados interpretativos son enunciados jurídicos. Otra cosa es que no nos sintamos cómodos con este tipo de reconocimiento expreso, sobre todo por cuanto puede dejar en evidencia nuestras carencias respecto a otros compromisos de los que nos satisface alardear, particularmente el *compromiso democrático*.

tener su misma naturaleza. Esto es, si las normas del derecho son entidades abstractas, lo lógico es considerar que las normas del *soft law* también lo son, y si el derecho no es más que un conjunto de oraciones inscripción, pues entonces las normas de *soft law* también lo serían. Las dificultades, anteriormente aludidas, que conlleva admitir un compromiso ontológico demasiado permisivo, nos conducen a identificar las entidades proposicionales normativas de *soft law* como enunciados inscripción. Como se verá más adelante, aquí resulta más cómodo limitarse a este estricto compromiso ontológico, por cuanto que no entra en conflicto con criterios identificativos fuertemente arraigados reveladores de compromisos ontológicos más abiertos. Fundamentalmente porque, en el caso del *soft law*, no existen tales criterios fuertemente arraigados dado que, como se ha advertido, nos encontramos ante un concepto en vías de desarrollo. Además, los criterios que están estableciéndose incipientemente parecen perfectamente compatibles con una apreciación factualista de la realidad analizada.

Si mantenemos que las normas de *soft law* son entidades proposicionales, igualmente se plantea la cuestión de su tipo de discurso. De este modo, cuando se afirma que el *soft law* está integrado por normas parece que se está expresando la creencia de que las entidades proposicionales que lo componen son prescripciones, al igual que lo serían las normas del derecho. No parece dudoso que también en nuestro ámbito la radical restricción del *soft law* al discurso prescriptivo resulta exagerada. Aún más, parece incluso inadecuada, puesto que la atribución de contenido imperativo a los enunciados de *soft law* es uno de los aspectos más debatidos en los estudios teóricos que analizan el fenómeno (Escudero, 2012: 128).

4.1.3. Características de las normas de *soft law*

Yo diría que no existe todavía una teoría uniforme respecto a las normas de *soft law*. Y que se trata de una tarea pendiente. Todo lo que tenemos es una conjunción de afirmaciones generales extraídas de la observación de ciertos supuestos que se toman como paradigmáticos (que varían de un estudio a otro) y una serie de esporádicas afirmaciones comparativas con las normas jurídicas.

Sin embargo, puesto que es perfectamente defendible la tesis de que el *soft law* está compuesto de normas, en un sentido semejante a la tesis que sostiene que el derecho está compuesto de normas, y dado que también es perfectamente defendible que el *soft law*, y por tanto sus normas, es algo distinto del derecho, parece razonable admitir que una teoría acerca de las normas del *soft law* pueda proporcionar una considerable utilidad.

En mi opinión, una teoría de las normas del *soft law* ha de desarrollar y justificar las siguientes afirmaciones:

4.1.3.1. Las normas de *soft law* son entidades proposicionales

Si bien con el término «norma» se alude en ocasiones a regularidades de comportamiento, no es en este sentido en el que se emplea cuando hacemos referencia a los componentes de *soft law*. No conozco ningún uso de la expresión *soft law* que identifique su referente con regularidades de comportamiento, aunque sí es frecuente aludir a tales regularidades como efecto (BRUS, 2018: 250) o como fundamento del *soft law* (GARRIDO, 2018: 206).

En cambio, todas las alusiones al *soft law* están referidas a entidades proposicionales. Las opiniones sobre la naturaleza ontológica de estos enunciados proposicionales dependen del compromiso ontológico sostenido (normalmente coherente con el compromiso ontológico que sostiene respecto a las normas jurídicas); aunque rara vez se hace explícito.

4.1.3.2. Las normas de *soft law* son positivas

Desconozco si algún comentarista ha argumentado la posibilidad de la existencia de un *soft law natural* a la manera en que se postula un derecho natural. Todos, en cambio parecen apuntar claramente a la idea de que el *soft law* es un producto normativo humano, elaborado por grupos de personas en algún momento determinado²⁵.

Creo, además, que tiene poco sentido plantearse en serio la posibilidad de un *soft law natural*. La creencia en la existencia de un derecho natural se basa en el presupuesto ontológico de que existen exigencias universales de conducta en nuestra relación con los demás que implican la existencia necesaria de ciertas normas insoslayables. El derecho natural se presenta como un derecho universal y eterno en virtud de su misma necesidad. El *soft law* se nos presenta, más bien, como un fruto de la contingencia. Muchas veces se justifica el *soft law* por la insuficiencia de las previsiones del *hard law* dadas las concretas situaciones en las que este tiene que ser aplicado. Parece, por tanto, que su aparición responde a algo distinto a una necesidad que venga exigida por la naturaleza, como una solución inexcusable; más bien, las soluciones que ofrece el *soft law* parecen consistir en una propuesta entre otras muchas posibles. Un *soft law natural* sería algo así como una contingencia necesaria o una necesidad contingente, una pura contradicción.

²⁵ CABALLERO HELLIÓN, 2021: 68; CALDERÓN MARENCO, 2018: 49; MACKOR, 2018: 134.

4.1.3.3. Las normas de *soft law* son enunciados escritos

La concepción estándar de las fuentes del derecho²⁶ se basa en la admisión de una trinidad de fuentes: derecho legislado, derecho consuetudinario y principios del derecho. Por su parte, el derecho legislado es, al menos en la actualidad, derecho escrito. Empleo aquí la expresión «derecho legislado» en un sentido amplio, esto es, como derecho emitido por cualquier órgano autorizado institucionalmente para crear derecho.

¿Podría formularse una teoría de las fuentes del *soft law* en la que se encontrara un paralelismo con la teoría estándar de las fuentes del derecho? Tal y como se le presenta por la doctrina que se ha ocupado del tema, el *soft law* tiene que haber sido formulado de algún modo, principalmente a través de la escritura²⁷. Entiendo, efectivamente, que hay varias razones por las que no tiene sentido hablar de un *soft law* consuetudinario, así como tampoco de principios de *soft law*:

a) El derecho consuetudinario se define como el derecho originado por regularidades de comportamiento respaldadas por una convicción jurídica acerca de su obligatoriedad. Pero, sin entrar a polemizar sobre las implicaciones ontológicas y epistemológicas de esta definición, ¿cómo podríamos definir un presunto *soft law* consuetudinario? Tal vez como una pauta originada en comportamientos sociales que no llegan a generar convicción de obligatoriedad. Sin embargo, esta definición abarcaría demasiadas cosas, puesto que daría pie a considerar que los meros hábitos generan *soft law* consuetudinario. Acaso podría decirse que ciertas regularidades de comportamiento generan la convicción de que dicha conducta es debida, pero sin alcanzar la condición de deber jurídico. No se explica, entonces, cómo este *soft law* pueda ser diferenciado de las reglas de la moral o de los usos sociales. ¿O tal vez sea que esa convicción jurídica sí existe, pero lo que está ausente son las consecuencias por la vulneración del deber generado? El problema, entonces, sería como diferenciar las costumbres jurídicas de las costumbres de *soft law*, puesto que las consecuencias o efectos jurídicos de la costumbre suelen considerarse, en los sistemas jurídicos fundados en el principio de legalidad, una consecuencia de normas constitucionales o legales que reconocen tales efectos (en el caso español, el art. 1.3 del Código Civil; en el ámbito internacional, el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia). Si los efectos dependen del reconocimiento de una costumbre como jurídica, se requiere un criterio previo,

²⁶ Esta expresión es utilizada por R. HERNÁNDEZ MARÍN para referirse a la concepción sobre la naturaleza del derecho que es compartida por casi todos los juristas y se enseña de manera uniforme a los alumnos de las facultades de derecho (HERNÁNDEZ MARÍN, 2012: 44).

²⁷ CÁRDENAS CASTAÑEDA, 2013: 394; GRNCHALLA-WESIERSKI, 1984: 48.

distinto al de sus efectos jurídicos, para distinguir costumbres jurídicas de costumbres que no son jurídicas; la diferencia no puede estar basada en que unas tengan efectos jurídicos y otras no, puesto que esta sería la consecuencia de una distinción previa.

b) Por lo que se refiere a los principios jurídicos, resulta bastante más frecuente la observación de que el *soft law* está integrado, al menos, parcialmente por principios (SARMIENTO, 2008: 98). Sin embargo, cuando hablamos de principios como integrantes del derecho es posible que se produzca un equívoco entre dos cuestiones, una de carácter ontológico y otra de tipo lingüístico. Desde el punto de vista ontológico, los principios se contraponen al derecho expresamente formulado. Los principios son derecho implícito o derecho presupuesto, no formulado expresamente. Se trata de entidades abstractas no dependientes de formulaciones escritas u orales de las mismas²⁸. Desde el punto de vista del lenguaje, los principios se contraponen a las reglas por cuanto las segundas son un tipo de normas que enlazan un supuesto con una consecuencia determinada, mientras que los primeros no disponen una consecuencia determinada para los supuestos a los que se refieren, estableciendo una orientación a la conducta, o bien se refieren a las situaciones reguladas de forma abierta²⁹.

Si entendemos que el *soft law* está integrado por principios, entendidos en sentido ontológico, es decir, entidades proposicionales no formuladas que expresan criterios de orientación implícitos o presupuestos, no sé cómo podríamos hacer para distinguir estos principios de aquellos que reconocemos propiamente como principios jurídicos. La propia naturaleza informal de los principios (entendidos en este sentido) excluye la utilización de criterios formales para su identificación. Y en cuanto a los criterios materiales, tendríamos que recurrir a hipotetizar una específica materia objeto de regulación del *soft law*, distinta de la que corresponde al *hard law*. ¿Existen ámbitos de la realidad en los que no entra el derecho y sólo son susceptibles de una regulación «blanda»? Sinceramente, no soy capaz de atisbar una diferencia en cuanto a la materia regulada entre el *soft law* y el *hard law*. En la práctica, el *soft law* incide en las mismas materias y los mismos asuntos que el *hard law*. No se puede dar cuenta de la diferencia entre uno y otro por el distinto ámbito de los asuntos de que se ocupan (ABBOTT *et al.*, 2000: 402).

Por otro lado, si entendemos la diferencia entre principios y reglas como una cuestión lingüística, una cuestión relacionada, fundamentalmente, con la mayor o menor determinación de la consecuencia, debemos tener en cuenta las siguientes observaciones:

²⁸ Un tipo de entidades que HERNÁNDEZ MARÍN (1989: 54) ha calificado como *cuasiproposiciones* o *cuasiconceptos*.

²⁹ Téngase en cuenta, en este sentido, la distinción entre *directrices* y *principios en sentido estricto* en ATIENZA y RUIZ MANERO, 1996: 8-11.

i) Los enunciados jurídicos pueden pertenecer a cualquiera de las dos categorías, en función de la mayor o menor determinación con la que esté formulada su consecuencia. No hay obstáculo para considerar que lo mismo puede ocurrir con los enunciados de *soft law*, que también pueden estar formulados con mayor o menor amplitud en su consecuencia.

ii) La tesis de que, precisamente, son los principios los más habituales integrantes del *soft law* está motivada por la consideración de que el *soft law* tiene un carácter abierto, indeterminado o poco concluyente, que son las características que parecen acomodarse mejor a este tipo de enunciados (ESCUDERO, 2012: 135). Me temo que este juicio se sustenta en una confusión entre las características lingüísticas de los principios y el tópico de la fuerza vinculante de los mismos.

iii) En cualquier caso, un examen empírico del tipo de enunciados que integran el *soft law* arroja como resultado que las llamadas reglas no son tan poco habituales como la tesis anteriormente mencionada quiere hacernos creer (ESCUDERO, 2012: 136). Es más, una de las funciones que habitualmente se atribuyen al *soft law* es la de concretar las consecuencias que quedan indeterminadas en los principios de derecho (ABBOTT *et al.*, 2000: 414). Esta idea parece bastante incompatible con la de que el *soft law* está integrado, en su mayor parte, por principios.

La tesis de que todo el *soft law* es escrito puede descomponerse en las siguientes subtesis:

- 1) El *soft law* está compuesto de enunciados,
- 2) Estos enunciados se encuentran integrados en documentos elaborados por sujetos, públicos o privados, a los que se reconduce la creación de tales enunciados.
- 3) Tenemos criterios de identificación para calificar esos documentos como instrumentos de *soft law*³⁰, lo cual nos permite, a su vez, identificar los enunciados incluidos en esos documentos como *soft law* (BÓDIG, 2018: 234).

El caso es que cuando buscamos instancias concretas de aquello que llamamos *soft law* nos encontramos siempre con una modalidad de textos documentados con autores ciertos y con cierto grado de publicidad. Declaraciones, instrucciones, circulares, directivas, recomendaciones, estándares, códigos..., todas estas denominaciones hacen referencia a productos documentales integrados por enunciados que pretenden tener cierta influencia en sus ámbitos de interés, aunque no precisamente la que deriva de su pertenencia a un sistema jurídico.

³⁰ Sobre la caracterización de los instrumentos de *soft law*, véase CERONE, 2016: 22-23.

4.2. ¿El *soft law* regula conductas?

Más que una pretendida caracterización ontológica, decir que el *soft law* es fenómeno normativo pone el acento en la función directiva para la que ha sido creado. Mediante el *soft law*, se intenta regular determinados ámbitos de la vida social (tal vez de un modo más amigable, menos amenazante, en cuanto apela a la fuerza de la persuasión, más que a la de la coacción). En este aspecto, su normatividad resulta muy similar a la del derecho: una creación humana, con intención reguladora (y también es, como el derecho, una realidad instrumental).

Curiosamente, es en el ámbito de esta aparente similitud funcional, donde se pretenden encontrar algunas de las más importantes diferencias entre *hard* y *soft law*. Así, frente a la imposición del derecho, el *soft law* trata de dirigir la conducta por medio de la recomendación o del consejo. Estas recomendaciones o consejos serían distintos de las normas propiamente dichas. Esta circunstancia explica en parte la antítesis, casual o intencionada, con la que se describe el fenómeno («normas que no son normas»). El *soft law* sugiere, orienta en un sentido determinado, pero no regula³¹.

Resulta misteriosa la afirmación de que el *soft law* orienta, pero no regula. Si de lo que estamos hablando es de una diferencia gramatical, una diferencia en cuanto al modo verbal empleado para modalizar la conducta indicada (condicional o subjuntivo, frente a imperativo, «debería hacer» frente a «haga»), un no demasiado exhaustivo repaso a los documentos habitualmente considerados como *soft law* nos permite comprobar que no siempre sus enunciados aparecen redactados en los modos verbales característicos de la sugerencia. Más bien el lenguaje imperativo es bastante común³². No hay un modo verbal específico del *soft law*, puesto en que en él se dice tanto lo que «debería hacerse» como lo que «debe hacerse». Otra cosa es que sus destinatarios tomen ese imperativo como una mera recomendación por carecer de la autoridad del derecho, e incluso de sus consecuencias. Pero una cosa es su función pragmática y otra su tipo semántico.

Si no es una diferencia gramatical o semántica, sino básicamente pragmática, es decir, si de lo que se trata es de que los destinatarios y usuarios del *soft law* toman sus formulaciones directivas como meros consejos o recomendaciones (con independencia del modo verbal en el que estén formuladas), es porque cuentan con una caracterización previa de la formulación en cuestión. No es *soft law* porque sea un consejo, sino que se toma como un consejo porque es *soft law*.

³¹ ESCUDERO, 2012: 128; KIRSTE, 2018: 49; GARRIDO, 2018: 60.

³² Véase el análisis de las pautas emitidas por la Autoridad Europea de Valores y Mercados para la regulación de los mercados financieros, en ELIANTONIO, 2021: 288.

Si la diferencia es pragmática, en cuanto que depende del modo en que las formulaciones de *soft law* son entendidas por sus destinatarios y usuarios, ¿esto nos permite excluir su carácter directivo? Me parece que no, o al menos no necesariamente. Una característica primordial en la elaboración del *soft law* creo que tiene que ver con que su formulación intencional por los sujetos emisores está marcada por la ausencia de la intención de crear derecho (o más bien diríamos por la intención positiva de no crear derecho), pero esto no tiene por qué excluir la intención directiva a la que antes aludíamos. De este modo son perfectamente compatibles la afirmación de que el *soft law* es un fenómeno normativo con la afirmación de que tiene una función pragmática orientadora o de consejo.

La apelación a la función orientativa o de consejo como rasgo identificador del *soft law* produce una curiosa confusión a la hora de caracterizar ciertos elementos indiscutiblemente jurídicos. En este sentido, la clasificación *soft law* jurídico (*soft law material*) y *soft law* no jurídico es una manifestación bastante singular de este tipo de confusiones. Un *soft law* no jurídico parece aproximarnos a la idea de una normatividad que se parece al derecho pero que no es derecho, el *soft law* jurídico lo que parece hablarnos es de una normatividad que se parece al derecho, pero que sí es derecho. Entonces, ¿por qué no hablar sin más de derecho en este caso?

La expresión *soft law material* se emplea para referirse a los tratados internacionales que contienen cláusulas con un alto grado de indeterminación como, por ejemplo, los convenios-marco en materia de medio ambiente³³. Se dice, en estos casos que existe una norma jurídica formalmente vinculante pero que se formula tan ampliamente que no es posible determinar a qué obliga y, por lo tanto, no es posible constatar cuando se ha incumplido o cuando procede imponer una sanción (GARRIDO 2018: 68; GRNCHALLA-WESIERSKI, 1984: 46). También en el derecho interno se dan este tipo de circunstancias, por ejemplo, las normas secundarias que establecen la obligación del juez de tomar una decisión, pero que no le indican cual tiene que ser el contenido de dicha decisión (HERNÁNDEZ MARÍN 2012: 404-405), o en los pronunciamientos exhortativos que instan, más que ordenan a la consecución de ciertos objetivos (POSNER, GERSEN, 2008: 10-11). Tampoco en estos casos es posible constatar si el juez ha cumplido o no con la obligación impuesta por la norma.

El *soft law material* equivaldría, pues, al derecho válido en cuanto que tiene su origen en las fuentes formales, aunque se asemeja al *soft law* en la dificultad para imponerlo. Sin embargo, mientras que la dificultad en el *soft law* deriva de que no resulta formalmente exigible, en

³³ A veces esto recibe la denominación *soft hard law* (BRUS, 2018: 263).

el llamado *soft law material*, la dificultad consiste en que, aunque sea formalmente exigible, no se dan las condiciones materiales para hacerlo exigible, puesto que no se sabe exactamente qué es lo que exige. Dicho de otro modo, el *soft law* puede ser aplicado pero su aplicación no contaría como aplicación del derecho, mientras que el *soft law material* no puede ser aplicado, aunque si pudiera serlo su aplicación sí contaría como aplicación del derecho.

5. SOBRE LA FUERZA VINCULANTE DEL *SOFT LAW*

Aunque esta caracterización del *soft law* parece captar por entero el fenómeno del que se trata, no está del todo claro si permite describir suficientemente su referencia y, sobre todo, si es útil para delimitar la noción de *soft law* respecto a la noción de derecho. Creo que puede dar lugar a una explicación iluminadora el planteamiento de tres cuestiones al respecto: 1) ¿Qué es lo que no tiene el *soft law* al no tener fuerza vinculante?; 2) ¿Por qué no tiene fuerza vinculante el *soft law*?; 3) ¿Cuáles son las consecuencias de no tener fuerza vinculante?

5.1. Si carece de fuerza vinculante, ¿de qué carece el *soft law*?

Parece ser, pues, que el *soft law* carece de algo que sí tiene el derecho «de verdad» (el llamado *hard law*). Lo primero que habría que preguntarse, entonces, es si tal fuerza vinculante es una propiedad autónoma del derecho (HAGE, 2018: 21):

a) El término «vinculante» puede ser entendido en el sentido de que influye en el comportamiento humano, en cuanto *fuerza causal* que determina una conducta u otra. Decir que el derecho es vinculante o tiene fuerza vinculante equivaldría a decir que el derecho es la causa, o una de las causas, de ciertos comportamientos. Hay dos maneras de entender la fuerza vinculante del derecho en sentido causal:

i) Como causa física del comportamiento. De este modo, decir que el derecho es vinculante equivaldría a afirmar que la realización de la conducta ordenada por el derecho es una *consecuencia directa* del derecho que la ordena.

ii) Como causa psíquica del comportamiento. Decir que el derecho es vinculante equivaldría a decir que el comportamiento ordenado *está motivado* por el derecho que lo impone.

b) El término «vinculante» puede ser entendido en el sentido de que impone obligaciones. Este último sentido, a su vez podría entenderse de dos maneras, que podríamos llamar externa e interna:

i) El modo externo supone considerar que la fuerza vinculante es una relación entre norma y comportamiento, pero de naturaleza distinta a la causal/material; esto es, una relación de naturaleza espiritual/inmaterial (la norma vinculante genera la situación de sujeto obligado respecto a la conducta objeto de regulación como un estado especial).

ii) Conforme al modo interno, la fuerza vinculante no designa ninguna relación entre la norma y el comportamiento (o un tipo de comportamiento), sino que designa una característica autónoma de la norma que la tiene con independencia de los efectos (materiales o espirituales) que pueda generar en las conductas reguladas.

El sentido causal de fuerza vinculante parece colapsar con la noción de eficacia. Si una norma es vinculante cuando causa el comportamiento ordenado, entonces es vinculante si se cumple. Por su parte, el modo interno de la noción obligacional de fuerza vinculante conecta de algún modo con la noción de validez: el derecho es válido porque es vinculante y es vinculante porque es válido. Cuando decimos que ser vinculante significa que obliga, tomamos el término «obligación» como primitivo, pero esto no es posible porque el significado del término «obligación» es siempre dependiente de un sistema de normas válido.

Parece que cualquier posible sentido que le atribuyamos a la expresión «fuerza vinculante» termina identificándola con otras propiedades como la validez o la eficacia. A no ser que la entendamos conforme a la crítica realista (OLIVECRONA, 1980: 212), como una fuerza mística sólo explicable en el plano espiritual y, por lo tanto, sin significación propia en el ámbito real, esto es, al modo externo de la noción obligacional de la fuerza vinculante. Pero en este caso hablar del carácter vinculante del derecho es más que nada una cuestión de fe, esto es, exige asumir una creencia que no puede ser verificada.

5.2. ¿Por qué el *soft law* no tiene fuerza vinculante?

Conforme al análisis anterior, que el *soft law* carezca de fuerza vinculante puede significar:

- a) Que no es eficaz.
- b) Que no es válido.
- c) Que carece de una fuerza mística sustancialmente independiente de la validez.

Voy a prescindir del examen de la tercera posibilidad, puesto que me aleja de una explicación analítica que permita distinguir el *soft law* respecto del derecho con fundamentos mínimamente sólidos. Por lo que se refiere a la primera posibilidad, aparte de que la adopción de un sentido causal de vinculación nos aleja del plano normativo en el que se

mueven habitualmente los juristas cuando emplean esta noción (HAGE, 2018: 28), tiene la desventaja de que, al ser la eficacia de la norma susceptible de comprobación empírica, esta puede arrojar resultados muy dispares independientemente de su caracterización como *soft law*. Es más, es un hecho ampliamente reconocido por los especialistas que algunos ejemplos de estas llamadas «normas no vinculantes» tienen un alto grado de eficacia³⁴. Podría decirse que esta eficacia del *soft law* no se corresponde a ninguna fuerza vinculante puesto que en muchas ocasiones la actuación conforme no está motivada (ni, por supuesto, causada físicamente) por la norma de *soft law* que se refiere a la conducta en cuestión, y que la norma sólo es vinculante si causa efectivamente el comportamiento conforme. Pero, aun así, no cabe asegurar, como principio, que nunca las normas de *soft law* tienen esa eficacia causal. Nuevamente, tendríamos que recurrir a una comprobación empírica que resulta incompatible con la caracterización en abstracto de tales normas como normas no vinculantes.

La segunda alternativa parece la más prometedora: el *soft law* no tiene fuerza vinculante porque no es derecho válido. Pero esta respuesta es engañosamente obvia, puesto que adolece no sólo de falta de concreción respecto al sentido en que hablamos de fuerza vinculante, sino también de la indeterminación que acompaña a la noción de validez³⁵. Por lo tanto, si la noción de validez puede ser clave, necesitaremos un poco de precisión.

Podemos distinguir tres sentidos de validez referida a las normas jurídicas (HERNÁNDEZ MARÍN, 2012: 195): Según uno de estos sentidos, validez sería perfectamente equiparable a la noción de fuerza vinculante. Otro sentido de validez expresa la noción de corrección de modo que, en ese sentido, una norma válida es aquella que cumple todos los criterios de corrección tanto en su procedimiento de elaboración como por lo que se refiere a su contenido. Por último, podemos hablar de validez en el sentido de «juridicidad» o pertenencia de la norma a un determinado ordenamiento jurídico. De este modo, podemos hablar de validez como fuerza vinculante, validez como corrección y validez como pertenencia³⁶.

³⁴ En el temprano estudio de WELLENS y BORCHARDT (1989: 268) sobre el *soft law* de la UE ya se mencionan los efectos jurídicos de estas normas «no vinculantes». Sobre la amplia eficacia en la práctica de disposiciones de *soft law*, con particular referencia a los principios sobre buen gobierno corporativo de la OCDE, véase CABALLERO HELLIÓN, 2021: 62-66. Sobre la lata eficacia del *soft law* administrativo, vid. SARMIENTO, 2008: 28. Sobre la eficacia del *soft law* de la UE, véase SENDEN, 2004: 241. Una explicación de las causas que dan lugar a la eficacia del *soft law* en POSNER y GERSEN, 2008: 24.

³⁵ En el volumen colectivo *Legal Validity and Soft Law*, (WESTERMAN, HAGE, KIRSTE, MACKOR, 2018) se pueden encontrar diversas visiones de como la noción de validez entra en relación con el fenómeno del *soft law*.

³⁶ Estos tres sentidos están presentes en las referencias a la noción de validez en la teoría pura kelseniana como «significado de validez», «fundamento de validez» y «existencia específica

En su primera acepción, si lo que intentamos es explicar la fuerza vinculante precisamente como consecuencia de su validez³⁷, no obtendremos más que una inútil tautología, incapaz de explicar nada sobre la noción de fuerza vinculante ni sobre la noción de validez.

En el tercer sentido indicado, la validez de una norma se puede referir a su pertenencia a un determinado ordenamiento jurídico³⁸. En este sentido, una norma es válida si pertenece al derecho o es derecho. Este sentido de validez supone otra denominación para la recurrente pregunta ontológica por la naturaleza del *soft law*, cuya respuesta (el *soft law* no es válido porque no es derecho) parece más propia de un punto de llegada que un punto de partida explicativo de su relevancia.

El segundo sentido es el que equipara la noción de validez a la de corrección tanto en la producción de la norma como en su contenido (KELSEN 1983: 202). Esta noción de validez entendida como corrección a menudo se emplea como explicación de la carencia de fuerza vinculante que caracteriza al *soft law*. El *soft law* no es derecho válido porque no ha sido producido correctamente, ya sea porque no ha sido elaborado por sujetos que tengan capacidad o competencia para producir derecho (ESCUADERO, 2012: 139), ya sea porque no se han seguido las normas de procedimiento oportunas para elaborarlo.

Sin embargo, esta negación de validez en el *soft law*, en cuanto ausencia de corrección, esconde cierta confusión. Por un lado, la negación de que el *soft law* sea derecho válido, esto es, derecho correctamente producido, no parece ser equivalente a la afirmación de que se trata de derecho inválido, esto es, derecho incorrectamente producido. Si así fuera tendríamos dificultades para distinguir el *soft law* de las leyes inconstitucionales (POSNER, GERSÉN, 2008: 11-12).

Al afirmar que la diferencia entre *soft law* y *hard law* estriba en la ausencia de normas secundarias sobre la creación del primero, se supone que, en realidad, no existe un criterio de corrección acerca de la elaboración del *soft law*. Por ello, no tendría sentido hablar de *soft law* válido, pero tampoco tendría sentido hablar del *soft law* como derecho inválido o incorrecto, puesto que no es derecho mal producido o con un contenido inadecuado. No puede haber producción irregular de normas si no hay reglas que regulen la producción de esas normas. En realidad, al elaborar el *soft law*, los sujetos productores nunca pretendieron crear derecho. Ese, y no la ausencia de intención directiva, es el aspecto pragmático del *soft law* que lo identifica y lo define frente al derecho.

de la norma» (KELSEN, 1983: 23 ss; 200 ss).

³⁷ HAGE equipara la pretensión sobre la fuerza vinculante de una norma a una pretensión interna de validez (HAGE, 2018:24).

³⁸ BULYGIN reconoce esta noción de validez en la definición kelseniana de la validez como «existencia específica» de las normas, entendiendo que las normas se presentan como miembros de complejos sistemas normativos (BULYGIN, 2006: 60).

Por otra parte, en ocasiones sí parece tener sentido hablar de validez o invalidez del *soft law*. Por ejemplo, una recomendación formulada por un órgano competente de la Unión Europea frente a una recomendación emitida por otro órgano que no tiene atribuidas competencias para elaborar dichos documentos. Esto es así porque, en realidad, resulta falso que no existan criterios de corrección en la elaboración del *soft law*. Es posible que existan normas de competencia y de procedimiento específicas para determinadas producciones de *soft law*, que, sin perjuicio de las consecuencias que deriven de la sujeción o no a tales normas, determinan su corrección o incorrección y, por lo tanto, inciden en su reconocimiento como auténtico *soft law*, tenga este el valor que tenga³⁹. Pero además de ello, aun contando con la ausencia de disposiciones reguladoras de la creación de *soft law*, cabe hablar de un *soft law* inválido cuando sus contenidos entran en conflicto con la ley, o incluso la Constitución. Y es que, con independencia de la eficacia que se atribuya a estas producciones normativas, no pueden quedar al margen del sometimiento al derecho que regula toda actividad pública o privada (GALIANA SAURA, 2016: 315)⁴⁰.

5.3. ¿Cuáles son las consecuencias de no tener fuerza vinculante?

Otro problema en la caracterización del *soft law* por la ausencia en el mismo de fuerza vinculante es el de la identificación de las consecuencias que de ahí derivan. En este sentido se pueden dar respuestas con mayor o menor grado de finura.

Una respuesta poco refinada consistiría en apuntar que no tener fuerza vinculante tiene como consecuencia que el *soft law* carece de efectos jurídicos. De este modo, el *soft law* sería jurídicamente irrelevante puesto que no incidiría en la realidad por él regulada, estableciendo sobre la misma una determinada organización jurídica. Dicho de otro modo, nadie adquiriría derechos, estaría jurídicamente obligado, y ninguna situación asumiría una determinada calificación jurídica como efecto de las normas de *soft law*.

La tosquedad de esta respuesta se aprecia en que deja sin explicar ciertas influencias evidentes de las formulaciones de *soft law* en los ámbitos en los que incide. Pero, sobre todo, resulta evidente su contra-

³⁹ A veces puede suceder que el legislador obligue a ciertos sujetos a crear pautas reguladoras de sus propias conductas (MACKOR, 2018: 134-135).

⁴⁰ Por lo que se refiere a los actos de *soft law* de la UE, estos no pueden prevalecer sobre el derecho comunitario cuando sean incompatibles con este (SENDEN, 2004: 245). Con carácter general, para los acuerdos internacionales, se ha indicado que los Estados no pueden celebrar un acuerdo que sea contrario al *ius cogens* con la excusa de que se trata de un acuerdo no vinculante (BARBERIS, 1984: 258).

dicción con la tercera de las notas características que se atribuyen al *soft law*: es capaz de desplegar ciertos efectos jurídicos.

Una posible réplica frente a esta crítica consiste en señalar que los efectos jurídicos no los tiene el *soft law* por sí mismo, sino que son debidos a la intervención de otros factores y, en última instancia, pueden reconducirse a efectos jurídicos del derecho propiamente dicho (*hard law*). Esta respuesta es discutible por lo que veremos en el apartado siguiente.

En un intento de ganar precisión en la identificación de las consecuencias derivadas de la ausencia de fuerza vinculante, se llega a la consideración de que el *soft law* no está respaldado por el ejercicio de una coacción institucionalizada. No se trata de que el *soft law* carezca de cualquier efecto jurídico, sino de que entre sus posibles efectos jurídicos no cabe la imposición de sanciones, así como tampoco cabe la imposición forzosa de su cumplimiento (GARRIDO, 2018: 56).

No obstante, esta explicación tampoco resulta totalmente satisfactoria⁴¹. Desde el mismo momento en que se reconoce la posibilidad de ciertos efectos jurídicos, si en realidad son tales (y no meros compromisos morales o manifestaciones de buena voluntad), se abre la puerta para el ejercicio jurídicamente ordenado de la coacción⁴². Evidentemente, hay ejemplos de normas de *soft law* cuyos posibles efectos jurídicos no son susceptibles en modo alguno de coacción, sobre todo cuando estas adoptan formas características de los principios (SARMIENTO, 2008: 208-209). Pero esto no deja de ocurrir también en el ámbito del *hard law*, lo que nos llevaría a meter en el mismo saco de la regulación blanda a toda disposición que carezca de condiciones para determinar un efecto jurídico cierto. Precisamente, un intento de ser coherente con esta explicación puede conducir a admitir la confusa noción de «*soft law material*» a la que anteriormente he aludido.

Como última tentativa de presentar las consecuencias de la ausencia de fuerza vinculante del *soft law* me referiré a sus condiciones de utilización. La explicación sería la siguiente: para que el *soft law* pueda ser empleado para justificar una pretensión o una decisión es necesario que dicho empleo pueda, a su vez, ser justificado. Los enunciados acerca del *soft law* no pueden formar parte, por sí solos, de un argumento justificatorio de una pretensión jurídica y, mucho menos, de una decisión jurídica. Dicho de otro modo, para que la alusión a un enunciado de *soft law* pueda ser utilizada como premisa normativa del argumento justificatorio es necesario que dicha premisa sea la consecuencia de

⁴¹ Y no solo por la posibilidad de sanciones difusas, no institucionalizadas (ESCUDERO, 2012: 7; GALIANA SAURA, 2016: 317).

⁴² Sobre la generación de efectos lesivos en la esfera de los particulares a través de instrumentos de *soft law*, véase SARMIENTO, 2008: 194-195.

otro argumento previo que sirva para justificar su empleo⁴³. Y este argumento ha de tener una base jurídica.

El auténtico sentido de la ausencia de carácter vinculante del *soft law* no estaría, pues, ligada a la ausencia de efectos jurídicos, sino a la incapacidad para justificar efectos por sí solo y, por lo tanto, a la necesidad de reconducir dichos efectos al derecho.

Sin embargo, al menos aparentemente, no siempre la eficacia reconocida al *soft law*, manifestada en su empleo como justificación de decisiones y pretensiones, deriva de su conexión con el derecho (BÓDIG, 2018: 239). En algunas ocasiones el recurso argumentativo al *soft law* tiene tanto respaldo que no parece exigir justificación propia. Es más, en algunas ocasiones se ha aludido al llamado efecto «*comply or explain*» del *soft law*, precisamente aludiendo a que es el empleo de otras premisas distintas a las proporcionadas por el *soft law* relevante para un caso lo que tiene que ser justificado para que la pretensión o la decisión se considere jurídicamente fundada.

6. SOBRE LOS EFECTOS JURÍDICOS DEL *SOFT LAW*

La tercera característica destacada en las descripciones del *soft law* vuelve a incidir en su aspecto *law*. El *soft law* se parece al derecho porque tiene los mismos efectos que el derecho, esto es, tiene efectos jurídicos⁴⁴.

Son dos las cuestiones que quiero abordar en este apartado. La primera tiene que ver con la identificación de esos efectos jurídicos: ¿a qué efectos nos referimos exactamente cuando decimos que el *soft law* tiene efectos jurídicos? La segunda cuestión se refiere a las causas de tales efectos, teniendo en cuenta la ausencia de fuerza vinculante que también se predica de las normas de *soft law*.

6.1. Posibles efectos del *soft law*

Cuando se habla de los efectos propios de las normas jurídicas frecuentemente se hace alusión a que las mismas atribuyen derechos, imponen deberes y califican jurídicamente situaciones. Estos efectos se manifiestan por medio de la determinación del sentido de decisiones

⁴³ Esta forma de presentar la motivación de las decisiones jurídicas se corresponde al modelo de cadena de razonamientos, o mejor, *árbol de razonamientos*, según el cual la conclusión del razonamiento principal de la motivación, consistente en la afirmación de la conformidad al derecho de la decisión jurídica, es una consecuencia de premisas que, a su vez, son la conclusión de otros razonamientos (HERNÁNDEZ MARÍN, 2013: 124 ss.; HERNÁNDEZ MARÍN, 2021: 329 ss.).

⁴⁴ «Fuentes del derecho *extra ordinem*» las llama PASTORE (2014: 86) precisamente por considerar que la producción de efectos jurídicos las califica como parte del derecho.

judiciales, administrativas y arbitrales (decisiones jurídicas), la fundamentación de pretensiones amparadas en derecho y la formación de nuevo derecho (autorizado como efecto de normas jurídicas anteriores).

Pues bien, al analizar los posibles efectos jurídicos del *soft law*, consideraré su capacidad para determinar el sentido de decisiones jurídicas, para fundar pretensiones amparadas en derecho o para autorizar el contenido de derecho propiamente dicho o *hard law*.

Respecto al primero de los efectos mencionados, supone admitir que la corrección de ciertas decisiones tomadas por los operadores jurídicos depende de su acomodo a normas de *soft law*. Dicho de otro modo, el que una decisión jurídica sea conforme a derecho puede depender de que aplique *soft law*.

El segundo de los efectos consiste en fundar jurídicamente la pertinencia de una pretensión. Que tal pretensión esté amparada por el derecho puede depender de su adecuación al *soft law*. Una pretensión está amparada por el derecho cuando la decisión jurídica que estima tal pretensión es conforme a derecho. Si la conformidad al derecho de la decisión jurídica depende de la conformidad al *soft law*, entonces podemos decir que la pertinencia jurídica de la pretensión depende de que esté amparada por el *soft law*. Que una pretensión esté fundada de esta manera puede ser determinante para su estimación oficial, aunque no necesariamente. Y no sólo porque la pretensión puede ser todavía desestimada por razones procesales, sino porque el órgano decisor puede considerar que la alegación del *soft law* como fundamento de la petición no está suficientemente justificada.

El tercero de los efectos, la anticipación del contenido del *hard law*, solo puede considerarse efecto jurídico en un sentido muy laxo. Efectivamente, se ha destacado que la regulación del *soft law* resulta en muchas ocasiones una avanzadilla de lo que las normas jurídicas propiamente dichas desarrollarán posteriormente, de tal manera que el *soft law* sería una especie de derecho embrionario a la espera de su maduración completa al transformarse en alguna de las fuentes del derecho formalmente admitidas⁴⁵. En sentido estricto, no puede considerarse que este sea un efecto jurídico del *soft law*. En todo caso, podría decirse que las normas jurídicas legisladas son el efecto jurídico de las normas de competencia y procedimiento que regulan su creación, en las que se subsumen los actos de producción normativa encaminadas a crearlas. Los enunciados de *soft law*, junto con otros materiales diversos, pueden ser tenidos en cuenta por los integrantes de los órganos

⁴⁵ Siguiendo esta metáfora biológica, se ha destacado el paralelismo entre el proceso de mutación de las normas de *soft law* en derecho válido y los procesos de *selección natural*, en los que diversas regulaciones de *soft law* compiten hasta que la más apta para convertirse en derecho oficial se consolida (WESTERMAN, 2018a: 177-178).

legislativos para establecer el contenido de las disposiciones jurídicas, puesto que pueden servir como justificación para adoptar una determinada norma u otra. Pero esto no quiere decir que las normas jurídicas producidas sean un efecto jurídico del *soft law* que se haya tenido en cuenta de este modo. En cierto sentido, el *soft law* (así como otros datos y consideraciones) puede justificar la adopción de una determinada medida legislativa, pero esta justificación no es de tipo jurídico, sino más bien político, no influye en que la norma aprobada sea jurídicamente correcta (que es lo que se trata de probar con una justificación jurídica), aunque puede ser relevante para su aceptabilidad política. En este sentido se puede apreciar una notable diferencia con los efectos anteriores, puesto que en ellos sí que se trata de determinar si el *soft law* es apto para justificar jurídicamente una decisión o una pretensión.

6.2. Explicación de los efectos del *soft law*

Por lo que se refiere a las causas explicativas de los efectos jurídicos del *soft law*, cabe plantear una explicación *reduccionista* o una explicación *antirreduccionista*. De acuerdo con el primer tipo de explicación, el *soft law* no tiene relevancia jurídica por sí mismo y cualquier valor para justificar pretensiones o decisiones jurídicas que pueda tener se lo debe a su vinculación con el *hard law*. Por su parte, las explicaciones del segundo tipo proponen una relevancia jurídica autónoma del *soft law*. Si entendemos la ausencia de fuerza vinculante en el *soft law* como necesidad de que sus efectos estén siempre vinculados al derecho, estamos proponiendo un tipo de explicación reduccionista⁴⁶. En este apartado pretendo mostrar como esta explicación reduccionista no siempre es suficiente para dar cuenta completa de los efectos atribuidos al *soft law*⁴⁷.

Entre las explicaciones reduccionistas podemos citar las siguientes:

- i) El *soft law* tiene efectos jurídicos porque es objeto de remisión de normas de *hard law*.
- ii) El *soft law* tiene efectos jurídicos porque proporciona una interpretación adecuada del *hard law*.
- iii) El *soft law* tiene efectos jurídicos porque proporciona pruebas de la existencia y contenido del *hard law*.
- iv) El *soft law* tiene efectos jurídicos porque especifica el contenido del *hard law*.

⁴⁶ Ejemplos de explicaciones reduccionistas en el ámbito del derecho internacional podemos encontrarlo en SORENSEN 1998: 154, o en MEYER, 2008: 906-907.

⁴⁷ Una explicación antirreduccionista de los efectos del *soft law* se puede encontrar en BÓDIG, 2018: 239.

Estas explicaciones hacen depender los efectos jurídicos que pueda tener el *soft law* de su conexión con las fuentes jurídicas. Al considerar que el *soft law* es una interpretación autorizada de la ley (VAQUER ALOY, 2013: 112; POSNER, GERSÉN, 2008: 29-33), que constituye una prueba de la existencia y contenido de la costumbre (CALDERÓN MARENCO, 2018: 64; SHELTON, 2008: 9-10) o que especifica el contenido de principios jurídicos (ALONSO GARCÍA, 2001: 84), se está proponiendo una explicación de tipo reduccionista: los efectos justificatorios del *soft law* dependen de su conexión con las fuentes jurídicas admitidas, respecto a las cuales desempeña una función auxiliar.

La explicación reduccionista parece suficiente cuando el derecho otorga expresamente efectos al *soft law*, esto es, cuando hay una remisión a disposiciones de *soft law* a la hora de integrar el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica de disposiciones de derecho legislado o de tratados internacionales⁴⁸. En estos casos, el *soft law* se integra en las fuentes del derecho pasando a formar parte del contenido de estas últimas. De este modo, no cabe duda de que cualquier efecto jurídico que pueda derivar de dicha remisión se reconduce indudablemente al valor jurídico de la fuente de remisión.

Sin embargo, en el resto de los casos, el valor que se atribuye al *soft law* con relación al *hard law* (interpretativo, probatorio o de especificación) no se encuentra ni explícita ni implícitamente reconocido en el propio derecho (ALBERTI, ELIANTONIO, 2021: 196). Depende, pues, de un cierto reconocimiento externo del *soft law* en cuanto instancia de determinación, prueba o especificación del *hard law*. Y esto parece reconducirnos a una fundamentación antirreduccionista de la conexión defendida, lo que llevaría aparejada la necesidad de explicar las causas del valor mismo de las fuentes de *soft law*.

Esta fundamentación externa del *soft law* podría basarse en el valor de origen o en su valor de contenido. El primer tipo tiene en cuenta el reconocimiento del sujeto creador del *soft law* como alguna clase de autoridad. El segundo, en cambio se fundamenta en la adecuación del contenido del *soft law* respecto a la determinación, prueba o especificación del *hard law*⁴⁹.

⁴⁸ Por ejemplo, la remisión que encontramos en la legislación relativa al control de la contaminación a las «mejores técnicas disponibles» supone la atribución de eficacia jurídica a las llamadas BREF (*Best Available Technique Reference Document*), o guías sectoriales que especifican cuales son tales técnicas mejores (SARMIENTO, 2008: 140-141).

⁴⁹ La referencia al valor de origen o de contenido corresponde a una explicación justificativa para los efectos jurídicos del *soft law*. No se trata, por tanto, de una descripción de las causas de su eficacia. Una descripción de este tipo, sobre el argumento del «efecto de red» o «bola de nieve» al provocar la eficacia de las disposiciones de *soft law*, puede encontrarse en DRUZIN, 2016: 1-18.

a) Por lo que se refiere a los creadores del *soft law*, podemos hablar de dos tipos de autoridad: *epistémica* y *formal*⁵⁰.

La autoridad epistémica se atribuye a quien, por su competencia e imparcialidad, se le presume la veracidad de sus informes sobre la realidad de la que habla. Es esta una presunción que se basa en la capacidad que reconocemos en tal autoridad para comprender la realidad de la que informa y en su voluntad de informar acerca de esa realidad tal como es, puesto que la imparcialidad implica la ausencia de motivos para ocultar la verdad⁵¹.

La autoridad epistémica, como explicación del reconocimiento del *soft law*, puede ser jurídica o científico-técnica. En algunos casos, la eficacia jurídica del *soft law* parece descansar sobre la aceptación de que el autor de *soft law* es una especie de autoridad que se pronuncia acerca del contenido del *hard law*. Así, cuando se presenta el *soft law* como una interpretación del *hard law*, o cuando se pretende identificar en él las reglas que derivan de principios jurídicos, integrantes a su vez del *hard law*. Como elaboración de una autoridad epistémica jurídica, el *soft law* ofrecería una propuesta de interpretación, prueba o especificación del derecho. Una autoridad interpretativa, en este sentido, es alguien en quien podemos confiar que sus interpretaciones son correctas, esto es, que las expresiones significadas que usa se corresponden realmente con las expresiones significantes que pretendemos comprender. Este es el caso de ciertas instituciones académicas o investigadoras cuyas indicaciones sobre determinada materia son tenidas por especialmente relevantes al interpretar o especificar los contenidos del derecho. Así, por ejemplo, los criterios que el *American Law Institute* establece sobre la protección del derecho de propiedad intelectual en el ámbito trasnacional (CABALLERO HELLIÓN, 2021: 63), o las propuestas de unificación de derecho europeo de contratos elaboradas por algunas instituciones académicas⁵². Este tipo de autoridad también se reconoce en el ámbito internacional a órganos que desempeñan un papel relevante en la formación de tratados como singularmente ocurre con la Comisión de Derecho Internacional (BAYLIS, 2019: 1014).

⁵⁰ POSNER y GERSEN parecen aludir a estos dos tipos de autoridad cuando explican la influencia del *soft law* en el comportamiento: guía epistémica o aviso creíble sobre juicios políticos e intenciones (POSNER y GERSEN, 2008: 4, 12).

⁵¹ El reconocimiento al que aquí se alude como fundamento de la autoridad epistémica se corresponde es el tipo de reconocimiento objetivo que está basado en las condiciones de fiabilidad del proceso de adquisición de conocimiento por comunicación de dicha autoridad. Para la identificación de tales condiciones tomo como referencia la teoría epistémica de GOLDMAN. 1979: 1-23. Sobre las razones por las que una determinada autoridad puede resultar más fiable en términos de coste de su toma de posición, véase POSNER y GERSEN, 2008: 13-15).

⁵² VAQUER ALOY pone como ejemplo de la función interpretativa del *soft law* el uso que el Tribunal Supremo hace del derecho europeo de contratos como argumento de autoridad para consolidar ciertas interpretaciones de preceptos del Código Civil, con referencia específica al criterio de la «realidad social del tiempo en el que ha de aplicarse la norma» (VAQUER ALOY, 2013: 112).

Esta explicación del *soft law* plantea varias dudas sobre su naturaleza que ponen en entredicho la caracterización que típicamente se hace del mismo. Por supuesto, la más evidente es que no parece que se pueda seguir manteniendo el carácter normativo del *soft law*. Este no estaría compuesto de normas sino de afirmaciones sobre normas, afirmaciones emitidas por una autoridad particularmente confiable (por razón de su conocimiento e imparcialidad) susceptible de generar una presunción de veracidad en sus afirmaciones sobre el derecho.

La autoridad científico-técnica, por su parte, confiere relevancia a las normas técnicas, sistemas de acreditación o certificación y otros productos de entidades o agencias que son el resultado del análisis científico de un determinado ámbito de la realidad (SARMIENTO, 2008: 140) y que se ofrecen como guía de actuación cuando se pretende conseguir una determinada finalidad. Tampoco en este caso habría una propuesta normativa propiamente dicha. Las reglas técnicas no dirigen la conducta en sí, sino en la medida en que se presupone la deseabilidad de la finalidad perseguida por la regla; simplemente, se afirma cuál es el camino más adecuado para alcanzarla. De este modo, el empleo de la regla depende de la aceptación de la norma que impone la finalidad. La explicación más adecuada del papel desempeñado por la regla técnica sería la de criterio de calificación de las conductas a fin de determinar su subsunción en los supuestos de hecho normativos.

La autoridad formal se reconoce en quienes, por el cargo o la función que desempeñan, pueden tomar decisiones vinculantes sobre la realidad a la que se refieren. Una autoridad formal es aquella cuyas formulaciones son relevantes a la hora de tomar una determinada decisión, con independencia de si esas formulaciones son enunciados verdaderos o no. La confianza en una autoridad formal que no sea autoridad epistémica no se fundamenta en la creencia de que sus intervenciones serán verdaderas, sino en la creencia de que serán *decisivas* en un determinado ámbito de actuación⁵³. Por lo tanto, se trata de una confianza que resulta independiente de la competencia o de la imparcialidad que se le pueda reconocer a la autoridad.

El reconocimiento de autoridad formal en el emisor del *soft law* puede estar basado en la posición institucional del emisor, reflejada en ciertas características que denotan dicha posición (como la permanencia, la profesionalización, modalidades de acceso al órgano emisor, grado de formación requerida). Esta posición institucional adquiere especial relevancia como fundamento del reconocimiento del *soft law* cuando el sujeto emisor es una entidad pública con competencia para producir derecho, pero que por razones políticas (conveniencia, opor-

⁵³ Para una exposición de cómo esta posición institucional fundamenta el valor del *soft law* a través de la generación de expectativas de cumplimiento, véase GRNCHALLA-WESIERSKI, 1984: 46 ss.

tunidad, etc.) o jurídicas (fundamentalmente, por no tener atribuida la competencia en la materia que pretende regular), opta por instrumentos de *soft law* (ESCUDEO, 2012: 141 ss.).

Otro tipo de explicación del reconocimiento de autoridad formal al sujeto emisor del *soft law* deriva del tratamiento de las remisiones dinámicas. No siempre la remisión al *soft law* ofrece una explicación puramente reduccionista de la eficacia jurídica del mismo. En este punto, la distinción entre remisión estática y remisión dinámica cobra relevancia⁵⁴. Cuando la remisión es estática, si bien es cierto que la autoridad (epistémica o formal) del emisor del *soft law* puede explicar la remisión en sí, esta explicación no resulta necesaria para justificar los efectos jurídicos que se le atribuyen. Probablemente el legislador remitió al *soft law* motivado por la autoridad que reconoce a su autor, pero una vez realizada la remisión, los efectos jurídicos derivados de ella no dependen de que los usuarios y destinatarios de la norma reconozcan dicha autoridad. En estos casos, para explicar los efectos jurídicos del *soft law* no es necesario explicar la autoridad del emisor del *soft law*.

En cambio, cuando las disposiciones de leyes o tratados internacionales realizan una remisión dinámica a instrumentos de *soft law*, vinculan los efectos jurídicos correspondientes a las modificaciones que pudiera sufrir dichos instrumentos con posterioridad. En estos casos, más que incorporar el contenido del *soft law* se produce una suerte de delegación normativa por la que se confiere autoridad, eminentemente formal, jurídica incluso, al sujeto emisor del instrumento de *soft law* aludido. Quedaría en este caso por dilucidar si esa remisión dinámica es suficiente para explicar la autoridad formal del emisor del *soft law* (entendida dicha remisión como una especie de atribución de competencia) o bien si dicha autoridad tiene que ser explicada independientemente con el fin de justificar la propia remisión.

También podemos considerar un tipo de autoridad formal, en cuanto que el valor de sus elaboraciones no descansa en presunción de veracidad alguna, la que corresponde a los casos de autorregulación. A veces, los efectos jurídicos de las reglas producidas por determinadas entidades se derivan de que aquellas tienen su origen en los mismos sujetos que serán sus destinatarios, al ser elaboradas por medio de instrumentos representativos de sus intereses. El fundamento de estos efectos se encuentra en la aceptación implícita por los destinatarios de la regla en cuanto que es emitida por ellos mismos. Este sería el caso de los códigos de conducta que ciertas entidades elaboran como guías de su actividad, tales como los códigos deontológicos de los colegios profesionales o los «códigos de buenas prácticas» empresariales (ESCUDEO, 2012: 139; GALIANA SAURA, 2010: 56).

⁵⁴ Sobre la distinción entre remisión estática y remisión dinámica, véase HERNÁNDEZ MARÍN, 2012: 82 ss.

b) El segundo tipo de explicación antirreduccionista estaría basado en el reconocimiento del valor del contenido de las formulaciones de *soft law* y no tanto de la autoridad que las emite. Este valor puede ser jurídico, moral o pragmático.

El reconocimiento de valor jurídico se produce cuando quienes tratan de justificar una decisión o una pretensión entienden que el contenido del *soft law* ofrece la interpretación correcta, o bien cuando quien se basa en principios jurídicos, entiende que el *soft law* permite identificar las reglas en las que se concretan tales principios. Este valor sería independiente del reconocimiento de autoridad epistémica al emisor del *soft law*⁵⁵.

El reconocimiento de valor moral deriva de que quienes tratan de justificar una decisión o una pretensión consideran que el valor del *soft law* está fundado en el respeto de ciertas reglas morales. Este fundamento autónomo puede ser entendido de dos maneras: 1º el valor de las normas de *soft law* deriva de la adecuación moral de su contenido, de su correspondencia con normas morales que confieren a las reglas de *soft law* un respaldo material suficiente para que sus efectos sean reconocidos; 2º el valor de las normas de *soft law* deriva del reconocimiento del sujeto emisor como autoridad moral. La autoridad moral se concibe como una especie de autoridad epistémica con competencia específica en el campo moral para identificar las normas morales que rigen en un determinado ámbito social.

Por último, la aceptación del *soft law* como argumento justificatorio podría deberse a un reconocimiento de su valor pragmático, en cuanto que encuentra en las normas de *soft law* un fundamento adecuado para sus fines, relativos a la justificación de decisiones o pretensiones. Este criterio parece exacerbar el subjetivismo a la hora de fundamentar el valor del *soft law*, de modo que serviría para explicar su empleo, pero no tanto para explicar su valor justificatorio.

7. ALGUNAS RESPUESTAS «BLANDAS» A PREGUNTAS «DURAS»

a) El debate acerca de la juridicidad del *soft law* es relativamente importante. Ante la pregunta *dura*, «¿Es derecho el *soft law*?», o su

⁵⁵ Aunque podría mencionarse también el reconocimiento de un valor de contenido científico- técnico en las formulaciones de *soft law* con independencia de la autoridad de un emisor, parece difícil que esta justificación pueda operar de manera efectiva. Los argumentos jurídicos se encuentran, en teoría, al alcance de cualquier jurista, que es el que habitualmente debe argumentar para justificar decisiones o pretensiones jurídicas, por lo tanto, la justificación del uso argumental del *soft law* puede estar basada tanto en la autoridad del emisor como en el valor jurídico de lo emitido. En cambio, no es habitual que el jurista disponga de conocimientos científico-técnicos especializados y, por lo tanto, su aceptación de este tipo de *soft law* se basará principalmente en la credibilidad del emisor, más que en la aceptabilidad de los contenidos.

corolario no menos correoso, «¿Hay dos tipos de derecho: el duro y el blando?», procede una respuesta blanda, o tibia, o flexible (póngase el adjetivo que se prefiera): no tiene por qué serlo⁵⁶.

Ni la vinculación con el derecho, ni la ausencia o presencia de formas institucionalizadas de creación, ni sus efectos, y ni mucho menos los mismos términos empleados, confirman o desmienten nada al respecto. Sí que es cierto que su ámbito de incidencia funcional es mucho más similar al del derecho que cualquier otro presunto orden normativo. *Soft law* y *hard law* pueden incidir en las mismas materias y pueden coincidir en la pretensión de regular esos ámbitos de realidad. Solo si partimos de una delimitación clara y precisa de lo que es derecho podríamos empezar a identificar los fenómenos referidos por la noción de *soft law*. Pero solo empezar porque para acabar de hacerlo sería necesario definir más fronteras, aquellas que precisamente delimitan el *soft law* respecto de otras realidades normativas no jurídicas.

b) Precisamente, tales problemas de falta de delimitación son una de las razones por las que nos encontramos ante un concepto bastante indeterminado. Creo que aún no existe una noción totalmente consolidada de *soft law*. Tal vez sea todavía una noción demasiado joven. Es cierto que pueden distinguirse tres elementos en su descripción, normatividad, ausencia de vinculatoriedad y eficacia jurídica, que parecen dotarla de contenido. Falta, sin embargo, la determinación definitiva del sentido en que esos tres elementos se combinan para conformar esta peculiar categoría.

Quizá lo más evidente que puede decirse del *soft law* es que son enunciados que cumplen diversas funciones, algunas de las cuales son auxiliares del derecho: función de ordenación de ámbitos no regulados jurídicamente; función de determinación de los supuestos de hecho y las consecuencias jurídicas de normas jurídicas; función de anticipación de una nueva regulación. Estos enunciados han sido formulados por sujetos que no tienen competencia para crear derecho o bien, si la tienen, no la han ejercido al no seguir el procedimiento o adoptar la fórmula documental institucionalmente requerida para que sus producciones cuenten como derecho.

Este atisbo de esquemática descripción, no obstante, no lleva aparejada una convención clara sobre qué sea *soft law*: norma o aserción sobre normas, orden o consejo... Cuando pensamos que lo hemos atrapado en un ejemplo, se nos escapa en el siguiente. *Soft law* es una expresión vaga y todo apunta a que seguirá siéndolo durante bastante tiempo.

c) La pregunta *dura* realmente importante, a mi juicio es la que se refiere a la explicación de la eficacia atribuida al *soft law*. La pugna

⁵⁶ Una respuesta similar ofrece ABI-SAAB en su definición de *soft law*: un derecho en el que la juridicidad es ambigua o cuestionada (ABI-SAAB, 1987: 206).

entre las tesis reduccionistas y antirreduccionistas a la hora de justificar los efectos atribuidos al *soft law* quedaría en una mera disputa teórica si no fuera por las consecuencias prácticas que trae la adopción de una u otra. Una de esas posibles consecuencias tiene que ver con la impugnabilidad: si el *soft law* no tiene efectos jurídicos propios, sino que estos corresponden a las normas jurídicas respecto de las que cumplen una función instrumental, no sería posible someterlos autónomamente a procesos institucionalizados de revisión, quedando estos únicamente reservados a las normas con eficacia jurídica directa⁵⁷.

También parece depender de estas consideraciones el alcance que el *iura nobis curia* tiene respecto al *soft law* y la medida en que los jueces pueden recurrir *motu proprio* a estos instrumentos, sin necesidad de alegación de las partes litigantes. También resulta cuestionable su utilización para resolver asuntos que tuvieron lugar antes de la emisión de los instrumentos de *soft law*, esto es, acerca de su posible retroactividad (ALBERTI, ELIANTONIO, 2021: 196).

Otra consecuencia del reduccionismo podría ser la justificación de la ausencia de publicación exhaustiva de los instrumentos de *soft law*⁵⁸. Por supuesto, esta distinción también resulta relevante, a la hora de determinar la incidencia que pueda tener el *soft law* en aquellos ámbitos en los que el principio de legalidad tiene una trascendencia singular⁵⁹.

d) Todavía una última, e inquietante, *hard question*: ¿por qué la teoría del derecho se tiene que ocupar del *soft law*? Si el *soft law* es una realidad no jurídica, aunque se asemeje al derecho, tal vez quede fuera del ámbito de la teoría jurídica. Me temo que aquí la respuesta también será un tanto blanda: 1) no encuentro fácilmente quien debería ocuparse de analizar estas realidades (tanto la ética como la sociología no me parecen adecuadas, la primera por inoportuna, la segunda por insuficiente); 2) existen unos lazos evidentes con el derecho, no solo funcionales, sino también teóricos, que necesitan ser explicados desde el punto de vista del jurista (WESTERMAN, 2018b: 13). Por ejemplo: a) ¿Puede realmente valer el *soft law* como interpretación autorizada del derecho?; b) ¿Puede ser considerado como una formulación de fuentes jurídicas no escritas?; c) ¿Supone esto una manera distinta de abordar los aspectos ontológicos y epistémicos de las fuentes jurídicas

⁵⁷ Sobre la impugnabilidad de los instrumentos de *soft law*, ALONSO GARCÍA, 2001: 87. Por lo que se refiere al control judicial del *soft law* de la Unión Europea, ELIANTONIO, 2021: 283 ss.

⁵⁸ Sobre la necesidad de que los instrumentos de *soft law* estén publicados para que puedan ser utilizados en la interpretación del derecho y la informalidad de tal publicación, SARMIENTO, 2008: 178; BEIJEN, 2021: 216, 217.

⁵⁹ SARMIENTO advierte que la incidencia del *soft law* como complemento de la legislación sancionadora solo puede tener lugar por medio de remisiones expresas y precisas, descartando, incluso, remisiones abiertas como puede ser la inclusión de una referencia a «las normas técnicas de reconocimiento general» a la hora de configurar el tipo de la infracción (SARMIENTO, 2008: 184).

no formales (costumbre o principios jurídicos)?; d) ¿Cómo afecta la existencia de estas reglas a la aplicación del derecho?

Tal vez, y sólo tal vez (otra conclusión blanda), esa existencia material intrínseca en la que el *soft law* aventaja al *hard law* de las concepciones dominantes, su necesaria plasmación documental y, por lo tanto, escrita, sea la explicación de por qué cumple ciertas funciones de aseguramiento y certeza de las que resulta imposible dar cuenta por medio de la tesis tradicional⁶⁰. Hasta qué punto se corresponde con la realidad esa sensación de certeza es otro de los temas sobre los que, a mi entender, conviene seguir reflexionando.

BIBLIOGRAFÍA

- ABBOTT, K.W., KEOHANE, R.O., MORAVCSIK, A., SLAUGHTER, A., SNIDAL, D., 2000: «The Concept of Legalization», *International Organization*, vol. 54, Issue 3, Summer: 401-419.
- ABI-SAAB, G., 1987: «Cours général de droit international public», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 207: 9-464.
- ALBERTI, J., ELIANTONIO, M., 2021: «Judges, Public Authorities and EU Soft Law in Italy. How You Cannot Tell a Book by its Cover», *EU Soft Law in the Member States*, Eliantonio, M., Kokea-Aho, E., Stefan, O (eds.), Oxford: Hart Publishing, pp. 185-199.
- ALONSO GARCÍA, R., 2001: «El *soft law* comunitario», *Revista de administración pública*, núm. 154: 63-94.
- ARROYO JIMÉNEZ, L., RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., 2021: «In Search of Symmetry Lost. European and Spanish Soft Law before the Spanish Authorities», *EU Soft Law in the Member States*, Eliantonio, M., Kokea-Aho, E., Stefan, O. (eds.), Oxford: Hart Publishing, pp. 233-246.
- ATIENZA, M., RUIZ MANERO, J., 1996: *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona: Ariel.
- BARBERIS, J., 1984: «Le concept de traité international et ses limites», *Annuaire français de droit international*, núm. 30: 239-270.
- BAYLIS, E., 2019: «The International Law Commission's Soft Law Influence», *13 FIU Law Review*: 1007-1025.
- BEIJEN, B., 2021: «Soft Law and Guidance in the Netherlands. At Odds with Legal Principles?», *EU Soft Law in the Member States*, Eliantonio, M., Kokea-Aho, E., Stefan, O. (eds.), Oxford: Hart Publishing, pp. 201-217.
- BÓDIG, M., 2018: «Legal Validity, Soft Law, and International Human Rights Law», *Legal Validity and Soft Law*, Westerman *et al.* (eds.), Springer, pp. 221-242.
- BRUS, M., 2018: «Soft Law in Public International Law: A Pragmatic or a Principled Choice? Comparing the Sustainable Development Goals and the Paris Agreement», *Legal Validity and Soft Law*, Westerman *et al.* (eds.), Springer, pp. 243-266.
- BULYGIN, E., 2007: *Il positivismo giuridico*, Milano: Giuffrè editore.

⁶⁰ Sobre la función de clarificación de reglas como explicación de la gran eficacia del *soft law*, véase DRUZIN, 2016: 7.

- CABALLERO HELLIÓN, K.L., 2021: «Incidencia del *soft law* para la aplicación de normas», *Revista jurídica: Investigación en ciencias jurídicas y sociales*, vol. 2, núm. 11: 59-73.
- CALDERÓN MARENCO, E., 2018: «Los incoterms como instrumento de derecho suave (*soft law*)», *Revista e-mercatoria*, vol. 17, núm. 1: 47-85.
- CAPELLA, J.R., 1997: *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado*, Madrid: Ed. Trotta.
- CARBONNIER, J., 1994: *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho*, trad. L.M. Díez Picazo, Madrid: Tecnos.
- CÁRDENAS CASTAÑEDA, F., 2013: «A call for rethinking the sources of international law: soft law and the other side of the coin», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, UNAM, v. XIII: 355-403.
- CASARES, J., 1992: *Introducción a la lexicografía moderna*, Madrid: CSIC.
- CASTILLO BLANCO, F.A., 2002: «El principio de seguridad jurídica: especial referencia a la certeza en la creación del Derecho», *Documentación Administrativa*, núm. 263-264, mayo-diciembre: 21-72.
- CERDA DUEÑAS, C., 2017: «La nota diplomática en el contexto del soft law y de las fuentes de derecho internacional», *Revista de Derecho. Valdivia*, Vol. XXX núm. 2: 159-179.
- CERONE, J., 2016: «A Taxonomy of Soft Law: Stipulating a Definition», *Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights*, Lagoutte, Gammeltoft-Hansen, Cerone (eds.), Oxford University Press: 15-24.
- DE MELO CARTAXO, T., 2016: «Theories of Legal Sources and *Soft Law*: or the unbearable lightness of ought», en *Essay on Methodologies of Legal Analysis*.
- DESDENTADO BONETE, A., 2009: «La legislación como propaganda», *Diario La Ley*, núm. 7090.
- DRUZIN, B.H., 2016: «Why does Soft Law Have any Power Anyway?», en *Asian Journal of International Law*: 1-18.
- ELIANTONIO, M., 2021: «Judicial Review of Soft Law before the European and the National Courts. A Wind of Change Blowing from de Member States?», *EU Soft Law in the Member States*, ELIANTONIO, M., KOKEA-AHO, E., STEFAN, O. (eds.), Hart Publishing, Oxford: pp. 283-301.
- ESCUDERO ALDAY, R., 2012: «El concepto de *soft law*», J.J. MORESO Y J.L. MARTÍ (ed.), *Contribuciones a la Filosofía del Derecho*. Imperia en Barcelona 2010, Madrid: Marcial Pons, pp. 127-148.
- GALIANA SAURA, A., 2010: «Crisis de la capacidad regulativa y flexibilidad del Derecho», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 21: 36-61.
- 2016: «La expansión del Derecho flexible y su incidencia en la producción normativa», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXXII: 297-322.
- GARDNER, J., 2022: *El derecho como un salto de fe*, trad. Alberto Pino y Edgar Aguilera, Marcial Pons.
- GARRIDO GÓMEZ, M^a I., 2018: *El Soft Law como fuente del derecho extranacional*, Madrid: Dykinson.
- GOLDMAN, A. I., 1979: «What is Justified Belief?», en *Justification and Knowledge*, G.S. Pappas (ed.), Philosophical Studies Series in Philosophy, vol. 17: 1-23.
- GRNCHALLA-WESIERSKI, T., 1984: «A Framework for Understanding *Soft law*», *McGill Law Journal*, vol. 30: 37-88.

- HAGE, J., 2018: «What Is Legal Validity? Lessons from Soft Law», *Legal Validity and Soft Law*, WESTERMAN *et al.* (eds.), Springer: 19-45.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R., 1989: *Historia de la Filosofía del Derecho contemporánea*, Madrid: Tecnos.
- 2012: *Compendio de filosofía del derecho*, Marcial Pons.
- 2013: *Razonamientos en la sentencia judicial*, Marcial Pons.
- 2021: *Teoría general de las decisiones judiciales*, Marcial Pons.
- IMMORDINO, M., MODICA, C., 2002: «El principio de seguridad jurídica en el ordenamiento jurídico italiano», *Documentación Administrativa*, 263-264, mayo-diciembre: 281-327.
- KELSEN, H., 1983: *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto. J. Vernengo, México: UNAM.
- KIRSTE, S., 2018: «Concept and Validity of Law», *Legal Validity and Soft Law*, WESTERMAN *et al.* (eds.), Springer: 47-73.
- LAPORTA, F.J., 2014: «Gobernanza y *soft law*: nuevos perfiles jurídicos de la sociedad internacional», en RUIZ MIGUEL, A. (ed.) *Entre Estado y Cosmópolis. Derecho y Justicia en un mundo global*, Madrid: Trotta.
- LEONARD, H.S., GOODMAN, N., 1940: «The Calculus of Individuals and its Uses», *The Journal of Symbolic Logic*, Junio, vol. 5, núm. 2: 45-55.
- LÓPEZ DE OÑATE, F., 2007: *La certeza del Derecho*, Granada: Comares.
- MACKOR, A.R., 2018: «What Is Legal Validity and Is It Important? Some Critical Remarks About the Legal Status of Soft Law», *Legal Validity and Soft Law*, WESTERMAN *et al.* (eds.), Springer: 125-144.
- MARCILLA CÓRDOBA, G., 2005: *Racionalidad legislativa: crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- MEYER, T., 2008: «Soft law as delegation», *Fordham International Law Journal*, vol. 32, Issue 3: 888-942.
- MENÉNDEZ, A., 1999: «La Comisión General de Codificación y la elaboración de las leyes», *Seguridad jurídica y Codificación*, Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- NINO, C.S., 1987: *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona: Ed. Ariel.
- Oxford Reference*. Retrieved 26 Mar. 2024, from <https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803100516251>.
- OLIVECRONA, K., 1980: *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, trad. Luis López Guerra, Barcelona: Editorial Labor.
- PASTORE, B., 2014: «Soft law y la teoría de las fuentes del derecho», *Soft Power*, vol. 1, núm. 1: 75-89.
- POSNER, E.A., GERSEN, J., 2008: «Soft Law», *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper*, núm. 213: 1-46.
- QUINE, W.V.O., 1962: «Acerca de lo que hay», *Desde un punto de vista lógico*, trad. Manuel Sacristán, Barcelona: Ediciones Ariel.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario panhispánico del español jurídico (DPEJ)* [en línea]. <https://dpej.rae.es/> [Fecha de la consulta: 26/03/2024].
- SARMIENTO, D., 2008: *El soft law administrativo*, Madrid: Thomson-Civitas.
- SCHMITT, C., 1950: *Die Lage Der Europäischen Rechts-Wissenschaft*, Tübingen: Internationaler Universitäts-Verlag.
- SENDEN, L., 2004: *Soft Law in European Community Law*, Hart Publishing.
- SHELTON, D.L., 2008: «Soft Law», en *Handbook of International Law*, Routledge Press (https://scholarship.law.gwu.edu/faculty_publications).

- SORENSEN, M., 1998: *Manual de Derecho Internacional Público*, Fondo de Cultura Económica.
- SWARY, I., TOPF, B., 1993: *La desregulación financiera global: La banca comercial en la encrucijada*, trad. Eduardo L. Suárez, México: Fondo de Cultura Económica.
- TORRES RUIZ, J.R., 1992: «Seguridad, certeza e informática jurídicas», *Funciones y fines del Derecho (Estudios en Honor del Profesor Mariano Hurtado Bautista)*, Universidad de Murcia: 361-372.
- VAQUER ALOY, A., 2013: «El *Soft Law* europeo en la jurisprudencia española: doce casos», *Ars Iuris Salmanticensis Estudios* vol. 1, junio: 93-115.
- WELLENS, K.C., BORCHARDT, G.M., 1989: «Soft law in European Community law», *European Law Review*, 14: 267-321.
- WESTERMAN, HAGE, KIRSTE, MACKOR (eds.), 2018, *Legal Validity and Soft Law*, Springer.
- WESTERMAN, P., 2018 (a): «Validity: The Reputation of Rules», *Legal Validity and Soft Law*, WESTERMAN *et al.* (eds.), Springer: 165-182.
- 2018 (b): *Outsourcing the Law: A Philosophical Perspective on Regulation*, Edward Elgar Publishing.