

SOFT LAW: ASPECTOS TEÓRICOS
Y PROBLEMAS PRÁCTICOS

Juan José Iniesta Delgado

Álvaro Núñez Vaquero (eds.)

ISBN: 978-84-1381-930-3

Madrid, 2025

pp. 155-170

DOI: 10.37417/soft-law/05

Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

SOFT LAW Y PRECEDENTE JUDICIAL EN EL CIVIL LAW

Lorena RAMÍREZ-LUDEÑA

Universidad Pompeu Fabra

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. LOS PRECEDENTES INTERPRETATIVOS EN EL *CIVIL LAW*. TRES CUESTIONES: 2.1. La actividad creativa; 2.2. El carácter vinculante; 2.3. El carácter de fuente de derecho.— 3. PRECEDENTES, *SOFT LAW* Y DELIBERACIÓN.— 4. CONSIDERACIONES FINALES.— BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

Existe una extensa literatura relacionada con el *soft law* (en adelante, SL), en que se reconoce su incidencia creciente en los sistemas jurídicos contemporáneos. Sin embargo, no es sencillo determinar cuáles son sus características centrales. De hecho, existen posiciones contrapuestas en la literatura acerca de aspectos tan relevantes como por ejemplo qué sujetos pueden dar lugar a SL: ¿tienen o no que ser sujetos con capacidad para generar *hard law* (en adelante, HL)? Por otro lado, en las reflexiones sobre el impacto de la jurisprudencia en los países pertenecientes a la tradición del *civil law*, no es infrecuente que se rechace que hay precedentes vinculantes que son fuentes del derecho, enfatizando precisamente que en este contexto no constituyen más que SL. En este trabajo, pondré en relación ciertas discusiones acerca de los precedentes judiciales en el *civil law* y la literatura sobre el SL, con un doble objetivo: 1. Por un lado, esclarecer el estatus de los precedentes en el *civil law*, a partir de la reflexión acerca de si pueden ser o no considerados SL; 2. Por otro lado, partiendo del análisis de los diferentes aspectos que llevan a considerar que los precedentes son o no SL, arrojar luz acerca de cuáles son los elementos determinantes del SL.

Antes de comenzar, delimitaré mi objeto de análisis. Aquí no me referiré a materiales que son considerados de SL y que son incorporados en precedentes que se reconocen como vinculantes en el *common law*. Tampoco me referiré a las discusiones que, en el contexto del *common law*, distinguen entre *ratio decidendi* y *obiter dicta*, enfatizando que en este último caso estamos frente a SL. Si prestamos atención a las discusiones acerca del SL en el *civil law*, es importante advertir que tampoco me centraré en materiales que son reconocidos como SL y que son usados como instrumentos interpretativos del HL por los tribunales del *civil law*. Me concentraré, en cambio, en el análisis de los rasgos centrales de los precedentes verticales descendentes sobre la interpretación de los textos jurídicos en el *civil law*. En esta medida, el objeto de análisis serán principalmente las normas genéricas determinadas por los altos tribunales al decidir casos. Como veremos, la determinación de esas normas genéricas supone cierta actividad creativa, y pueden ser distinguidas de las normas de adjudicación, que precisamente regulan el modo en que se desarrolla esa actividad creativa, y de la regla de reconocimiento, que nos permite determinar si esas normas genéricas son o no fuentes del derecho.

2. LOS PRECEDENTES INTERPRETATIVOS EN EL *CIVIL LAW*. TRES CUESTIONES

En las discusiones acerca del papel de la jurisprudencia en el contexto del *civil law*, no es infrecuente que se rechace que esta tiene un rol central, enfatizando que los jueces no crean derecho y que sus decisiones no son vinculantes para otros jueces, por lo que no son fuentes del derecho. Lo anterior supone relacionar tres cuestiones, que pueden diferenciarse, lo que nos permitirá apreciar de un mejor modo cuál es el rol de los precedentes interpretativos en el *civil law*¹.

Por un lado, está la cuestión de si los jueces del *civil law* crean o no derecho. En este punto, y aunque es obvio que la determinación de la norma genérica expresada por una determinada disposición en el contexto del *civil law* no supone una creación *ex novo* de derecho, sí parece claro que involucra cierta actividad creativa. Analizaré esta problemática en el próximo apartado.

En segundo lugar, está la cuestión de si las decisiones de los tribunales superiores, que aquí se entenderá que suponen cierta actividad creativa, son o no vinculantes para los jueces del sistema. En ocasiones, esta cuestión es descrita como una cuestión de todo o nada, acerca de si los precedentes obligan o no. En este punto, resulta esclarecedor para evaluar el rol de los precedentes recurrir a la literatura en que se hace

¹ Sobre la diferencia entre estas tres cuestiones, véase RAMÍREZ-LUDEÑA, 2023.

referencia a diferentes factores que tienen incidencia en su grado de vinculatoriedad. Además, como trataré de poner de manifiesto, se trata de una cuestión que depende de las prácticas contingentes de adjudicación, y no de cómo está redactada la normativa.

En tercer lugar, discutiré en qué medida pueden ser considerados o no fuentes del derecho, lo que dependerá, como trataré de poner de manifiesto, de la regla de reconocimiento del sistema de que se trate, es decir, de las prácticas de identificación contingentes de los operadores jurídicos.

La reflexión en torno a esas tres cuestiones será acompañada de un análisis de ciertas discusiones sobre el estatus del SL, que guardan una estrecha relación con las distinciones anteriores. De hecho, en relación con el SL, con carácter general suelen destacarse aspectos similares a los que se enfatizan para rechazar la incidencia de la jurisprudencia: el SL no supone la creación de nuevo derecho en sentido estricto, no tiene un carácter vinculante, ni constituye fuente de derecho. Relacionar las discusiones acerca del SL y de los precedentes en el *civil law*, diferenciando las tres cuestiones, parece entonces un camino prometedor para reflexionar no solo acerca de la jurisprudencia y si puede o no ser considerada SL, sino también sobre el propio estatus del SL.

2.1. La actividad creativa

Una crítica recurrente de aquellos que rechazan la incidencia de los precedentes en el ámbito del *civil law* apunta a que los jueces no crean derecho, sino que lo aplican. En esta medida, los jueces no tendrían autoridad ni competencia para producir normas generales, por lo que no podríamos hablar de generación de precedentes por su parte. Esto está relacionado con el ideal de la separación de poderes, que tiene relevancia respecto de aspectos centrales como el modelo de selección de jueces en países como España y en la forma en que se expresan los jueces, como si estuvieran constatando el derecho preexistente.

En un sentido similar, parte de la literatura sobre el SL enfatiza que se trata de normas generadas por sujetos sin autoridad ni competencia para regular esas materias pero, dada la complejidad para abordar la situación, o con objetivos como favorecer la participación de expertos o de la ciudadanía, o mejorar la eficacia de las normas, se confía en ciertos individuos o instituciones el desarrollo de las normas correspondientes.

Este punto acerca de los sujetos relevantes no está, no obstante, exento de controversias en la literatura acerca del SL, ya que algunos autores consideran que, en caso de que introduzcan normas sujetos que no son reconocidos como autoridades, lo que se produciría es un reenvío por parte del HL a algo que no es derecho. De acuerdo con esta

posición, en realidad solo estamos frente a SL si estamos ante sujetos que pueden regular mediante HL, pero que deciden regular (con motivaciones diversas) mediante SL².

¿Qué ocurre en el caso de los precedentes interpretativos? Cabría considerar, por un lado, que los competentes para establecer normas generales son los legisladores pero, dadas las dificultades involucradas en el establecimiento de esas normas, hay una suerte de delegación en los jueces. O cabría considerar, en cambio, que sí son competentes para crear normas generales.

A efectos de dirimir la cuestión anterior, conviene diferenciar varios sentidos en que se habla de «creación de derecho». Por un lado, es difícil controvertir que los jueces dan lugar a normas individuales, que resuelven casos particulares. Por otro lado, en aquellos casos en que los jueces se enfrentan a una laguna normativa, suele admitirse que los jueces crean la norma general que aplican, y que constituye la premisa mayor del silogismo. ¿Qué ocurre cuando los jueces llevan a cabo sus interpretaciones de las disposiciones jurídicas? ¿Crean derecho sin poder hacerlo?

Salvo que se asuma una imagen ingenua acerca del modo en que opera nuestro lenguaje, en virtud del cual las palabras tienen un significado que es transparente a los hablantes competentes, es fácil advertir que la actividad interpretativa llevada a cabo por los jueces involucra cierta actividad creativa. Esto es, ya sea que el significado de los términos dependa de descripciones socialmente configuradas, con cierta indeterminación y peso variable, como señala el descriptivismo sofisticado, o que dependa en buena medida del objeto de referencia, como sostienen las teorías de la referencia directa, en ambos casos la determinación del contenido de nuestras palabras no se limita a una mera constatación no problemática. Esto no significa que suponga creación *ex novo*, pero sí se ve involucrada cierta actividad creativa, lo que permite que los precedentes en este ámbito tengan sentido, al hacer las decisiones de los jueces una diferencia y no limitarse a constatar el derecho preexistente. Lo mismo cabe concluir si se advierte que los jueces con frecuencia tienen que escoger entre diversos usos que pueden ser relevantes, ya se trate de usos ordinarios o expertos. O que, en ocasiones, se plantean dudas respecto de ciertos casos concretos que llevarían a precisar la norma expresada por la disposición de modos diversos. O también, que distintos argumentos interpretativos, que conducen a normas diversas, son generalmente invocados por los jueces. En todos los casos anteriores, esa actividad creativa puede distinguirse de la genuina creación de derecho³.

² ESCUDERO ALDAY, 2012:141 y ss.

³ Aunque no me detendré en esta cuestión, que se trate o no de genuina creación de derecho es algo que solo puede determinarse una vez se asuma, explícitamente o no, una concreta

Dicho lo anterior, y teniendo en cuenta que los jueces no solo pueden (jurídicamente) sino que deben resolver los casos concretos, y al hacerlo concretan la norma expresada por la disposición en cuestión, resultaría extraño considerar que carecen de competencia para llevar a cabo esas interpretaciones, cuando seleccionan una determinada configuración de la norma relevante, frente a otras alternativas. Entonces, los sistemas jurídicos prevén normas que establecen no solo la obligación del juez de resolver de manera motivada, sino que además se fijan procedimientos detallados a efectos de satisfacer dicha obligación. La existencia de este entramado de normas secundarias contrasta con el énfasis de algunos autores por lo que respecta a la ausencia de normas secundarias en relación con el SL. En todo caso, en los precedentes interpretativos no se trataría de sujetos que normalmente dan lugar a HL y deciden, con ciertas motivaciones, operar por medio de SL. Por ello, y respecto de la cuestión de los sujetos, lo que ocurre con los precedentes interpretativos no encajaría ni con quienes sostienen que el SL es creado por sujetos sin competencia para crear derecho, porque sí tienen competencia para llevar a cabo esa actividad interpretativa-creativa, que no obstante puede diferenciarse de la genuina creación, ni con quienes sostienen que es creado por sujetos con competencia para crear HL, pero que deciden servirse del SL.

Vamos a explorar ahora si la cuestión central a efectos de determinar si los precedentes son o no SL se relaciona no tanto con los sujetos y su competencia, sino con el tipo de material jurídico a que dan lugar.

En este punto, respecto del SL en ocasiones se sostiene que se trata de principios, con un carácter abierto y con cierta indeterminación y vaguedad, que requieren de un desarrollo ulterior. Si este fuera un aspecto determinante, entonces los precedentes interpretativos no serían SL, dado que, aunque en ocasiones la determinación de la norma relevante involucre principios, definiciones y otros tipos de reglas, supone centralmente tomar en consideración reglas prescriptivas. Además, no se dejan abiertas cuestiones, considerándose la falta de precisión algo característico, sino todo lo contrario: precisamente, los precedentes interpretativos suponen una mayor precisión, en el sentido de que ofrecen una determinada caracterización de la norma relevante, frente a otras alternativas. Por tanto, se trata de normas principalmente de deber, que además los jueces tienen el deber de establecer, y que no generan inseguridad sino, con carácter general, todo lo contrario. En este mismo sentido, no destacan por su flexibilidad, libertad y adaptabilidad, como

teoría de la interpretación y del derecho. En todo caso, dejaré aquí de lado esta complicación, entendiendo que lo planteado en el texto principal permite dejar constancia de que existe una actividad creativa, pero que puede ser diferenciada de la genuina creación de derecho, aunque esta cuestión dependa de la adopción de una concepción acerca de la interpretación y del derecho. Sobre estas cuestiones, véase RAMÍREZ-LUDEÑA, 2023.

a veces sí se enfatiza respecto del SL. No obstante, de nuevo, este es un aspecto que la doctrina también ha controvertido como característico del SL, ya que entender que el SL se expresa mediante principios con un carácter abierto e indeterminado es tanto infraincluyente (muchas normas que son vistas como SL son muy precisas y son expresadas por reglas prescriptivas), y sobreincluyente (abarcaría principios y otros materiales normativos que son reconocidos como HL)⁴. En este mismo sentido, con frecuencia se entiende que la función del SL es precisamente la de permitir que tengan capacidad de decisión quienes están en una mejor posición reguladora, que desarrollarán normas más precisas⁵.

2.2. El carácter vinculante

Como hemos visto, existen discrepancias por lo que respecta a los sujetos que dan lugar al SL y al tipo de norma que es el SL. Entonces, que en el caso de los precedentes interpretativos en el *civil law* sean los jueces que tienen el deber de dictar sentencia, y que lo hagan por medio de normas que son expresadas centralmente por medio de reglas prescriptivas, no parece excluir que puedan ser SL. Quizá el elemento central a efectos de evaluar si lo son o no tenga que ver con la segunda de las cuestiones que planteadas al comienzo del apartado 2: su falta de carácter vinculante.

Aquí hay tres aspectos que pueden conducir a considerar que, en el caso de los precedentes interpretativos, no estamos frente a SL. En primer lugar, en ocasiones se señala el SL no es algo que, con carácter general, deba ser tenido en cuenta por los jueces. En segundo lugar, que el SL supone la adhesión voluntaria y un compromiso activo. Y, en tercer lugar, se enfatiza que opera como un consejo o una recomendación, sin que haya sanciones aparejadas. De hecho, en el caso del SL, y como ya se ha apuntado en alguna medida en el apartado anterior, algunos destacan la ausencia de normas secundarias sobre su aplicación y sanción.

Respecto del primer elemento, dada la naturaleza de los precedentes interpretativos, y su relevancia en la propia actividad judicial, que deban ser en alguna medida tenidos en cuenta por los jueces es algo

⁴ Esta cuestión está relacionada con si la expresión *soft law* apunta a materiales jurídicos con carácter general, o a normas específicas, que pueden estar contenidas en materiales típicos de HL. Entender que lo que caracteriza el SL es su carácter abierto e indeterminado está en consonancia con el modo en que se acuñó inicialmente la expresión, entendiéndose que el SL consiste en principios abstractos, operativos a través de su aplicación judicial o de su desarrollo normativo ulterior. Sobre estas cuestiones, véanse ALARCÓN GARCÍA, 2010; LAPORTA, 2014 y MAZUELOS BELLIDO, 2004.

⁵ Lo que, de acuerdo con SARMIENTO (2006: 251), se relaciona con el principio de subsidiariedad.

indudable. De hecho, los precedentes suelen ser definidos precisamente apuntando a que se trata de decisiones judiciales pasadas dotadas de *relevancia para los jueces*. No obstante, esto no parece ser determinante para excluir que sean SL. De hecho, como se establece en el caso Grimaldi (asunto 322/88 de 13-12-1989) y ha sido reconocido doctrinalmente, el SL puede tener un alcance interpretativo en el marco de la aplicación del derecho y seguir siendo SL⁶.

En segundo lugar, la idea es que el SL es creado por sujetos que se adhieren voluntariamente a esas normas, comprometiéndose a adoptar ciertas medidas y orientar sus decisiones en ciertas direcciones. Si trazamos el paralelismo con los precedentes, se requeriría que los jueces adopten voluntariamente los precedentes. Esto, ya hemos visto que no es del todo así en el caso de los jueces que establecen inicialmente los precedentes, no solo porque tienen la obligación de resolver precisando normas generales, sino también porque no se les confiere plena libertad en sus interpretaciones. Como he señalado en el apartado anterior, la actividad interpretativa, aunque supone cierta actividad creativa, no constituye genuina creación de derecho. Sí es cierto que los jueces que establecen los precedentes pueden variarlos con el tiempo y tienen la capacidad para interpretar sus propios precedentes, por lo que sus decisiones, que establecen precedentes interpretativos, podrían ser considerados SL respecto de los propios tribunales superiores, que en última instancia pueden eludir la interpretación que ellos mismos han fijado. En todo caso, es importante advertir que estos cambios jurisprudenciales suelen estar sujetos a ciertos límites, por ejemplo, en el caso español, por parte del Tribunal Constitucional⁷. Una cuestión diferente de la anterior es qué ocurre con los jueces en escalas inferiores de la estructura judicial, ámbito en el que con frecuencia se enfatiza que los precedentes son SL y que constituye el objeto central de análisis de este trabajo.

Sobre esto último, se distingue en la literatura el carácter más o menos robusto de los precedentes en función de aspectos cómo: cuán a menudo hay que tenerlos en cuenta (i.e. siempre, nunca, en ciertos casos), qué implica tenerlos en cuenta (e.g. meramente citarlos, llegar a idéntica solución, discutirlos), qué argumentos deben ofrecerse para tenerlos en cuenta (e.g. ninguno, se tienen que ofrecer argumentos en favor de la solución concreta, o en favor de tener deferencia con ciertos jueces) o la existencia de discreción para identificarlos y/o para

⁶ Acerca de la función interpretativa del SL, véase SARMIENTO, 2006: 258; sobre la incidencia del SL en los tribunales internacionales, véanse CRAWFORD, 2021 y GUZMAN Y MEYER, 2009.

⁷ Véase GASCÓN, 1993, que explica cómo el Tribunal Constitucional español controla los cambios jurisprudenciales haciendo uso del principio de igualdad. Acerca de la flexibilidad del SL y la posibilidad de modificación regular, véase GALIANA SAURA, 2010: 44. Sobre el SL y la discreción para interpretarlo, véase GRNCHALLA-WESIERSKI, 1980: 40 y ss.

exceptuarlos⁸. Entonces, no se trata de una cuestión de todo o nada, sino que los precedentes interpretativos verticales en el *civil law* tienen un carácter más o menos robusto en función de una serie de elementos complejos⁹. El modo en que estas cuestiones están reguladas en los diversos sistemas jurídicos depende de las normas de adjudicación, que no son normas secundarias voluntarias respecto de su cumplimiento por parte de los jueces individualmente considerados, sino prescriptivas. Lo anterior no excluye, no obstante, que esas normas puedan ser facultativas, como es el caso en que facultan a citar ciertos precedentes¹⁰.

Si analizamos lo que ocurre en sistemas como el español, llama la atención el carácter bastante robusto de las decisiones del Tribunal Supremo, en atención a los elementos anteriormente señalados. Los jueces inferiores suelen tomar en consideración sus decisiones, las tienen en cuenta adoptando la misma interpretación muchas veces sin aportar argumentos adicionales y sin que se aprecie discreción en la determinación de cuál es la interpretación por parte del Supremo. Sin embargo, se sigue entendiendo por buena parte de la doctrina que los precedentes interpretativos del Supremo no son vinculantes en España. Paradójicamente, creo que lo que explica que se dé ese carácter robusto está precisamente relacionado con aspectos característicos del *civil law*. Entre otros elementos, destacan la existencia de una carrera judicial y la jerarquía entre las diversas instancias judiciales, o la visión acerca del rol de los jueces como meros aplicadores, lo que promueve que no se hayan desarrollado prácticas para controvertir y exceptuar los precedentes del Supremo. Y ¿qué explica que se considere que los precedentes no tienen un carácter robusto, pese a que lo tienen? Aquí se destacan aspectos como que los precedentes en España son invocados por las partes o que hay contradicciones entre precedentes. Pero ello parte de un prejuicio con respecto al carácter robusto de los precedentes en el *common law* ya que, en esa realidad jurídica, en que no se cuestiona su carácter vinculante, los precedentes también son invocados por las partes y en muchas ocasiones hay precedentes en contradicción,

⁸ Estas cuestiones recuerdan a las que se plantean en torno al SL. Por ejemplo, cuando se señala que el SL son normas obligatorias acompañadas de cláusulas de escape, o cuando se enfatiza que en el SL no hay órganos diferentes del propio órgano que lo introduce que estén encargados de determinar su interpretación. O, como en el caso de MARMOR (2019: 3 y ss.), cuando se hace referencia a los *authoritative advices*, que generan razones presuntivas y suponen una carga argumentativa si no se adoptan. Sobre estos elementos, véanse, entre otros, GALIANA SAURA, 2016: 302 y ss. y LAPORTA, 2014: 75 y ss.

⁹ Rechazando que la cuestión de la vinculatoriedad sea gradual, pero sosteniendo una visión similar con base en la dimensión argumentativa del derecho, véase HAGE, J., 2018: 19 y ss.

¹⁰ Un elemento que me parece importante, pero en el que no me detendré en este trabajo, es que lo relevante no son las reglas de adjudicación tal y como puedan estar positivizadas en un concreto sistema, sino cómo operan esas pautas de comportamiento en la práctica. En esta medida, las normas de adjudicación dependerían de una cuestión de hecho, asimilándose en este aspecto a la regla de reconocimiento.

que precisamente son confrontados por las partes en el contexto de los procedimientos judiciales.

En este punto, es importante advertir dos grupos de cuestiones. La primera es que, si mi análisis anterior es adecuado, entonces convendría determinar qué factores son relevantes para que un determinado material devenga o no SL; y, si esto depende de elementos con un carácter gradual, si tiene sentido decir que un determinado material es *más SL que otro*. Además, dado que un material puede tener cierta vinculatoriedad para ciertos sujetos, pero no para otros, ¿supondría esto que el hecho de que algo cuente como SL depende del agente?¹¹ En segundo lugar, y de nuevo, este elemento de la ausencia de vinculatoriedad no es visto como determinante en la literatura del SL, existiendo autores que sostienen casos de SL, por ejemplo, proveniente de ciertos organismos internacionales o de ciertos expertos, dotados de un fuerte carácter vinculante en el contexto de la práctica jurídica.

Pasemos a analizar la tercera de las cuestiones a la que me refería al comienzo de este apartado, relativa a la inexistencia de sanciones en el caso de incumplimiento de lo establecido en el SL. Sobre ello, tanto por lo que respecta al SL como a los precedentes interpretativos en el *civil law*, destaca la ausencia de sanciones previstas en caso de incumplimiento, en el caso de los precedentes sanciones para los jueces que incumplen. Este elemento, no obstante, no parece ser determinante para que un cierto material sea SL ya que, volviendo al paralelismo con lo que ocurre en el *common law*, allí la no adopción de precedentes no supone de manera generalizada una sanción para los jueces, sin que ello comporte que se rechace su estatus como HL¹². Tanto por lo que respecta al SL, como en relación con los precedentes, sí cabe destacar que se producen ciertos efectos. Tomarlos en cuenta es visto como algo positivo en la comunidad jurídica, y no hacerlo comporta ciertos efectos negativos. Por ejemplo, en el caso del SL, ciertas consecuencias de tipo económico y reputacional¹³. Y, por lo que respecta a los precedentes, su no seguimiento por los tribunales inferiores puede comportar la invalidación de la decisión¹⁴ y dificultades en la progresión en la carrera judicial. Los efectos anteriores no suelen estar positivizados, sino que dependen de lo que ocurre en la práctica. Un aspecto entonces fundamental a

¹¹ En relación con el SL, una idea similar ha sido planteada respecto a las decisiones del TJCE con respecto a los Estados no litigantes por ALARCÓN GARCÍA, 2010: apartado IV.

¹² Además, entender que este elemento es determinante nos llevaría a considerar SL ciertas normas programáticas, y otros tipos de normas, como las constitutivas, que normalmente son consideradas HL.

¹³ En este ámbito, GALIANA SAURA (2010: 260), también reconoce posibilidad de resarcimiento por las expectativas generadas.

¹⁴ Es importante advertir que esta invalidez no es automática, y que incluso si las decisiones que no siguen los precedentes son impugnadas, la jurisprudencia puede cambiar y la decisión del tribunal inferior no ser invalidada. Ello está relacionado con el hecho de que los efectos son impuestos por la propia institución que crea y puede modificar esas normas.

analizar es si esos efectos, en muchos casos difusos, tienen un carácter jurídico o si puede decirse entonces que la vinculación es meramente *de facto*, teniendo el SL y los precedentes interpretativos meramente un carácter persuasivo. Aquí habría tres posibilidades: 1. Entender que es una cuestión de hecho que se relaciona con razones de tipo prudencial, sin que se vean involucradas normas; 2. Entender que estamos frente a normas sociales, en que se desarrolla una actitud crítico-reflexiva en relación con el cumplimiento y el incumplimiento, aunque tras esa actitud puedan estar motivaciones de distinto tipo (percibir un salario, ascender en la carrera, etc.); 3. Entender que estamos frente a normas jurídicas, aunque en este caso convendría reflexionar, al no tratarse de normas positivizadas, qué dota de estatus jurídico a estas normas¹⁵.

Un aspecto que llama la atención sobre los precedentes es que en ocasiones son considerados vinculantes, y adoptados acríticamente, incluso cuando, desde el punto de vista de ciertos juristas, se trata de decisiones creadoras de derecho, que exceden las posibilidades interpretativas admitidas en el contexto de la práctica jurídica. Y esto parece estar en tensión con lo señalado en el apartado anterior, en virtud de lo cual cabía distinguir la actividad creativa en el contexto de la interpretación, de la genuina creación de derecho¹⁶. No obstante, la tensión aparente se disuelve si introducimos un nuevo elemento de análisis, su rol de fuentes de derecho, que además nos permitirá seguir con las reflexiones acerca del carácter del SL y de los precedentes.

2.3. El carácter de fuente de derecho

En el contexto del *civil law*, muchas veces se señala que los precedentes interpretativos constituyen una fuente complementaria, no una genuina fuente de derecho. Y esto mismo se destaca con respecto al SL. Pese a que en ocasiones se opte por configurar el SL como un principio general del derecho, o como una costumbre, o se conecte con principios como el de igualdad o la buena fe para conferirle un estatus cercano al del HL, no es infrecuente que se destaque que esto obvia las particularidades del SL, desconociendo su sentido y asimilándolo al HL, aunque sea en una forma algo diluida¹⁷.

En todo caso, la reflexión en torno a los precedentes interpretativos puede resultar de utilidad para advertir la complejidad de la temática de las fuentes, y para dar cuenta de la situación de tensión aparente,

¹⁵ Como señalan GUZMAN Y MEYER respecto del SL (2009: 518 y ss.), la diferencia entre acuerdos políticos, SL y HL por lo que respecta a su seriedad es difícil de trazar.

¹⁶ Esto también ocurre en casos reconocidos de SL, en que pueden verse afectadas ciertas competencias, o las decisiones pueden vulnerar otras normas reconocidas como HL.

¹⁷ ESCUDERO ALDAY, 2012: 138. Sobre la conexión del SL con otras fuentes, y las dificultades para darles cabida en la regla de reconocimiento hartiana, véase COLMEGNA, 2012: 33 y ss.

planteada al final del apartado anterior. En el caso de los precedentes interpretativos, del mismo modo que ocurre con el resto de materiales, su estatus en tanto fuente general del derecho es dependiente de la práctica de identificación del sistema, de cuál es la regla de reconocimiento efectivamente practicada. Tendrían entonces el carácter de fuente del derecho en la medida en que las decisiones interpretativas sean relevantes para determinar las normas del sistema, es decir, si se entiende que una determinada norma es *la* norma es expresada por la disposición, frente a otras alternativas, precisamente porque se ha adoptado cierta decisión interpretativa por parte de cierto tribunal.

Si apreciamos lo que ocurre en el contexto del *civil law*, parecería que los precedentes interpretativos son fuentes con carácter general, aunque dependen de la fuente subyacente, lo que significa que un determinado precedente particular es fuente si provee una interpretación plausible de la disposición, de acuerdo con las convenciones interpretativas vigentes. Esto puede provocar que un concreto precedente pueda no contar como fuente del sistema, incluso si nunca llega a ser invalidado. De igual modo ocurre con la legislación, que es fuente de derecho con carácter general, aunque se entiende en el contexto del sistema que tiene que ser compatible con la constitución; por ello, una concreta ley puede no ser fuente de derecho si es inconstitucional, incluso aunque los jueces tengan el deber de aplicarla y nunca sea invalidada, e incluso si no se duda de que las leyes con carácter general son fuentes del sistema¹⁸. Precisamente por ser fuentes dependientes de la fuente subyacente, se entiende que los altos tribunales establecen normas que en un sentido relevante tienen un rango inferior a la legislación, en la medida en que no pueden derogarla ni expresa ni tácitamente y solo son válidas si proveen una lectura plausible de las disposiciones en cuestión. Es decir, si, en tanto precedentes interpretativos, no constituyen una genuina creación. En un sentido similar, suele decirse que las normas de SL tienen un rango inferior al HL, sin capacidad para derogarlo y teniendo que mantenerse en los límites provistos por el HL.

3. PRECEDENTES, *SOFT LAW* Y DELIBERACIÓN

Para terminar con la comparación entre la literatura sobre el rol de los precedentes en el *civil law*, y la relativa al SL, me centraré en un elemento adicional: la deliberación. En este punto, la literatura en cada uno de los ámbitos parece contraponerse. En relación con el

¹⁸ Obviamente, la práctica podría cambiar y entenderse como admisibles otras interpretaciones, o entenderse que es fuente de derecho lo que decidan los tribunales, sin restricciones. Pero, dadas las prácticas actuales, los precedentes son fuente de derecho de manera dependiente de la fuente subyacente. Sobre estas cuestiones, véase AGUILÓ, 2015: 17 y ss.

SL, no es infrecuente destacar que tiene sentido operar mediante este tipo de normativa, en lugar de la tradicional, dado que ello no solo comporta una mayor flexibilidad, sino que además permite una mayor intervención de diferentes agentes, promoviéndose la deliberación y la participación ciudadana¹⁹. Por lo que respecta a los precedentes, no es tampoco infrecuente entender que están en tensión con la deliberación, porque se asume que contar con un sistema de precedentes comporta adoptarlos acríticamente, no solo no promoviéndose la deliberación, sino eliminándola por completo. Además, si en el caso del SL se enfatiza que este suele hacer una contribución para la generación ulterior de HL, las decisiones judiciales parecen ir en dirección inversa, ya que de hecho suelen generar que el legislador democrático no se pronuncie sobre ese ámbito, que opera con base en precedentes que concretan ciertos aspectos problemáticos de ciertos modos. En contraste, en las reflexiones en torno al SL existe una tendencia general a reconocer limitaciones de la ley y a favorecer la participación de la ciudadanía, en particular de los sectores afectados, mediante este tipo de instrumentos. Entonces, SL y precedentes parecerían orientarse en direcciones contrapuestas por lo que respecta al componente deliberativo, el primero promoviéndolo y los segundos obstaculizándolo. En contraste con lo que se acaba de apuntar, en este apartado trataré de poner de manifiesto cómo ciertos diseños institucionales relativos a los precedentes no solo no obstaculizan sino que precisamente promueven la deliberación, y en consecuencia la legitimidad de las decisiones, del mismo modo que suele enfatizarse que lo hace el recurso al SL.

Antes de proseguir, es importante precisar que aquí me referiré a la deliberación en un sentido estándar, relacionada con el intercambio de argumentos en favor y en contra de una determinada lectura de los textos jurídicos, con la finalidad de convencer racionalmente a los demás, y en que los participantes persiguen la imparcialidad en sus juicios y valoraciones²⁰.

A efectos de apreciar la relación entre precedentes y deliberación, las distinciones establecidas en los apartados anteriores devienen muy relevantes. Por un lado, el espacio creativo de los precedentes interpretativos, que no obstante pueden distinguirse de la genuina creación, pone de manifiesto algunos de los ámbitos en que puede darse la deliberación: (1) la relación de similitud relevante en aquellos casos en que el término opera conforme a lo señalado por los partidarios de las teorías de la referencia directa; (2) qué uso es el determinante en un determinado contexto, en aquellos casos en que el término opera de manera toleran-

¹⁹ ESCUDERO ALDAY, 2012: 128 y SARMIENTO, 2006: 255 y ss.

²⁰ MARTÍ, 2006.

te; o (3) qué equilibrio alternativo resulta más adecuado con respecto a términos que son flexibles²¹.

Por lo que respecta a la vinculatoriedad, los factores analizados anteriormente guardan relaciones complejas con la deliberación, sin que pueda sostenerse, sin más, que los precedentes obstaculizan la deliberación. De hecho, ciertos aspectos, por ejemplo, que las decisiones interpretativas siempre deban tenerse en cuenta, pero sin que sea una mera adopción acrítica, existiendo fenómenos como el *distinguishing*, precisamente parecen incentivar la deliberación respecto del contenido del derecho por parte de los diferentes tribunales, y la participación ciudadana en la determinación de lo expresado por las disposiciones por medio de sus impugnaciones. Y ya vimos que la asunción de que deben suponer adopción acrítica ligada a sanciones se basa meramente en un prejuicio. Aunque no desarrollaré aquí esta cuestión, la existencia de un sistema de precedentes en que se favorezca la deliberación puede conducir a mejores decisiones, que en todo caso están dotadas de mayor legitimidad, al contar los ciudadanos con igual participación en la determinación del contenido del derecho, y preservar su capacidad de control de los poderes públicos²².

En tercer lugar, y por lo que respecta a los precedentes como fuentes del derecho, si se entiende que tiene sentido diferenciar esta cuestión de la de la vinculatoriedad, entonces puede apreciarse que, pese a las obligaciones que puedan tener los jueces en el contexto del sistema, se puede al mismo tiempo reconocer que los altos tribunales son falibles, se pueden cuestionar sus decisiones, generándose así la posibilidad de deliberar. De hecho, si se advierte que los altos tribunales son relevantes para determinar el contenido del derecho, sus decisiones interpretativas devienen una cuestión pública, no limitada al caso particular.

Podría enfatizarse que, si las decisiones de los altos tribunales resuelven la cuestión concreta y también el posible desacuerdo interpretativo, sin que quepan recursos ulteriores, y teniendo un carácter autoritativo para el resto de tribunales, entonces difícilmente puede hablarse de deliberación en este ámbito. El carácter autoritativo estaría directamente en tensión con la deliberación. No obstante, creo que es importante advertir que en otros ámbitos como el parlamentario también hay procedimientos establecidos y sujetos que deciden finalmente las cuestiones, sin que ello de por sí prive del carácter deliberativo a lo que ocurre en sede parlamentaria.

²¹ Como he señalado con anterioridad, si se trata o no de creación es algo que en última instancia depende de la teoría de la interpretación y del derecho que se defienda o asuma. En todo caso, la cuestión semántica ya nos permite advertir cuál es la problemática relevante.

²² Sobre estas cuestiones, RAMÍREZ-LUDEÑA, 2024.

4. CONSIDERACIONES FINALES

En los apartados anteriores he comparado lo que se señala en la literatura sobre SL y sobre precedentes interpretativos en el *civil law*. Por un lado, he señalado que, por lo que respecta a los sujetos relevantes, se discute en el caso del SL si debe tratarse de normas creadas por sujetos sin autoridad, o bien si, al contrario, deben tenerla, pero decidir operar mediante SL. Ninguna de las dos caracterizaciones encaja con la actividad creativa por parte de los jueces, que no solo tienen reconocida la competencia para determinar la norma genérica relevante, sino que están obligados a hacerlo, al mismo tiempo que no parece que haya una elección respecto de usar SL frente al HL en ese ámbito. Como se ha señalado, la actividad creativa por parte de los tribunales puede distinguirse de la genuina creación de derecho. Además, he enfatizado que no involucra centralmente principios con un alto grado de indeterminación, sino reglas prescriptivas que precisamente son concretadas por los tribunales. En todo caso, este rasgo también ha sido controvertido por lo que respecta a las normas de SL, encontrándose ejemplos en la literatura ejemplos de reglas prescriptivas dotadas de gran precisión.

Por otro lado, tanto en el caso del SL como en los precedentes interpretativos en el *civil law*, se destaca que carecen de vinculatoriedad. En este punto, es importante analizar qué sujetos son relevantes a efectos de determinar el carácter vinculante, y qué factores devienen importantes en el análisis. Teniendo en cuenta que los precedentes interpretativos se relacionan con la actividad judicial, se ha analizado su incidencia tanto respecto a los propios jueces que los introducen, como respecto al resto de jueces. Por lo que respecta a los jueces que los introducen, no solo tienen el deber de hacerlo, sino que se trata de una actividad regida por reglas, aunque los precedentes puedan ser modificados con el tiempo e incluso coexistir precedentes en contradicción. Lo anterior no parece ser un obstáculo para considerar que los precedentes interpretativos son SL, puesto que el aspecto crucial parecería radicar en su carácter vinculante respecto de otros jueces. En este punto, en el apartado 2.2. se han distinguido diversos factores que suelen destacarse en la literatura sobre precedentes, y que pueden contribuir a iluminar lo que se señala respecto del SL, en que su carácter vinculante se analiza en ocasiones en términos de todo o nada. Si esto supone que la cuestión deviene gradual y relativa al agente que se analice es algo a tener en cuenta, pero que en este trabajo solo he dejado planteado. Además, se ha analizado la cuestión de las consecuencias aparejadas a la no adopción del SL y de los precedentes, ámbito en que existe un prejuicio respecto de la necesidad de que haya sanciones previstas, y en que se ha planteado en qué medida ciertas consecuencias que suelen darse pueden considerarse jurídicas. En todo caso, la literatura relativa al SL tampoco es pacífica acerca de cómo entender la vinculatoriedad ni acerca de su relevancia.

En tercer lugar, se ha analizado la cuestión de las fuentes del derecho, dejando constancia de la riqueza acerca de esta cuestión, en que puede reconocerse la diferencia entre ser fuente con carácter general, y que lo sea un concreto material, y en que puede apreciarse cierta complejidad en la relación entre las fuentes, existiendo fuentes dependientes de proveer una lectura admisible de la fuente subyacente. En todo caso, esta cuestión es diferente de la de la vinculatoriedad, por lo que no puede meramente rechazarse el carácter de fuente de derecho por no existir una vinculatoriedad muy robusta, o a la inversa. Y, si la cuestión de la vinculatoriedad depende de una práctica compleja que determina las normas de adjudicación relevantes, que rigen la actividad judicial, la cuestión de las fuentes se relaciona con las prácticas de reconocimiento.

Además, he explorado si los precedentes interpretativos difieren del SL si tenemos en cuenta la deliberación. En este punto, se ha señalado que hay sistemas de precedentes que no solo no obstaculizan sino que promueven la deliberación, por lo que en este ámbito no habría una tensión respecto de lo que normalmente se sostiene sobre el SL.

Las discusiones anteriores ponen de manifiesto la complejidad de la literatura relativa al SL, en que no solo pueden advertirse controversias respecto de cuáles son sus propiedades relevantes, sino que lo que unos consideran casos paradigmáticos, para otros son casos claramente excluidos del dominio de aplicación del SL. Dadas estas divergencias, parecería que la categoría del SL se ha convertido en un cajón de sastre de todo lo que no encaja en las categorías tradicionales²³, y que lo que se considera SL es elaborado por sujetos muy diversos, que emplean fórmulas muy diversas, y con objetivos también muy diversos. Por ello, el propósito de este trabajo, en que se pretende iluminar un fenómeno como el de los precedentes interpretativos, a partir de otro como el del SL, ambos con tratamientos complejos y posicionamientos en pugna en la literatura, puede ser controvertido. No obstante, creo que las reflexiones anteriores contribuyen a esclarecer qué aspectos pueden considerarse centrales sobre el SL, y a diferenciar cuestiones que tienen que ser distinguidas en el ámbito de los precedentes interpretativos.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILÓ, J., 2015: «Fuentes del derecho». En NÚÑEZ VAQUERO, A. y FABRA ZAMORA, J.L. (coords.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, UNAM, pp. 1019-1066.

²³ ESCUDERO ALDAY, 2012: 131. Como indica PASTORE (2014: 79), suelen asignarse al SL tres funciones, muy diferentes entre sí: «la de *pre-law*, relativa a los instrumentos preparatorios de actos jurídicos vinculantes; la función de *post-law*, de la cual forman parte los instrumentos de interpretación, implementación y actuación de actos vinculantes; y la función *para-law* que hace referencia a instrumentos alternativos a actos vinculantes».

- ALARCÓN GARCÍA, G., 2010: «El *soft law* y nuestro sistema de fuentes». En BÁEZ MORENO, A. (et al.), *Tratado sobre la Ley General Tributaria: homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo*, vol. 1, t. 1, pp. 271-298.
- COLMEGNA, P. D., 2012: «Impacto de las normas de *soft law* en el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos», *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, Año VI, 8: 29-47.
- CRAWFORD, E., (2021): *Non-Binding Norms in International Humanitarian Law*, OUP.
- ESCUDERO ALDAY, R., 2012: «El concepto de *Soft Law*», en MORESO, J.J. y MARTÍ, J.L. (eds.), *Contribuciones a la filosofía del derecho. Imperia en Barcelona 2010*, Marcial Pons.
- GALLIANA SAURA, A., 2010: «Crisis de la capacidad regulativa y flexibilidad del Derecho», *CEFP* 21: 39-61.
- 2016: «La expansión del Derecho flexible y su incidencia en la producción normativa», *AFD XXXII*: 297-322.
- GASCÓN, M., 1993: *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos.
- GRNCHALLA-WESIERSKI, T., 1980: «A Framework for Understanding “Soft Law”», *McGill Law Journal* 30: 37-88.
- GUZMAN, A. y MEYER, T., 2009: «International Common Law: The Soft Law of International Tribunals», *Chicago Journal of International Law*, vol. 9 (2): 515-535.
- HAGE, J., 2018, «What is Legal Validity? Lessons from Soft Law». En WESTERMAN, P. (et al.) (eds.) *Legal Validity and Soft Law*, Law and Philosophy Library, 19-45.
- LAPORTA, F., 2014: «Gobernanza y *Soft Law*: Nuevos perfiles jurídicos de la sociedad internacional». En RUIZ MIGUEL, A. (dir.), *Entre Estado y Cosmópolis: Derecho y justicia en un mundo global*, pp. 41-82.
- MARMOR, A., 2019: «Soft Law, Authoritative Advice and Non-binding Agreements», *Oxford Journal of Legal Studies*: 1-19.
- MARTÍ, J.L., 2006: *La república deliberativa*. Barcelona: Marcial Pons.
- MAZUELOS BELLIDO, A., 2004: «*Soft Law*: ¿Mucho ruido y pocas nueces?», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, No. 8, disponible en: <http://www.reei.org/index.php/revista/num8/articulos/soft-law-muchoruido-pocas-nueces>.
- PASTORE, B., 2014: «Soft Law y la teoría de las fuentes del derecho», *Soft Power*, 1(1): 74-89.
- RAMÍREZ-LUDEÑA, L., 2023: «Statutory Interpretation and Binding Precedents in the Civil Law Tradition». En ENDICOTT, T. (et al.) (eds.) *Philosophical Foundations of Precedent*, Oxford University Press, pp. 418-430.
- 2024: «Jurisprudencia deliberativa», *Isonomia*, pp. 206-228.
- SARMIENTO, D., 2006: «La autoridad del Derecho y la naturaleza del *soft law*», *Cuadernos de Derecho Público* 28: 221-266.