

SOFT LAW: ASPECTOS TEÓRICOS
Y PROBLEMAS PRÁCTICOS

Juan José Iniesta Delgado

Álvaro Núñez Vaquero (eds.)

ISBN: 978-84-1381-930-3

Madrid, 2025

pp. 101-130

DOI: 10.37417/soft-law/03

Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

REGULACIÓN DEL COMPORTAMIENTO MEDIANTE NORMAS DE *SOFT LAW*. APUNTES PARA UNA CLARIFICACIÓN CONCEPTUAL

Víctor García Yzaguirre*
Universidad de Tarapacá

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. *SOFT LAW*; 2.1. Propuesta de reconstrucción del modelo compartido: 2.1.1. *Creación de instrumentos de soft law*; 2.1.2. *Identificación de normas de soft law*; 2.1.3. *Medios no coercitivos*; 2.2. Funciones de las normas de *soft law*; 2.2.1. *Función experimental*; 2.2.2. *Función constitutiva*; 2.2.3. *Función prescriptiva*.— 3. NORMAS DE *SOFT LAW* y seguridad jurídica: 3.1. Previsibilidad; 3.2. Controlabilidad; 3.2. Controlabilidad.— 4. CONCLUSIONES.— BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

Desde hace unas décadas se ha puesto de relieve la necesidad de explicar y comprender qué están haciendo las diferentes entidades públicas y agentes privados, tanto a nivel internacional como nacional, al regular conductas mediante un tipo especial de normas: el *soft law*. Este tipo de normas suelen ser caracterizadas por su falta de fuerza vinculante y por ser creadas a través de procedimientos informales de producción normativa.

* garciayzaguirre@gmail.com. Agradezco los comentarios y observaciones realizados por los participantes del Workshop «La ¿insoportable? levedad del *soft law*: *mite lex, sed lex?*» llevado a cabo los días 26 y 27 de octubre de 2023 en la Universidad de Murcia. Asimismo, agradezco especialmente las críticas hechas por Álvaro Núñez Vaquero, Carolina Fernández Blanco, Diego Papayannis y Hugo Osorio Morales a una versión previa de este texto.

Además de la necesidad de clarificación conceptual, dentro de la práctica jurídica han surgido múltiples interrogantes y problemáticas respecto a la creación y aplicación de las normas de *soft law*. De todas ellas, dentro de la literatura especializada está pendiente la problematización de si el uso de este tipo de normas supone o no una afectación a la seguridad jurídica. Frente a ello, con el presente capítulo busco dos objetivos. Por un lado, explicitar y reconstruir las características y funciones que la literatura especializada le atribuye al *soft law*. Por lo otro lado, analizar si regular una conducta mediante *soft law* implica comprometerse o no a desproteger la seguridad jurídica.

Para alcanzar este propósito llevaré a cabo los siguientes pasos. En la sección 2 me centraré en explicitar y reconstruir los componentes conceptuales de las principales formas de entender qué es el *soft law* y las funciones que, habitualmente, la literatura especializada le atribuye. Dado que se carece de una conceptualización generalizada y ampliamente compartida, me centraré en un conjunto de propuestas conceptuales sobre las que se mantiene numerosos debates y a partir de las cuales se ha mantenido múltiples discusiones. En la sección 3, realizaré una breve presentación de las principales maneras de entender qué es la seguridad jurídica, esto es, como previsibilidad y como controlabilidad. Tras ello, explicitaré las relaciones entre las funciones atribuidas al *soft law* y las maneras de entender la seguridad jurídica.

2. *SOFT LAW*

Numerosos juristas suelen emplear la expresión *soft law* para hacer referencia a una variedad, en términos de Baxter, infinita de instrumentos normativos¹. Sin embargo, no siempre resulta claro, a partir del uso y de las discusiones que ha generado, qué se entiende por *soft law*². A primera vista, una posible manera de entender estos usos es como una categoría residual: se denomina así a toda prescripción que no es, claramente, un caso de *hard law*. Esto requiere ser precisado.

El *soft law* es una noción, inicialmente propuesta desde la dogmática internacionalista, cuyo propósito fue crear una categoría que identifique y describa un conjunto de prácticas llevadas a cabo por los Estados para relacionarse entre sí de manera alternativa al uso de instrumentos normativos que generen obligaciones cuyo incumplimiento justificara una sanción o represalia³. Dicha noción ha tenido una amplísima difusión en diversas dogmáticas y es usada para describir

¹ BAXTER, 1980: 549-50. Para ver propuestas de terminologías y ejemplos de uso de *soft law*, véase CONSEIL D'ÉTAT, 2013: anexo 2, STEFAN *et al.*, 2019:4. SHELTON, 2009: 69.

² Véase, por todos, CHINKIN, 1989: 850, 852. SENDEN, 2004: 110.

³ PRONTO, 2015: 943-44, CHINKIN, 2000: 30, DUPUY, 1990: 420-22.

ciertos actos de Estados y actores privados⁴. Dentro de la literatura especializada no es fácil identificar una conceptualización pacífica y ampliamente compartida del *soft law*. Además de tener problemas generados por la ambigüedad con la que se emplea la expresión⁵, es posible identificar un alto riesgo a tener falsos acuerdos y desacuerdos. Ello, debido a que múltiples propuestas de conceptualización son llevadas a cabo con expresiones cargadas teóricamente (o comprometidas con un determinado proyecto de investigación y marco teórico) cuya falta de desarrollo puede generar incomprensión. En efecto, hablar de la fuerza vinculante, validez, destinatario, relevancia jurídica, entre otras, supone adoptar diferentes lenguajes teóricos que no necesariamente aluden a lo mismo. Incluso la noción de *hard law*, a la cual se opondría el *soft law*, es teóricamente comprometida⁶.

No es posible realizar, en este artículo, un análisis sobre todas las principales conceptualizaciones de *soft law* ni parece ser posible una reconstrucción única, pues no todos los autores están hablando de lo mismo⁷. En atención a ello, voy a proponer un modelo de tesis compartidas por el conjunto de los principales autores en la materia⁸. La literatura seleccionada me permitirá, además, identificar el conjunto de funciones atribuidas al *soft law* que usaré posteriormente para analizar si afectan o no la seguridad jurídica.

2.1. Propuesta de reconstrucción del modelo compartido

¿Para qué le puede interesar a un estudioso del derecho, a un funcionario público, a un ciudadano, a un aplicador del derecho y/o a un

⁴ Para ejemplos de *soft law* internacional, véase MEYER, 2008: 888-90 y SENDEN, 2004. Para ejemplos de *soft law* nacional con un alto impacto regulatorio en el derecho estadounidense, véanse POSNER y GERSEN, 2008 y MANNING, 2004, y en el derecho francés véase CONSEIL D'ÉTAT, 2013: 32 y ss. Para ejemplos de *soft law* creado por agentes privados con alto impacto regulatorio, véase CONSEIL D'ÉTAT, 2013: 40 y ss.

⁵ CHINKIN, 2000: 26-27.

⁶ A lo señalado cabe agregar que la literatura especializada se ha centrado (principalmente, pero no únicamente) en resolver la pregunta de si las normas de *soft law* forman parte o no de un subconjunto de normas jurídicas. Para una síntesis de la discusión entre estos autores, véanse PETERS y PAGOTTO, 2006, BRUNETT, 2019: 321 y ss., SHAFFER y POLLACK, 2010, BLUTMAN, 2010: 611ss. Como podrá notarse, esta pregunta solo puede responderse tomando, por lo menos, dos compromisos teóricos: i) compromiso con la noción de *soft law*; y ii) compromiso con la noción de pertenencia (el contenido de los criterios de pertenencia, además, podrá variar en función a cada sistema normativo). Dependiendo de las posturas adoptadas en cada punto, podremos señalar que el *soft law* pertenece o no pertenece a un determinado sistema jurídico (véase, por todos, GRNCHALLA-WESIERSKI, 1984: 40). En esta sección me centraré en realizar un análisis de parte de los discursos que forman parte de la construcción de los compromisos de i).

⁷ Para un elenco y breve análisis de las principales conceptualizaciones del *soft law*, véanse TERPAN, 2015, MEYER, 2008: 905-06, STEFAN *et al.*, 2019, CERONE, 2016, GOLDAMN, 2008: 1875 y ss.

⁸ Esto es, autores cuyas tesis suelen ser discutidas y/o empleadas para continuar discusiones.

legislador usar la categoría de *soft law* para describir ciertas prácticas normativas? Considero que nos permite describir, de manera precisa, las características de ciertos actos de cumplimiento de un tipo de mandatos dados por otros. En efecto, si un agente señala que ha actuado de manera conforme a una norma de *soft law*, ello supone, por lo menos, alguna de las siguientes características: i) que no actuó solamente por iniciativa privada, sino que actuó de conformidad con lo que otro agente, con poder de influencia en una determinada comunidad, ha indicado. En otras palabras, se trata de indicar que la acción es conforme a las expectativas del grupo al que la persona pertenece o al que aspira pertenecer; ii) que son actos susceptibles de activar deberes normativos ulteriores (como el principio de buena fe, el *estoppel* o actos propios); iii) que activa, en quien pretende usarla, un conjunto de cargas de argumentación (especialmente frente a los aplicadores del derecho) de justificar el acto. Esto quiere decir que el uso del *soft law* no es razón suficiente para determinar la juridicidad de un acto u omisión, sino que deberá usar una norma de *hard law* como premisa normativa; y iv) que es un indicador de la licitud de la acción u omisión realizada.

Uno de los principales aspectos que la literatura especializada ha tratado de esclarecer es que el uso de sanciones para incentivar el cumplimiento de normas prescriptivas no es la única manera de regular la conducta de los súbditos y soberanos. Que, dentro de la práctica (tanto a nivel internacional como de derecho doméstico), es posible identificar un conjunto de acciones normativas cuyo cumplimiento no está incentivado con el uso de sanciones. Ello, por supuesto, no es un fenómeno novedoso, pero sí lo es el lenguaje técnico con el que se ha empezado a discutir sobre él. Dicho en breve, el *soft law* ha operado y seguirá operando como una estrategia alternativa de regulación de la conducta⁹ y dependerá de quienes ejercen poder normativo elegir qué funciona mejor.

Como he señalado líneas atrás, esta estrategia no es uniforme ni las discusiones sobre ella coinciden en su conceptualización. Este punto hace desaconsejable el intento de dar una definición que sea apta de capturar todos los usos de la expresión *soft law*, pues son diversos en formulación, contenido y maneras de relacionarse con otras normas del sistema jurídico.

Sin perjuicio de lo anterior, la literatura especializada suele caracterizar dicha estrategia como un conjunto de actos sociales orientados a guiar la conducta de determinados destinatarios mediante: a) la

⁹ Chinkin resume algunas de las principales razones para utilizarlo: para evitar requisitos nacionales de ratificación de tratados, para evitar la regulación internacional de creación de tratados, para generar un sistema de regulación de la conducta de fácil modificación o de abandono a bajo costo, para crear una discusión pública o ganar tiempo en ella (o como posible acuerdo temporal frente a posiciones negociadoras entrampadas), CHINKIN, 2000: 26-27, 41-2. Véase, además, SHELTON, 2000: 12 y ss.

creación de instrumentos utilizando procedimientos fuera de los mecanismos previstos en las fuentes formales de creación del derecho; b) identificación de normas que se relacionan, de formas especiales, con las normas aplicables a un caso individual; y/o c) el empleo de medios no coercitivos orientados a incentivar el seguimiento de las normas de *soft law*. Veamos cada una de estas variables.

2.1.1. Creación de instrumentos de *soft law*

Dentro de la literatura especializada se suele emplear la distinción entre instrumento de *soft law* y norma de *soft law*¹⁰. Por instrumento de *soft law* se alude a un conjunto de enunciados lingüísticos que son el resultado de procesos de producción normativa diferentes a los regulados en las fuentes formales del derecho. A nivel internacional, por ejemplo, hace referencia a todos los instrumentos emitidos por sujetos de derecho internacional que no son señalados en el art. 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹¹.

Las formas de crear los instrumentos de *soft law* son tan diversas que resulta difícil identificar rasgos comunes (de dicha diversidad se genera, entre otras cosas, la multiplicidad de instancias de actos normativos llamados *soft law*). Dicho de otro modo, no es sencillo identificar una respuesta uniforme a la pregunta de qué actos sociales son llevados a cabo para crear un instrumento de *soft law*. Sin perjuicio de lo dicho, sí es posible identificar dos aspectos mínimamente compartidos: que se haya empleado un instrumento escrito para su creación (es una fuente escrita de ulteriores normas) que guarde un grado de semejanza con los instrumentos de *hard law* y que haya sido publicado. En otras palabras, los instrumentos de *soft law* son producto de un conjunto de actos sociales llevados a cabo con el propósito de dar una guía de conducta a otras personas¹². Paso a hacer algunas precisiones.

En primer lugar, la literatura especializada suele señalar que la creación de instrumentos de *soft law* se caracteriza por la flexibilidad, libertad y adaptabilidad¹³. Esto requiere ser clarificado.

Cabe diferenciar en dos tipos de métodos de producción de instrumentos de *soft law*: los indeterminados y los determinados. Los

¹⁰ Véase, por todos, SENDEN, 2004: 73. Como veremos, este un caso de aplicación de la distinción entre disposición y norma. Véase GUASTINI, 2011.

¹¹ Asamblea General de la ONU, 2019, parraf. 8. Para Senden, al estudiar la UE, son *hard law* todas aquellas normas a ser identificadas de fuentes reconocidas en el art. 288 TFEU. En cambio, son *soft law* son instrumentos normativos no mencionados en dicho artículo. SENDEN, 2004.

¹² CONSEIL D'ÉTAT, 2013. En términos de Cerona, esto muestra un *pedigree* institucional. CERONE, 2016.

¹³ CHINKIN, 1989: 852ss.

primeros aluden a que los agentes creadores del instrumento no tienen regulación expresa sobre cómo producirlo¹⁴. Este es, por el ejemplo, el caso de una entidad pública que emite un código de conducta de sus funcionarios sin que se haya establecido, expresamente, la competencia para ello ni el protocolo para su producción. Además, tampoco se prevé sanción alguna por el incumplimiento de los deberes en este indicado. Si bien no es posible señalar rasgos compartidos al momento de responder cómo se producen dichos instrumentos, sí es posible señalarlos respecto del qué se produjo: los instrumentos de *soft law* comparten, en cierto grado, algunas características de los instrumentos de *hard law*: sea la intención de regular la conducta de otros, la forma de publicitar el medio, el estilo de redacción, u otros aspectos. En términos de Guzman y Meyes, todos los instrumentos que se parecen al *hard law* son, *prima facie*, *soft law*¹⁵.

En cambio, por métodos de producción determinados refiero a los supuestos de regulación previa sobre cómo producir instrumentos de *soft law*, de manera que su validez está condicionada al cumplimiento de dichos mandatos.

Como podemos ver, la flexibilidad, libertad y adaptabilidad es un rasgo solo de los métodos de producción indeterminados. En el caso de los métodos de producción determinados los rasgos señalados, o bien son contingentes, o bien son ideales. La manera en que se adopte un instrumento de *soft law* y las reglas acordadas para su modificación son decisiones que los actores involucrados decidirán¹⁶.

En segundo lugar, los instrumentos de *soft law* pueden ser creados por entidades públicas o por agentes privados. En el primer supuesto, dichas entidades públicas pueden ser los Estados, organismos del Estado u organizaciones internacionales. El segundo supuesto alude a que actores privados (sean estos sujetos o no de derecho internacional), que carecen de competencia para crear normas generales y abstractas que formen parte de los sistemas jurídicos. Sin perjuicio de ello, son capaces de crear

¹⁴ Al estar fuera del marco regulatorio cabe pensar, incluso, en entidades públicas u organizaciones internacionales que emitan instrumentos de *soft law* cuyo contenido sea ajeno a sus competencias. Véase PETERS y PAGOTTO, 2006: 23.

¹⁵ GUZMAN y MEYER, 2010: 16 y ss. TERPEN, 2015: 74-75. Un ejemplo interesante de esta similitud entre los actos sociales llevados a cabo para crear normas es el Tratado SALT II entre la Unión Soviética y los Estados Unidos de América. El Poder Ejecutivo decidió no enviar a ratificación del Tratado ante el Congreso (lo cual supone que no se incorporó al sistema de fuentes del derecho), pero que aun así actuaría conforme a lo pactado siempre que la URSS también lo hiciese.

¹⁶ Véase, por todos, MEYER, 2008: 909. Un ejemplo de este punto es la emisión y modificación de un instrumento normativo emitido por el Grupo de Abastecedores Nucleares (NSG por sus siglas en inglés). Esta es una organización de 48 Estados dedicada a emitir instrumentos de *soft law* en materia de control de exportaciones de material nuclear. Para emitir o modificar una de sus guías es necesario que haya consenso entre todos los Estados participantes, lo cual no supone la alegada flexibilidad, libertad o adaptabilidad.

instrumentos normativos que, en la práctica, sirven para identificar normas que guían el comportamiento de agentes que no son ellos mismos. Ello incluye el comportamiento de entidades públicas¹⁷.

En tercer lugar, cabe precisar que la literatura especializada no superpone lo que llama instrumento de *soft law* con los instrumentos normativos irregulares. Estos últimos aluden a todos aquellos instrumentos que han sido promulgados sin satisfacer las exigencias formales y/o sustantivas de producción del derecho. A diferencia de ellos, los instrumentos de *soft law* no son productos de una vulneración de dichas exigencias. Para crearlos puede haber ocurrido, por lo menos, una de estas dos instancias: i) se cumplieron con dichas exigencias, sin que ello suponga que generen condiciones de validez para ulteriores actos de los destinatarios¹⁸; o ii) llevaron a cabo actos sociales que no forman ni pretenden formar parte de mecanismos de creación de actos normativos que terminen siendo reconocidos como producto de las exigencias señaladas¹⁹.

2.1.2. *Identificación de normas de soft law*

Entiendo por norma al significado atribuido a un texto normativo. Esto supone que la estrategia de *soft law* no se reduce a formas de producir instrumentos de *soft law*. Como veremos, podemos identificar normas de *soft law* en instrumentos de *hard law* o normas de *hard law* en instrumentos de *soft law*²⁰.

Por norma de *soft law* la literatura especializada alude al significado atribuido a un texto normativo que se caracterizan por²¹: (i) usar

¹⁷ El no uso de procedimientos de creación del derecho previsto en las fuentes formales ha supuesto que numerosos instrumentos de *soft law* se hayan dictado sin haber sido discutidos democráticamente, lo cual ha sido criticado como un problema de falta de legitimidad. Al respecto, véase CHINKIN, 1989: 862-65. KRÖGER, 2007, TRUBEK *et al.*, 2005: 2.

Veamos dos ejemplos: i) las diferentes directivas y principios creados por el Grupo de Wolfsberg en materia de supresión del financiamiento del terrorismo. En este caso, un conjunto de bancos privados ha sido capaz de guiar el comportamiento de diferentes entidades bancarias a nivel mundial sin tener que recurrir a estrategias de regulación de *hard law*; y ii) los *International Commercial Terms* (INCOTERMS) emitidos por la Cámara de Comercio Internacional. Estos instrumentos ofrecen definiciones y condiciones estándar de comercio internacional que suelen ser adoptados tanto por entendidas privadas como públicas. Como podemos ver, a partir del agente creador y el contexto de creación, entonces, es posible distinguir entre instrumentos de *soft law* internacional, nacional y privado

¹⁸ Este punto será precisado en la subsección funciones del *soft law*.

¹⁹ En este sentido, por ejemplo, una recomendación dada por el Comisión de la Unión Europea no pretende ser reconocida (ni se llevan actos para que ello pase) como un acto equivalente a un Tratado internacional.

²⁰ Véanse, por todos, las propuestas de ABBOT *et al.*, 2000 y de TERPAN, 2015

²¹ Una de las definiciones más discutidas es la Francis Synder: «rules of conduct which, in principle, have no legally binding force but which nevertheless may have practical effects». SNYDER, 1994: 198. Su impacto dentro de la literatura es descrito en STEFAN ET ALL, 2019: 10.

conceptos con un alto grado de vaguedad; y (ii) no son normativamente vinculantes. Veamos estos rasgos.

(i) Uso de conceptos con un alto grado de vaguedad

En la determinación de las características definitorias de una norma de *soft law*, para parte de la literatura especializada el *soft law* también se caracteriza por ser normas compuestas por conceptos con un alto grado de vaguedad²². Al respecto, considero que resulta problemático incluir dicho rasgo como un elemento diferenciador del *hard law*. Ello debido a que todos los conceptos son vagos o, para ser más preciso, potencialmente vagos (*open texture*). Ahora bien, el punto que esta literatura está apuntando es mejor entendido como una referencia directa al carácter vago de los conceptos por sí mismo, sino a los procesos de resolución de dicha vaguedad. En efecto, todos los problemas de vaguedad se resuelven mediante procesos de toma de decisiones discrecionales. Una diferencia posible entre el *soft law* y *hard law* es que, respecto al primero, en algunos casos, carecemos de autoridades competentes para realizar tal proceso con carácter autoritativo. En los segundos, en cambio, no es así. Si bien el punto es interesante, cabe anotar que no es un problema de vaguedad, sino de diseño institucional: no es el que *hard law* no sea vago o lo sea en menor grado, es que forma parte de un sistema institucional que incluye normas secundarias de adjudicación.

(ii) No son normativamente vinculantes

La noción de vinculatoriedad normativa es, conforme lo señalado líneas atrás, teóricamente comprometida²³. Lo que la literatura especializada suele hacer referencia al emplear esta expresión es lo siguiente:

En primer lugar, el contenido de las normas de *soft law* no altera el conjunto de derechos y deberes de sus destinatarios. Dicho en términos más precisos, estas normas no generan nuevas posiciones *hohfeldianas* favorables ni desfavorables, lo que hacen es ofrecer una guía de conducta respecto a cómo ejercer una libertad o competencia²⁴. Esto es, influencia la manera en que una persona ha de actuar²⁵.

Esta es la adoptada, en parte, en Asamblea General de la ONU, 2019, párr. 8. En el texto principal reconstruyo dicha definición y las de SENDEN, 2004: 112-13, CONSEIL D'ÉTAT, 2013: 61ss.

²² Por ejemplo, ABBOTT *et al.*, 2000: 412-14. ELLIS, 2012: 315, 317. En contra de considerar esta característica como definitoria TERPAN, 2015.

²³ Para una propuesta de desambiguación de «vinculante» desde la teoría analítica del derecho y un análisis de cada sentido aplicado al *soft law* ver ESCUDERO, 2012: 132 y ss.

²⁴ Véase, por todos, CONSEIL D'ÉTAT, 2013: 64. ABBOTT *et al.*, 2000: 401.

²⁵ Dos ejemplos claro de este punto son el Acta Final de Helseinki de 1975 en la cual las partes señalaron que las prescripciones adoptadas no era un acuerdo sometido al Derecho

La expresión «no altera» quiere decir dos cosas. (i) Las normas de *soft law*, al haber sido emitidas mediante procesos diferentes a los procesos de creación de *hard law* (por ejemplo, sin seguir el procedimiento de creación de un tratado internacional o de norma con rango constitucional o legal), no pueden derogar expresa ni tácitamente las normas de *hard law*²⁶.

(ii) Las normas de *soft law* no tienen superioridad jerárquica formal ni material²⁷ frente a las normas de *hard law*. La falta de superioridad jerárquica formal quiere decir que las normas de *soft law* no regulan la forma en que son producidas las normas de *hard law*²⁸. La falta de superioridad jerárquica material quiere decir que, en caso de antinomia entre normas de *soft law* y *hard law*, las primeras no superan (derrotan) a las segundas²⁹.

En segundo lugar, la literatura especializada suele señalar que, al momento de resolver institucionalmente problemas normativos³⁰, el uso de las normas de *soft law* no es suficiente para justificar³¹: i) la orden de llevar a cabo una acción u omisión a efectos de satisfacer lo exigido por una norma de *soft law*; ii) la imposición de una sanción y/o deberes compensatorios (por ejemplo, una reparación económica o simbólica) por no haber llevado a cabo una acción u omisión prescrita por una norma de *soft law*; iii) declarar la validez de un acto institucional por ser conforme a las normas constitutivas de *soft law*; o iv) declarar la invalidez de un acto institucional por no ser conforme a las normas constitutivas de *soft law*. En efecto, los destinatarios del *soft law* pueden ejecutar acciones o generar estados de cosas que sea incompatibles con lo prescrito (sea ello por obedecer otro mandato o por mero ejercicio de su autonomía o soberanía), sin que ello genere una consecuencia normativa negativa.

Internacional y la Declaración de Principios para el Manejo Sustentable de Bosques de 1992 que señaló que esta «no tenía fuerza obligatoria».

²⁶ Un aspecto pendiente de análisis en la literatura especializada son las consecuencias de la redundancia entre las normas de *soft law* y de *hard law*. Supongamos que en un primer momento se emitió una norma prescriptiva de *soft law*. En un segundo momento esta norma fue reiterada en una norma de *hard law* (tendríamos un problema de redundancia: dos normas regulan el mismo tipo de acción con la misma consecuencia normativa). En un tercer momento la norma de *hard law* es derogada. Esto genera algunas dudas: ¿dicha derogación implica una derogación tácita de la norma de *soft law*? En caso de que no implique tal derogación, ¿la norma de *soft law* sigue siendo una guía de cómo ejercer la libertad o ya no lo es por haber sido un curso de acción que el legislador expresamente ha rechazado? Sobre estos puntos profundizaré en ulteriores investigaciones.

²⁷ GUASTINI, 2014: 175-80.

²⁸ Ello implica, además, que las relaciones entre el *hard law* y el *soft law* estas últimas no activan las reglas de *lex posterior* ni *lex superior*.

²⁹ Sobre la noción de derrota como superación, véase GARCÍA YZAGUIRRE, 2023a. Para ejemplos de superioridad material del *hard law* sobre el *soft law*, véase SENDEN, 2004: 243 ss.

³⁰ Entiendo por problema normativo la pregunta sobre cuál es el estatus deóntico de una determinada acción conforme a un sistema jurídico de referencia.

³¹ Véase, por todos, ABBOTT *et al.*, 2000: 408 y ss.

Dicha situación es producto del diseño institucional del que forman parte³². Para ser más preciso, cabe distinguir, por lo menos, dos tipos de escenarios (ambos posibles en sede internacional como nacional). Un primer escenario es el de una norma de *soft law* que carece de un sistema institucional competente para garantizar su implementación y para interpretarlo de forma autoritativa. En este tipo de escenarios, no hay ningún agente que tenga la competencia de realizar actos orientados a ejecutar los mandatos previstos por el *soft law*. El Estado, en este sentido, no está autorizado para ejecutar su poder de policía a efectos de garantizar la efectividad de dichas normas. De igual forma, no hay ningún agente que tenga competencia para definir, con carácter autoritativo, la resolución de cualquier problema interpretativo.

Esto sucede, por ejemplo, con las posibles normas que se identifican a partir de la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación basadas en la Religión o las Creencias de la ONU de 1981, o de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de la ONU de 1986. En ambos casos, no hay órganos internacionales que vigilen el cumplimiento dichas normas ni que sean competentes para determinar el significado autoritativo de sus artículos.

En este contexto las normas de *soft law* pueden tener, si un aplicador del derecho así lo decide, el rol argumentativo de mejorar la justificación de la premisa normativa elegida. En otros términos, pueden ser usadas en la justificación externa de la norma que resuelve el caso individual.

Un segundo escenario es de una norma de *soft law* que posee un sistema institucional competente para garantizar su implementación y para interpretarlo de forma autoritativa³³. El rasgo característico de este sistema es su incompetencia para imponer sanciones a quienes no adopten las acciones prescritas mediante normas de *soft law*, y para declarar la invalidez de un acto que no siga las normas constitutivas de *soft law*.

Esto ocurre, por ejemplo, con las interpretaciones y recomendaciones que formula el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU. Dicha entidad es competente para interpretar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y supervisar si los Estados Parte de dicho Tratado han adoptado medidas o no que sean conformes a sus interpretaciones. En cualquier escenario, podrá formular recomendaciones a los Estados Parte, pero no puede sancionarles ni declarar la invalidez de sus actos.

Este punto muestra que no hay una conexión necesaria entre instrumento de *soft law* y norma de *soft law*. Si un instrumento de *soft law* ofrece normas de *soft law* ello es debido a que la norma que se le

³² Véase, por todos, D'AMATO, 2009: 899.

³³ BAXTER, 1980: 556.

atribuye carece de un determinado conjunto de relaciones con otras normas. No hay un impedimento conceptual ni práctico para identificar, a partir de un instrumento de *soft law*, un conjunto de normas de *hard law*. Ni el escenario inverso, que de un instrumento de *hard law* sean identificables normas de *soft law*. Veamos algunos ejemplos.

Un caso de norma de *soft law* a partir de un instrumento de *hard law* son las recomendaciones realizadas por el Defensor del Pueblo de Perú (DP). De acuerdo con la legislación aplicable, las recomendaciones del DP pueden incluir prescripciones de acción u omisión que, en caso de no ser seguidas, no generan sanciones ni declaraciones de nulidad. Dichas recomendaciones operan como un incentivo externo a los funcionarios públicos a realizar, adecuadamente, sus labores, sin que ello implique una consecuencia jurídica negativa.

Un caso de norma de *hard law* a partir de un instrumento de *soft law* es la decisión de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso *Qatar v. Bahrein* del 01 de julio de 1994. En ella, la CIJ determinó, en su párrafo 41, que «los canjes de notas entre el Rey de la Arabia Saudita y el Emir de Qatar, de fechas 19 y 21 de diciembre de 1987, y entre el Rey de la Arabia Saudita y el Emir de Bahrein, de fechas 19 y 26 de diciembre de 1987, así como el documento denominado «Acta», que firmaron en Doha el 25 de diciembre de 1990 los Ministros de Relaciones Exteriores de Bahrein, Qatar y la Arabia Saudita, constituyen acuerdos internacionales que crean derechos y obligaciones para las partes». Este supuesto nos muestra que, vía interpretación, las normas adscribibles a instrumentos de *soft law* pueden adquirir carácter de *hard law*.

Como podemos ver, lo que la literatura especializada describe al momento de señalar que las normas de *soft law* no son normativamente vinculantes son el tipo de relaciones que estas normas tienen con las normas del sistema jurídico de referencia. Esto, además, permite explicar que las diferentes instancias de usos de la expresión *soft law* lo que nos muestran son diferentes maneras de diseñar dichas relaciones³⁴.

2.1.3. Medios no coercitivos

Para la literatura especializada, la regulación de la conducta mediante una estrategia de *soft law* se caracteriza, además, por generar

³⁴ Algunos autores han mostrado este punto señalando que el posible encontrar combinaciones de *hard law* y *soft law* en función al «grado de normatividad» o «grado de legalización». Véanse ABBOTT *et al.*, 2000, TERPAN, 2015, STEFAN *et al.*, 2019: 11-13. Dichas expresiones graduales lo que clasifican son diferentes estrategias de diseño de normas secundarias sobre cómo producir, interpretar y aplicar las normas de *soft law*.

instrumentos y/o normas susceptibles de guiar la conducta de los destinatarios. Dicha idea supone, por lo menos, dos cosas: que contiene normas prescriptivas y que es posible emplear métodos que generen su eficacia. El primer punto ha sido visto en la subsección anterior. Respecto al segundo, cabe hacer las siguientes precisiones.

En primer lugar, la afirmación de que una norma de *soft law* es «eficaz» es ambigua³⁵. Al respecto, considero que la mejor manera de entender qué es lo que la literatura especializada suele querer expresar con eficacia es aludir a su cumplimiento, esto es, que los destinatarios de una norma conocen de su existencia y es a mérito de tal regulación que deciden comportarse de manera conforme al estado de cosas deseado previsto en ella. Para identificar las razones por las, efectivamente, un agente sigue las normas de *soft law* requiere de un trabajo empírico focalizado a una práctica jurídica específica (enfocado al comportamiento de los Estados en sede internacional, de las entidades públicas y privadas en sede nacional o de los aplicadores del derecho). No es mi propósito realizar tal trabajo ni ofrecer indicadores posibles para llevarlo a cabo³⁶.

En segundo lugar, a efectos de generar tal cumplimiento, la estrategia del *soft law* puede adoptar medios institucionales y no institucionales. Ello, en función a las relaciones normativas creadas entre las normas de *soft law* y el resto de normas jurídicas que forman parte de un sistema jurídico de referencia.

Aludo por casos de métodos institucionales a todos aquellos supuestos en los que estamos frente a normas de *soft law* y un sistema institucional competente para garantizar su implementación y para interpretarlo de forma autoritativa. Dicho sistema, como he señalado, no emplea sanciones ni declaraciones de invalidez. En vez de ello, empleará mecanismos de presión externa que incentiven el cumplimiento de dichas normas: actos que generen desprestigio en la comunidad por no haber dado cumplimiento a dichas normas de *soft law*³⁷.

Un ejemplo de ello es el caso de las recomendaciones y observaciones que formula la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto del grado de cumplimiento que los Estados integrantes de la Organización de Estados Americanos tienen de la Declaración Ameri-

³⁵ Véase HIERRO, 2003.

³⁶ Para un elenco de posibles razones (a ser verificadas en la práctica) por las que un agente sigue una norma de *soft law* ver BROWN WISS, 2000, pp. 538 y ss. STEFAN *et al.*, 2019: 21-24. SHELTON, 2000: 13-14. Para un análisis de las diferentes maneras en que los jueces (nacionales y supranacionales) han usado (y no usado) las normas de *soft law*, véase: SENDEN, 2004, CONSEIL D'ÉTAT, 2013: 74 y ss., anexos 3 y 4. CHINKIN, 2000: 36. Asimismo, véanse los estudios contenidos en el volumen 23 de la *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* que se centran en analizar el uso del *soft law* en diversas jurisdicciones durante la pandemia de la covid-19.

³⁷ Véasepor todos, GOLDMANN, 2008: 1889.

cana de Derechos y Deberes del Hombre. En dichos casos, la Comisión puede investigar, formular peticiones, hacer solicitudes, realizar informes, entre otras acciones. Ninguna de ellas supone una sancionar a un Estado o declarar la invalidez de uno de sus actos³⁸.

Aludo por casos de métodos no institucionales a todos aquellos supuestos en los que estamos frente a normas de *soft law* y no se dispone de un sistema institucional competente para garantizar su implementación y para interpretarlo de forma autoritativa. En este escenario, los integrantes de la comunidad de destinatarios de las normas de *soft law* podrán implementar (si así lo desean) incentivos de cooperación para dar cumplimiento a dichas normas³⁹.

En tercer lugar, los medios para dotar de cumplimiento a una norma de *soft law* pueden transformarla en una norma de *hard law*. En efecto, si los medios empleados suponen recurrir a la sanción (frente a incumplimiento de normas prescriptivas) o a la declaratoria de invalidez (frente al no seguimiento de normas constitutivas), entonces estaremos frente a un proceso de transformación de una norma de *soft law* en una de *hard law*. Ello como resultado de o bien por interpretar normas de *hard law* a partir de instrumentos de *soft law*, o bien por crear relaciones entre normas de *soft law* con otras normas del sistema jurídico (lo que supone que deje de ser una norma de *soft law*).

Dentro del contexto europeo, ello sucedió en la sentencia del Tribunal de Luxemburgo C-27-04, Comisión versus Consejo, en la que se señaló que la discrecionalidad del Consejo está limitada por las recomendaciones dadas por la Comisión Europea en el marco de sistemas de vigilancia multilaterales generados a partir del Pacto de estabilidad y crecimiento. En este caso, las normas de *soft law* dadas por la Comisión adquirieron relevancia normativa para determinar qué actos son válidos y cuáles no⁴⁰.

Para el caso de normas de *hard law* identificadas a partir de instrumentos de *soft law*, Senden ha propuesto una serie de indicadores que

³⁸ Otro ejemplo, analizado por Chinkin, son las inspecciones que realiza el Banco Mundial respecto de si los Estados siguen o no sus *Guidelines*. Las inspecciones no terminan en la imposición de medidas sancionatorias, sino en observaciones y recomendaciones que suelen ser obedecidas, dado que ello será considerado relevante por dicha entidad supranacional para ulteriores actos. CHINKIN, 2000: 32-33.

³⁹ Cabe precisar que la distinción entre medios institucionales y no institucionales no supone que los medios no institucionales dejen de emplearse en contextos en los que operan los medios institucionales. Esta es solo una distinción que pretende clarificar tipos y no usos. Un ejemplo de medio no institucional que se presenta en cualquier contexto es el efecto red que se produce a partir de una comunidad de usuarios. En extrema síntesis, la utilidad (y grado de uso) de las normas de *soft law* aumentará cuantas más personas lo empleen, pues de esa forma quienes quieran participar de dicha comunidad tendrán que usarlo para poder relacionarse de manera adecuada. Para un interesante trabajo en esta materia, véase DRUZIN, 2016.

⁴⁰ Para más ejemplos de este tipo véanse STEFAN, 2016, SENDEN, 2004: 240.

explicitarían si ello ha ocurrido: i) identificar si era la intención de los legisladores que tenga fuerza vinculante o no; ii) si la norma ofrece consecuencias normativas nuevas (esto es, no derivables a partir de normas de *hard law* ya existentes); iii) el creador del instrumento de *soft law* es competente para crear instrumentos de *hard law*; y iv) verificar si el proceso creación del instrumento de *soft law* no es susceptible de generar un vicio de nulidad. En estos casos estaremos, como bien señala la autora, ante casos de *hard law* encubierto en instrumentos de *soft law*⁴¹.

2.2. Funciones de las normas de *soft law*

Ahora bien, a partir de la literatura especializada es posible identificar un conjunto de funciones atribuidas al uso de las normas de *soft law*. Estas son⁴²: experimental, constitutiva y prescriptiva. Una norma descrita como *soft law* puede cumplir con más de una función. En efecto, estas no son excluyentes entre sí ni necesariamente concurrentes⁴³. Veamos cada una de ellas.

2.2.1. Función experimental

El uso de las normas de *soft law*, en atención a que su incumplimiento no acarrea sanciones ni genera nulidades, puede ser útil para evaluar las consecuencias de actos sin asumir, necesariamente, costos jurídicos por ellos⁴⁴. En efecto, dado que su elaboración y negociación acarrea asumir riesgos (entre otros, de tipo político) más reducidos que los de una norma de *hard law*, esta puede operar un acto preparatorio para la creación de una nueva figura normativa y/o para realizar un

⁴¹ SENDEN, 2004: 266-67. Para más ejemplos véase ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU, 2019: 25.

⁴² Tomo, en parte, las propuestas formuladas en SENDEN, 2004: 119-20. CHINKIN, 2000: 30 y ss.

⁴³ Si efectivamente la cumple o no (y el grado con el que lo hace) es problema empírico a ser resuelto en otra investigación. Mi propósito es únicamente analizar qué funciones le son habitualmente atribuidas por la literatura especializada.

⁴⁴ Véase, por todos, POSNER y GERSEN, 2008: 40. Cabe agregar que las normas de *soft law* pueden ser implementadas como respuesta a la imposibilidad jurídica de dictar *hard law* (se carece de competencia normativa para regular la materia) o por ser políticamente inviable adoptarlo (los creadores del derecho no están dispuestos a adoptar este tipo de compromiso normativo, no hay voluntad para activar un conjunto de principios institucionales). Un ejemplo de ese último escenario es la Declaración de Principios sobre Acuerdos de Autonomía Provisional de 1993 pactada entre Israel y la Organización para la Liberación de Palestina, la cual opera como instrumento de *soft law* y con normas de *soft law* (ello debido, principalmente, por la falta de voluntad política para reconocer a Palestina como Estado).

cambio normativo que sea contradictorio al *hard law* vigente⁴⁵. Este carácter experimental puede operar de, por lo menos, dos maneras. Por un lado, a manera de experimentación normativa. La introducción de una norma de *soft law* es útil para analizar las consecuencias posibles que dicha norma tendría dentro de un sistema normativo sin tener que padecer de sanciones o nulidades en el intento (se pretende anticipar el impacto de regulación en caso se decida implementar la norma de *soft law* mediante una norma de *hard law*)⁴⁶. En términos más precisos, las normas de *soft law* funcionarían como un caso especial de *lege ferenda*⁴⁷.

Por otro lado, pueden operar a manera de experimentación normativa y fáctica. Las normas de *soft law* tienen aptitud de guiar el comportamiento y es posible, como hemos visto, que se implementen medios institucionales y no institucionales para su cumplimiento. En atención a ello, las normas de *soft law* sirven para anticipar los efectos prácticos (además del impacto regulatorio) que tendrían en caso de ser convertidos en *hard law*, sin tener que padecer de sanciones o nulidades durante el intento.

En efecto, las normas de *soft law* pueden ser usadas para identificar medios adecuados para satisfacer, de mejor manera, una norma de *hard law* que prescriba alcanzar un determinado estado de cosas. Dicho de otro modo, permiten mejorar la forma de ejercer la discrecionalidad por parte de autoridades legislativas y judiciales⁴⁸. Además de ello, las normas de *soft law* pueden servir como instancias de experimentación para generar nuevas instancias de aplicación de normas de *hard law*.

Un ejemplo de ello son las normas que, conjuntamente, conforman el Método Abierto de Coordinación de la Unión Europea (MAC). Mediante el MAC se definieron responsabilidades de comunicación y presentación de informes en diversas áreas, con el propósito de generar transparencia. Se les requirió a los Estados a informar sobre sus políticas en el contexto del monitoreo multilateral, a lo cual el Consejo puede

⁴⁵ GRNCHALLA-WESIERSKI, 1984: 55. Este autor llama al proceso de creación de normas de *soft law* contrarias al *hard law* como «proceso de deslegitimización del derecho vigente».

⁴⁶ Para un análisis de cómo el *soft law* ha servido para preparar medidas frente al cambio climático ir a CONSEIL D'ÉTAT, 2013: 95 y ss.

⁴⁷ Para este punto sigo la propuesta de CERONE, 2016. De igual forma, SHAFFER y POLLACK, 2010: 207-08. El ejemplo clásico de este punto es la creación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU de 1948. Ella, en sus primeros años, operó como un instrumento de *soft law* de la cual solo se podían identificar normas de *soft law*. Dado que las consecuencias de dicha Declaración fueron consideradas más ventajosas que sus perjuicios, ella pasó por un proceso de transformación a *hard law* junto con la creación de ulteriores Tratados internacionales sobre la materia.

Cabe insistir en que no todas las normas de *soft law*, necesariamente, son convertidas en normas de *hard law*. Ello es contingente y depende de los actos normativos de los legisladores de cada sistema normativo

⁴⁸ Véase, por todos, CONSEIL D'ÉTAT, 2013: 26.

emitir recomendaciones en casos en los que considere que las políticas no se alinean con sus directrices.

2.2.2. *Función constitutiva*

Las normas de *soft law* pueden tener una función constitutiva dado que son usadas para crear o declarar acciones, estados de cosas y/o entidades. Conforme a lo indicado líneas atrás, la literatura especializada suele considerar que las normas de *soft law* son normas prescriptivas, pero no se reducen a ellas. Para regular el comportamiento de una acción o estado de cosas es necesario estas hayan sido determinadas mediante una norma constitutiva. De esta forma, podemos estar ante tres escenarios posibles de regulación del conjunto de normas de *soft law*: i) que disponga la creación de entidades y establezca sus competencias; ii) que incluya normas prescriptivas que regulen categorías creadas mediante normas de *hard law*; o iii) que incluya las normas constitutivas que crean categorías y normas prescriptivas que regulan dichas categorías.

En cuanto a i), el *soft law* es útil para generar normas que creen nuevas entidades y dotarle de competencias. Un ejemplo de esta función, siguiendo a Cassell, es la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Dicho organismo, en efecto, se creó mediante el Acta Final de la V Reunión de Ministerios de Relaciones Exteriores de la Organización de Estados Americanos de 1959, el cual es un instrumento de *soft law*⁴⁹.

En cuanto a ii), el efecto constitutivo puede suponer, por ejemplo, que una organización pública (sea dentro de un derecho nacional o de derecho internacional) encargada de dictar recomendaciones u observaciones, sea apta para hacerlo solo después de declarar que una determinada situación es clasificable bajo una categoría creada por *hard law*⁵⁰. En dichos escenarios, el carácter constitutivo se refleja en la declaración de un determinado estado de cosas (por ejemplo, que una determinada entidad o persona ha generado un estado de cosas incompatible con el estado de cosas exigido por ciertas normas de *hard law*).

⁴⁹ CASSELL, 2000: 400.

⁵⁰ Dentro de la literatura especializada Shelton ha propuesto diferenciar entre *soft law* primario y secundario. El *soft law* primario alude a todas normas que operan como precursoras de futuro *hard law*, esto es, primeras declaraciones. En cambio, por *soft law* secundario, refiere a todos aquellos actos normativos (de *soft law*) de ciertas entidades que aplican instrumentos de *hard law* (o incluso de *soft law*). SHELTON, 2009: 70. Por ejemplo, siguiendo a Cassell, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 sería *soft law* primario por ser el primer instrumento de que reconoce derechos. Las recomendaciones y observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que verifica el seguimiento de la Declaración operan como *soft law* secundario. CASSELL, 2000. Esta distinción, si bien útil, considero que no permite evidenciar el ejercicio de tres funciones diferentes a nivel de *soft law* primario: una constitutiva de categorías, otra experimental y una prescriptiva.

Respecto a iii), el efecto constitutivo puede suponer la creación de una nueva clase (por ejemplo, nuevos derechos, principios, conceptos, entre otros). Ello, junto al establecimiento de normas prescriptivas que ordenen acciones específicas o la realización de actividades. A efectos de aclarar este punto es necesario precisar la relación entre relevancia normativa y normas de *soft law*.

Los antecedentes de las normas están compuestos por propiedades. Una propiedad se expresa mediante unos predicados aplicados a un sujeto, acción o estado de cosas. Las propiedades pueden ser o bien normativamente relevantes, o bien normativamente irrelevantes. Por relevancia normativa, siguiendo a Alchourrón y Bulygin, refiero a que ellas hayan sido expresamente mencionadas en una norma que haya sido dictada una autoridad normativa competente para crear derecho⁵¹. Si una propiedad es normativamente relevante ello supone que su presencia o ausencia ha de estar correlacionada a consecuencias normativas diferentes para que el sistema normativo sea completo (regule todos los casos que se pretende regular). En cambio, una propiedad normativamente irrelevante es aquella que no es mencionada (expresa ni implícitamente) por una norma que haya sido dictada una autoridad normativa competente para crear derecho. Ello supone que su presencia o ausencia en un caso individual no incide en su calificación jurídica.

Ahora bien, si un antecedente está compuesto por propiedades normativamente relevantes y no está correlacionado a una solución normativa, ello supone que estamos frente a un problema de laguna normativa. En cambio, si un antecedente está compuesto solo por propiedades normativamente irrelevantes, ello supone que estamos frente a un caso no regulado. Esto es, son acciones o estados de cosas que están fuera los límites del sistema normativo de referencia.

Al realizar discursos sobre la relevancia normativa de una propiedad lo podemos hacer de manera descriptiva o prescriptiva. En relación con lo primero, formularemos una tesis de relevancia, esto es, una proposición con la que identificamos todas las propiedades relevantes en el sistema normativo. En relación con lo segundo, formularemos una hipótesis de relevancia, esto es, una proposición con la que identificamos a las propiedades que deberían preverse (o dejar de preverse) en el sistema normativo para que este sea axiológicamente correcto.

Vistos estos puntos, ya es posible aclarar en qué sentido las normas del *soft law* «crean» nuevas clases o categorías. Al respecto, considero que podemos diferenciar, por lo menos, dos tipos de fenómenos: creación-experimentación y creación-innovación. Los casos de creación-

⁵¹ En otros términos, que la propiedad esté contenida en el antecedente de alguna norma que forme parte del sistema jurídico de referencia. ALCHOURRÓN y BULYGIN, 2012: 150-51. NAVARRO, 2020.

experimentación suponen la formulación de una nueva clase que, para poder ser normativamente relevante, requerirá que las autoridades normativas así lo decidan. Estos son, como vemos, casos de formulación de una hipótesis de relevancia respecto a la incorporación de una nueva clase dentro de un sistema jurídico de referencia. Son supuestos en los que se propone, a los destinatarios de las normas de *soft law*, incorporar la clase propuesta dentro de sus sistemas jurídicos.

Un ejemplo de este tipo de prácticas es la creación-experimentación de nuevos derechos mediante declaraciones de derechos (analizado desde el punto de vista del derecho interno de un Estado). Una vez que dichos derechos han ganado un grado de aceptación, los Estados podrán ejercer actos de transformación de la norma de *soft law* en una de *hard law* o bien podrán positivizarla a través de un instrumento de *hard law* que, además, es interpretado a efectos de atribuirle normas de *hard law* (este es el caso de regular los derechos previstos en la Declaración en una Convención de derechos que es aprobada como tratado internacional).

Otro ejemplo de este fenómeno son los actos de creación de nuevas clases por parte de agentes privados. Las normas de *soft law* identificadas a partir de instrumentos de *soft law* formulados por agentes privados pueden operar, únicamente, como hipótesis de relevancia dirigida a los creadores del derecho⁵².

En este sentido, las normas de *soft law* que ejercen una función constitutiva de creación-experimentación no atribuyen relevancia normativa. Su presencia o ausencia no varía la calificación jurídica de una determinación acción o estado de cosas. En efecto, un residente de un Estado no podrá exigir judicialmente la protección de un derecho que está solamente reconocido en una norma de *soft law*. Como podemos ver, en estos casos no se generan lagunas normativas, solo generan casos no regulados.

Los casos de creación-innovación, en cambio, suponen la formulación de una nueva figura que es normativamente relevante. A este punto debo reiterar la precisión que se dota de relevancia normativa únicamente a una propiedad y no así a la calificación deóntica que pueda atribuir a cada caso regulado⁵³. Estos son, como vemos, casos

⁵² Podemos distinguir entre diferentes tipos de agentes privados creadores de instrumentos y de normas de *soft law* a partir del poder de influencia que estas generan en los agentes públicos. Dicho en términos más precisos: i) si actúan como autoridades teóricas y/o prácticas; ii) si las razones para obedecerles se justifican en el contenido de sus actos o por su identidad; y iii) si sus decisiones ofrecen razones a ser tenidas en cuenta o si estas operan como razones protegidas en el razonamiento de las autoridades públicas. Sobre este punto véase NÚÑEZ VAQUERO, 2022: 104-05.

⁵³ El punto a expresar con esa afirmación es que la función prescriptiva de las normas de *soft law* (las obligaciones, prohibiciones y permisos) no adquiere aplicabilidad. No es un

de modificación de la tesis de relevancia mediante la incorporación de un nuevo caso genérico dentro de un sistema jurídico de referencia. Este punto es claro a nivel de derecho internacional. Si una determinada materia no está regulada en ningún instrumento internacional, ello puede ser considerada como una materia reservada a la jurisdicción de cada país. En cambio, si la materia está regulada por un instrumento internacional de *soft law*, entonces adquiere relevancia normativa internacional⁵⁴. Esto implica que no será un caso no regulado en el derecho internacional, sino un caso de laguna normativa en el sistema normativo de las normas de *hard law*.

Un segundo caso claro son los supuestos de identificación de normas de *soft law* a partir de instrumentos de *hard law*. En dichos supuestos, en vista a que son normas atribuidas a un elemento que forma parte de una fuente de derecho, el resultado será crear nuevas clases normativamente relevantes.

Si una determinada norma de *soft law* cumple con una función constitutiva de creación-experimentación o de creación-innovación dependerá del contexto de aplicación y destinatarios. En efecto, dentro de la organización que creó la norma de *soft law* ella puede operar, en sus relaciones internas y para guiar sus propios actos futuros, como creación-innovación. Esto es, empleará las clases creadas para autogobernar su comportamiento (las tratará como normativamente relevantes). En cambio, fuera de dicha organización podrá cumplir, únicamente, una función de creación-experimentación⁵⁵.

Por último, cabe precisar que la función constitutiva ha de ser diferenciada de todos aquellos casos en los cuales las normas de *soft law* son utilizadas como medios para evidenciar que un conjunto de agentes tenía la práctica de tratar a una propiedad como normativamente relevante (de forma que las normas de *soft law*, en este supuesto, son emitidas para generar visibilidad y mayor consenso entre la comunidad)⁵⁶.

caso de transformación de norma de *soft law* en una de *hard law*. Lo único que se ha creado es una nueva clase de acciones o estados de cosas a ser regulada de forma discrecional por las autoridades con competencia para legislar.

⁵⁴ Sobre este punto, véanse GRNCHALLA-WESIERSKI, 1984: 59-63, BAXTER, 1980: 556. PETERS y PAGOTTO, 2006: 16.

⁵⁵ Si bien las normas de *soft law* no generan obligaciones cuyo incumplimiento no es sancionable ni es un criterio de validez para los actos de los destinatarios de dicha norma, esta sí puede generar dichos efectos dentro de la propia organización emisora. Esta puede suponer que dentro de los procedimientos internos las dependencias actúen (en la medida que ello sea posible) de acuerdo con las normas de *soft law* previamente emitidas. Ejemplos de este punto en GRNCHALLA-WESIERSKI, 1984: 52-54 y SENDEN, 2004: 148-55. Este efecto muestra unos de los efectos de haber dotado de relevancia normativa a una propiedad.

⁵⁶ Sobre este uso del *soft law*, véase CHINKIN, 2000: 30.

2.2.3. *Función prescriptiva*

Las normas de *soft law* pueden ser usadas, como hemos visto líneas atrás, para guiar el comportamiento de sus destinatarios. Sobre este punto no insistiré más, solo precisaré que dicha función puede tener vocación temporal o atemporal⁵⁷.

Por un lado, la vocación temporal se refleja, en parte, en lo señalado en la función experimental. Las prescripciones implementadas mediante normas de *soft law* son implementadas a efectos de evaluar sus consecuencias y, tras ello, tomar la decisión de convertirlas en normas de *hard law* o bien generar su anomia.

Por otro lado, la vocación atemporal se refleja en aquellos supuestos en los que las normas de *soft law* no requieren ser convertidas en *hard law* para aumentar su grado de cumplimiento. En estos casos, los medios empleados para generar su eficacia fueron lo suficiente exitosos para que la regulación del comportamiento no requiera cambiar de estrategia⁵⁸. En efecto, no habría concurrencia con la función experimental, pues lo emisores y receptores de las normas de *soft law* no la tratan como una propuesta especial de *lege ferenda*, sino que la tratan como la pauta de conducta que resuelve sus problemas de coordinación, incertidumbres y conflictos.

Un ejemplo interesante de esta vocación son los Acuerdos de Basilea I y II. Dichos acuerdos fueron adoptados por un conjunto de Bancos Centrales a efectos de determinar cómo debería llevarse a cabo la supervisión bancaria⁵⁹. Su grado de cumplimiento ha sido y sigue siendo exitoso sin que sea necesario tener que adoptar un Tratado internacional sobre la materia para aumentar su grado de cumplimiento.

Otros ejemplos interesantes son los casos de instrumentos y normas de *soft law* privado en materia de normalización técnica. Un primer ejemplo, son las normas (de *soft law*) dictadas por la *International Estándar Organización* (ISO), la cual es una organización no gubernamental. No ha sido necesario que se implementen normas de *hard law* para generar un alto grado de cumplimiento con sus propuestas de estandarización (la más conocida es su estandarización en gestión de calidad, la ISO 9001), pues los medios no institucionales implementados para ello han sido exitosos. De igual forma, las NIIF emitidas por

⁵⁷ CONSEIL D'ÉTAT, 2013: 27. Este punto no es ampliamente compartido. Para una noción diferente, véase MEYER, 2008: 891, 906. Para este autor, el *soft law* es un conjunto de instrumentos creados con la expectativa de que se les de fuerza de ley mediante derecho doméstico o acuerdos internacionales.

⁵⁸ Para un estudio del uso de normas de *soft law* como instrumentos de nuevas formas de gobierno (de gobernanza), véase LAPORTA, 2014, CINI, 2000.

⁵⁹ Para más ejemplos, véase MEYER, 2008: 888-89.

la Junta de Normas Internacionales de Contabilidad, que también es una organización no gubernamental, han servido (y siguen sirviendo) para determinar cómo debe llevarse a cabo la contabilidad de las cuentas públicas y privadas.

3. NORMAS DE *SOFT LAW* Y SEGURIDAD JURÍDICA

La sección anterior hemos visto cuáles son las principales características y funciones de de las normas de *soft law*. Ahora bien, ¿el uso de estas normas, dada su falta de normatividad vinculante, supone una afectación a la seguridad jurídica? Para responder esta pregunta es pertinente partir con algunas precisiones.

Los teóricos del derecho suelen emplear la expresión «seguridad jurídica» para hacer referencia a dos sentidos diferentes: i) previsibilidad; y ii) controlabilidad. Cada uno de ellos implica maneras diferentes de entender qué es y cómo estudiar el derecho, además de suponer implicaciones, diseños estructurales y criterios de corrección distintos. No es mi pretensión ni resulta posible, en estas líneas, realizar una reconstrucción de cada uno de estos sentidos⁶⁰. A efectos de responder la pregunta formulada haré una breve presentación del contenido de cada sentido y cuáles son sus rasgos principales.

3.1. Previsibilidad

Para los autores que adoptan un sentido previsibilista de la seguridad jurídica, la entienden concepto que permite describir que un conjunto de destinatarios de un sistema jurídico está en condiciones de formular predicciones fiables de qué decisiones jurídicas se adoptaran en el futuro. De acuerdo con ellos, en extrema síntesis, una práctica jurídica satisface la seguridad jurídica si un agente, en un momento T1, es capaz de formular predicciones con alto grado de probabilidad de éxito de cómo los aplicadores del derecho calificarán sus actos en un momento T2. Esta forma de entender la seguridad jurídica se centra en el carácter práctico de las predicciones y en la formulación de distinto tipos de predicciones⁶¹. En relación con lo primero, las predicciones son enunciados sobre hechos futuros formuladas de tal manera que permiten orientar la conducta de una persona. Estas poseen los siguientes rasgos: a) son informativas en tiempo presente de posibles hechos futuros; b) son falibles, en tanto su corrección depende de si el hecho predicho se verifica en el mundo o no; y c) son susceptibles de ser

⁶⁰ Para dichas reconstrucciones ver GARCÍA YZAGUIRRE, 2023 y en prensa.

⁶¹ Ambos puntos son consecuencia de asumir una determinada concepción de la autonomía personal y su relevancia dentro del sistema jurídico. Véase, por todos, LUZZATI, 2017: 2.

usadas en la deliberación sobre si tomar una acción u omisión, por lo que son instrumentales para guiar el comportamiento⁶².

En relación con lo segundo, las predicciones pueden ser específicas o genéricas⁶³. Las predicciones específicas versan sobre una acción que será llevada a cabo en el futuro por un agente particular, en un momento y tiempo específicos. El objeto específico de la predicción puede variar dependiendo del enfoque previsibilista adoptado. Puede predecirse, por ejemplo, los métodos interpretativos a ser empleados, las normas individuales a ser dictadas, las consecuencias prácticas que tendrá la calificación normativa para las partes involucradas, entre otros. De igual forma, el tipo de aplicador del derecho también variará dependiendo de programa de investigación que se adopte. Bien puede centrarse en cómo los aplicadores del derecho resolverán un caso individual, en qué decisiones legislativas adoptará un Parlamento, en los actos normativos del Poder Ejecutivo, entre otros. En contraste, una predicción genérica versa sobre tendencias, relaciones o patrones de comportamiento que se manifestarán en el futuro. Es decir, no se trata de actos específicos, sino más bien de la orientación que tomarán en un momento futuro no especificado los miembros de un grupo.

En este contexto, los discursos normativos se centran (pero no limitan) en prescribir que los aplicadores del derecho (de todo tipo) actúen de tal forma que sus actos sean predecibles por los destinatarios del derecho. Ello supone, por lo menos, que actúen forma consistente, coherente y que ofrezcan información que permita formular predicciones fiables⁶⁴. Ahora bien, ¿las normas de *soft law* ofrecen previsibilidad? ¿la previsibilidad es una razón, a favor o en contra, para usar normas de *soft law*?

La determinación de si, efectivamente, las normas de *soft law* permiten generar predicciones con mayor grado de probabilidad de éxito (esto es, adecuadas para guiar la conducta de los beneficiarios de las predicciones) solo podrá realizarse mediante estudios empíricos⁶⁵. El punto que puede ser esclarecido en este momento es si las funciones del *soft law* son compatibles o no con la noción de previsibilidad.

Un programa de estudio previsibilista tomaría como enfoque determinar si las normas de *soft law* ofrecen información fiable para formular predicciones sobre cómo actuarán determinados funcionarios públicos y privados y qué tipo de predicciones permite formular. Con relación al primer punto, como hemos visto, las predicciones son prácticas, en el sentido de que son formuladas a efectos de incluir razones dentro de nuestra deliberación sobre qué hacer en una determinada

⁶² KING y MARTES, 2023: 7; BUNGE, 1983: Cap. X

⁶³ ROSENBERG, 1992: 60, 68-70.

⁶⁴ Véanse, por todos, GOMETZ, 2012, ÁVILA, 2016.

⁶⁵ Sobre este punto ver lo señalado en la subsección 3.1.3.

situación. En atención a ello, cabe determinar si las normas de *soft law* son útiles o no para aumentar el grado de probabilidad de nuestras predicciones y, de esta forma, planificar nuestras vidas de mejor manera. En específico, si su presencia o ausencia incide (por lo menos), en: i) cómo los aplicadores del derecho resuelven casos individuales; ii) cómo los legisladores cambian (o no) la legislación vigente; y/o iii) en la manera en que las diferentes dogmáticas, de una determinada comunidad, entienden cómo es y debe ser el sistema jurídico de referencia.

En primer lugar, la función constitutiva de las normas de *soft law* es apta para aumentar los medios informativos disponibles sobre qué propiedades son consideradas relevantes por un determinado conjunto de autoridades. Dependiendo del objeto de la predicción, la calidad de la información será mayor o menor. Por ejemplo, si nuestro objeto son las prácticas argumentativas, los productos de la función constitutiva será la constitución de nuevas razones y/o aspectos relevantes que son susceptibles de cambiar nuestras prácticas argumentativas.

En segundo lugar, la función experimental (tanto a nivel normativo como fáctico) y la función prescriptiva de las normas de *soft law*, ofrecen oportunidades para identificar posibles consecuencias de ciertas prescripciones, reduciendo los costos (jurídicos y políticos) en caso de sea necesario apartarse de ellas o derogarlas⁶⁶. Estas funciones, como hemos visto, evidencian una las principales razones por las cuales se adoptan este tipo de normas: son formas de administrar la indeterminación generada por la imprevisibilidad del futuro.

Como tal, las normas de *soft law* explicitan cursos posibles de acción que tomaran ciertas autoridades. Si bien ellas no son exigibles bajo coerción, si son informativas de qué, posiblemente, harán y qué estados de cosas serán considerados valiosos.

En cuanto al tipo de predicción para los cuales es útil, ello está estrechamente vinculado con el grado de cumplimiento que posea en una determinada práctica jurídica. En términos generales todas son útiles para formular predicciones genéricas de futuros posibles de cómo el *hard law* (internacional y nacional) cambiará, de cómo el creador del *soft law* se podrá comportar en el futuro, y de cómo los destinatarios de las normas de *soft law* podrían actuar. Sean estas predicciones de cumplimiento o incumplimiento de las normas de *soft law*.

Sobre este punto cabe insistir que estas normas están condicionadas a las contingencias de cada contexto. En efecto, la falta de mecanismos institucionales coercitivos que motiven el cumplimiento de las normas de *soft law* genera indeterminación respecto de si las mismas serán o no eficaces, lo cual genera incentivos para actuar conforme a lo que

⁶⁶ ABBOTT y SNIDAL, 2000: 435.

consideremos, en el momento, sea de mayor interés (esto es, caen en el dilema del prisionero sin tener mecanismos institucionales que permitan evitarlo o resolverlo).

Esto supone que la utilidad de las normas de *soft law* para formular predicciones específicas será particularmente alta si los medios para dotarles de cumplimiento son exitosos⁶⁷. Este punto revela un rasgo compartido con las normas de *hard law*: la predictibilidad de su cumplimiento (ergo, su relevancia práctica), no depende de su estructura ni de sus relaciones con otras normas, sino de los medios empleados para que los destinatarios adecuen sus acciones a la prescripción.

En atención a lo señalado, las normas de *soft law* no suponen, por sí mismas, una afectación a la previsibilidad del derecho. Caso contrario, son normas susceptibles de aumentar su grado. Una norma de *soft law* que no es cumplida no genera imprevisibilidad del derecho. Ellas no aportan mayor indeterminación de la que ya existente en los sistemas normativos. En cambio, una norma de *soft law* que suele ser cumplida permite mejorar la calidad de información para formular, por lo menos, predicciones genéricas.

3.2. Controlabilidad

Para los autores que adoptan un sentido controlabilista de la seguridad jurídica, la entienden como una noción que alude, por un lado, a la corrección de la justificación externa de la argumentación empleada para tomar una decisión jurisdiccional o legislativa y, por otro lado, a la aceptabilidad axiológica de la decisión formulada⁶⁸. Para lograr esto, se establecen sistemas normativos que evalúan la coherencia de una práctica jurídica con un conjunto de principios.

De manera más precisa, una práctica jurídica (jurisdiccional, legislativa y/o administrativa) ofrecerá seguridad jurídica si, por lo menos, cumple con estas dos exigencias: i) los procesos de toma de decisiones son tomados conforme a un procedimiento diseñado por un conjunto de valores formales⁶⁹; y ii) las decisiones que califican jurídicamente los actos son axiológicamente aceptables, esto es, son coherentes con ciertos valores sustantivos⁷⁰. Esto supone que las evaluaciones descriptivas acerca del nivel de satisfacción con la seguridad jurídica se llevan a cabo retrospectivamente, es decir, después de que se haya tomado una deter-

⁶⁷ Sobre este punto es evidente en casos de normas de *soft law* que cumplen una función prescriptiva con vocación atemporal y sobre las cuales operan medios exitosos para fomentar su cumplimiento.

⁶⁸ PINO, 2018: 522 y ss. FARALLI, 2003: 78. GIANFORMAGGIO, 1990: 406

⁶⁹ HABERMAS, 1998: 169 y ss.

⁷⁰ AARNIO, 2008: 81, PECEZNICK, 2008: 25.

minada decisión jurídica. Por otro lado, las evaluaciones prescriptivas se enfocan principalmente (pero no exclusivamente), en cómo un operador jurídico debería fundamentar su razonamiento, esto es, con qué principios o valores deberían mantener coherencia en las decisiones jurídicas y qué normas se deben emplear para llevar a cabo tales valoraciones. Ahora bien, ¿las normas de *soft law* ofrecen controlabilidad? ¿La controlabilidad es una razón, a favor o en contra, para usar normas de *soft law*?

Un programa de estudio controlabilista tomaría como enfoque determinar si las normas de *soft law* ofrecen razones sustantivas relevantes en los procesos de toma de decisiones jurídicas. En extrema síntesis, bajo un modelo de razonamiento deductivo una conclusión estará justificada si es derivación de las premisas seleccionadas como relevantes. En el caso de las decisiones jurídicas una premisa relevante quiere decir que es aplicable, esto es, que los aplicadores del derecho tienen el deber de utilizarla. En este punto, ¿las normas de *soft law* son premisas necesarias dentro de los razonamientos de toma de decisiones jurídicas? ¿Cada vez que tengamos una decisión justificada estará, también, presente dentro de las premisas evaluadas la norma de *soft law* que regula la materia? Por supuesto que no.

Conforme a lo señalado en líneas anteriores, el uso o no uso de las normas de *soft law* no está asociado a consecuencias jurídicas: no genera sanciones ni nulidades. Como tal, entre las múltiples razones para su uso cabe destacar que las normas de *soft law* pueden servir aumentar la fuerza argumentativa de las razones que justifiquen la selección de una determinada premisa normativa. De igual forma, los medios usados para dotar de cumplimiento a las normas de *soft law* no suponen, necesariamente, un esfuerzo orientado a que se use dichas normas como premisas normativas: únicamente suponen que el estado de cosas producido no sea incompatible con el estado de cosas requerido por las normas de *soft law*.

Ahora bien, como se ha señalado, las normas de *soft law* (en su función constitutiva, experimental y prescriptiva), sirven para introducir o bien nuevas propiedades relevantes a ser consideradas en los procesos de toma de decisiones, o bien hipótesis de relevancia (qué nuevas propiedades deberían ser consideradas relevantes) a ser evaluadas por las autoridades competentes para crear derecho. Ello supone que, si bien las normas de *soft law* no son normas aplicables, ellas pueden introducir nuevas definiciones, reglas y principios que pueden variar la forma de identificar normas aplicables.

Como hemos visto, las normas de *soft law* pueden servir para que sus destinatarios: i) conozcan y acepten nuevos principios⁷¹; ii) rati-

⁷¹ En este escenario las normas de *soft law*, en algunos casos pueden estar ofreciendo, en términos de Callard, razones prolépticas. Un agente público que adopta una norma de *soft law*

fiquen y expresen (de manera más clara) los principios que ya habían adoptado; o iii) para identificar, claramente, el conjunto de principios que se comprometen a rechazar. En tal sentido, son normas útiles para construir, de mejor manera, argumentaciones a favor o en contra de una determinada interpretación o creación de derecho. Un ejemplo de ello es la Declaración de la Asamblea General sobre la Eliminación de todas las Formas de Violencia contra la Mujer de la ONU de 1993. Este instrumento de *soft law* y sus posteriores interpretaciones formuladas (especialmente, pero no únicamente), por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer supuso una transformación de cómo entender las condiciones de aplicación de diversos de derecho y que los Estados asuman (y que la comunidad internacional entienda que se debe asumir) normas prescriptivas que ordenan alcanzar determinados estados de cosas. Si los destinatarios de estas normas de *soft law* las aceptan y se comprometen a cumplirlas (tanto sus normas constitutivas como prescriptivas), ello conlleva que la forma de identificar normas (en sede internacional y nacional) pueda cambiar.

Ahora, ¿las normas de *soft law* son útiles o no para construir consensos generalizados sobre qué actos o estados de cosas son axiológicamente aceptables? Al respecto, dichas normas (especialmente con su función experimental y prescriptivas) permiten la introducción y discusión de nuevos valores dentro de una comunidad. Como tal, no son suficientes por sí mismas para generar consensos o criterios de corrección axiológico en sus destinatarios, pero sí son útiles para ofrecer argumentos a favor o en contra de una determinada concepción.

4. CONCLUSIONES

Con el presente artículo he llegado a las siguientes conclusiones:

En primer lugar, hemos visto que *soft law* es una expresión ambigua, pues se emplea, habitualmente, para referir a una estrategia de regulación de la conducta compuesta por instrumentos de *soft law*, normas de *soft law* y medios (institucionales y no institucionales) para dar cumplimiento a las normas de *soft law*.

En segundo lugar, hemos visto que las normas de *soft law* son interpretaciones adscritas a instrumentos (de *soft law* o de *hard law*) que se caracterizan por carecer de un conjunto de relaciones con otras normas jurídicas. Ello supone, principalmente (pero no únicamen-

que incorpora un nuevo conjunto de valores y principios a ser adoptados en la ética pública. Si dicha modificación supone una transformación a largo plazo, ello supondrá valorar dos aspectos del Estado: cómo es hoy y una representación de cómo es el Estado que aspira convertirse en el futuro. Las razones prolepticas aluden a la combinación de ambos elementos. Al respecto, véase CALLARD, 2016.

te), que su incumplimiento no está asociado con sanciones ni con nulidades.

En tercer lugar, la seguridad jurídica es una razón para adoptar normas de *soft law*. Por un lado, si los medios empleados para generar su cumplimiento son exitosos ello supondrá que son útiles para formular predicciones (por lo menos genéricas) con mayor grado de probabilidad de éxito. Por el otro lado, son normas útiles para justificar, de mejor manera, las premisas de un razonamiento y las posturas con las que se crean consensos axiológicos sobre qué estados de cosas son aceptables.

En cuarto lugar, la expresión *soft law* (en casos en los que sea usada para expresar normas de *soft law*) requiere de una adecuada traducción en nuestra lengua. Usualmente (pero no únicamente) *soft law* es traducido como derecho flexible, blando o indicativo. Tanto el término en inglés como las diferentes propuestas en castellano son alusivas a un uso metafórico del lenguaje que no ofrece claridad suficiente respecto a qué se está aludiendo. En atención a las precisiones indicadas en el presente artículo, considero que una mejor traducción sería «derecho supletorio». Por un lado, «derecho» alude a que son normas dictadas por una autoridad (no necesariamente pública) que ejerce, por lo menos, un poder de influencia sobre un conjunto de destinatarios. Por el otro lado, «supletorio» permite resaltar dos aspectos: i) los destinatarios pueden contradecir la obligación sin que ello suponga, necesariamente, una consecuencia normativa negativa; y ii) la norma es apta para mejorar la calidad argumentativa de la justificación de una premisa normativa, pero por sí misma no justifica normativamente una acción u omisión.

BIBLIOGRAFÍA

- ABBOTT, K., y SNIDAL, D., 2000: «Hard and Soft Law in International Governance», *International Organization*, 54 (3): 421-456.
- ABBOTT, K., KEOHANE, R., MORAVCSIK, A., SLAUGHTER, A. y SNIDAL, D., 2000: «The concept of legalization», *International Organization*, 54 (3): 401-419.
- ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E., 2012: *Sistemas normativos, Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas* (2ª edición). Buenos Aires: Astrea.
- AARNIO, A., 2008: *Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre Filosofía del Derecho*. México: Fontamara.
- Asamblea General de la ONU, 2019, Resolución A/74/335 de la Asamblea General. Disponible en: https://digitallibrary.un.org/files/A_74_335-ES
- ÁVILA, H., 2016: *Certainty in law*. Dordrecht: Springer.
- BAXTER, R., 1980: «International Law in 'Her Infinite Variety'», *The International and Comparative Law Quarterly*, 29 (4): 549-566.
- BLUTMAN, L., 2010: «In the trap of a legal metaphor: international soft law», *International and Comparative Law Quarterly*, 59: 605-624.
- BRUNET, P., 2019: *Para un análisis del discurso jurídico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BUNGE, M., 1983: *La investigación científica. Su estrategia y filosofía*. Bar-

- celona: Ariel.
- CALLARD, A., 2016: «Proleptic reasons», en SHAFER-LANDAU, R. (Ed.), *Oxford Studies in Metaethics Volume 11*. Oxford: OUP, pp. 129-135.
- CASSEL, D., 2000: «Inter-American Human Rights Law, Soft and Hard», en SHELTON, D. (Ed.), *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*. Oxford: OUP, pp. 393-417.
- CERONE, J., 2016: «A Taxonomy of Soft Law Stipulating a Definition», en LAGOUTTE, S., GAMMELTOFT-HANSEN, y T., CERONE, J. (Eds.), *Tracing the roles of soft law in human rights*. Oxford: OUP, pp. 15-26.
- CHINKIN, M., 1989: «The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law», *The International and Comparative Law Quarterly*, 38 (4): 850-866.
- CHINKIN, M., 2000: «Normative Development in the International Legal System», en SHELTON, D. (Ed.), *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*. Oxford: OUP, pp. 21-42.
- CINI, M., 2000: «From soft law to hard law? Discretion and Rule-making in the commission's state aid regime», *Florenzia: Working Papers of the Robert Schuman Centre for Advanced Studies-European University Institute*.
- CONSEIL D'ÉTAT, 2013: *Le droit souple*. Disponible en: <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/etudes/le-droit-souple#anchor1>
- D'AMATO, A., 2009: «Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials: A Reply to Jean d'Aspremont», *European Journal of International Law*, 20 (3): 897-910.
- DRUZIN, B., 2016: «Why does Soft Law Have any Power Anyway?», *Asian Journal of International Law*, 7(2): 1-18.
- DUPUY, P. 1990: «Soft Law and the International Law of the Environment», *Michigan Journal of International Law*, 12 (2): 420-435.
- ELLIS, J., 2012: «Shades of Grey: Soft Law and the Validity of Public International Law», *Leiden Journal of International Law*, 25 (2): 313-334.
- ESCODERO, R., 2012: *El concepto de soft law*, en: MORESO, J., y MARTÍ, J. (Eds.), *Contribuciones a la filosofía del derecho: Imperia en Barcelona 2010*. Madrid: Marcial Pons, pp. 127-148.
- FARALLI, C., 2003: «¿Certeza del derecho o "derecho a la certeza"?», *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, 4: 89-104.
- GARCÍA YZAGUIRRE, V., 2023a: «Non-Application and Justified Violation of Norms. A Proposal for the Study of Defeasibility in the Theory of Law», *Analisi e diritto*, 2023 (2): 153-185.
- 2023b: «Aproximaciones a la seguridad jurídica. Una propuesta de reconstrucción», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 50: 20-56.
- en prensa: «Seguridad jurídica y predictibilidad. Una propuesta de reconstrucción», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*.
- GIANFORMAGGIO, L., 1990: «Legal Certainty, Coherence and Consensus: Variations on a Theme by MacCormick», en NERHOT, P. (Ed.), *Law, interpretation and reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*. Cham: Springer, pp. 402-430.
- GOLDMANN, M., 2008: «Inside Relative Normativity: From Sources to Standard Instruments for the Exercise of International Public Authority», *German Law Review*, 9 (11): 1865-1908.
- GOMETZ, G., 2012: *La certeza jurídica como previsibilidad*. Madrid: Marcial

Pons.

- GRNCHALLA-WESIERSKI, T., 1984: «A Framework for Understanding ‘Soft Law’», *McGill Law Journal*, 30: 37-88.
- GUASTINI, R., 2014: *Interpretar y argumentar*. Madrid: CEPC.
- GUASTINI, R., 2011: «Disposición vs. Norma», en POZZOLO, S. y ESCUDERO, R. (Eds.), *Disposición vs. Norma*. Lima: Palestra, pp. 133-156.
- GUZMAN, A., y MEYER, T., 2010: «International soft law», *The Journal of Legal Analysis*, 2 (1): 1-45.
- HABERMAS, J., 1998: *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta.
- HIERRO, L., 2003: *La eficacia de las normas jurídicas*. Barcelona: Ariel.
- KING, O., y MARTES, M., 2023: «Selffulfilling Prophecy in Practical and Automated Prediction», *Ethical Theory and Moral Practice*, 7: 1-26.
- KRÖGER, S., 2007: «The End of Democracy as We Know it? The Legitimacy Deficits of Bureaucratic Social Policy Governance», *Journal of European Integration*, 29 (5): 565-582.
- LAPORTA, F., 2014: «Gobernanza y soft law: nuevos perfiles jurídicos de la sociedad internacional», en RUIZ MIGUE, A. (Dir.), *Entre Estado y Cosmópolis: Derecho y justicia en un mundo global*. Madrid: Trotta, pp. 41-81.
- LUZZATI, C., 2017: «Ancora sulla certezza», *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 23: 1-19.
- MANNING, J. 2004: «Nonlegislative Rules», *The George Washington Law Review*, 72: 893-945.
- MEYER, T., 2008: «Soft Law As Delegation», *Fordham International Law Journal*, 32 (3): 888-942.
- NAVARRO, P., 2020: «Lagunas en el Derecho y casos irrelevantes», *Doxa. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 43: 159-187.
- NÚÑEZ VAQUERO, A., 2022: *Precedentes: una aproximación analítica*. Madrid: Marcial Pons.
- PECZENIK, A., 2008: *On law and reason*. Cham: Springer.
- PETERS, A., y PAGOTTO, I., 2006: «Soft Law as a New Mode of Governance: A Legal Perspective», *NEWGOV: New Modes of Governance*. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1668531>
- PINO, G., 2018: «La certezza del diritto e lo Stato costituzionale», *Diritto pubblico*, 2: 517-544.
- POSNER, E., y GERSEN, J., 2008: «Soft law», *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper*, 213: 2-50.
- PRONTO, A. 2015: «Understanding the Hard/Soft Distinction in International Law», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 48 (4): 941-956.
- ROSENBERG, A., 1992: *Economics. Mathematical politics or science of diminishing returns?*. Chicago: The University of Chicago Press.
- SENDEN, L. 2004: *Soft Law in European Community Law*. Portland: Hart Publishing.
- SNYDER, F., 1994: «Soft Law and Institutional Practice in the European Community», en MARTIN, S. (Ed.) *The Construction of Europe: Essays in honour of Emile Noël*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, pp. 197-225.
- SHAFFER, G., POLLACK, M., 2010: «Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance». *Minnesota Law Review*, 94: 712-799.
- SHELTON, D. 2009: «Soft law», en ARMSTRONG, D. (Ed.), *Routledge Handbook*

- of International Law*, Nueva York: Routledge, pp. 68-80.
- SHELTON, D. 2000: «Introduction: Law, Non-Law and the problem of “Soft Law”», en SHELTON D. (Ed.), *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford: OUP, pp. 1-20.
- STEFAN, O., 2016: «Soft Law and the Enforcement of EU Law», en JAKAB, A., y KOCHENOV, D. (Eds.), *The enforcement of EU law and values*, Oxford: OUP, pp. 200-217.
- STEFAN, O., AVBELJ, M., ELIANTONIO, M., HARTLAPP, M., KORKEA-AHO, E., y RUBIO, N., 2019, «EU Soft Law in the EU Legal Order: A Literature Review», Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3346629>
- TERPAN, F. 2015: «Soft Law in the European Union—The Changing Nature of EU Law», *European Law Journal*, 21 (1): 68-96.
- TRUBEK, D., COTTRELL, P., y NANCE, M., 2005: «“Soft law”, “Hard Law”, and European Integration: Toward a Theory of Hybridity». Disponible en: https://media.law.wisc.edu/s/c_8/zy5nj/hybriditypaperapril2005.pdf
- WEISS BROWN, E., 2000: «Conclusions: Understanding compliance with soft law», en SHELTON, D. (Ed.), *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford: OUP, pp. 535-553.