

PARTE II
MIRANDO EL *SOFT LAW*
A TRAVÉS DEL ESPEJO

SOFT LAW: ASPECTOS TEÓRICOS
Y PROBLEMAS PRÁCTICOS

Juan José Iniesta Delgado

Álvaro Núñez Vaquero (eds.)

ISBN: 978-84-1381-930-3

Madrid, 2025

pp. 133-153

DOI: 10.37417/soft-law/04

Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

REVISITANDO EL *SOFT LAW*: ¿ES TAN *SOFT* COMO PRETENDE?

Rafael ESCUDERO ALDAY*

Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. EL *SOFT LAW* REVISITADO: 2.1. La crisis de 2008 y la retirada de lo público; 2.2. Otras perspectivas de análisis: su afectación a la regulación del mercado; 2.3. A vueltas con el debate conceptual.— 3. LA AUTOREGULACIÓN COMO FÓRMULA DE *SOFT LAW*: PERFIL Y EFECTOS: 3.1. El caso de la autorregulación de la publicidad en España; 3.2. Los efectos de los códigos de autorregulación; 3.3. Pero aún hay más...— 4. UN ÚLTIMO APUNTE: EL COSTE REPUTACIONAL DE LA REGULACIÓN.— 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Que el *soft law* es un fenómeno ampliamente debatido es prácticamente la única certeza que podemos alcanzar sobre esta expresión. Da muestra de ello la vasta literatura existente a este respecto. Una literatura que, tan solo en el ámbito de la cultura jurídica, recorre no solo la doctrina internacionalista (origen del concepto), sino que se extiende prácticamente al resto de saberes jurídicos. Razones no faltan para que se preste la debida atención al *soft law* y al conjunto de instrumentos vinculados a él, dado que su incidencia cada vez es mayor a la hora de enfrentarse a la regulación de sectores económicos tan relevantes —y dispares— como pueden ser las telecomunicaciones, el mundo del

* Profesor titular de Filosofía del Derecho. Departamento de Derecho Internacional Público, Eclesiástico y Filosofía del Derecho. Universidad Carlos III de Madrid. Esta publicación es parte del proyecto I+D+i «Construcción de derechos emergentes. Debates para la fundamentación de nuevos parámetros de constitucionalidad». Ref.: PID2019-106904RB-I00 financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033.

trabajo, los planes de igualdad o, incluso, la tributación de las grandes empresas.

En este trabajo pretendo abordar tan solo dos de los debates que hoy rodean al *soft law*; debates, por supuesto, íntimamente relacionados entre sí. Es el primero de ellos el ya clásico debate conceptual. La doctrina centra sus esfuerzos desde hace años en intentar delimitar los elementos que definen el concepto de *soft law*, en un ejercicio analítico centrado en mostrar sus rasgos propios y sus diferencias con las figuras clásicas a través de las que se efectúa la producción normativa (lo que podría denominarse *hard law*, utilizando esta última expresión únicamente a los efectos de comparar con la categoría del *soft law*, sin ningún otro tipo de pretensiones conceptuales¹).

El segundo debate en el que se centran estas páginas es el relativo a sus efectos jurídicos. En concreto, al carácter vinculante o no de las disposiciones de *soft law*, a los efectos que pueden llegar a provocar sobre el comportamiento de sus destinatarios, aun cuando se insista en diferenciar los mecanismos de *soft law* de las normas jurídicamente vinculantes. La cuestión de la vinculatoriedad del *soft law*, de su capacidad para regular conductas con carácter imperativo, es sin duda otra de las cuestiones que centran el debate. Parte de la doctrina insiste en subrayar la incoherencia que supone predicar vinculatoriedad de las normas de *soft law*. Sin embargo, parece difícil negar que este tipo de normas despliegan —sin perder tal condición— efectos sobre la conducta de sus destinatarios, como se sostiene en este trabajo.

La tesis que se pretende defender en estas páginas parte del reconocimiento de la creciente influencia del *soft law* en la regulación del mercado. Y para ello me centraré en el análisis del estado actual de la regulación en materia publicitaria en España, que no en vano es uno de los ámbitos donde con mayor fuerza han desplegado sus efectos las fórmulas de *soft law*. Unos efectos que para nada se quedan en el ámbito de la recomendación, el consejo o las buenas prácticas —que son los ámbitos en los que parecería que deberían quedarse los instrumentos de *soft law*—, sino que despliegan efectos ciertamente vinculantes para los sujetos afectados por este tipo de regulación (teóricamente no vinculante). Antes, y al objeto de abundar en el debate conceptual, revisaré desde una perspectiva crítica las tesis que en este sentido sostuve en un anterior trabajo sobre el concepto de *soft law*.

¹ En el mismo sentido y con el mismo objetivo, véase Pierre BRUNET, 2019: 321 y ss.

2. EL *SOFT LAW* REVISITADO

En 2012 publiqué un trabajo con el título de «El concepto de *Soft Law*» (2012: 127-148). Su propósito era ofrecer algunas líneas para avanzar en la delimitación de un fenómeno que, habiendo surgido en el ámbito de la doctrina internacionalista (la paternidad del término se atribuye a Arnold Duncan McNair, quien fue el primer presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, durante los años 1959 a 1965, y antes también presidente de la Corte Internacional de Justicia, de 1952 a 1955), pronto se extendió a otras disciplinas jurídicas como el Derecho administrativo, el laboral o el Derecho del consumo. Una forma de producción normativa a la que cada vez más se quiere situar —no sin buenas razones— en el mismo plano que tradicionalmente vienen ocupando las fórmulas clásicas de regulación jurídica y que lo hace a través de instrumentos de muy diversa factura (desde los códigos deontológicos hasta el llamado método abierto de coordinación, pasando por las recomendaciones, libros blanco o verde, cartas de servicio o guías técnicas).

Son muchos los retos que ha provocado la irrupción del *soft law* para la filosofía jurídica y política. En esta línea, en aquel trabajo me centré, básicamente, en la tarea conceptual de analizar y delimitar los rasgos que definen la categoría de *soft law*, al objeto de diferenciarla no solo de la que podríamos considerar como *hard law* (las fuentes clásicas de producción normativa vinculante), sino también de otras fórmulas con las que comparte su consideración de no ser *hard law*, pero que trascenderían incluso el ámbito normativo *soft*, pudiendo más bien ser consideradas como acuerdos políticos, declaraciones institucionales programáticas o reglas técnicas. Dicho en términos generales, el objetivo era contribuir a configurar la categoría del *soft law* de una forma que no acabara siendo una suerte de «cajón de sastre» donde meter todo aquello que no encajara en las fórmulas clásicas de producción normativa vinculante (Escudero, 2012: 131).

2.1. La crisis de 2008 y la retirada de lo público

La filosofía y el contenido de aquel trabajo, publicado hace ya más de diez años, no pueden entenderse sin prestar atención a las circunstancias políticas, económicas y sociales que presidieron su elaboración. Eran los años de la crisis financiera², cuando buena parte de

² Se ha convertido ya en un referente, a la hora de entender las causas que provocaron la crisis y sus fallidas recetas de salida impuestas desde las instituciones de la Unión Europea, el libro de Miguel Ángel Lorente y Juan-Ramón Capella titulado *El crac del año ocho. La crisis. El futuro* (2009). Sirvan estas líneas, mientras tanto, como recuerdo del profesor Capella, fallecido

las «soluciones» que se proponían para superar la crisis por parte del *mainstream* de la ortodoxia económica pasaban por la retirada de todo lo público del espacio económico y social. Privatizaciones, recortes en gasto social o eliminación de ayudas para quienes más duramente soportaban los costes de la crisis, entre otras, fueron medidas que se adoptaron en esos años en nombre de una supuesta «austeridad» que terminara con el déficit público, al considerarse este como la principal causa de la crisis económica. Una férrea disciplina presupuestaria se encumbró al máximo nivel normativo, como lo prueba el hecho de que —bajo mandatos «difusos» provenientes del Banco Central Europeo— constituciones como la española (2011), la italiana (2012), la portuguesa (2013) o la eslovena (2013) se modificaron para dar entrada en su articulado a la cláusula del «déficit cero»³.

En ese contexto cobró también fuerza la retirada del derecho como mecanismo coactivo de regulación de conductas por medio de sanciones a cambio de instrumentos más adecuados para alcanzar los fines deseados mediante acuerdos voluntarios, instrumentos de coordinación entre sujetos afectados frente a la imposición desde arriba que suponen las fórmulas estatales, o recurriendo a la convicción y la participación en vez de la mera obediencia y, en su caso, sanción. Aunque eso fuera entre sujetos que para nada se encontraban en una posición de partida de igualdad, lo cual siembra de dudas el hipotético carácter voluntario y no coactivo de tales acuerdos.

Eran circunstancias proclives a las fórmulas de *soft law*, una técnica de regular conductas y elaborar políticas públicas inserta en el paradigma de la llamada *governance* o «gobernanza». Es este un concepto acuñado por primera vez en un informe del Banco Mundial de 1989 (OFFE, 2009: 553). Mediante este paradigma se articulan técnicas e instrumentos destinados a mejorar «el buen gobierno de los asuntos públicos». Dos son, en términos generales, las características que los definen: en primer término, recurren no tanto a las tradicionales fórmulas coactivas como la sanción cuanto al acuerdo o compromiso voluntarios. Así, el *soft law* es un buen ejemplo de este tipo de «nuevas formas» de producción normativa. En segundo término, buscan legitimarse no mediante la participación ciudadana en el diseño y contenido de tales instrumentos, sino a través de la *expertise* de los sujetos que participan en su creación e implementación.

Esta forma de regular ha supuesto una nueva retirada del Estado del espacio público. La preconizada reducción del Estado por las políticas

en enero de 2024, quien nos enseñó a cultivar conjuntamente las perspectivas analítica y crítica en el estudio del Derecho.

³ Sobre el procedimiento y el contenido de la reforma del art. 155 de la Constitución española, al objeto de dar entrada en el texto constitucional a la regla —que no principio— del pago absoluto de la deuda frente a cualesquiera otros gastos públicos, véase ESCUDERO, 2016: 225-247.

neoliberales propias de finales del siglo xx se produce así en dos direcciones: por un lado, con el retroceso en la protección de los derechos sociales; por otro lado, mediante la retirada estatal en el propio proceso de elaboración del derecho. Un proceso que ha convertido la producción normativa en terreno expedito para la acción de corporaciones, grandes empresas, oligopolios y *lobbies* (los clásicos poderes fácticos), quienes actúan en defensa de sus propios intereses. Este proceso supone la vuelta al viejo sueño liberal de excluir la economía de la toma de decisiones colectivas al no tratarse de un ámbito público, sino privado⁴.

En aquellos años el paradigma de la gobernanza se extendió entre instituciones supraestatales públicas y privadas como un modelo a seguir a la hora de ordenar las relaciones entre agentes económicos, gobiernos y, en última instancia, la propia ciudadanía. La Unión Europea asumió este paradigma y, de hecho, se convirtió en una de las primeras instituciones supraestatales en recoger sus típicos instrumentos e impulsar su desarrollo no solo en su propia normativa y actuación, sino también en la de los Estados miembros.

Era inevitable —o, por lo menos, yo no lo supe evitar— que mi trabajo sobre el concepto de *soft law* se viera impregnado por ese contexto y que en él prestara especial atención a dos cuestiones, relacionadas más con la ideología del *soft law* que con su teoría. En primer lugar, de la lectura del trabajo puede inferirse una cierta duda (o sospecha) sobre el título de legitimidad que esgrimen estas fórmulas: un título de legitimidad que se busca que sea más de ejercicio (su pretendido carácter participativo, deliberativo y democrático) que de origen (la clásica legitimidad democrática). En segundo lugar, en sus páginas se plasma también una cierta duda sobre su virtualidad real para convertirse en un modelo garantista de regulación de conductas mediante vías no coercitivas, máxime en ciertos sectores donde prevalecen los que Luigi Ferrajoli denomina «poderes salvajes»⁵.

Ideologías al margen, mi intención desde el punto de vista conceptual era la de dibujar el contorno del *soft law*, configurando ese conjunto de rasgos que sirviesen para diferenciarle no solo de las fórmulas jurídicas por antonomasia (lo que, por oposición, podríamos denominar *hard law*), sino también de otros instrumentos como las reglas técnicas,

⁴ Sobre la forma como los códigos de buenas prácticas forman parte de la estrategia de «desregulación», vinculado a la crisis del modelo de Estado intervencionista y titular del monopolio del poder de creación de la ley, véase MARCILLA, 2019.

⁵ Con la expresión «poderes salvajes» FERRAJOLI (2011: 45) hace referencia a aquellos poderes económicos que intervienen en la política e imponen decisiones a ser adoptadas por las autoridades competentes, nacionales o transnacionales, careciendo de legitimidad democrática para ello, pero con la fuerza suficiente para imponerlas bajo la amenaza de mayores penalizaciones en caso de no cumplirse.

las normas ISO o los acuerdos políticos, a los que se frecuentemente también se califica de *soft law*⁶.

Los rasgos que señalé en aquel artículo como los que, en mi opinión, mejor contribuirían a delimitar la categoría del *soft law* son los siguientes: 1) la adhesión voluntaria a sus instrumentos por parte de los destinatarios, al tratarse de fórmulas que proponen —y no imponen bajo la amenaza de sanción— modos de comportamiento; 2) la inexistencia de una sanción directamente aparejada al incumplimiento de una norma de *soft law*; 3) su falta de vinculatoriedad para el juez, al no existir una norma secundaria que establezca la obligación de este de tener aquella en cuenta; 4) la configuración de las normas de *soft law* como normas de principio, caracterizadas por su carácter abierto, vago e indeterminado; y 5) su exclusión del catálogo de las fuentes del derecho. En suma, caractericé el *soft law* como formulado en términos no obligatorios de acuerdo con los métodos tradicionales y basado en la adhesión voluntaria; ajeno a una sanción directamente relacionada con su incumplimiento; procedente de sujetos carácter de autoridad normativa en su ámbito de aplicación; formulado en términos generales, vagos o indeterminados; y sin ser ni una fuente del Derecho ni el resultado de un acto debido por parte de una autoridad normativa (ESCUDERO, 2012: 132-138).

A partir de esta aproximación conceptual, la tesis que sostuve en aquel trabajo era que el *soft law* es un instrumento de política legislativa al que se suele recurrir en una de estas dos circunstancias: bien porque la autoridad quiere intervenir en una determinada materia, pero carece de autoridad y competencia normativa para hacerlo a través de alguna de las fórmulas jurídicas al uso (es el caso de la Unión Europea); bien porque, aun contando con autoridad y competencia en la materia, se prefiere recurrir a fórmulas de regulación no vinculantes al entender que así se alcanza mejor el éxito en el objetivo deseado que recurriendo a las fórmulas imperativas tradicionales de la ley o el reglamento (es el caso de buena parte de la regulación publicitaria en España).

Sostenía entonces que el *soft law* es una suerte de embrión de Derecho (o de «para-derecho»), que pugna por ocupar espacios antes de que estos sean ocupados por el derecho, bien por la ineficacia de este, bien por su incapacidad para ofrecer una respuesta a ciertos objetivos. Dicho en términos de Víctor GARCÍA YZAGUIRRE, quien destaca la función de experimentación que adquieren las normas de *soft law*, estas funcionarían como un caso especial de *lege ferenda* (2025: 115).

⁶ Es el caso de Álvaro NÚÑEZ en el trabajo titulado «El aspecto institucional del *soft law*» (2025: 187).

2.2. Otras perspectivas de análisis: su afectación a la regulación del mercado

Más de diez años después de ese artículo, es el momento de atender a otras perspectivas o lugares desde los que analizar esta figura a los que entonces no presenté la debida atención. En términos generales, cabe destacar ahora dos cambios importantes con relación a la perspectiva que asumí en aquel trabajo que cumple ya una década.

El primer cambio de perspectiva reside en que entonces me esforcé en subrayar como una de las características distintivas de la filosofía del *soft law* el recurso a fórmulas de adhesión voluntarias y ajenas al mecanismo de la sanción. A partir de ahí, insistí en llamar la atención sobre aquellos intentos —incoherentes con tal filosofía— de «forzar» el *soft law* haciéndolo pasar por *hard law*. Ahora, en cambio, creo que hay buenos argumentos para «flexibilizar» aquella (un tanto rígida) filosofía identitaria, al comprobar cómo algunos de los usos más recurrentes del *soft law* en algunos sectores buscan precisamente su proximidad con el *hard law*. Dicho en otros términos, si entonces caractericé el *soft law* a través de su distinción con el *hard law*, ahora en cambio creo que hay buenas razones para incorporar su pretensión de cercanía a este último como uno de los elementos característicos de esta figura. Utilizando todavía una expresión todavía más corta, podría decirse que el *soft law* no es tan *soft* como pretende aparecer.

El segundo cambio de perspectiva se refiere al *corpus* normativo que tomé como base de análisis en el artículo citado. Allí abordé el *soft law* desde la óptica del Derecho internacional y del Derecho de la Unión Europea, sin atender con tanta intensidad al ámbito estatal, a la normativa reguladora de sectores económicos relevantes como por ejemplo el de la comunicación audiovisual. Por profundizar en este ejemplo, adviértase que en España la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual⁷ establece como principios generales de la comunicación audiovisual: 1) la autorregulación, para que los prestadores del servicio adopten de manera voluntaria directrices entre sí y para sí (art. 12); y 2) la corregulación, mediante convenios suscritos entre la autoridad audiovisual competente y los prestadores del servicio «para repartir la función regulatoria entre las partes interesadas, estableciéndose los roles de los organismos de autorregulación y los efectos de sus decisiones» (art. 14). El juego combinado de estos dos principios da lugar a que se consagren, también dentro de los principios generales de este sector, los códigos de conducta de autorregulación y corregulación (art. 15); códigos de conducta firmados entre sujetos privados y con mecanismos

⁷ BOE 8-VII-2022.

propios de resolución de conflictos que son, precisamente, uno de los ejemplos prototípicos de *soft law*⁸.

Relacionado con el sector audiovisual, en España uno de los ámbitos donde con mayor fuerza se ha instalado el recurso a fórmulas de *soft law* es en el ámbito de la publicidad. Es frecuente que, a la hora de establecer no solo prácticas, sino incluso límites, en este campo se recurra a los códigos de conducta, éticos o deontológicos, «salvando» así la intervención a través de fórmulas regulatorias coactivas contenidas en la legislación o en la reglamentación administrativa. Y se recurre, además, de forma «orgullosa», puesto que no son pocas las apelaciones al valor de la autorregulación que suelen hacerse por parte de los sujetos que conforman el ecosistema publicitario (TATO, 2020)⁹.

Además, nótese bien que todo lo relativo a la publicidad afecta directamente al corazón de la economía del mercado al referirse a una actividad típica de ella —si no la que más— como es el consumo. Por tanto, buena parte de los debates que se celebran sobre cómo garantizar, por un lado, el correcto funcionamiento del principio de libre mercado (evitando, por ejemplo, comportamientos desleales e ilícitos en su interior) y, por otro, que las decisiones que se tomen dentro de él por parte de las personas consumidoras sean libres, igualitarias y responsables, han de trasladarse a la virtualidad y efectividad del *soft law* a la hora de conseguir tales garantías (del mismo modo que se le exige al *hard law*). En especial, cuando se trata de proteger los intereses y derechos de personas consumidoras en situación de vulnerabilidad, como son los menores de edad¹⁰. En este punto acechan las dudas, debido al carácter voluntario y autorreferencial con el que pretendidamente nacen los

⁸ Como dato, baste señalar que la Ley General de Comunicación Audiovisual hace referencia en su articulado a la autorregulación hasta en veintiocho ocasiones, mientras que son catorce las veces que se refiere a los códigos de conducta.

⁹ Autocontrol es un organismo privado de autorregulación de la industria publicitaria en España, acreditado como entidad de resolución alternativa de litigios por el Gobierno español y la UE. En su web (www.autocontrol.es) suelen recogerse testimonios de empresas satisfechas, en particular, con la actividad del organismo y, en general, con el sistema de autorregulación en la garantía de una publicidad veraz, honesta y leal.

¹⁰ En 2022 se modificó el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias para dar entrada en ella a la categoría de las «personas consumidoras vulnerables». Su nuevo art. 3.2 establece que tienen la consideración de personas consumidoras vulnerables «aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad». En coherencia con la inclusión de esta nueva categoría, el art. 8.1 del citado texto legal garantiza la especial atención reglamentaria y sectorial de los derechos de las personas consumidoras vulnerables. La reforma fue operada por la Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica (BOE I-III-2022).

códigos deontológicos o de buenas prácticas que configuran el núcleo de los sistemas de autorregulación.

2.3. A vueltas con el debate conceptual

Pero, antes de entrar en este punto, cabe señalar una cuestión adicional para seguir dando vueltas al imprescindible debate conceptual. Si los conceptos son útiles es porque nos permiten identificar una realidad, «encapsularla» y diferenciarla de otras. Pero no lo son si se convierten en una suerte de «cajón de sastre», donde meter todo aquello que no encaja en la definición de otros conceptos. En mi opinión, la categoría del *soft law* corre muchos riesgos en este sentido. En particular, perdería buena parte de su virtualidad si se incluyen en ella todas aquellas fórmulas normativas que no encajan en el paradigma de las fuentes clásicas del derecho. De ahí que resulte necesario el trabajo conceptual tendente a conseguir una definición lo más precisa posible de *soft law* y que, asimismo, sirva para diferenciar este de otros instrumentos que pudieran asemejarsele. En suma, que no todo lo que no sea *hard law* es susceptible de ser catalogado como *soft law*.

En este punto cabe destacar tres supuestos en que podría producirse una indebida extensión del concepto de *soft law* a instrumentos que tampoco encajarían en el esquema clásico de las normas vinculantes provenientes de las tradiciones fuentes del derecho (candidatos a engrosar el «cajón de sastre» sobre el que advertí páginas atrás). Se trata de las reglas técnicas, los acuerdos políticos y los acuerdos entre privados.

El caso prototípico de las reglas técnicas son las normas ISO. Se trata de especificaciones técnicas —creadas por la *International Organization for Standardization*— que buscan armonizar a nivel internacional los niveles de calidad en relación con la fabricación de productos o la prestación de servicios. Autores como NÚÑEZ (2025: 187) y GARCÍA YZAGUIRRE (2025: 120-121) sostienen que son un caso de *soft law*, aunque reconocen que son normas dictadas por un organismo privado carente de cobertura normativa alguna para la creación de normas.

Veamos un ejemplo del funcionamiento de este tipo de especificaciones técnicas a la hora de regular la calidad de un producto. Durante la pandemia de la covid-19 se reguló en España —antes no lo estaba— la comercialización de las mascarillas higiénicas, diferentes de las quirúrgicas y de los equipos de protección individual (EPI). Se hizo mediante la Orden CSM/115/2021, de 11 de febrero, por la que se establecen los requisitos de información y comercialización de mascarillas higiénicas¹¹. Unos requisitos —establecidos en sus arts. 4 y 5,

¹¹ BOE 12-II-2021.

respectivamente— entre los que cobra un papel central el cumplimiento de las especificaciones técnicas ISO que definen la fabricación segura de ropa y otros productos ajustables destinados a la población. Incluso, aquellos laboratorios que certifiquen el cumplimiento de tales requisitos deberán estar acreditados por la entidad nacional de acreditación mediante el cumplimiento con la norma ISO que garantiza la calidad de los laboratorios (art. 6). Como puede apreciarse, todo lo que rodea a la comercialización de este producto está presidido por el cumplimiento de las normas ISO que, a nivel internacional, garantizan la calidad y la seguridad a la hora de su fabricación.

Pero, el argumento para no considerar como *soft law* a estas reglas técnicas es que, desde un punto de vista jurídico, estas no tienen ningún valor ni alcance al margen de la norma de *hard law* que se refiere a ellas; en este caso, la orden ministerial que establece los requisitos de comercialización de este tipo de mascarillas. Pero el derecho no es como el rey Midas: no convierte en derecho todo lo que toca. La regla técnica no pasa a ser una norma jurídica por mucho que una norma jurídica la incorpore en su formulación, ni tampoco tiene efectos regulatorios al margen de la norma jurídica que la «trae» al mundo del derecho (PAPAYANNIS, 2025: 67-68).

El segundo supuesto se refiere a los acuerdos políticos. Es otro de los casos que Álvaro NÚÑEZ incluye dentro del universo del *soft law* (2025: 187). El ejemplo que este autor cita es el de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas. Su argumento parte de dos premisas. Es la primera de ellas la consideración de la Declaración Universal como una norma de *soft law*, sin efectos vinculantes *per se*. Esta es una premisa compartida por la doctrina internacionalista, que viene considerando las resoluciones de la Asamblea General como normas de *soft law*, aunque no pocas de las disposiciones de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se hayan incorporado al derecho positivo de los Estados o, como es el caso español, sean criterio de interpretación de las normas relativas a los derechos reconocidos constitucionalmente (art. 10.2 de la Constitución española).

Su segunda premisa pasa por considerar la Declaración Universal como un acuerdo político. Ante la vaguedad de lo que se entienda por un acuerdo político (tanto en relación con los sujetos firmantes como respecto al contenido de lo acordado), esta premisa nos lleva la pregunta de si todos los acuerdos políticos —sean de la clase, contenido y autoría que sean— pertenecen al universo del *soft law*. Porque no parece tener la misma consideración la Declaración Universal de Derechos Humanos que un programa electoral (un acuerdo entre electores y elegidos), un pacto de gobierno (un acuerdo entre distintos partidos

políticos para alcanzar una investidura) o el consenso sobre un determinado proyecto de ley (un acuerdo entre grupos parlamentarios).

Creo que NÚÑEZ y yo coincidimos en afirmar que lo que permitiría incluir determinados acuerdos políticos en el ámbito del *soft law* tiene que ver con su grado de institucionalización. Cuanto más institucionalizado esté dicho acuerdo, más razones hay para incorporarlo al mundo del *soft law*. En el caso de la citada Declaración Universal de Derechos Humanos, o de instrumentos internacionales similares, el grado de institucionalización es altísimo. Existen procedimientos definidos para su creación, desarrollan una considerable doctrina a su alrededor y, fundamentalmente, cuentan con órganos competentes para su seguimiento; órganos que emiten resoluciones que, sin ser *hard law*, sí tienen la capacidad de ejercer una notable influencia sobre el comportamiento de los Estados. En suma, sería la institucionalización de todo lo que rodea al acuerdo político, y no meramente su contenido o su alcance, lo que le permitiría ser considerado como un instrumento de *soft law*¹².

Finalmente, a juicio de NÚÑEZ también los acuerdos entre sujetos privados, suscritos en virtud de su autonomía privada, podrían ser considerados como *soft law*. En su opinión, el Estado ha dejado margen para ello en sectores muy técnicos como puede ser el medioambiental (2025: 187). De nuevo, el argumento que justificaría, a mi modo de ver, su consideración como *soft law* es el anteriormente referido de la institucionalización de tales acuerdos. En efecto, hay acuerdos *inter privados* altamente institucionalizados, como suelen ser por ejemplo los códigos de autorregulación firmados por algunos sectores de la industria alimentaria para regular la publicidad de sus productos (posteriormente habrá ocasión de volver sobre este caso). La institucionalización —propia de no pocos códigos éticos, deontológicos o de buenas prácticas— llega hasta el extremo de contar con órganos de interpretación de los códigos e, incluso, de control de sus posibles incumplimientos. En mi trabajo anterior no acerté a apreciar en toda su intensidad la relevancia que tiene todo lo que rodea a la institucionalización de todo este tipo de instrumentos normativos o convencionales. En efecto, es la nota que permite dar entrada a los acuerdos políticos y a los acuerdos entre privados en el universo conceptual del *soft law*. Así sucede en el caso de la autorregulación de la publicidad en España y que, como intentaré argumentar en el siguiente punto, es un ejemplo de que el considerado como *soft law* no es tan *soft* como pretende aparentar.

¹² Una tesis distinta se sostiene por Diego PAPAYANNIS, quien opta por subrayar la no institucionalización del *soft law* en general (2025: 61-69).

3. LA AUTORREGULACIÓN COMO FÓRMULA DE *SOFT LAW*: PERFIL Y EFECTOS

Puede definirse la autorregulación como el fenómeno según el cual son los propios actores afectados por una materia los que determinan su estatuto normativo. Son los participantes en el ámbito o materia en cuestión quienes establecen lo que se puede y no se puede hacer, es decir, las obligaciones, permisos y prohibiciones, además de las consecuencias en términos de sanción —tanto negativa como positiva, tomando la clásica distinción bobbiana— que tendrían las conductas que realizan ellos mismos. La autorregulación es un fenómeno extendido en no pocos sectores del mercado, aplicable por tanto a muchos actores económicos (empresas y medios de comunicación, por citar dos actores destacados), que son quienes la desarrollan, y que suele implementarse a través de fórmulas de *soft law*, como son los códigos éticos o deontológicos. Un ejemplo de ello es el de la publicidad en los servicios de comunicación audiovisual. Véanse a continuación las líneas maestras que articulan este modelo de autorregulación y, en concreto, los efectos que tienen en él las normas de *soft law* que lo presiden.

3.1. El caso de la autorregulación de la publicidad en España

La publicidad es una materia que en los últimos tiempos se ha reservado en gran medida a la autorregulación entre empresas anunciantes, medios audiovisuales y agencias de publicidad y de medios, con la anuencia del Estado, que ha «bendecido» este marco autorregulado. La autorregulación publicitaria es un ámbito caracterizado, en primer lugar, por estar presidido por códigos sectoriales de buenas prácticas o deontológicos y, en segundo lugar, por dotar a esos códigos de una fuerte institucionalización a través de un complejo sistema de resolución de las controversias que puedan surgir a la hora de aplicar el código en cuestión¹³. Conviene tener siempre presente que la actividad de la publicidad linda siempre —y no de forma pacífica— con la protección de la juventud y la infancia, que el art. 20.4 de la Constitución Española proclama como límite al ejercicio de derechos como la libertad de expresión, información o creación artística.

En España, la ley que regula las comunicaciones comerciales en medios televisivos lineales y *on demand*, así como en los servicios de la sociedad de la información (por ejemplo, los servicios de intercambio

¹³ Un sistema cuyas resoluciones muchas veces se asemejan a las sentencias judiciales. En este sentido, Manuel ATIENZA, al analizar los contextos de la argumentación jurídica ajenos al ámbito estrictamente judicial, utiliza ejemplos de los sistemas de resolución extrajudicial de conflictos (2013: 756-763).

de videos) es la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual. En lo que se refiere a la publicidad, esta ley contiene una serie de disposiciones (de *hard law*) que establecen de forma imperativa los límites que no pueden traspasarse por parte de los actores que componen el ecosistema publicitario. Límites que se basan en razones como la garantía de la dignidad humana o la igualdad de género, la salud pública o la ya señalada protección de la juventud y la infancia. Por ejemplo, se establece la prohibición absoluta de publicidad de productos como el tabaco (art. 123.1) o la limitación horaria a la franja de 1 a 5 de la madrugada de la publicidad de otros como las bebidas alcohólicas superiores a 30 grados (art. 123.5) o los juegos de azar y las apuestas (art. 123.7). Asimismo, se establece también la prohibición absoluta, al margen de cualquier horario, de aquellos mensajes publicitarios contrarios a los principios y valores constitucionales (art. 122).

A partir de estas «líneas rojas», la ley promueve —de forma insistente, como se advirtió páginas atrás— el uso de la autorregulación para las comunicaciones comerciales que tienen que ver con la protección de los usuarios o la salud pública, pero que a juicio del legislador no son merecedoras de una disposición imperativa que regule esta publicidad en un sentido o en otro. En España, además de un código general de conducta publicitaria, existen distintos códigos sectoriales, relativos bien a productos específicos (como son, entre otros, el código de publicidad del vino, de medicamentos, de juguetes o de alimentos y bebidas dirigido al público infantil), bien a actores concretos (como es el código de publicidad de *influencers*)¹⁴. De entre estos casos de autorregulación, llama la atención el ejemplo de la publicidad de las comunicaciones comerciales relativas a alimentos y bebidas con alto contenido en sal, azúcares o grasas dirigidas a la infancia. En este caso, y pese a la afectación de este tipo de productos a la salud, especialmente de las y los niños¹⁵, el legislador no consideró relevante establecer una norma de carácter imperativo que regulara este tipo de publicidad, sino que mandató que en este ámbito se articularan códigos de autorregulación que produjeran una «reducción efectiva de la exposición de los menores a las comunicaciones comerciales audiovisuales» relativas a este tipo de productos (art. 15). Códigos que han de promoverse por la autoridad competente y firmarse por todas las partes interesadas, desde los fabricantes hasta los anunciantes.

Más allá de sus especificidades y particularidades, todos estos códigos comparten una misma filosofía y contenido, que puede resumirse en los siguientes elementos. En primer lugar, cuentan con un conjunto

¹⁴ Todos los códigos de conducta están disponibles en <https://www.autocontrol.es/codigos-de-conducta/>

¹⁵ No en vano la Organización Mundial de la Salud califica a estos alimentos como «mal-sanos». Sobre las razones para regular su publicidad, véase Ana CARRETERO, 2018: 251-289.

de principios generales que los estructuran, como son el respeto a la legalidad, la buena fe, la no incitación a la violencia, a cualquier tipo de discriminación o a comportamientos ilegales, la no explotación del miedo o del éxito social vinculado al consumo, o el respeto al medio ambiente. En segundo término, contienen un reforzamiento explícito de la exigencia de autenticidad y veracidad, al objeto de evitar la publicidad engañosa.

Cuentan, en tercer lugar, con una comisión de seguimiento, compuesta por los actores afectados, más una representación de la Administración y de asociaciones de colectivos que pueden verse potencialmente afectados por su contenido, como pueden ser las asociaciones de consumidores, de protección de la infancia o de garantía de los derechos de personas con discapacidad.

Finalmente, en estos códigos se contiene una estructura institucionalizada encargada de hacer velar por el cumplimiento de su contenido. En España, este papel lo desempeña en la actualidad una entidad llamada Autocontrol (Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial). Se trata de un organismo privado independiente de autorregulación de la industria publicitaria en España creado en 1995 y que resulta ser uno de los pocos que están acreditados como ADR (*Alternative Dispute Resolution*) a nivel europeo. Es la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, la que establece los requisitos que deben reunir estas entidades para su acreditación por parte de la autoridad competente; acreditación que lleva acompañada su correspondiente notificación a la Unión Europea a los efectos de ser considerados como ADR en el ámbito europeo¹⁶.

Desde Autocontrol se ha configurado un doble mecanismo de control del cumplimiento de los código de autorregulación publicitaria: *a priori* y *a posteriori*. El mecanismo *a priori* es el del llamado *copy advice*. Este es un informe sobre un anuncio publicitario que se elabora, por parte del gabinete técnico de Autocontrol, con carácter previo a su emisión. En este informe, que carece de efecto vinculante para el solicitante (pudiendo ser este la empresa anunciante, una agencia de publicidad o el medio que va a difundirlo), se valora el cumplimiento o no del anuncio con los códigos y normas deontológicas aplicables al mismo. Como más adelante podrá comprobarse, este mecanismo reduce la posibilidad de una futura litigiosidad sobre el contenido del anuncio.

El mecanismo *a posteriori* es el Jurado de la Publicidad, un órgano propio de Autocontrol con una fuerte institucionalización en cuanto a

¹⁶ Hasta la fecha en España solo hay cuatro organizaciones privadas acreditadas como entidades de resolución alternativa de conflictos: Autocontrol (2018), Mediation Quality (2018), Confianza Online (2019) y la Asociación para el Autocuidado de la Salud (2021).

su composición, funciones y procedimiento de actuación. El Jurado está compuesto fundamentalmente por juristas, tanto docentes como exmagistrados, además de profesionales del mundo de la comunicación (en este último caso, desde docentes hasta directivos del ramo)¹⁷. Entre sus funciones, destaca la de resolver las reclamaciones o controversias que se presenten sobre las comunicaciones comerciales emitidas, tanto por las propias empresas adheridas al código como por las asociaciones de consumidores y las Administraciones públicas.

No deja de ser relevante que se haya elegido, para su denominación, el término de «jurado». Cabe aventurar que detrás de esta elección se encuentre la intención de buscar un paralelismo con los mecanismos de raíz judicial. De hecho, la propia estructura de las resoluciones del Jurado reproduce la típica de las sentencias. El patrón judicial de antecedentes de hecho, fundamentos jurídicos y fallo se plasma en las resoluciones del jurado bajo la estructura de antecedentes de hecho, fundamentos deontológicos y acuerdo. La similitud es evidente. Y la diferencia entre fundamentos jurídicos y deontológicos se debe a que, mientras que en las sentencias se aplican normas jurídicas, en las resoluciones del jurado se aplican códigos éticos, de conducta o deontológicos. Pero en ambos casos se trata de justificar una decisión particular sobre la base de criterios generales.

Asimismo, hay que tener en cuenta que este Jurado de la Publicidad está compuesto en gran medida por juristas y presididas sus secciones, también de forma habitual, por juristas. No es de extrañar que estos vuelquen su forma de entender el Derecho y de argumentar jurídicamente en su quehacer diario dentro del Jurado. Es ciertamente difícil pensar que sus integrantes argumenten de forma diferente si están resolviendo un caso en un juzgado, explicando a sus estudiantes los pormenores de ese mismo caso o bien resolviendo una reclamación presentada por una asociación de consumidores ante el Jurado de la Publicidad. Parece difícil pensar que sea posible un desdoblamiento de personalidad en función del foro en el que una persona se encuentra. Quien asuma una posición literalista (o formalista) la pondrá en práctica en todo momento, ya sea redactando una sentencia o resolviendo una reclamación ante el Jurado. Quien defienda una aproximación de carácter más finalista (o principialista) desplegará igual su arsenal argumentativo en una sentencia y en un acuerdo del Jurado.

De hecho, un vistazo tanto al contenido de los códigos deontológicos de autorregulación como a las propias resoluciones del Jurado de la Publicidad muestra con claridad ambos perfiles. En muchas de sus resoluciones predomina ese formalismo que caracteriza la producción

¹⁷ Véase su composición en <https://www.autocontrol.es/autocontrol/organizacion/miembros-jurado-de-la-publicidad/>

judicial de no pocos de nuestros tribunales. Sus integrantes suelen atenerse a los elementos probatorios aportados por los reclamantes, en lugar de realizar una actividad indagatoria adicional por su cuenta, y con frecuencia resuelven sobre la base de la interpretación literal de los preceptos del código aplicables al caso. Actúan como garantes del código del mismo modo que los jueces lo hacen de la legalidad vigente, sin cuestionarlo ni ir más allá de su dicción literal. Y lo hacen como si estuvieran ante «casos fáciles», sin necesidad de acudir a otros criterios diferentes a la mera literalidad de lo expuesto por los reclamantes y lo contenido en el código.

Pero no tiene por qué ser siempre así. Los códigos ofrecen margen para desarrollar actitudes y prácticas menos formalistas. En su articulado también encontramos cláusulas abiertas, vagas o genéricas —muy similares a las que encontramos en la legislación—, que requieren de la interpretación y de la argumentación para aplicar su contenido al caso concreto. Del mismo modo que el Código Civil español utiliza la fórmula de la «diligencia de un buen padre de familia» para referirse al modelo de conducta que se espera de una persona razonable, el Código de Conducta Publicitaria utiliza la fórmula del «consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz», a la hora de determinar el estándar medio de destinatario del que ha de partir el análisis de un mensaje publicitario por parte del Jurado de la Publicidad (principio básico 3.5). En ambos casos, el margen de indeterminación es más que amplio, del mismo modo que amplio es el espacio para argumentar a la hora de decidir en un sentido o en otro¹⁸.

3.2. Los efectos de los códigos de autorregulación

Las disposiciones de los códigos publicitarios se configuran pues como normas de *soft law*. Pero, sus efectos parecen alejarse de los que tradicionalmente se vienen asignando a las disposiciones e instrumentos propios del *soft law*. En el caso que se viene relatando en estas páginas, la autorregulación publicitaria, la estructura institucional que se ha conformado alrededor de los códigos de conducta vincula a los sujetos que participan en ella, de manera que sus efectos no distan mucho de poder ser calificados como jurídicos (o, por lo menos, no se diferencian mucho de lo que habitualmente calificamos como efectos

¹⁸ También es amplio el margen de indeterminación con el que el código de autorregulación de *influencers* define al «consumidor medio» en el contexto de las redes sociales: según su norma número 6, lo será «aquel consumidor activo y conocedor de las nuevas tecnologías de la información, normalmente atento e informado, con capacidad suficiente para el acceso y comprensión de los medios digitales y la autonomía de buscar, discriminar y adaptar los contenidos de la red en su proceso de navegación en función de sus gustos o intereses». Sobre el encaje entre la normativa legal y la autorregulación a la hora de regular la actividad comercial de los *influencers*, véase Juliana RODRÍGUEZ RODRIGO, 2023.

jurídicos). Para analizar esta cuestión, conviene detenerse en dos de sus instrumentos principales: el *copy advice* y el Jurado de la Publicidad.

Antes se señaló que el mecanismo del *copy advice* reduce la litigiosidad. Y lo hace no solo por la calidad que pueda tener este informe técnico *ex ante*, sino también porque desde el propio ordenamiento jurídico se han sentado las bases para dotar de efectos jurídicos a este sistema de *copy advice*. En caso de que un anuncio sea objeto de un procedimiento administrativo sancionador porque se entienda que vulnera la legalidad (por ejemplo, por tener contenido discriminatorio), la obtención de un *copy advice* positivo podrá ser invocada como prueba de buena fe y actuación diligente por parte del responsable, reduciendo —e incluso evitando— así la imposición de una sanción administrativa.

Un ejemplo de la consagración legal del efecto jurídico del *copy advice* se encuentra en el art. 166 de la Ley General de Comunicación Audiovisual, que considera satisfecho el principio de buena fe —circunstancia que permite determinar la sanción aplicable en un procedimiento administrativo— cuando «la comunicación comercial audiovisual presuntamente constitutiva de infracción contara con un informe de consulta previa positivo emitido por un sistema de autorregulación con el que la autoridad audiovisual competente tenga un convenio de colaboración» (art. 166).

En cuanto a las resoluciones del Jurado de la Publicidad, son vinculantes para las empresas que se hayan asociado a Autocontrol, así como para las empresas y los sujetos que se hayan adherido al código cuya correcta aplicación está bajo cuestionamiento. En caso de que el jurado estime el incumplimiento de un código de conducta de un concreto anuncio, su resolución debe ser cumplida de forma inmediata por el asociado mediante la retirada del anuncio. De no hacerlo, se pondrán en marcha los mecanismos previstos en el propio código. Se trata de medidas disciplinarias que van desde la baja como empresa adherida al código hasta la sanción económica (ejecutada por las propias empresas del sector).

Además, el incumplimiento de una resolución del Jurado de la Publicidad por parte de una empresa adherida al código permite la interposición de una acción ante la jurisdicción ordinaria, al objeto de que esta última declare la obligación de la empresa de cumplir con la resolución sobre la base del principio *pacta sunt servanda*. Es decir, aunque la resolución del jurado no sea *per se* vinculante, su cumplimiento puede ser demandado y obtenido en sede judicial (RAMOS HERRANZ, 2022: 74).

En suma, pueden destacarse las siguientes notas de estos sistemas «autorreferenciales»: son sistemas reglados y fuertemente institucionalizados; nada informales, desde la regulación de sus contenidos, funciones y modo de funcionamiento hasta la necesidad de contar con

exigencia legal de acreditación para funcionar como mecanismos de resolución de conflictos por parte de la autoridad pública competente; y fomentados desde la propia legislación al reconocerles efectos jurídicos en potenciales procedimientos administrativos sancionadores. En mi opinión, son un buen ejemplo de sistemas basados en normas supuestamente de *soft law* que cuyos efectos y vinculatoriedad en términos jurídicos son mayores de los que tradicionalmente se viene predicando de los instrumentos de *soft law*.

3.3. Pero aún hay más...

Efectivamente, la vinculatoriedad del *soft law* aumenta de forma exponencial cuando es el propio legislador el que promueve la adopción de estas fórmulas de autorregulación. Por ejemplo, el art. 37 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal¹⁹, fomenta la aprobación de códigos de conducta y demás sistemas de autorregulación relativos a las prácticas comerciales con los consumidores, contando con «órganos independientes de control» de tales códigos. Más recientemente, la ya citada Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual, ordena expresamente la promoción, tanto a nivel estatal como autonómico, de códigos de conducta en ámbitos como la publicidad dirigida a menores sobre alimentos y bebidas de baja o nula calidad nutricional (arts. 15.4 y 124.3).

Pero aún hay más. Hay un efecto que, quizá, sea todavía más relevante que los anteriores. Y es cuando el propio legislador ordena la aprobación de estos códigos, prohibiendo en consecuencia la actuación regulatoria de los órganos administrativos competentes. Es el caso de la Ley 17/2011, de 5 de julio, de Seguridad Alimentaria y Nutrición²⁰, cuyo art. 46 condiciona la posibilidad de regulación reglamentaria por parte del poder ejecutivo sobre la publicidad de alimentos dirigida a menores de 15 años a que no exista un código de conducta firmado por los operadores económicos y los prestadores del servicio de comunicación audiovisual. Es decir, que el propio legislador establece el orden y prioriza: primero, los códigos deontológicos; después, y solo en el caso de que estos no se hayan adoptado («si en el plazo de un año no ha habido código de conducta, entonces el Estado podrá desarrollar reglamentariamente la regulación de las comunicaciones comerciales de alimentos y bebidas dirigidas a público infantil»), las disposiciones normativas de rango reglamentario²¹.

¹⁹ BOE 11-I-1991.

²⁰ BOE 6-VII-2011.

²¹ En 2005 se aprobó el denominado Código PAOS de corregulación de la publicidad de alimentos y bebidas dirigida a menores, prevención de la obesidad y salud. Es un código de buenas prácticas preexistente a la ley de seguridad alimentaria y nutrición del año 2011,

La opción por este tipo de códigos y sistemas de autorregulación, en vez de la utilización de las fórmulas clásicas de regulación normativa, genera críticas desde la perspectiva de protección de la salud, especialmente de las personas menores de edad. Hay que tener en cuenta que en ámbitos como el publicitario, además del interés de las personas consumidoras y usuarias a recibir publicidad veraz, entran en juego otros valores como la igualdad de género (frente a la publicidad sexista) o el desarrollo integral de la infancia (frente a la publicidad de alimentos y bebidas de nula calidad nutricional).

En efecto, con estos sistemas estos valores constitucionales pueden verse relegados por el acuerdo *inter privados* que supone la autorregulación mediante el *soft law*. En mi opinión, resulta más garantista y acorde con el interés general que sea el poder público competente el que establezca las líneas básicas que deben ser respetadas en la actividad publicitaria —una suerte de mínimo común o de «líneas rojas»— y que, después, los sujetos que componen el ecosistema, en el ejercicio legítimo de su libertad de empresa, puedan suscribir códigos y mecanismos que sirvan para reforzar la garantía de tales principios (y también para poner en valor sus productos en el mercado mediante la responsabilidad social corporativa). Así quedaría más equilibrada la regulación en defensa de intereses generales como los citados de protección a la infancia²².

4. UN ÚLTIMO APUNTE: EL COSTE REPUTACIONAL DE LA REGULACIÓN

No pocos actores económicos entienden que encontrarse bajo la lupa de la regulación les puede suponer una serie de costes reputacionales que pueden traducirse en pérdidas económicas. No tanto por la pérdida económica concreta que les puede suponer una medida regulatoria determinada (por ejemplo, una subida de impuestos o restricciones de publicidad), sino por la pérdida general de mercado y de negocio, al entender que el hecho de que se regulen sus productos o servicios hace sentir una cierta «sospecha» sobre su seguridad o calidad. Téngase en cuenta que la regulación estatal imperativa se hace sentir con especial intensidad no solo en los servicios económicos de interés general (telecomunicaciones, energía o servicios financieros), sino también en

sucesivamente reformado, y firmado por la industria alimentaria; el sector de la hostelería y de distribución; la asociación de anunciantes; Autocontrol; y el entonces Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Disponible en: https://www.aesan.gob.es/AECOSAN/web/nutricion/seccion/marketing_y_publicidad_dirigida_a_menores.htm

²² Una tesis similar, relativa a la incapacidad de los mecanismos voluntarios propios de la responsabilidad social corporativa para garantizar la protección del derecho al medio ambiente en ausencia de legislación y normativa vinculante que defina obligaciones para las grandes empresas, se encuentra en CARRETERO, 2024.

todo lo relativo a gestión de riesgos para la salud pública (sanidad o seguridad alimentaria). De ahí que muchas empresas y agentes actúen como *lobbies* y hagan presión para que algunos de sus productos o servicios no queden bajo la lupa de la regulación estatal, proponiendo así mecanismos alternativos de autorregulación (PAPAYANNIS, 2025: 90-92).

Entienden —no sin razón— que una regulación del legislador o de la Administración sobre esos productos supone colocar sobre ellos una suerte de *warning* (o semáforo en rojo) que indica que se trata de un producto, o de una actividad, cuyo consumo puede suponer algún riesgo para la salud. De ahí, por ejemplo, la oposición de la industria de las bebidas refrescantes azucaradas a la subida del IVA como medida disuasoria a su consumo por parte de menores y jóvenes²³. O, también, el rechazo de la industria de los juegos de azar y apuestas deportivas —y de una parte de la industria publicitaria— a la prohibición de publicidad de sus productos en horario diurno²⁴. En ambos casos se actúa para evitar los problemas que para la salud puede suponer el consumo excesivo de estas bebidas o el recurso continuo a los juegos de azar y a las apuestas.

Es innegable que en estos casos pueda existir un coste reputacional para los productores (de ahí que estos prefieran el universo de la autorregulación), pero tampoco lo es que, por las razones señaladas, la regulación normativa vinculante cumple más con el objetivo de garantizar el interés general, el interés del menor o la salud pública que las normas de autorregulación o *soft law*.

BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, M., 2013: *Curso de argumentación jurídica*, Madrid: Trotta.
 BRUNET, P., 2019: *Para un análisis del discurso jurídico*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
 CARRETERO, A., 2018: *La vulneración del derecho humano a la alimentación*, Madrid: Reus.

²³ El art. 69 de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021 fijó en el 21 por 100 (frente al anterior 10 por 100) el impuesto sobre el valor añadido para las «bebidas refrescantes, zumos o gaseosas con azúcares o edulcorantes añadidos» (BOE 31-XII-2021). Un informe del Centro de Políticas Económicas de ESADE concluyó que el aumento del IVA provocó un descenso del consumo de estas bebidas del 13 por 100 entre las familias con menos recursos, mientras que el descenso no resultó ser significativo en el resto de familias. El informe está disponible en <https://www.esade.edu/ecpol/es/publicaciones/los-efectos-del-aumento-del-iva-en-el-consumo-de-las-bebidas-azucaradas-en-espana/>. Sobre la utilización de los fines «extrafiscales» de los tributos para desincentivar conductas, véase José Miguel MARTÍN RODRÍGUEZ (2020: 117-139).

²⁴ El art. 18 del Real Decreto 958/2020, de 3 de noviembre, de comunicaciones comerciales de las actividades de juego, limita la posibilidad de emitir comunicaciones televisivas de los juegos de azar y las apuestas deportivas a la franja horaria entre las 1:00 y las 5:00 de la mañana. Esta limitación se acompaña de otra serie de medidas dirigidas a que la publicidad de estos productos no llegue a las personas menores de edad (BOE 4-XI-2020).

- 2024: «Protección de derechos humanos y medio ambiente: Teoría vs. realidad en el ámbito de la «debida diligencia empresarial»», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 49, 148-185.
- ESCUDERO, R., 2012: «El concepto de *Soft Law*», en J.J. MORESO y J.L. MARTÍ (eds.): *Contribuciones a la Filosofía del Derecho. Imperia en Barcelona 2010*, Madrid: Marcial Pons, pp. 127-148.
- 2016: «La imposición del “déficit cero” frente al paradigma del Estado constitucional», *Teoría Política*, VI: 225-247.
- FERRAJOLI, L., 2011: *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid: Trotta.
- GARCÍA YZAGUIRRE, V., 2025: «Regulación del comportamiento mediante normas de *soft law*. Apuntes para una clarificación conceptual», en J.J. INIESTA y Á. NÚÑEZ, *Soft Law: Aspectos teóricos y problemas prácticos*, Madrid: Marcial Pons, pp. 101-130.
- LORENTE, M.A. y CAPELLA, J.-R., 2009: *El crac del año ocho. La crisis. El futuro*, Madrid: Trotta.
- MARCILLA, G., 2019: «Códigos deontológicos profesionales y códigos éticos para el ejercicio de cargos públicos», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 53: 263-290.
- MARTÍN RODRÍGUEZ, J.M., 2020: *Los impuestos sobre las bebidas azucaradas. Opciones regulatorias, efectos y encaje en el sistema tributario*, Cizur Menor: Aranzadi.
- NÚÑEZ, Á., 2025: «El aspecto institucional del *soft law*», en J.J. INIESTA y Á. NÚÑEZ, *Soft Law: Aspectos teóricos y problemas prácticos*, Madrid: Marcial Pons, pp. 101-130.
- OFFE, C. 2009: «Governance. An Empty Signifier», *Constellations*, 16, 4: 550-562.
- PAPAYANNIS, D.M., 2025: «Breves notas sobre el *soft law*, su papel en el razonamiento jurídico y la racionalidad de su expansión», en J.J. INIESTA y Á. NÚÑEZ, *Soft Law: Aspectos teóricos y problemas prácticos*, Madrid: Marcial Pons, pp. 101-130.
- RAMOS HERRANZ, I., 2022: *La protección de los menores de edad en la publicidad infantil de juguetes*, Cizur Menor: Aranzadi.
- RODRÍGUEZ RODRIGO, J., 2023: «La publicidad de l@s influencers», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 15, 2: 833-852.
- TATO, A., 2020: *La autorregulación publicitaria*, Cizur Menor: Aranzadi.