

# INTRODUCCIÓN

## RECONSTRUCCIONES DEL *SOFT LAW*

El presente volumen constituye un intento, a múltiples voces, por aclarar el estatus del *soft law*, su funcionamiento y su incidencia en nuestros ordenamientos jurídicos. Los trabajos de este volumen se enmarcan en el proyecto de investigación *Nuevas formas de creación y aplicación del Derecho* financiado por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia a través de la convocatoria de Ayudas a proyectos para el desarrollo de la investigación científica y técnica por grupos competitivos, incluida en Programa Regional de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Plan de Actuación 2002) de la Fundación Séneca, Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia.

El trabajo del profesor Iniesta parte de la constatación de las dificultades para definir el término «*soft law*», así como de la enorme heterogeneidad de documentos que suelen ser calificados como tales. Para tratar de arrojar luz sobre el significado de dicha expresión, el profesor Iniesta comienza constatando dos hechos: en primer lugar, la expresión es empleada para hacer referencia a documentos que pretenden dirigir el comportamiento; en segundo lugar, se trata de documentos que, por necesidad o por elección, no imponen un tipo de comportamiento. Aborda luego la cuestión acerca de si el *soft law* está o no compuesto por normas, comenzando por aclarar qué son las normas y en qué sentido serían normas aquellas de *soft law*. El siguiente apartado lo dedica a perfilar en qué sentido el *soft law* carecería de fuerza vinculante, las causas de dicha carencia y las consecuencias resultantes de ello. El penúltimo apartado está dedicado a analizar los efectos jurídicos del *soft law*. Finalmente, plantea algunas cuestiones —tales como si el *soft law*

es o no derecho o sobre su real eficacia— para las que ofrece algunas respuestas «blandas».

El trabajo del profesor Diego Papayannis parte constatando una enorme heterogeneidad de conceptos y entidades de las que afirmar que se trata de *soft law*. Sin embargo, no todas estas aproximaciones son plausibles, debiendo descartarse aquellas que confunden el derecho con este fenómeno extra-jurídico, que debe ser reconstruido como un conjunto de normas no válidamente producidas por ningún ordenamiento jurídico. El autor introduce además la distinción entre normas de *soft law* y recomendaciones jurídicas, sosteniendo que ambas no deben ser asimiladas, y que las segundas tienen un mayor peso en la justificación de las posibles decisiones judiciales. Posteriormente, Papayannis deslinda los fenómenos del *soft law* respecto de la jurisprudencia y la dogmática jurídica. Finalmente, presenta —mediante un análisis económico del derecho— la racionalidad de que el legislador promueva la autorregulación, tomando como caso de estudio los protocolos médicos.

El objetivo del profesor Víctor García Yzaguirre es, partiendo de un análisis de los diferentes conceptos, propiedades y funciones que se atribuyen al *soft law*, establecer si aquel supone una amenaza o no para la seguridad jurídica. En tal sentido, caracteriza las normas de *soft law* como normas con capacidad de influencia y que pueden activar tanto deberes ulteriores como cargas de argumentación. Empleando la noción de instrumento de *soft law*, distingue entre métodos de producción determinados e indeterminados, dependiendo de la normativa para su creación. A dicha caracterización incorpora los rasgos de falta de vinculatoriedad y ausencia de medios coercitivos. Una vez establecidas las diferentes funciones que puede cumplir el *soft law*, pasa a reconstruir dos sentidos de seguridad jurídica: como previsibilidad y como controlabilidad. En contra de lo que pudiera parecer, la presencia del *soft law* puede mejorar, en lugar de empeorar, la seguridad jurídica en ambos sentidos.

## MIRANDO EL *SOFT LAW* A TRAVÉS DEL ESPEJO

El trabajo del profesor Rafael Escudero parte de la premisa de la revisión de un trabajo suyo de 2012. Comenzando con una reconstrucción crítica, Escudero justifica un cambio de aproximación respecto de su trabajo anterior: en aquella ocasión su perspectiva se centraba en la consideración del *soft law* como mecanismo alternativo de regulación del comportamiento, más flexible tanto en su elaboración como en las consecuencias de su no seguimiento. En esta ocasión Escudero da muestra de cómo los mecanismos de *soft law* pueden tener importantes efectos en la conformación del comportamiento. Para ello se sirve

especialmente del análisis de la autorregulación en el mercado de la publicidad en España. Es más, llega a mostrar cómo en algunos ámbitos la promoción y la autolimitación de los poderes públicos en favor de la autoregulación, llega incluso a establecer una jerarquía de las normas producto de la autorregulación frente a la estatal.

El trabajo de la profesora Lorena Ramírez Ludeña establece un paralelismo entre precedentes no vinculantes y *soft law*. Para someter a escrutinio dicho paralelismo analiza tres cuestiones clave en relación con los precedentes interpretativos. En primer lugar, si, y en qué sentido, los jueces crean derecho. En segundo lugar, si precedentes y *soft law* pueden ser, y en qué sentido, considerados como vinculantes. En tercer lugar, si los precedentes interpretativos y *soft law* pueden ser considerados como fuentes supletorias del derecho. En la última parte de su trabajo, la autora analiza las similitudes entre *soft law* y precedentes interpretativos desde el punto de vista de la deliberación. Pese a que las reconstrucciones más habituales tienden a presentar al *soft law* como un contexto ideal para la deliberación de los sujetos afectados por aquel, y a los precedentes como supresores de la deliberación, Ramírez Ludeña explora cómo determinados diseños institucionales favorecen el diálogo racional.

El trabajo del profesor Álvaro Núñez Vaquero aborda la cuestión del *soft law* desde una perspectiva institucional, cuestionando la idea común de que el *soft law* se diferencia fundamentalmente del *hard law* por su falta de coercibilidad. Propone que la clave para entender el *soft law* no reside solo en su no vinculatoriedad, sino en su grado de institucionalización, lo cual lo acerca al *hard law*. A través del análisis de las teorías de Kelsen, Hart y Raz, se examina cómo la creación de normas y la aplicación de sanciones por órganos especializados son elementos cruciales que permiten medir la institucionalización tanto del *hard* como del *soft law*. A partir de esta base teórica, se desarrolla una aproximación gradual a la institucionalización, teniendo en cuenta diferentes factores tales como la profesionalización de los sujetos que dictan *soft law*, la existencia de estudios específicos o su capacidad de generar efectos jurídicos, entre otros. A pesar de su falta de coerción directa, debe entenderse como un fenómeno jurídico institucionalizado que posee un impacto significativo en los ordenamientos jurídicos modernos.

## **SOFT LAW POSITIVO**

El trabajo de Juan Jorge Piernas López parte mostrando la importancia del fenómeno del *soft law* en el ámbito del derecho europeo, haciendo especial referencia al derecho de las ayudas de estado. De hecho, la propia Comisión Europea, a través de una Comunicación, definió el concepto de ayuda de estado, pese a que —como luego

certificaría el TJUE— carecía de las competencias para hacerlo. Sin embargo, el papel del *soft law* en este ámbito va mucho más allá de la simple definición. Además de haber servido como instrumento para que la Comisión resistiese frente a las presiones de los estados miembros para aprobar determinadas ayudas, el *soft law* ha jugado un papel importantísimo en el marco de las diferentes crisis económicas de principios del siglo XXI. Mediante la creación de marcos especiales a través de instrumentos de *soft law*, la Comisión ha incrementado notablemente su poder de decisión mediante instrumentos de carácter general que le han permitido formular una regulación al margen de las fuentes formales que juega actualmente un papel determinante en la autorización de las ayudas de estado.

El trabajo de la profesora María José Cervell Hortal aborda el desarrollo y relevancia del *soft law* en el derecho Internacional, destacando su papel como alternativa flexible a las fuentes normativas tradicionales. En ausencia de un poder legislativo internacional formal, y debido a la necesidad de respuestas rápidas en un mundo globalizado, el *soft law* ha ganado terreno. Se define como normas que, aunque no vinculantes, influyen en las relaciones internacionales y en la creación de normas futuras, como en el caso de los derechos humanos y el medio ambiente. Además, se analizan las características y ventajas de estas normas no obligatorias, que son rápidas de elaborar, no requieren ratificación parlamentaria y facilitan acuerdos en áreas como el ciberespacio, donde las normas tradicionales resultan inadecuadas. El texto finaliza reflexionando sobre cómo el *soft law* se ha consolidado como un instrumento de regulación relevante en la dinámica internacional contemporánea.

El trabajo del profesor Hugo Osorio tiene dos objetivos principales. El primero de ellos es establecer el papel que juegan, y las vacilaciones de la doctrina al respecto, los Comentarios al modelo de doble imposición de la OCDE. El segundo de ellos consiste en establecer si dichos comentarios pueden ser enmarcados dentro del *soft law*, alguna otra categoría ya disponible, o si por el contrario resulta necesario acuñar una nueva categoría para su comprensión. Una vez expuesto el papel del modelo de doble tributación, analiza cómo los comentarios tienen una grandísima aplicación en la práctica, incluso de manera retroactiva a convenios firmados bajo modelos de tratado de doble imposición previos y diferentes. A continuación, se somete a escrutinio las diferentes reconstrucciones que de los Comentarios ha ofrecido la dogmática tributarista (como herramientas interpretativas; recomendaciones de *soft law*; e incluso instrumentos vinculantes) y se comparan con las posiciones adoptadas por los tribunales españoles y colombianos. Se concluye afirmando que, debido a las presiones existentes para su cumplimiento, así como su precisión, los comentarios no parecen encajar en las conceptualizaciones del *soft law*.