

SOFT LAW: ASPECTOS TEÓRICOS
Y PROBLEMAS PRÁCTICOS

Juan José Iniesta Delgado

Álvaro Núñez Vaquero (eds.)

ISBN: 978-84-1381-930-3

Madrid, 2025

pp. 61-99

DOI: 10.37417/soft-law/02

Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

BREVES NOTAS SOBRE EL *SOFT LAW*, SU PAPEL EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO Y LA RACIONALIDAD DE SU EXPANSIÓN

Diego M. PAPAYANNIS*

Universidad de Girona

SUMARIO: 1. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A LAS NOTAS DISTINTIVAS DEL *SOFT LAW*.— 2. *SOFT LAW* Y LA FUERZA LATENTE DEL DERECHO NO RESPALDADO POR SANCIONES.— 3. RECOMENDACIONES JURÍDICAS Y *SOFT LAW*.— 4. NORMAS JURÍDICAS NO VINCULANTES, REGLA DE RECONOCIMIENTO Y *SOFT LAW*.— 5. LA INCORPORACIÓN Y LA RECEPCIÓN DEL *SOFT LAW* EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO.— 6. LA PROLIFERACIÓN DEL *SOFT LAW* Y SU RACIONALIDAD LEGISLATIVA.— 7. CONCLUSIONES.— BIBLIOGRAFÍA

1. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A LAS NOTAS DISTINTIVAS DEL *SOFT LAW*

Como se sabe, la noción de *soft law* es bastante escurridiza¹. No se trata tanto de que esté indeterminada, de que esté gravemente afectada

* Profesor Titular de Filosofía del Derecho e Investigador de la Cátedra de Cultura Jurídica, Universidad de Girona. Miembro Senior del BIAP (Barcelona Institute of Analytic Philosophy), Unidad de Excelencia María de Maeztu (CEX2021-001169-M, financiada por MICIU/AEI/10.13039/501100011033). Con apoyo del proyecto PID2020-114765GB-I00, Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades. Agradezco los comentarios de los participantes del workshop «La ¿insoponible? levedad del *soft law*: Mite lex, sed lex?» (Universidad de Murcia, 26 y 27 de octubre de 2023), en el que presenté un primer esquema de estas ideas. Asimismo, me han resultado sumamente útiles las objeciones y sugerencias formuladas por Víctor García Yzaguirre, José Juan Moreso, Álvaro Núñez Vaquero y Lorena Ramírez Ludeña al último borrador de este trabajo.

¹ Coincido con ESCUDERO ALDAY (2012: 131) cuando afirma que el concepto parece una especie de «cajón de sastre». Al menos, así lo trata parte de la literatura.

por un problema de vaguedad, lo que generaría muchos casos dudosos, sino que los juristas parecen tener un desacuerdo fundamental sobre el fenómeno del cual debe darse cuenta bajo esa denominación y sus características. Por supuesto, también hay algunas coincidencias, sin las cuales sería imposible comenzar y mantener un debate racional en torno al *soft law*.

Una idea muy reiterada es que se trata de guías, recomendaciones, consejos, exhortaciones, planes, programas de actuación o aspiraciones que pretenden orientar la conducta de los Estados o de los particulares *sin imponer obligaciones*². En este sentido, se suele señalar que el *soft law* se mueve en el plano de la persuasión³. Más allá de que haya cierto consenso en caracterizar el *soft law* como un conjunto de recomendaciones, esta asociación no parece del todo correcta. En muchos casos, se trata de formulaciones normativas con contenido prescriptivo, es decir, incluyen deberes y prohibiciones muy concretas. Piénsese, por ejemplo, en los Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL). El art. 1:101(1) es muy claro en este sentido: «La persona a quien se pueda imputar jurídicamente el daño sufrido por otra está obligada a repararlo». En realidad, todo el articulado de los PETL y de otros instrumentos armonizadores observan estrictamente la forma de la legislación. Si estos documentos pueden ser considerados parte del *soft law* europeo, esto significa que los instrumentos de *soft law* asimilan en no pocas ocasiones la morfología propia de la técnica de regulación jurídica, incluyendo enunciados prescriptivos, aunque el instrumento carece *per se* de fuerza vinculante —sugeriré luego— dada su falta de pedigrí jurídico.

Pese a su carácter no vinculante, es un hecho notorio que las normas de *soft law* tienen una particular influencia en la jurisprudencia, sobre todo al momento de colmar lagunas, interpretar otras disposiciones del sistema o definir conceptos jurídicos. Entre los instrumentos de *soft law* más citados en la jurisprudencia española se encuentran los Principios de derecho contractual europeo (PECL), el borrador de Marco común de referencia (DCFR), los PETL recién mencionados y los Principios de los contratos comerciales internacionales elaborados por UNIDROIT⁴.

Podría negarse que estos documentos, algunos de ellos provenientes del ámbito académico, sean *soft law*. En efecto, hay autores que afirman que el *soft law* siempre tiene su origen en una decisión de una autoridad pública con competencia para dictar normas de *hard law*, pero por diversas razones decide utilizar instrumentos de *soft law*; a veces, porque

² Aunque la idea de que el *soft law* no impone obligaciones está bastante difundida, no todos los autores coinciden en este punto. LAPORTA (2014: 74), por ejemplo, sostiene que el *soft law* es un «vehículo de deberes», aunque sea no vinculante.

³ Véase DE MELO CARTAXO, 2016: 19-20.

⁴ Véase VAQUER ALOY, 2013: 94-95 y 112.

ello se ajusta mejor a sus preferencias ideológicas, en tanto el *soft law* es un medio menos intrusivo de motivación de conducta; otras veces, por razones pragmáticas, cuando la amenaza de coacción se muestra poco eficaz para lograr que los ciudadanos se comporten de modo consistente con los objetivos de política pública. Se apuesta así por técnicas de motivación persuasivas antes que por la disuasión directa de las normas imperativas respaldadas por sanciones. Pero la autoridad también puede echar mano del *soft law* cuando el objeto de regulación escapa a sus competencias específicas. En todos los casos, se emite un conjunto de pautas o directrices no vinculantes con la expectativa de que sean adoptadas voluntariamente y de ese modo se altere el patrón de comportamiento de los ciudadanos⁵.

Para otros autores, más interesados en el derecho privado y el comercio internacional, el *soft law* se genera no solo en paralelo al derecho⁶, sino también al margen de las autoridades públicas. Es decir, se desarrolla por agentes no oficiales, como una alternativa a la regulación jurídica, aunque estrechamente vinculada con ella⁷. La autorregulación es muy frecuente en el comercio nacional e internacional, en tanto los entendimientos y arreglos a los que llegan los participantes de la práctica suelen evitar algunas ineficiencias de la regulación jurídica. En esa autorregulación se incluyen costumbres y modos de hacer que marcan una referencia sobre las pautas de comportamiento esperables y, en ciertas ocasiones, entran en el razonamiento jurídico de un modo especial, tal como se mostrará en el apartado 5.

Una tercera opción es entender que el *soft law* puede tener su origen en autoridades públicas y también en agentes privados o particulares⁸. Yo me decanto por esta visión amplia del *soft law*, porque creo que rinde los mejores resultados explicativos al no descartar el discurso de los juristas preocupados por el derecho privado (o internacional privado) como si fuese una mera confusión conceptual⁹. En mi opinión, hay normas de *soft law* de diverso origen y esto se refleja en la literatura¹⁰.

No obstante, la etiqueta «*soft law*» puede llevar a confusión. El adjetivo «*soft*» apunta a que se trata de un derecho blando, que no está respaldado por mecanismos coercitivos. Pero también puede entenderse que es *cuasi-derecho*¹¹. De acuerdo con esta segunda concepción, el *soft law* no tiene carácter jurídico, aunque el «quasi» sugiere que

⁵ Véase GERSEN y POSNER, 2008: 576-577; ESCUDERO ALDAY, 2012: 142.

⁶ Véase SENDEN, 2004: 120.

⁷ Véase PULIDO RIVEROS, 2018: 238 y ss.

⁸ SNYDER, 2023: 11.

⁹ Algunos autores, como LAPORTA (2014: 66), sin considerar que hablar de *soft law* de derecho interno sea una confusión conceptual, confinan su análisis a las reglas del derecho internacional, pues no tienen claro que pueda hablarse del mismo fenómeno en el derecho interno.

¹⁰ Véase, entre muchos otros, PULIDO RIVEROS, 2018: 226 y ss.

¹¹ DRUZIN, 2017: 361.

está cerca de serlo. Se trataría de *estándares extrajurídicos* y esto es compatible con incluir dentro del *soft law* todos aquellos instrumentos mencionados más arriba que no satisfacen los criterios de validez del sistema. La cuestión teórica relevante sería determinar por qué el *soft law* está cerca de ser derecho.

Por otra parte, la primera concepción, esto es, que se trata de un derecho de tipo especial, sin respaldo coercitivo, parece desencaminada: es difícil encontrar un ejemplo de sistema jurídico que respalde la totalidad de sus normas con mecanismos coercitivos. Por lo tanto, si «*soft law*» refiriese simplemente a aquellas normas jurídicas no respaldadas por sanciones, no estaríamos ante un fenómeno novedoso en absoluto. Dicho esto, la ausencia de coerción sería una mala razón para acuñar un término nuevo como «*soft law*». Más grave aún sería que el *soft law* se asocie, como hace una parte importante de la literatura, con pautas no vinculantes o no imperativas. Que una norma no esté respaldada por mecanismos coercitivos no implica que no sea vinculante o que no establezca obligaciones. Como explicaré en el párrafo subsiguiente, no todas las normas jurídicas son imperativas, ni todas las normas imperativas están respaldadas por la coerción estatal. Existen normas constitutivas, como las que precisan las condiciones de validez de un contrato, o definiciones legales, como que la mayoría de edad se alcanza a los dieciocho años, o normas permisivas, que son vinculantes pero que no tiene demasiado sentido analizar en términos de coercitividad. Son vinculantes, así como entenderé la noción, en la medida en que no pueden ser excluidas sin más del razonamiento jurídico¹².

Es evidente, entonces, que hay un aspecto central en el debate que comporta alguna confusión en la literatura. Tal como se plantea la cuestión, el contraste entre el derecho y el *soft law* se traza asociando el derecho con los deberes, lo vinculante, lo imperativo, lo coactivo; en cambio el *soft law* se asocia con las recomendaciones o consejos, lo no vinculante, lo voluntario, lo persuasivo. Pues estas asociaciones no son del todo precisas. El derecho también incluye recomendaciones, normas no vinculantes, normas de deber no respaldadas por coerción que apuntan a persuadir y convencer más que a imponer. En este trabajo ahondaré en estas percepciones erradas del fenómeno jurídico y el *soft law* para luego comparar cómo funcionan los estándares jurídicos y los extrajurídicos en el razonamiento práctico de las autoridades públicas.

El problema conceptual al que lleva la caracterización del *soft law* como parte de lo jurídico es doble: serían *soft law* todas las normas jurídicas sin sanción o las que carecen de exigibilidad coercitiva, algunas de alta jerarquía como se verá luego, y también entrarían en la misma

¹² En términos de BULYGIN (1966: 391), una norma es obligatoria (lo que yo he llamado «vinculante») solo si las autoridades tienen el deber de aplicarla conforme lo dispuesto con otra norma del sistema.

categoría normas que ni siquiera satisfacen los criterios de validez del sistema. El resultado es un retroceso en la empresa de identificar el derecho y distinguirlo de otros fenómenos normativos. El *soft law*, más allá de su nombre, es mejor concebido como extrajurídico, aunque vinculado con el derecho de una manera que debe explicarse.

Respecto de la existencia de deberes jurídicos sin sanción y, por tanto, sin mecanismos coercitivos que los respalden, HART elaboró un argumento bastante convincente que viene bien repasar aquí¹³. Un deber sin sanción tiene, según el contexto, altas probabilidades de ser ineficaz, pero no siempre. La estación de tren de un pueblo civilizado podría exhibir por ordenanza municipal un cartel que prohíbe fumar, sin establecer ningún mecanismo para reprimir o desalentar a quienes fumen. El cartel expresa una norma cuyo contenido es que está prohibido fumar y puede que sea eficaz si los ciudadanos no la infringen por alguna razón, entre las cuales puede encontrarse que obran por mor del deber. El hecho de que no se contemple ninguna sanción no atenta contra el carácter jurídico de la norma de prohibición. Esto depende de si satisface las condiciones de validez del sistema jurídico. Si la norma fue creada por la autoridad competente siguiendo los procedimientos establecidos para la creación de esta clase de normas, parece innegable el carácter jurídico de la prohibición. La amenaza de sanción y los mecanismos coercitivos son necesarios para los ciudadanos que reniegan del derecho, pero no para aquellos que aceptan de buen grado la regulación respetuosa de los intereses ajenos y del conjunto de la sociedad. En definitiva, no debe perderse de vista que la sanción no hace a la validez de la norma, sino eventualmente a su eficacia¹⁴.

El punto es muy relevante porque si uno concluye que la ausencia de mecanismos coercitivos impide hablar de deberes jurídicos en estos casos, no podría darse cuenta de la diferencia entre que una persona llame la atención a otra que se pone a fumar en la estación, diciéndole, mientras señala el cartel, «disculpe joven, tal vez usted no ha advertido que está prohibido fumar en la estación. Apague el cigarrillo, por favor», y que, en contraste, llame la atención a una joven preguntándole retóricamente «¿no piensa usted que su minifalda es demasiado corta para salir a la calle? Haga el favor de cubrirse un poco». En el primer caso, la existencia de un deber jurídico justifica la crítica que recibe el joven que fuma y a la vez brinda inmunidad a quien critica, ya que no puede ser al mismo tiempo criticado por llamarle la atención. En el segundo caso, la crítica no está protegida del mismo modo. La infracción de una norma jurídica justifica que el Estado implemente mecanismos coercitivos y, si opta por no hacerlo, justifica a quienes de un modo no

¹³ HART, 1994: 34 y ss.

¹⁴ Véase BOBBIO, 2002: 116.

contrario a otras normas elevan la presión social para lograr el cumplimiento¹⁵. Esto no es posible con las meras normas de moral social.

Algo así podría estar ocurriendo en el ámbito del derecho internacional cuando, sobre la base de unas normas de supuesto *soft law*, creadas por órganos competentes, se determina que ciertos Estados no tengan acceso a los mercados financieros hasta tanto no se conformen a ellas. Esa elevación de la presión social está justificada, es decir, no constituye una arbitrariedad contra quienes piensan distinto, si, y solo si, las normas de supuesto *soft law* son en realidad normas jurídicas. De no serlo, la comunidad internacional se estaría comportando como la persona conservadora del ejemplo anterior que recrimina a la joven el uso de minifaldas sin sustento normativo válido. Contingentemente, hasta podría ser ilegal la toma de represalias colectivas sobre la base del incumplimiento de normas que no satisfacen los criterios de validez. Lo más habitual será que las normas en cuestión, como las resoluciones de la Asamblea General de la ONU, aunque no tengan un contenido deóntico obligatorio, hayan sido creadas siguiendo estrictos procedimientos jurídicos. La juridicidad de estas normas está en mi opinión fuera de discusión. Su carácter de recomendación no las convierte automáticamente en *soft law*¹⁶. En el apartado 3 mostraré cuál es el sentido de una recomendación jurídica y su diferencia con los genuinos instrumentos de *soft law*.

Con el mismo instrumental teórico puede analizarse el caso de las cláusulas programáticas que figuran en muchas constituciones. No solo carecen de sanciones y mecanismos coercitivos en general, sino que también suelen ser mayormente ineficaces. Pese a todo, como mostraré, ninguna de estas normas es de *soft law* en el sentido de no ser vinculantes. Lo son solo en el sentido de no estar respaldadas coercitivamente, mas, quisiera reiterar, este no es un rasgo novedoso del derecho contemporáneo que requiera una explicación especial y, por tanto, una nueva etiqueta como «*soft law*». Como sugeriré, estas normas son derecho sin matizaciones o cualificaciones adicionales. Desde HART, la teoría jurídica ha atenuado precisamente la importancia de dos rasgos que se tenían por distintivos del derecho: su carácter imperativo y la presencia de mecanismos coercitivos¹⁷.

¹⁵ Véase HART, 1994: 86-87.

¹⁶ Es curioso que el propio informe de la Relatora Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, presentado de conformidad con lo dispuesto en la resolución 72/180 de la Asamblea General y la resolución 40/16 del Consejo de Derechos Humanos, manifiesta en el punto 13 que el «derecho blando abarca resoluciones de la Asamblea General [...]». Véase A/74/335, 29 de agosto de 2019. Esto solo indica que, a veces, los operadores jurídicos no tienen clara la naturaleza jurídica de sus actos.

¹⁷ Véase RAZ, 1999: 159.

Al adherir a la tesis conceptual de acuerdo con la cual la coerción no es una propiedad necesaria del derecho, tal como ha sostenido RAZ profundizando la línea trazada por HART, no estoy obviando que la coerción es una característica prominente e invariablemente presente en los sistemas jurídicos contemporáneos¹⁸. Lo es, sin duda. Y es muy importante no perderla de vista para comprender bien los éxitos del derecho en la organización de la vida social en comunidades numerosas y heterogéneas, sumidas en las complejidades del mundo moderno¹⁹. Pero también es importante tener presente los límites de la coerción y del derecho en general como técnica de regulación centralizada para advertir las potenciales causas de fracaso de los Estados modernos, la necesidad de recurrir a normas extrajurídicas y, por consiguiente, fomentar la autorregulación controlada jurídicamente.

Esta postura nos enfrenta, entre otros, al problema de explicar por qué, si de estándares extrajurídicos se trata, deberíamos llamarlos «*law*». La categoría parece mal formada. Apelar al carácter persuasivo del *soft law*, a su influencia social, a su potencial transformador a lo largo del tiempo, etcétera, parece confundir aspectos conceptuales sobre qué cuenta como derecho y aspectos sociológicos relativos a la manera en que el poder está distribuido en la sociedad, lo que permite explicar históricamente cómo el derecho llegó a tener el contenido que tiene.

Una tesis como esta parece sostener PASTORE cuando afirma que, pese a no ser vinculante, el *soft law* puede generar «efectos jurídicos y transformase, a través del uso de los órganos competentes, en derecho inmediatamente preceptivo»²⁰. De ahí concluye que el *soft law* es «una fuente del derecho, puesto que de alguna forma se le considera capaz de generar reglas jurídicas»²¹. Sin embargo, hay dos consideraciones teóricas relevantes. La primera es que no debe olvidarse, tal como lo expresa ESCUDERO ALDAY, que «[e]l derecho no es como el rey Midas: no convierte en derecho todo lo que toca»²². Todavía es posible, como sostendré luego, que ese uso del *soft law* por los órganos competentes sea un uso de normas extrajurídicas cuya aplicación esté autorizada (u obligada) por el derecho. Esto implica que un instrumento o norma concreto de *soft law* puede ser vinculante, en el sentido de no poder

¹⁸ Coincido con SCHAUER (2015: 62) en que una buena comprensión del derecho no se limita a estudiar aquellos rasgos que entendemos esenciales, sino que puede resultar esclarecedor indagar también acerca de aquello que sin ser esencial es típico o habitual en el derecho contemporáneo.

¹⁹ Estos rasgos coinciden con lo que SHAPIRO (2011: 170 y ss.) denomina «circunstancias de la legalidad». Aunque SHAPIRO no enfatiza la importancia de la coerción en su relato, mientras más numerosa y heterogénea sea una comunidad, evidentemente, más probable es que la aplicación de sanciones desempeñe una función crucial en el control social.

²⁰ PASTORE, 2014: 76.

²¹ *Ibid.*: 86.

²² ESCUDERO ALDAY, 2012: 141.

ser dejada de lado por los jueces en sus decisiones, si una norma perteneciente al sistema jurídico así lo dispone. La segunda cuestión es que una noción de fuente tan amplia como la empleada por PASTORE es sobreincluyente. No hay duda de que la moral positiva ha tenido una influencia notable en la evolución del derecho²³, pero no por esa razón consideramos que la moral positiva es fuente de derecho. Todavía corresponde distinguir las fuentes del derecho de los hechos, ideas y manifestaciones político-sociales capaces de impulsar el desarrollo legislativo y jurisprudencial. Una noción tan amplia de fuente, pues, resulta teóricamente poco esclarecedora²⁴.

Por lo anterior, la idea que defenderé aquí es que el *soft law* está compuesto por normas que no son válidamente producidas, pero sí pueden ser *aplicables* por remisión de otra norma válida perteneciente al sistema jurídico. Como es conocido, no toda norma jurídicamente aplicable es jurídica, ni pertenece necesariamente al sistema jurídico que la hace aplicable. Tal como señala RAZ, los sistemas jurídicos son sistemas abiertos. Esto significa que sus normas habitualmente confieren fuerza vinculante a otras normas que no pertenecen al sistema, con el fin de facilitar formas diversas de organización social que puedan ser más convenientes, como los arreglos entre particulares²⁵.

También ocurre con frecuencia que el *soft law* no se incorpora en el razonamiento jurídico por tratarse de estándares extrajurídicos aplicables, sino que es receptado por los órganos competentes, como sostiene GARCÍA YZAGUIRRE, con el fin de brindar apoyo a la *justificación externa* de las premisas normativas por ellos creadas²⁶. Esto es suficiente para dar cuenta de que el derecho reconoce el monopolio de la coerción legítima al Estado²⁷, mas no por ello conserva el monopolio de la guía u orientación de la conducta. Muchas prácticas sociales y pautas de comportamiento producidas por agentes privados o autoridades que no

²³ Véase HART, 1963: 1 y ss.

²⁴ PASTORE apunta a la noción de fuente material. Pero aun así la cuestión es problemática. Una cosa es aceptar que caen dentro de la noción de fuente material todos aquellos actos capaces de modificar el ordenamiento, ya sea introduciendo nuevas normas o eliminando o exceptuando alguna de las normas existentes (GUASTINI, 2010: 94 y ss.), lo cual es útil, entre otras cosas, para dar cuenta de las normas vigentes que son introducidas de modo irregular, y otra cosa es incluir como fuente cualquier hecho del mundo que haya tenido un rol causal en la creación del derecho.

²⁵ RAZ, 1979: 119 y ss. Trataré este tema en detalle en el apartado 5. ESCUDERO ALDAY (2012: 134) discrepa en este punto, dado que, en su concepción, cuando de *soft law* se trata, «no existe otra norma que establezca la obligación del juez de tener en cuenta la norma en cuestión». La verdad de esta afirmación, sin embargo, es contingente.

²⁶ Véase el argumento de GARCÍA YZAGUIRRE, en este volumen. La idea de justificación externa de la decisión judicial, y su diferencia con la justificación interna, puede encontrarse en WRÓBLEWSKI, 1974: 39. Para este autor, una decisión está internamente justificada si la conclusión se infiere válidamente de las premisas. En cambio, está externamente justificada cuando las premisas son correctas o plausibles. Evidentemente, una decisión puede estar internamente justificada sin que lo esté externamente.

²⁷ Véase KELSEN, 1960: 49-50.

obran en estricto ejercicio de sus competencias son hoy en día esenciales para la coordinación social.

La distinción entre incorporación y recepción de normas de *soft law* no es más que una estipulación teóricamente útil. Llama la atención sobre el hecho de que algunas normas de *soft law* pueden ser vinculantes, aunque su fuerza justificatoria dependa siempre de la norma jurídica que las hace aplicables, mientras que otras normas de *soft law*, sin ser vinculantes, tienen un papel también importante en la justificación de las decisiones jurídicas. Normalmente, se tratará de argumentos coadyuvantes que no se sostienen por sí mismos como única razón para alcanzar la decisión. Pese a todo, la recepción puede darse con distinta intensidad y puede haber normas de *soft law* que tienen un peso extraordinariamente llamativo para tratarse de estándares extrajurídicos no vinculantes. Este peso suele provenir del prestigio, pericia, autoridad epistémica o legitimidad moral del que goza el creador de las normas de *soft law*. Por esta razón, los jueces tienen cierta deferencia por esas normas y las emplean para colmar lagunas o solventar la indeterminación de ciertos conceptos. De ahí que pueda resultar reconfortante, hasta cierto punto, incluir el sustantivo *law* en la expresión *soft law*.

En resumen, todas estas normas tienen relevancia jurídica siempre que sean de alguna manera incorporadas en el razonamiento jurídico, porque una norma perteneciente al sistema las hace aplicables, o receptadas por los órganos competentes, cuando existe una práctica de recurrir a ellas para reforzar la fundamentación de sus decisiones en casos de laguna, indeterminación o antinomias que no encuentran una solución jurídica incuestionable.

En lo que sigue, me explayaré sobre cada uno de los puntos mencionados en este apartado para mostrar por qué tiene mayor potencial explicativo caracterizar al *soft law* como un conjunto de estándares extrajurídicos. Asimismo, enlazaré las tesis defendidas con una explicación de la racionalidad de que el *soft law* haya proliferado tanto en las últimas décadas. La idea es que desde hace tiempo las autoridades son conscientes de los límites de la regulación jurídica y, por esa razón, en muchas áreas se fomenta el desarrollo de *soft law* que, en lugar de estar en competencia con el derecho, lo complementa y de ese modo alivia la carga que tiene el Estado en relación con la producción normativa.

2. *SOFT LAW* Y LA FUERZA LATENTE DEL DERECHO NO RESPALDADO POR SANCIONES

Los límites de la capacidad reguladora del Estado también hacen perfectamente inteligible otro aspecto de la realidad jurídica que debe ser reinterpretado. En mi opinión, es un error denominar *soft law* a

las pautas de conducta que satisfacen los criterios de validez, pero no imponen obligaciones. Son expresión a veces de la humildad del propio legislador y otras veces de sensatez y sentido de la realidad. Hay áreas en la que el propio derecho no pretende imponer obligaciones, ni disuadir conductas indeseables mediante la amenaza de sanción, pese a considerar que cierto curso de acción es deseable en general, correcto o debido. La reticencia a la imposición de obligaciones revela que al igual que el ciudadano debe tener deferencia hacia el legislador, en ocasiones el legislador también debe tener *cierta deferencia* hacia los ciudadanos. Hay situaciones en las cuales los individuos en las circunstancias de persona, tiempo y lugar tienen una habilidad mayor que el legislador para determinar lo que es correcto o conveniente hacer²⁸.

Esto no significa que los ciudadanos sean infalibles. De hecho, al igual que la autoridad que crea una norma injusta, los ciudadanos pueden cometer errores de juicio y serán juzgados *ex post* por ello. El punto es que *ex ante*, hay situaciones en las que no es claro que los ciudadanos vayan a obrar por las mejores razones siguiendo los mandatos del legislador, en lugar de decidir qué hacer sobre la base de la propia deliberación. Esto da pie a que entren en juego otras formulaciones normativas cuyo contenido es no imperativo, pues asumen la forma de una recomendación o consejo. En esas situaciones que requieren la apreciación de hechos imposibles de anticipar en abstracto, solo un legislador arrogante pretendería prescribir lo que debe hacerse excluyendo del balance de razones los hechos que el ciudadano tiene una posición privilegiada para apreciar y sopesar.

En otras situaciones, no se trata de humildad en relación con sus capacidades de regulación sino sobre su poder para modificar la realidad. Esto ocurre con las cláusulas programáticas, que cristalizan normalmente nobles aspiraciones que solo podrán ser concretadas con el tiempo, en la medida en que las condiciones sociales y económicas lo permitan. El legislador no duda de que la vivienda digna es un derecho. Reconocerlo es lo correcto. Juzga, en cambio, que la imposición de obligaciones coercitivamente exigibles al Estado vaya a surtir efecto. Rinde mejores frutos que esta clase de derechos permanezcan latentes hasta que puedan ser desarrollados por otro legislador en el futuro o por los jueces en el contexto apropiado.

No es poco frecuente que la relevancia de las cláusulas programáticas pase desapercibida a los juristas de corte realista, que toman la eficacia de los derechos como parámetro de su existencia jurídica. GUASTINI, por ejemplo, distingue entre los «verdaderos derechos», que

²⁸ SCHAUER (2009: 194) plantea este mismo punto en relación con la elección entre regular mediante reglas o principios. Cuando se prefieren los errores de la determinación caso a caso, típicos del juicio individualizado, antes que los derivados de la sobre y subinclusión de las reglas, deben utilizarse principios o pautas generales.

son respaldados por mecanismos coercitivos, y «derechos sobre el papel», cuando carecen de este respaldo y, por tanto, son «derechos ficticios»²⁹. Aun simpatizando con la idea de que una mera declaración, un brindis al sol, no hace justicia a la noción de derecho subjetivo, no hay que perder de vista que muchas cláusulas constitucionales contienen aspiraciones colectivas y, lo más relevante, suelen consagrar derechos que permanecen latentes en un sistema jurídico durante años hasta que una autoridad pública o un juez decide hacerlos efectivos de manera contundente sobre la base de que siempre estuvieron contenidos en el texto constitucional o en una convención de derechos humanos³⁰.

El realista responderá que solo con posterioridad a la decisión judicial tiene sentido afirmar que el derecho subjetivo ha sido creado, pero ello obvia el papel fundamental que tuvo el órgano constituyente al incluirlo en el texto constitucional. Sin duda, la inclusión de esta formulación normativa facilita enormemente la tarea del juez al motivar su sentencia. Por cierto, el juez perfecciona el derecho con su decisión, mas sería exagerado decir que lo crea desde cero, como si fuera su autor exclusivo. La presión que ejercen los derechos latentes varía según las circunstancias sociales y políticas. Algunos derechos deben esperar su momento, pero en un estado de derecho, en el que existe la división de poderes, el primer paso es incluirlo en la constitución o la ley.

Un buen ejemplo es el desarrollo del derecho a la vivienda digna en Argentina. Fue consagrado por primera vez en la Constitución de 1949. Durante años, fue un derecho intrascendente, el paradigma de los derechos programáticos que los profesores de derecho constitucional enseñaban, *à la* GUASTINI, como derechos ficticios o meras aspiraciones sin un genuino valor jurídico. Sin embargo, como suele ocurrir con estos derechos, todo puede cambiar rápidamente en las circunstancias apropiadas.

Una persona en situación de calle, con un hijo discapacitado a cargo, demandó al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por haberle denegado la inclusión en los programas gubernamentales vigentes en materia de vivienda y no proporcionarle alternativas para

²⁹ GUASTINI, 1999: 185-186.

³⁰ Otro buen ejemplo lo ofrece el art. 31, inc. 1, de la Convención sobre los derechos del niño: «Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes». Este derecho será típicamente inerte hasta tanto encuentre su oportunidad para florecer. En la jurisprudencia argentina, sobre la base del articulado de la Convención (aunque curiosamente se citan otros artículos y se remite genéricamente a los concordantes, entre los que se encuentra el 31, inc. 1) se declaró la inembargabilidad de una *PlayStation*, argumentando que «se tiene especial consideración la característica de los bienes evaluados destinados preponderantemente —conforme lo indica la experiencia—, al ocio, esparcimiento y educación del hijo menor de la peticionante» (*sic*). Véase *Tasa S.A. c. Villalba, Gladys Noemí y otro/a s/ cobro ejecutivo*, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Necochea, 29/09/2015.

salir de la precariedad en la que se encontraba. Ello —argumentó— violaba sus derechos fundamentales a la salud, la dignidad y la vivienda reconocidos no solo en la Constitución local, sino también en la Constitución Nacional y en diversos tratados internacionales con jerarquía constitucional, según lo dispuesto en el art. 75, inc. 22 de la propia Constitución.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ordenó al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que «[g]arantice a la actora, aun en forma no definitiva, un alojamiento con condiciones edilicias adecuadas a la patología que presenta el niño, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada». El decisor tiene a su disposición un arsenal de razones jurídicas presentes en las diversas convenciones de derechos humanos a las que el país había adherido³¹, pero lo interesante es que la Corte Suprema, en el considerando 10, afirma que el derecho a la vivienda digna y el deber de proteger a los sectores especialmente vulnerables contenidos en todos estos instrumentos «no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad»³².

Estos derechos, subestimados por permanecer latentes durante largo tiempo, llegaron incluso a hacerse valer en las relaciones entre particulares. Así, se ha suspendido un desalojo forzado sobre la base de la solicitud del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al Estado Argentino de que tomase medidas para evitar a los demandados y sus hijos e hijas menores posibles daños irreparables mientras el caso estuviese siendo examinado por el Comité. Es decir, mientras se tramitaba el desalojo, los demandados denunciaron al Estado Argentino ante el Comité. El Comité instó al Estado a proteger a las familias vulnerables y la respuesta del Estado fue, en lugar de ofrecer una vivienda alternativa a su cargo, suspender el desalojo haciendo recaer la carga de garantizar el derecho a la vivienda digna en el actor. El marco normativo más general incluye un argumentario similar al anteriormente expuesto y una construcción dogmática conocida como la *constitucionalización del derecho privado*³³.

Va de suyo que la decisión es controvertida desde el punto de vista de la intervención en las relaciones privadas y la repartición equitativa

³¹ Entre ellas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

³² Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 24 de abril de 2012.

³³ Véase Ochoa, Silva Adel c/ Coronel, Jorge y otros s/desalojo: intrusos, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil núm. 39, 19/5/2021.

de las cargas de la justicia distributiva. Sin embargo, no es esto lo que interesa aquí. Antes bien, el caso es útil para apreciar por qué no conviene denominar «*soft law*» a las normas que satisfacen los criterios de validez del sistema. Ellas, tengan o no eficacia actual, conservan siempre un poder justificatorio del que carecen por su naturaleza las normas de *soft law*. ¿Podría, acaso, haberse llegado a un resultado semejante apelando exclusivamente a un instrumento de *soft law*? Imaginemos que una muy prestigiosa ONG internacional elabora un documento recomendando o instando a los Estados a implementar políticas públicas orientadas a garantizar el derecho a la vivienda digna, que de hecho ya está reconocido en sus constituciones. ¿Podría el juez haber fundado la suspensión del desalojo sobre esa base? Mi impresión es que no. No vale lo mismo en términos de motivación una norma jurídica que una norma de *soft law*. De ahí que centrarse en el aspecto coercitivo o en el carácter imperativo de la norma sea poco esclarecedor, sobre todo porque estos aspectos, como muestran los ejemplos precedentes, son variables a lo largo del tiempo.

3. RECOMENDACIONES JURÍDICAS Y *SOFT LAW*

Por otra parte, lo mismo puede apreciarse en el valor justificatorio de las *recomendaciones jurídicas*. En principio, una recomendación jurídica, aunque tenga un peso variable en las circunstancias, tiene más valor justificatorio que una norma de deber contenida en un instrumento de *soft law*. El mayor peso de una recomendación jurídica se debe a que satisface los criterios de validez del sistema y, por ello mismo, expresa el *punto de vista del derecho*³⁴. De modo preliminar, puede decirse que expresa lo que desde el punto de vista jurídico los ciudadanos tienen buenas razones para hacer, o lo que sería conveniente o deseable que hicieran a la luz de las políticas públicas que se implementan mediante el derecho, los valores que se desean promover o los resultados que se pretenden obtener.

Nótese que una norma de *soft law* puede tener un peso justificatorio similar si es aplicable en virtud de lo dispuesto en una norma jurídica. Pero en todo caso su valor justificatorio es derivado de la incorporación jurídica de ese estándar en el razonamiento práctico. En un conflicto normativo entre dos normas jurídicas, una de las cuales hace aplicable un instrumento o norma de *soft law*, la suerte de la norma de *soft law*

³⁴ Por supuesto, el punto de vista del derecho puede estar equivocado en al menos dos sentidos. El derecho podría exigir o recomendar conductas que se alejan de lo que es moralmente correcto o que, en las circunstancias típicas de aplicación de la norma, son pragmáticamente inconvenientes. Sobre la idea de punto de vista jurídico, véase RAZ, 1979: 153; 1994: 270; SHAPIRO, 2011: 184.

dependerá de que la norma que la hace aplicable prevalezca en el conflicto. Carecerá, en principio, de peso independiente.

Esta alternativa al modo imperativo en que podría expresarse el derecho es útil en un gran abanico de circunstancias. En el derecho internacional, por ejemplo, proliferan las resoluciones y opiniones consultivas no vinculantes, entre otros documentos. Estas han permitido a los organismos supranacionales manifestar sus puntos de vista sobre cuestiones morales controvertidas o respecto de las cuales existe una gran disparidad en la capacidad de realización de ciertos derechos por parte de los distintos Estados nacionales, lo que haría imposible el consenso para el establecimiento de una obligación.

Ahora bien, ¿en qué consiste exactamente una recomendación jurídica? Un área tan mundana como las reglas de tránsito ofrece un buen ejemplo para el análisis. Consideremos la siguiente señal:



Esta señal no prohíbe superar los 70 km/h, simplemente lo recomienda. Nadie dudaría de que esta señal forma parte del Reglamento General de Circulación y que la norma allí contenida satisface los criterios de validez jurídica³⁵. Sin embargo, el legislador no emplea la típica técnica de guía y motivación, dada por el deber y la sanción por incumplimiento. De imponer un deber, estaría ofreciendo a los ciudadanos una razón protegida para no superar los 70 km/h; esto es, una razón para no superarla que a la vez excluye un buen rango de razones para superarla³⁶. Lejos de esto, el legislador explícitamente se abstiene de obligar y emite una recomendación, cuyo carácter deóntico es difícil de determinar: no es una acción prohibida, ni obligada, ni facultativa sin más.

En su análisis de los consejos, que entiendo similares a las recomendaciones, BOBBIO se decanta por calificar la conducta aconsejada como facultativa. Uno es libre o no de seguir un consejo y quien lo ofrece, a diferencia de lo que ocurre con los mandatos, se desinteresa de las consecuencias que se deriven del hecho de que el destinatario no

³⁵ Véase el Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo.

³⁶ RAZ, 1979: 17-18.

siga el consejo³⁷. Esto creo que no es así por diversas razones que se verán más adelante. De momento, es suficiente observar que la acción aconsejada es solo en un sentido facultativa, puesto que está permitido conducir por debajo de 70 km/h y también permitido superar los 70 km/h (siempre que no se viole otra norma de límite de velocidad), aunque la recomendación expresa una preferencia jurídica por la primera alternativa de no superar los 70 km/h³⁸. Es decir, la autoridad no es indiferente al hecho de que las personas sigan las recomendaciones jurídicas, pues si lo fuera, ¿para qué emitirlas?

Otro modo de reconstruir las recomendaciones es en términos de *razones categóricas, no imperativas*. Las recomendaciones son razones categóricas, en tanto las razones para no superar los 70km/h no dependen de los deseos, intereses o metas personales de los destinatarios de la norma. Pero son razones no imperativas porque carecen de carácter excluyente³⁹, es decir, permiten que entren en la deliberación otras razones que una norma de deber excluiría⁴⁰. Las recomendaciones aportan una guía de conducta que no es concluyente porque puede ser superada por otras razones.

Algunas recomendaciones, según BOBBIO, no tienen el fin de guiar la conducta sino de informar o «iluminar a quien debe tomar una decisión, esto es, como se suele decir, dar los suficientes elementos de juicio para que quien debe decidir lo haga con razones conocidas»⁴¹. No obstante, la distinción entre informar y guiar puede ser cuestionada. Cuando un consejo o recomendación aporta información relevante para determinar si en las circunstancias C, el agente A debe hacer ϕ , esta información *es una razón* para que A haga ϕ . Puede evidentemente ser contrarrestada por otras razones para no hacer ϕ , pero conceptualmente una razón siempre guía la conducta⁴².

Finalmente, una reconstrucción diferente es la de Andrei MARMOR. Para este autor, los consejos o recomendaciones jurídicos son razones presuntas. Esto implica que cuando el legislador emite una recomendación, se crea una expectativa de que la persona que actúa sobre la base de otras razones explique o muestre que en el caso en cuestión las razones presuntas de primer orden han sido superadas⁴³. Para compren-

³⁷ Véase BOBBIO, 2002: 62.

³⁸ Las conversaciones con Giovanni Ratti que me han resultado útiles para aclarar este punto.

³⁹ Véase RAZ, 1999: 58-59.

⁴⁰ Aunque las recomendaciones a las que aquí me refiero son algo distinto de lo que MOLINA (2024: 151) denomina «incentivos jurídicos», comparte con ellos estas dos propiedades. Para MOLINA, los incentivos jurídicos pueden operar de modo opaco para los agentes (152); en cambio, las recomendaciones jurídicas son necesariamente transparentes.

⁴¹ BOBBIO, 2002: 63.

⁴² Véase RAZ, 1999: 16 y ss.

⁴³ MARMOR, 2019: 512-513.

der mejor la idea, veamos la forma lógica de una razón presunta. Según MARMOR, R es una razón presunta para que A haga ϕ en el contexto C si, y solo si,

1) R es una razón derrotable de primer orden para que A haga ϕ en C; y

2) Existe una expectativa justificada de que A muestre que R ha sido efectivamente derrotada por otra razón en las circunstancias.

Creo que la noción de MARMOR tiene cierto atractivo, pero es incompleta. Una presunción de que R es una razón para hacer ϕ en C no implica tomarla siempre como una razón para ϕ y luego tener que demostrar que otra razón Z, que recomienda omitir ϕ (tal vez porque es una razón para hacer ω que es incompatible con hacer ϕ) supera a R. También es posible argumentar que R no aplicaba al caso en cuestión. Es decir que de hecho no existía una razón para hacer ϕ en C, como la recomendación jurídica presupone que es el caso normalmente. El que supera los 70 km/h no solo puede exonerarse mostrando que otras consideraciones de mayor peso recomendaban superar los 70 km/h sino también que en las circunstancias no había realmente razones para limitar a 70 km/h la velocidad de circulación. La autoridad recomienda ir a 70 km/h porque usualmente, dadas las condiciones del tránsito, el vehículo, la vía, el clima, el conductor, etcétera, la seguridad razonable se obtiene tomando como límite los 70 km/h. Sin embargo, en un caso en concreto es posible que la seguridad razonable no se vea afectada por superar los 70 km/h.

Más allá de esto, MARMOR acierta en que una recomendación tiene incidencia jurídica en la medida en que el agente que no obra sobre la base de la recomendación enfrenta una carga argumentativa adicional. En el caso de la velocidad recomendada, quien supera los 70 km/h ciertamente no podrá ser multado por el solo hecho de superar los 70 km/h, pero si ocurriese un accidente es posible que su exoneración dependa de que explique de modo convincente por qué haber superado los 70 km/h no fue irrazonable en las circunstancias.

La idea es la siguiente: el demandante intentará probar que el demandado circulaba a una velocidad superior a la recomendada y argumentará que ello era irrazonable si se había de evitar la clase de accidente que se produjo. Una persona razonable —sostendrá el demandante— se habría conformado a las recomendaciones del legislador, salvo que en las circunstancias hubiese tenido buenas razones para no hacerlo. Así las cosas, si en la contestación de demanda el demandado no explicase cuáles eran esas buenas razones, no lograría desvirtuar las alegaciones de culpa del demandante⁴⁴. Nuevamente, cabe preguntarse

⁴⁴ Sobre los juicios de diligencia específicos y el análisis a la luz del estándar de la persona razonable, véase PAPAYANNIS, 2022: 149 y ss.

si una recomendación de *soft law* puede tener un peso similar en la motivación de la decisión judicial. Mi impresión es que no. No existe una expectativa de que las personas muestren que en las circunstancias había razones para apartarse de las recomendaciones del *soft law*. Dicho de otro modo, las normas de *soft law* no constituyen razones presuntas, salvo que la norma específica de *soft law* fuese aplicable en virtud de lo dispuesto en una norma jurídica. Volveré sobre este argumento en los dos apartados siguientes.

4. NORMAS JURÍDICAS NO VINCULANTES, REGLA DE RECONOCIMIENTO Y *SOFT LAW*

Otro aspecto en el que deseo detenerme brevemente es en la diferencia entre las normas jurídicas no vinculantes y las normas de *soft law*. Respecto de las normas jurídicas no vinculantes estoy pensando más que nada en la jurisprudencia, como conjunto de normas generales vigentes y definiciones jurídicas creadas por los jueces⁴⁵. En la mayoría de los sistemas, ningún juez tiene la obligación de seguir precedentes horizontales, es decir, las reglas creadas por otros jueces o tribunales de igual jerarquía, y en muchos sistemas tampoco los verticales⁴⁶. Esto último ocurre, por ejemplo, en Argentina, donde las normas generales creadas por la Corte Suprema de la Nación para fundar sus decisiones en casos controvertidos o de laguna normativa no tienen carácter vinculante para los tribunales inferiores, ni para los jueces de primera instancia. Sin embargo, la apelación al precedente no solo tiene una fuerza argumentativa considerable, sino que está informada por otros valores del estado de derecho como la coherencia del sistema y, por reflejo, el principio de igualdad en la impartición de justicia a los ciudadanos⁴⁷. Esta fuerza argumentativa y estos valores no subyacen en general a los argumentos basados en normas o recomendaciones de *soft law*, salvo cuando están respaldadas por otras normas jurídicas en cuanto a su aplicabilidad.

Por supuesto, cuando una norma proveniente del *soft law* es de hecho receptada por los tribunales con asiduidad, de modo tal que puede llegar a afirmarse que ha ganado vigencia —es decir, que cabe predecir que será invocada por los tribunales para justificar sus decisiones

⁴⁵ BULYGIN, 1966: 383.

⁴⁶ Para un buen estudio comparativo sobre este tema, véase MACCORMICK & SUMMERS, 1997.

⁴⁷ Aunque esto no justifica que los precedentes sean necesariamente vinculantes, la doctrina en la mayoría de los ordenamientos jurídicos advierte que la práctica de apoyar las propias decisiones en las reglas creadas para otros casos similares en el pasado genera uniformidad y coherencia y, por consiguiente, refuerza la igualdad de trato formal de las personas cuya conducta es regulada por el derecho. Véase BANKOWSKI, MACCORMICK, MORAWSKI y RUIZ MIGUEL, 1997: 487-488.

futuras⁴⁸—, la norma ya no es de *soft law*, sino jurisprudencial. El *soft law* puede ciertamente desempeñar una función transformadora del derecho, ser fuente de inspiración, como también lo son la política o los movimientos sociales y artísticos. Mas nada de todo esto le confiere un estatus dentro del sistema de fuentes, del mismo modo que no lo tiene la doctrina aun cuando muchos autores han sido la referencia consultada por parte del decisor en sentencias trascendentales. Bien podrían los productores de la norma de *soft law* cambiarla a futuro sin que ello tenga incidencia en la jurisprudencia. Por el contrario, si la jurisprudencia cambiase en el mismo sentido en que fue modificada la norma de *soft law*, creo que la mejor reconstrucción consiste en entender que los jueces han creado jurisprudencialmente una norma que hace aplicable un instrumento concreto de *soft law*, lo que permite comprender por qué siempre se recepta la última versión de ese instrumento. Diré más sobre este punto en el apartado siguiente.

¿Cómo distinguir, entonces, el *soft law* de las normas jurídicas no vinculantes? Y, luego, ¿cómo distinguir el *soft law* de otros fenómenos extrajurídicos, como la opinión doctrinal, que difícilmente encaje en la categoría de *soft law*? En lo que sigue abordaré la primera pregunta y dejaré la segunda para el próximo apartado.

Para distinguir el *soft law* de las normas jurídicas no vinculantes creo conveniente seguir a HART en cuanto a que el fundamento de un orden jurídico se halla en una regla de reconocimiento. Esta es una práctica de los funcionarios del sistema, conforme con la cual regularmente aplican ciertos criterios comunes para identificar el derecho válido en la comunidad y desarrollan una actitud crítico-reflexiva en relación con que *esa* es la forma correcta de identificar los estándares de comportamiento legítimos⁴⁹. La regla de reconocimiento puede ser reconstruida como una regla de deber o como una regla conceptual⁵⁰. No entraré en esta discusión aquí; sin embargo, creo que, aun siendo una regla de deber, funciona a la vez como un marco de explicitación conceptual, que confiere un determinado significado a los actos llevados a cabo de conformidad o en contra del derecho⁵¹. Pese a que esto no hace colapsar las dos concepciones de la regla de reconocimiento, explica por qué ambas posiciones resultan atractivas. Así, la regla de reconocimiento sería la regla de deber más básica de quienes compar-ten, y a la vez, constituyen, una práctica jurídica.

En los sistemas contemporáneos, las constituciones establecen cuáles son las fuentes de derecho. Suelen disponer que las normas incluidas en la propia constitución, las leyes y decretos creadas por

⁴⁸ Véase ROSS, 1958: 67.

⁴⁹ HART, 1994: 100 y ss.

⁵⁰ Véase BULYGIN, 1976 y RUIZ MANERO, 1990.

⁵¹ KELSEN, 1960: 17 y ss.; ROSS, 1958: 41 y 61.

el Parlamento y el presidente del gobierno, en ejercicio de las competencias que la constitución les confiere, los tratados internacionales ratificados también según los procedimientos establecidos en la constitución, etcétera, son el sistema jurídico de la comunidad. Esto es muy habitual. Pero ¿qué hace que la constitución sea una norma jurídica? La constitución es la norma fundamental del sistema porque es aceptada como tal por los funcionarios y autoridades⁵².

Aunque las constituciones resuelven en gran medida el problema de identificación del derecho, normalmente no agotan los criterios de validez. Recuérdese que la regla de reconocimiento no puede reducirse a un enunciado tan simple como «lo que la Reina en Parlamento sanciona es derecho»⁵³. Su contenido es mucho más complejo. Suelen existir, así, más criterios de validez que los expresados en las constituciones. Por ejemplo, aunque la constitución o algún texto validado por ella, como el Código Civil, rechazase expresamente la costumbre *contra legem*, la fuerza de los hechos puede hacer caer en desuetudo la prohibición constitucional de hacer valer la costumbre contraria a la ley de modo absoluto. En este sentido, la regla de reconocimiento es una práctica mucho más compleja que la adhesión a un texto constitucional y a todo lo que se derive de él.

De ahí que, pese a que la constitución declare que la jurisprudencia de la Corte Suprema no es vinculante para los tribunales inferiores, no cabe inferir que ella no sea fuente de derecho⁵⁴. Tal vez sea útil distinguir las fuentes de derecho imperativas, vinculantes, de las no imperativas o no vinculantes. Normalmente, la ley es una fuente de derecho imperativa: no puede ser ignorada por los funcionarios públicos en sus actos y decisiones jurídicas. En cambio, la jurisprudencia de la Corte es una fuente no vinculante, puesto que está permitido invocar los precedentes de la Corte para dictar sentencia en el mismo sentido. Pese a no ser vinculante para el juez, evidentemente citar el precedente de la Corte brinda un apoyo jurídico sólido a la decisión del juez en un caso concreto. En menor grado, lo mismo sucede con la jurisprudencia horizontal. La jurisprudencia es uno de los pozos de los cuáles está permitido extraer agua. En un caso no regulado por la constitución, ni las leyes o decretos, la decisión judicial apoyada en la jurisprudencia

⁵² Si los funcionarios o autoridades constituyen el sistema jurídico con su práctica, surge el problema de cómo alguien puede ser funcionario o autoridad antes de que exista la práctica. Este desafío es complejo. No puedo abordarlo aquí, pero me inclino a pensar que los funcionarios están definidos por el mismo sistema que constituyen y solo cabe conceptualizarlos como tales una vez el sistema constituido es eficaz en términos generales. Es decir, las autoridades se arrogan esa condición y jurídicamente su condición se confirma una vez el sistema jurídico es una realidad incontestable.

⁵³ HART, 1994: 101 y 111.

⁵⁴ Deónticamente, *no obligatorio* aplicar la fuente es compatible con que esté *permitido* aplicarla.

no puede ser tachada de arbitraria por el solo hecho de estar fundada en la jurisprudencia horizontal. ¿Qué hace que esté permitido aplicar la jurisprudencia, sin que exista la obligación de hacerlo? Que la regla de reconocimiento identifica la jurisprudencia como un conjunto de normas válidas⁵⁵.

Esta distinción entre fuentes vinculantes y no vinculantes no debería ser demasiado controvertida. Los cánones interpretativos funcionan de la misma manera. Hay un conjunto de cánones admisibles pero los jueces habitualmente tienen *cierta* libertad para fundar sus decisiones en una interpretación derivada de unos u otros, según juzguen conveniente, siempre dentro de las restricciones impuestas por el contexto de aplicación⁵⁶. Ningún canon en particular suele ser obligatorio, pero apelar a uno de ellos en los casos problemáticos es práctica usual, validada por la regla de reconocimiento⁵⁷. Las técnicas interpretativas ceñidas a un conjunto determinado de cánones son parte del juego del derecho.

Ahora bien, parece inferirse de lo anterior que la única manera de afirmar que el *soft law* es necesariamente un conjunto de estándares extrajurídicos es comprometiéndose con la tesis de que *nunca* pueden satisfacer los criterios de validez de la regla de reconocimiento. Esta parece una tesis conceptual demasiado fuerte, pero creo que es correcta, al menos si se acepta que la función principal del derecho es ofrecer una guía de conducta que no esté en competición con todos los demás estándares sociales que puedan aplicar a cada caso, sino por encima de ellos, en reemplazo de ellos⁵⁸. Solo cuando una autoridad centralizada señala ciertos estándares frente a otros como legítimos, se ofrece una guía de conducta que puede llegar a ser eficaz, en tanto el ciudadano no tiene que deliberar y sopesar el mérito de los distintos estándares aplicables al caso.

Por lo tanto, una regla de reconocimiento que validase genéricamente al *soft law* se derrotaría a sí misma, puesto que fracasaría en distinguir el conjunto de estándares legítimos en la comunidad, aquellos que rigen la conducta de los ciudadanos y los funcionarios. Para saber cómo actuar, los ciudadanos deberían tomar en cuenta todos los estándares producidos por la autoridad, en ejercicio o no de su com-

⁵⁵ No puedo ahondar aquí en las múltiples dificultades teóricas relativas a la reconstrucción que ofrezco. Para un análisis completo de la regla del precedente, véase NÚÑEZ VAQUERO, 2022: 131 y ss.

⁵⁶ Para explicación de cómo el contexto de aplicación excluye la arbitrariedad en la selección de los cánones y argumentos interpretativos, véase MORESO, 2023: 33 y ss.

⁵⁷ El juez tendría *cierta* libertad incluso si aplicar alguno de los cánones reconocidos fuese obligatorio. En este caso, el juez estaría ante una obligación alternativa. Como de una obligación alternativa no puede concluirse la obligación de aplicar ninguno de los cánones de la disyunción, el juez conserva discreción para elegir uno u otro. Sobre este tema, véase PAPAYANNIS y RAMÍREZ LUDEÑA, 2012: 277.

⁵⁸ HART, 1982: 253-254.

petencia, y también todos aquellos formulados por agentes privados no identificados *ex ante* que puedan tener algún tipo de relevancia práctica. No obstante, determinar qué instrumentos de *soft law* son suficientemente serios o relevantes requiere un juicio evaluativo y un ejercicio deliberativo complejo. Habrá casos fáciles⁵⁹, como siempre, pero también un universo de documentos y recomendaciones de agencias públicas y privadas que configuran casos difíciles. El principal problema es que la producción del *soft law* no está reglada del modo en que lo está la producción de normas jurídicas⁶⁰. La función de la regla de reconocimiento es precisamente eliminar la necesidad de *ese* particular ejercicio deliberativo (no todo ejercicio deliberativo) y ofrecer certeza sobre cuáles son los estándares jurídicos que los ciudadanos (y funcionarios) deben obedecer⁶¹.

Siendo esto así, el *soft law*, por su carácter absolutamente descentralizado y desjerarquizado, no puede ser validado por la regla de reconocimiento sin que la regla de reconocimiento pierda toda utilidad práctica como regla cuya función principal es dar certeza sobre cuál es el derecho válido en la comunidad. ¿Cómo podrían las recomendaciones del *soft law*, entendido como clase de normas, ser razones presuntas para la acción? Solo podrían ser razones presuntas las recomendaciones específicas de *soft law* que estuviesen incorporadas en el razonamiento jurídico porque una norma jurídica, es decir, una norma que satisface los criterios de validez contenidos en la regla de reconocimiento, la hace aplicable. Además, la sobreproducción jurídica ya es problemática para el estado de derecho, en tanto es difícil que el ciudadano conozca todas las normas que regulan su comportamiento. Pero el requisito de publicidad tiende a paliar este defecto. Uno puede consultar a un asesor jurídico e informarse de qué normas rigen su conducta. ¿Es esto posible con el universo de normas del *soft law*? ¿Podría un asesor jurídico competente informar a su cliente sobre qué normas de *soft law* son obligatorias o establecen recomendaciones validadas por la regla de reconocimiento? La respuesta es que no, porque las normas de *soft law* no se ajustan al patrón de la producción jurídica. Aunque existan instituciones que producen recomendaciones y las publican de modo muy eficaz, el *soft law* como categoría de normas no está institucionalizado⁶². Su producción es anárquica, descentralizada e inestable.

⁵⁹ Los Incoterms, desarrollados por la Cámara de Comercio Internacional, son un caso fácil.

⁶⁰ Explica RAZ (1979: 213-215) que uno de los principios del estado de derecho es que la creación de leyes particulares debe estar guiada por reglas generales, cognoscibles, estables y claras. Cuando este principio no es respetado, el derecho pierde su capacidad de guiar la conducta y, por lo tanto, tampoco puede ser obedecido.

⁶¹ El argumento que ofrezco toma algunas de las premisas de la crítica que SHAPIRO formuló contra el positivismo jurídico incluyente. Véase SHAPIRO, 2001: 177 y ss.

⁶² Aquí se aprecia una fuerte discrepancia con el carácter altamente institucionalizado que Álvaro NÚÑEZ VAQUERO (2024, en este volumen) atribuye al *soft law*. Esta discrepancia, no

No hay hechos sociales bien definidos por la regla de reconocimiento que permitan eliminar o, al menos reducir, la incertidumbre sobre qué normas forman parte del sistema jurídico.

No debe caerse en confusión aquí. Ciertamente, he reconocido que hay casos fáciles de *soft law* relevante, como los Incoterms, mencionados más arriba. También los Incoterms son un caso en el cual puede observarse cierto carácter institucional. Sin embargo, nada de esto afecta la tesis que estoy defendiendo. El *soft law* en general no está institucionalizado, como sí lo está la ley o la jurisprudencia. Los instrumentos de *soft law* no tienen ninguna marca distintiva que permita ver cuáles serían realmente *soft law jurídicamente exigible* y cuáles no. En cambio, todas las leyes y todas las sentencias tienen la misma marca de la legalidad que permite identificarlas como un ejemplar perteneciente a la categoría.

Nótese la diferencia, por ejemplo, con la validación de la costumbre mercantil. La costumbre mercantil es un hecho social y quienes conforman la práctica están identificados *ex ante*: son los comerciantes mismos. En este sentido, la costumbre puede ser validada por la regla de reconocimiento sin que ella pierda su utilidad práctica como regla⁶³. Un sistema jurídico que genuinamente incorpore el *soft law* como fuente de derecho no podría existir. Sería tan caótico su funcionamiento que nos resistiríamos a calificar ese (des)orden de reglas cambiantes que surgen de diversos actores sociales, con escasa persistencia, uniformidad y previsibilidad, entre otros problemas, como un verdadero sistema jurídico⁶⁴. Habrá, pues, que encontrar otra explicación para la incorporación (vía normas de aplicabilidad) o recepción ocasional de los instrumentos de *soft law* en los actos de autoridades públicas y sentencias judiciales.

Tal vez podría objetarse que estas conclusiones solo se obtienen si se adopta la teoría hartiana, o una particular interpretación de ella, conforme con la cual la regla de reconocimiento cumple la función de determinar qué estándares constituyen una guía de conducta legítima en la comunidad y, para ello, debe identificarlos sobre la base de hechos sociales. Sin embargo, las consecuencias de adoptar otros puntos de vista, como el kelseniano, tienen sus propias dificultades. Un primer escollo

obstante, podría ser poco relevante porque partimos de nociones distintas de lo que cuenta como *soft law*. La mayoría de los ejemplos que a él interesan son de *soft law* creado por autoridades públicas en ejercicio de una competencia (con lo cual en mi concepción serían derecho, no *soft law*) o al margen de ella. Se ocupa mucho menos del *soft law* creado por agentes privados. Si tengo razón, ello explica por qué NÚÑEZ VAQUERO atribuye al *soft law* una propiedad típica del derecho: porque no está observando todo el *soft law*, sino una parte de él, junto con muchas otras instancias de derecho sin más.

⁶³ Véase SHAPIRO, 2001: 181.

⁶⁴ El *soft law* como clase de normas de origen diverso, que carecen de la marca de la juridicidad, no logra satisfacer la mayoría de las propiedades formales que debe satisfacer el derecho para guiar la conducta. Véase FULLER, 1969: 39, 45 y ss.

es que el discurso del *soft law* no encaja demasiado bien en una teoría que pone en el centro de la escena el carácter imperativo del derecho y la coerción estatal⁶⁵. Aun superando este problema, para ser derecho, el *soft law* debería ser creado por autoridades públicas en ejercicio de sus competencias. Esto supone que, cuando obran por fuera de sus competencias (porque deciden no ejercerlas o porque carecen de ellas, como afirma ESCUDERO ALDAY)⁶⁶, entonces no crean derecho y, si el *soft law* es de naturaleza jurídica, entonces tampoco crean *soft law*. *A fortiori*, tampoco son normas de *soft law* las creadas por agentes privados. Los Incoterms, mencionados hace un momento, no podrían ser incluidos en esta categoría. La teoría kelseniana también nos lleva a concluir que el *soft law* es necesariamente extrajurídico. En ciertos ámbitos, como el comercio internacional, podría haber cierta ordenación social no-jurídica, algo así como la moral social de los comerciantes, caracterizada por sanciones de un tipo diferente de las jurídicas, entre ellas, la negativa a cooperar realizando transacciones en el futuro⁶⁷. Esto muestra que el *soft law* no tiene encaje sencillo como parte del derecho en una teoría positivista⁶⁸. Pero el *soft law* no tiene por qué ser jurídico para tener efectos jurídicos. Veremos la cuestión en el siguiente apartado.

5. LA INCORPORACIÓN Y LA RECEPCIÓN DEL *SOFT LAW* EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO

¿Cómo se incorpora el *soft law* en el razonamiento jurídico? Para abordar esta pregunta, retomemos la comparación entre el *soft law* y la jurisprudencia (horizontal o vertical no vinculante). La jurisprudencia, se dijo, es un conjunto de normas generales producidas por autoridades judiciales competentes para crearlas. Las normas de *soft law* carecen de este linaje jurídico. No obstante, de manera contingente, pueden resultar aplicables o, sin ser aplicables, pueden ser receptadas como fundamento coadyuvante en la decisión. Sería aplicable, pese a no pertenecer al sistema jurídico, si una norma que sí pertenece ordena (o permite) su aplicación.

⁶⁵ Kelsen, 1960: 63.

⁶⁶ Véase el apartado 1.

⁶⁷ Kelsen, 1960: 41-42 y 75 y ss.

⁶⁸ Tampoco parece ser fácil el encaje con las teorías positivistas de corte realista. Aunque el realismo jurídico es muy diverso, en la medida en que se enfatice la coerción o la fuerza (véase Austin, 1832: 19 y ss., en especial, 24; Olivecrona, 1939: 95 y ss.), o el hecho de que las normas sean efectivamente experimentadas como socialmente obligatorias (Ross, 1958: 40-41), no podrán acomodarse fácilmente las normas de *soft law* que, según la visión mayoritaria, carecen de apoyo coercitivo y no imponen obligaciones. Otros realistas, en cambio, encuentran inútil la pregunta conceptual sobre la naturaleza del derecho (véase Llewellyn, 1962: 4; Posner, 1996: 1 y ss.). Por lo tanto, tampoco ofrecerán una respuesta sobre si el *soft law* es derecho, aunque en sus esquemas el llamado «*soft law*» ciertamente sería incluido como objeto apropiado de interés teórico por su relevancia práctica.

Como explican MORESO y NAVARRO, conviene distinguir la pertenencia y la aplicabilidad de las normas. La pertenencia depende de dos criterios. Una norma o bien pertenece por razones genéticas, es decir, porque su creación fue autorizada por otra norma que ya pertenece al sistema (criterio de legalidad), o bien pertenece porque puede inferirse lógicamente de otra norma del sistema (criterio de deducibilidad)⁶⁹. En cambio, para ser aplicable la norma no necesita pertenecer al sistema jurídico. Una norma es aplicable si otra norma del sistema la hace aplicable. Esto no es infrecuente. Conforme con las reglas del derecho internacional privado, muchas veces los jueces deben aplicar derecho extranjero. También ocurre lo mismo con las normas que son creadas de modo irregular pero cuya validez es (erróneamente) confirmada por un Tribunal Supremo que se pronuncia de modo definitivo sobre la cuestión. La norma es inválida, pero es aplicable. Y lo contrario también es posible: una norma podría ser válida pero no aplicable, como ocurre con las normas en *vacatio legis*⁷⁰. Es posible, entonces, que una norma sea válida sin ser aplicable y que sea aplicable sin ser válida. En este último caso, necesariamente se trata de normas extrajurídicas.

Ahora bien, supongamos que una ley ordena *tomar en cuenta* las normas ISO sobre gestión ambiental para evaluar la responsabilidad de las empresas por la contaminación que producen. Pues las normas ISO serían aplicables, sin ser normas válidas del sistema jurídico. Otro ejemplo es el de los protocolos médicos, que analizaré más adelante. Los protocolos son estándares extrajurídicos, no elaborados por autoridades competentes para producir derecho, pero usualmente se trata de normas aplicables en los distintos sistemas jurídicos para evaluar la negligencia médica.

Otra manera en que las normas de *soft law* pueden ser jurídicamente relevantes no es mediante la incorporación dada por la aplicabilidad dispuesta por una norma del sistema jurídico, sino mediante su recepción judicial, dado su valor justificatorio. Es decir, las normas de *soft law* pueden ayudar a la justificación externa de la norma que resuelve el caso individual, tal como se mencionó más arriba en el apartado 1. De esto se infiere que, a diferencia de lo que ocurre con la jurisprudencia horizontal, que consiste en aplicar la norma jurídica creada por otros jueces, la invocación del *soft law* funciona como apoyo a la norma creada por el juez en el caso individual, aun cuando la norma creada tenga el mismo contenido de la norma de *soft law*. Veamos un ejemplo.

Supongamos que un juez debe decidir si hay culpa de la víctima en un caso como el siguiente: una persona de edad muy avanzada comienza a cruzar una avenida ancha por el lado derecho de la calzada.

⁶⁹ MORESO y NAVARRO, 1998: 276.

⁷⁰ MORESO y NAVARRO, 1998: 285 y ss.

El semáforo del peatón cambia a rojo antes de que la persona acabe de cruzar. Los conductores reemprenden la marcha y un camión, al ver que el peatón está en medio de la calzada, se detiene. Por desgracia, el peatón es atropellado por un automóvil que circulaba por el carril izquierdo y que, dado que el camión obstruía su visión, no pudo verlo a tiempo para frenar.

Si otros jueces en otros casos afirmaron que la edad avanzada es un factor relevante para evaluar la culpa en general (sea del agente dañador o de la víctima), el juez de este caso podría emplear esta norma como fundamento de la decisión. La juridicidad de la norma jurisprudencial es incuestionable. En cambio, imaginemos que no hay jurisprudencia previa y que el juez para fundar su decisión cita los Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL), que en su art. 4:102 (2) establecen que el estándar de conducta requerido «[...] puede adaptarse cuando debido a la edad, a la discapacidad física o psíquica o a circunstancias extraordinarias no sea exigible que la persona de que se trate lo cumpla». Sobre esta base, dictamina que la víctima no incurrió en culpa. ¿Cuál es la mejor reconstrucción de lo que ha hecho el juez? Hay al menos tres posibilidades:

1) El juez aplica directamente la norma expresada por el art. 4:102 (2) de los PETL.

2) El juez crea la norma conforme con la cual *el estándar de conducta requerido puede adaptarse cuando debido a la edad avanzada no es exigible que la persona de que se trate lo cumpla* y, como apoyo a la justificación externa de esta norma que acaba de crear, refiere a los PETL, cuyo art. 4:102 (2) coincide parcialmente en cuanto a su contenido.

3) El juez crea la norma conforme con la cual *los PETL son normas extrajurídicas aplicables* y, luego, aplica el art. 4:102 (2) para rechazar la defensa de culpa de la víctima invocada por el demandado.

La primera reconstrucción debe ser descartada: si el juez no tiene un argumento adicional para apoyar su decisión, esta sería arbitraria. Dado que los PETL son un conjunto de estándares extrajurídicos, estaría decidiendo el caso mediante normas que no satisfacen los criterios de validez del sistema, lo que implica un incumplimiento de su deber de fallar de acuerdo con lo dispuesto por el derecho.

La segunda reconstrucción no tiene estos problemas y, en efecto, es lo más habitual. Se trata de un caso de recepción de *soft law* por el derecho. Los jueces pueden crear derecho cuando ante una laguna jurídica están de todos modos obligados a dictar sentencia. Si el caso es de laguna, por definición, no tiene una solución jurídica preestablecida. Y si el juez no puede dejar de dictar sentencia, entonces, está autorizado implícitamente a crear la norma que necesita. En este ejemplo,

justifica externamente la norma creada apelando a los PETL, que son un instrumento de *soft law*.

La tercera posibilidad, en cambio, es más compleja. Por lo general, los tribunales no crean normas de aplicabilidad expresamente. Podría llegar a hacerlo un alto tribunal con el propósito de que a futuro haya cierta convergencia en la resolución de casos similares. Por ejemplo, el Tribunal Supremo podría pronunciarse de modo reiterado en el sentido de que «los PETL reflejan las más modernas doctrinas a nivel comparado, por lo que pueden ser utilizados como criterio interpretativo del derecho local». Si la decisión del Supremo sentase jurisprudencia, los PETL serían normas aplicables porque otra norma (jurisprudencial en este caso) así lo dispone⁷¹. De ahí que, cuando una norma legislativa o jurisprudencial hace aplicable un instrumento concreto de *soft law*, los jueces tendrán el deber o la facultad, según lo que disponga la norma en cuestión, de aplicar la última versión de ese instrumento.

En el ejemplo que estoy analizando, me inclino a pensar que la mejor reconstrucción es la segunda. Ello así, en tanto el juez no crea en su sentencia una norma general conforme con la cual *los PETL son normas extrajurídicas aplicables*, sino que su contenido es que *la edad avanzada es relevante para evaluar la diligencia*. Se trata de dos normas bien diferentes.

Llegados a este punto, corresponde ahora preguntarnos por el otro término de la inecuación: está el derecho y todo lo demás, lo extrajurídico, incluido el *soft law*. ¿Como podemos distinguir los instrumentos de *soft law* del resto de documentos o textos que no tienen la marca de la legalidad, como los textos religiosos, u otros textos que proponen pautas interpretativas y soluciones normativas para casos difíciles, como las obras doctrinales (también llamadas, «dogmática»)?

En cuanto a lo primero, la existencia de una regla de reconocimiento —como práctica en la que los participantes tienen una actitud crítico-reflexiva sobre el modo correcto de identificar el derecho— supone que cuando un funcionario fracasa en identificar correctamente el derecho es blanco apropiado de reprobación. Puede ser justificadamente criticado por ello. Por lo tanto, si un funcionario emplease la Biblia para identificar la norma aplicable al caso, al menos en el sistema español, estaría jugando incorrectamente al juego del derecho. La Biblia no es una de las fuentes vinculantes o siquiera autorizadas (como lo es la jurisprudencia) para buscar allí soluciones jurídicas. Desde luego, es

⁷¹ VAQUER ALOY (2013: 94) cita la SAP Madrid de 31.5.2012, que indica que «[e]s habitual también la invocación en la jurisprudencia de los Principios del Derecho europeo de contratos (PECL), y su utilización como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código Civil». De alguna manera, la Audiencia está reconociendo una norma jurisprudencial conforme con la cual los PECL son aplicables como criterio interpretativo.

contingente qué fuentes son validadas por la regla de reconocimiento. No hay nada en la naturaleza de la Biblia que impida que sea fuente de derecho. Es simplemente que, en la mayoría de los ordenamientos liberales, incluido el español, no lo es. Sin embargo, la Biblia podría ser aplicable por remisión de otra norma perteneciente al sistema jurídico.

Imaginemos que un Código Civil dispone: «Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso o, en última instancia, siguiendo los preceptos de la Biblia». Parece claro que la Biblia, que por hipótesis no es una norma válida conforme con los criterios del sistema, sería aplicable en los casos civiles en los que haya una laguna normativa.

Pero también, sin ser aplicable, podría tener un rol de apoyo cuando fuese admitido que sus preceptos y enseñanzas fuesen receptados para fortalecer la justificación externa de las normas creadas por los jueces en caso de laguna. El éxito de esta invocación dependerá crucialmente de que no exista en la normativa válida ninguna cláusula sobre laicidad estatal, pues de ser así la invocación de la Biblia entraría en conflicto con ella. También puede ocurrir que la cláusula de laicidad esté implícita en la regla de reconocimiento. Es decir, si los funcionarios rechazan de plano los argumentos basados en textos religiosos, la apelación a la Biblia como instrumento retórico no tendría ninguna posibilidad de éxito. Lejos de fortalecer externamente la premisa normativa, socavaría su justificación, aunque la norma creada por el decisor se ajustase al sentido común. La decisión bien podría ser correcta, pero no estaría adecuadamente motivada. En casos como estos, la Biblia no podría ser *soft law*.

Esto implica que no hay razones conceptuales que impidan que la Biblia u otros textos no producidos por autoridades competentes sean fuente de derecho o, alternativamente, *soft law*. Todo depende del contenido contingente de la regla de reconocimiento y el de las reglas primarias identificadas por ella.

Finalmente, en cuanto a la doctrina o dogmática y su diferencia con el *soft law*, la cuestión no es tan sencilla. La doctrina se presenta a veces como un estudio teórico, de refinamiento conceptual, sistematización o explicación del derecho en términos más fundamentales y otras veces tiene una pretensión normativa, puesto que aporta soluciones para casos difíciles y sugiere modos de comprender los conceptos jurídicos, aquellos empleados en la legislación y las sentencias judiciales, para

lograr resultados más satisfactorios desde el punto de vista moral o de justicia⁷².

Las mismas consideraciones realizadas en torno al *soft law* son pertinentes aquí. Una regla de reconocimiento que validase genéricamente a la doctrina, tal como valida a la ley o la costumbre, socavaría su propio propósito, en tanto la doctrina es caótica, anárquica y, sobre todo, esencialmente discrepante. Un sistema que incluyese como fuente de derecho la doctrina no relevaría en absoluto al ciudadano o al funcionario de realizar un juicio deliberativo complejo para determinar qué debe hacer en un caso concreto. No serviría para distinguir qué estándares de conducta son legítimos y cuáles no.

Dicho esto, la regla de reconocimiento podría validar un texto doctrinario en particular; no la doctrina en general, sino un texto como, digamos, el *Tratado de responsabilidad civil*, de DE ÁNGEL YAGÜEZ, edición 1993. Podría erigirlo como pauta interpretativa de todas las normas de responsabilidad civil. Esta posibilidad conceptual no tiene mayor interés cuando se busca esclarecer si el *soft law*, como clase, puede tener un lugar en el sistema de fuentes. El argumento anterior indica que no. Sin embargo, al igual que ocurre con la Biblia, debe admitirse que, si una regla de reconocimiento es capaz de validar el *Tratado* de DE ÁNGEL, entonces, el *Tratado* también podría ser *soft law*. Para esto último bastaría que, sin satisfacer los criterios de validez, resulte aplicable en virtud de lo dispuesto por otra norma del sistema, o bien que sea receptado como refuerzo de la justificación externa de la premisa normativa creada por los jueces. Y esta conclusión deja planteada la pregunta que formulé más arriba: ¿qué distingue el *soft law* de la doctrina? ¿Por qué el *Tratado* de DE ÁNGEL no es *soft law*?

Hay una similitud y dos diferencias entre las obras doctrinales y las normas o instrumentos de *soft law*. La similitud es que la doctrina también es frecuentemente invocada para fortalecer la justificación externa de las normas creadas por los jueces. Sin embargo, esto no plantea ningún desafío conceptual. Del hecho de que el *soft law* puede ser receptado por el derecho, no puede inferirse que todo lo receptado por el derecho es *soft law*. También las definiciones de la Real Academia son a veces receptadas en la interpretación jurídica, aunque los jueces no están obligados a seguirlas siempre, sobre todo en cuestiones técnicas⁷³, y ello no hace que el diccionario de la Real Academia sea *soft law*. De ahí que para distinguir la doctrina y el *soft law* conviene apreciar sus diferencias. Y, como mínimo, las diferencias son que, de momento, no hay registro de ninguna obra doctrinal que resulte «aplicable» (signifique esto lo que signifique referido, por ejemplo, a un

⁷² Sobre los múltiples significados de «dogmática jurídica», véase NÚÑEZ VAQUERO, 2014: 246.

⁷³ Véase RAMÍREZ LUDEÑA, 2018: 89 y ss.

tratado de responsabilidad civil) en virtud de lo dispuesto en una norma válida del sistema⁷⁴. La segunda diferencia es de forma. Los tratados no están redactados para guiar la conducta, al menos no directamente. No podría uno tomar el texto de un tratado y someterlo a aprobación legislativa, sin más, como sí podría hacerlo con los Principios de derecho europeo, que tienen la forma de una legislación, con un articulado que incluye prescripciones, definiciones, etcétera. Podrá ser esta una diferencia menor para algunos, pero yo la entiendo fundamental. Los tratados doctrinales se elaboran desde una perspectiva académica, para mejorar la comprensión del derecho y, adicionalmente, para brindar insumos que sirvan en la tarea legislativa y en la justificación de las decisiones judiciales. En este punto, la doctrina se asimila al *soft law*, aunque se aparta notablemente en sus pretensiones últimas. Mientras que el *soft law* es capaz de reemplazar al legislador en ocasiones con gran eficacia, la doctrina es absolutamente incapaz de ello. Un tratado de derecho penal no puede reemplazar al Código Penal en cuanto a la guía de conducta que ofrece. Un código de conducta empresarial sí podría hacerlo e, incluso, podría tener más eficacia en la prevención de ciertos delitos.

6. LA PROLIFERACIÓN DEL *SOFT LAW* Y SU RACIONALIDAD LEGISLATIVA

Una vez perfilada la noción de *soft law* y comprendido su papel en el razonamiento jurídico, quisiera explicar brevemente cómo es que el *soft law* ha proliferado en los ordenamientos modernos. Propongo estudiar el fenómeno con el mismo enfoque que Ronald Coase empleó, en la primera mitad del siglo xx, para analizar el tamaño óptimo de las empresas, cuestión que depende en gran medida de los costes de internalizar los procesos productivos y los costes de utilizar el sistema de precios. Explicado brevemente, una empresa internalizará un proceso productivo, en lugar de contratar en el mercado, cuando los costes marginales de hacerlo sean más bajos que los costes marginales de realizar nuevas transacciones con otros agentes. Cuando introducir un nuevo proceso sea más costoso que contratar con otro, la empresa dejará de crecer en tamaño.

⁷⁴ El art. 38.4 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que «[l]a Corte [...] deberá aplicar [...] 4. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho [...]» (énfasis añadido). Esta remisión genérica, sin embargo, no hace obligatoria la aplicación de ningún texto concreto. Se trata de una invitación a reforzar la justificación externa de sus decisiones con la mejor doctrina disponible que, naturalmente, no puede ser identificada mediante la observación de hechos sociales. Nadie niega que la doctrina cumpla un papel en el razonamiento jurídico. En cambio, que sea fuente de derecho es una cuestión completamente diferente.

Utilizar el mercado supone buscar cocontratantes, negociar con ellos y, por último, protegerse contra el incumplimiento⁷⁵. Es decir, recurrir al mercado tiene costes de transacción significativos. La creación de una empresa busca ahorrar algunos de los costes de transacción incorporando, bajo la dirección del empresario, algunas partes del proceso productivo. No obstante, la empresa no puede absorber todos los procesos productivos sin que se incrementen demasiado sus costes marginales. Ello es así por varias razones. Entre ellas, destacan dos: 1) el conocimiento necesario (*know-how*) para llevarlos a cabo se torna cada vez más específico; y 2) a medida que crece la empresa, más personas deben coordinar sus esfuerzos, desarrollando tareas que poco tienen en común, lo cual dificulta notablemente las tareas de organización y control interno. Lo más probable, entonces, es que en algún momento el coste de asumir una tarea adicional sea más alto que el de encargarla a un tercero y celebrar un contrato con él. Así, la empresa crecerá hasta el punto en que le convenga más recurrir al mercado en lugar de asumir la tarea ella misma. El empresario estará guiado por la búsqueda de aquella combinación de internalización de procesos productivos y de externalización vía mecanismos de mercado que arroje los costes totales más bajos⁷⁶.

Cuando se analiza con esta óptica, el Estado enfrenta un problema similar al de las empresas. Para ello hay que concebir al Estado como un productor de normas generales capaces de guiar y motivar el comportamiento de los ciudadanos de la manera más conducente al logro de objetivos socialmente deseables. Si se empeña en regular cada aspecto de cada actividad con gran detalle, el Estado incurre en costes de regulación elevadísimos. Si deja la cuestión a la regulación espontánea de los ciudadanos, o lo que podríamos también llamar autorregulación, probablemente nunca alcance los objetivos que se propone. En este sentido, quisiera sugerir, existe una división del trabajo, controlada por el Estado, entre el derecho y los instrumentos del *soft law* y, por ello, se ha encontrado útil (y hasta imprescindible) fomentar su desarrollo⁷⁷.

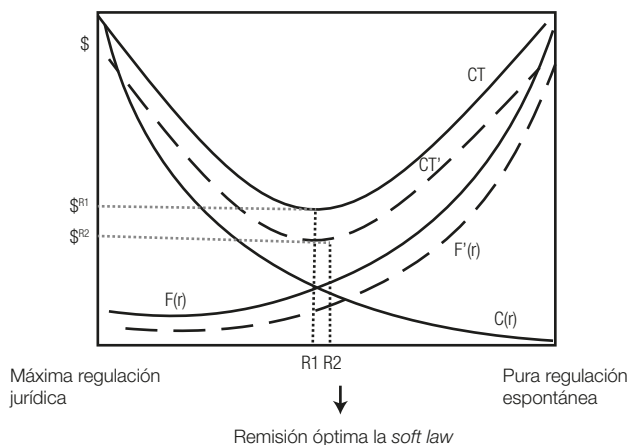
El derecho fomenta el *soft law* directa o indirectamente a fin de reducir los costes de la guía de conducta eficaz y eficiente. El fomento directo se produce cuando el derecho insta a ciertos agentes, públicos o privados, a crear normas que regulen su propia actividad. Esto ocurre, como se verá luego, con los protocolos médicos. Indirectamente, se fomenta el *soft law* cuando los jueces son sensibles a la iniciativa

⁷⁵ Sobre este tema, véase COLEMAN, 1992: 129 y ss.

⁷⁶ COASE, 1937: 37-41.

⁷⁷ Otros autores, como GERSEN y POSNER (2008: 18-20), ofrecen una explicación distinta. Para ellos, el *soft law* es siempre creado por autoridades públicas. Por lo tanto, confinan su análisis a la comparación entre los costes y beneficios de emitir legislación y los de emitir documentos de *soft law*. Aunque interesante, creo que el análisis es sumamente incompleto. El argumento que sigue intentará mostrar por qué.

privada, de manera que las entidades oficiales o no oficiales encuentren conveniente autorregularse sabiendo que en parte su conducta será juzgada desde una perspectiva que no les es ajena. Esto, por ejemplo, es lo que ocurre en el ámbito privado con los códigos de conducta.



Para comprender el aporte del *soft law*, observemos el gráfico de arriba. La curva C representa los costes de regular una cuestión, pongamos por caso, la contaminación ambiental o la actividad médico-sanitaria o cualquier otra de interés público. Si el nivel de regulación es cero, los costes de regular son también cero. A medida que se incrementa la regulación, la curva de costes va aumentando hasta llegar al máximo posible con el más alto nivel de regulación jurídica, hacia la izquierda del gráfico. La curva F , por su parte, tiene una inclinación opuesta a la curva C . F representa los costes de no alcanzar los objetivos socialmente deseables. En los ejemplos que he mencionado, serían los costes de la contaminación misma o de una defectuosa prestación médico-sanitaria. Nótese que incluso con la máxima regulación los costes del fracaso no son cero, puesto que además de regular, el Estado debe detectar, juzgar y sancionar los incumplimientos⁷⁸. Es decir, incluso con la máxima regulación, hay un grado de fracaso en los objetivos de política pública.

Dado que tenemos dos tipos de costes, el coste C de regular y el coste F de fracaso en la política, si los sumamos obtenemos la curva de coste total (CT). El nivel óptimo de regulación, en principio, es el nivel $R1$, donde los costes totales son más bajos. Esto significa que el Estado no priorizará siempre la obtención de objetivos socialmente valorados, puesto que el coste de regular puede ser prohibitivo. Hacia la izquierda, logra una gran efectividad en términos de reducción de

⁷⁸ Véase MICELI, 2004: 295 y ss.

los costes del fracaso de las políticas públicas, pero los costes de la actividad reguladora son descomunales. Lo racional es observar cómo varía F a medida que se reduce el esfuerzo regulador y detenerse en aquel punto en el cual un euro más invertido en regulación ya no revierte en más de un euro de reducción en el coste del fracaso. Este es el nivel $R1$ mencionado.

Ahora bien, la cuestión no acaba aquí, puesto que los estándares provenientes del *soft law* tienen la capacidad de complementar la regulación estatal. En efecto, muchos instrumentos como los códigos de conducta, los protocolos médicos o las reglas ISO, desarrollan guías de comportamiento sobre cuestiones que son objeto legítimo de regulación jurídica, pero que serían extremadamente costosas de definir para el Estado, dado el nivel de especialización e información que se requiere para ello, sumado al coste mismo de elaborar normativa que, naturalmente, se incrementa de manera exponencial con la pretensión de exhaustividad⁷⁹.

De ahí que una buena autorregulación mediante instrumentos de *soft law* permite al Estado replegar su actividad reguladora sin que se incrementen notablemente los costes del fracaso en las políticas públicas. El *soft law* reduce estos costes porque ahora la ausencia de regulación Estatal no equivale a ausencia total de guía de conducta en la orientación deseable. Surgen estándares normativos, recomendaciones, lineamientos y pautas, que muchas veces, aunque no siempre, reciben adhesión voluntaria y de esa manera la curva F que, reitero, refleja el coste del fracaso en la política pública, se desplaza enteramente hacia abajo, tal como lo muestra la curva F' . La razón por la que ocurre esto es que para cada nivel de regulación R , el coste del fracaso es menor cuando la regulación Estatal es complementada con instrumentos de *soft law*. Nótese que al desplazarse la curva F hacia F' , también la curva CT de costes totales se desplaza. Si uno de los dos costes relevantes disminuye, el coste total también lo hace en la misma medida. Esto indica que el nuevo nivel de regulación óptimo, dada la incidencia del *soft law*, ya no es $R1$ sino $R2$. El Estado puede regular menos y obtener mejores resultados cuando el *soft law* se extiende *controladamente* hacia áreas en las cuales la regulación estatal sería muy costosa o menos efectiva. Esto explica que el derecho fomente la proliferación del *soft law*⁸⁰.

⁷⁹ Véase FAURE y PHILIPSEN, 2023: 60.

⁸⁰ Por supuesto, también los distintos sectores involucrados (empresas, profesionales de la medicina, etcétera) evaluarán mediante un análisis coste-beneficio la conveniencia de desarrollar normas de *soft law*. Para ellos, desarrollar *soft law* tiene un coste que solo es aceptable si de ese modo reducen los costes derivados de una regulación estatal insuficiente o inadecuada y de las decisiones judiciales basadas en ella. Cuando establecer sus propios estándares tenga un coste marginal más bajo que el coste marginal de soportar las consecuencias del sistema jurídico, encontrarán racional producir normas de *soft law*.

Permítaseme ilustrar la idea con el caso de los protocolos sanitarios. En España, la elaboración de protocolos está fomentada por la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias. El art. 4, inciso 7, letra b, dispone: «Se tenderá a la unificación de los criterios de actuación, que estarán basados en la evidencia científica y en los medios disponibles y soportados en guías y protocolos de práctica clínica y asistencial. Los protocolos deberán ser utilizados de forma orientativa, como guía de decisión para todos los profesionales de un equipo, y serán regularmente actualizados con la participación de aquellos que los deben aplicar».

Los protocolos incluyen un conjunto de recomendaciones de actuación en situaciones de muy diversa índole y son permanentemente actualizados por la comunidad médica. A su vez, es interesante que su elaboración es una tarea descentralizada, dado que existen protocolos en las distintas instituciones. La normativa citada establece que los protocolos serán utilizados *de forma orientativa*, y así están redactados normalmente, como recomendaciones apoyadas en evidencia estadística. Pese a todo, los protocolos también pueden incluir, y de hecho incluyen, algunas normas formuladas en términos de deber. La secuencia ABCDE⁸¹, aplicable a pacientes que no responden en una diversidad de situaciones, pretende funcionar como una razón protegida. A los médicos se les enseña con la máxima: «en esas situaciones, no pienses, actúa». Ello es así porque la evidencia científica sobre que no hay ningún otro conjunto de acciones sucesivas que salve más vidas que la secuencia ABCDE es contundente.

Los protocolos se ajustan a la noción de *soft law* que he perfilado más arriba. Son ciertamente estándares extrajurídicos, pues son elaborados por profesionales de la medicina y no por autoridades competentes que siguen un procedimiento establecido en normas de orden superior. En cuanto al tipo de guía normativa, acabo de mencionar, incluyen tanto recomendaciones como deberes. Asimismo, su producción es descentralizada y pueden existir divergencias en los protocolos de diferentes hospitales. Por último, los protocolos pueden resultar apli-

Por otra parte, también es interesante el argumento de DRUZIN, de acuerdo con el cual la proliferación del *soft law* se explica porque existe en su utilización una «economía de red» (p. 362). Las economías de red se caracterizan porque el valor de un bien o servicio aumenta mientras más sean las personas que los usan. Para ilustrar el punto, DRUZIN menciona el ejemplo del lenguaje. Mientras más popular sea una lengua, más valor tiene para una persona hablarla, dado que podrá comunicarse con más gente (pp. 362-363). Cuando se advierten efectos de red en el uso de un instrumento de *soft law*, es esperable que ese instrumento reciba gran adhesión y que se genere una fuerte presión social para su cumplimiento (p. 367). Evidentemente, esto permite comprender el éxito de un instrumento de *soft law* en particular, mas no la racionalidad de que el derecho fomente la proliferación del *soft law* en general.

⁸¹ La denominación viene de sus siglas en inglés: A (Airway, vía aérea), B (Breathing, respiración), C (Circulation, circulación), D (Disability, déficit neurológico) y E (Exposure, exposición).

cables en virtud de que una norma perteneciente al sistema jurídico así lo dispone.

Así, en el ámbito de la responsabilidad civil, los tribunales incorporan los protocolos sanitarios como elemento de juicio para valorar si la conducta del profesional sanitario fue diligente. Existe, por tanto, una norma jurisprudencial bien consolidada que los hace aplicables. Conforme con ella, aunque el cumplimiento del protocolo no exime automáticamente de responsabilidad civil, su incumplimiento constituye un indicio fuerte de negligencia médica⁸². Esto tiene sentido en tanto el cumplimiento del protocolo todavía no descarta que en las circunstancias se hubieran agotado aquellas precauciones que fueran razonablemente exigibles, según el estándar genérico de diligencia. En cambio, el incumplimiento de aquellas medidas que forman parte de lo recomendado sobre la base de una sólida evidencia empírica nos acerca mucho más a la conclusión de que el demandado fue negligente. Ello es así porque, salvo casos excepcionales muy evidentes, el profesional razonable debe adecuar su conducta a las pautas comunes de actuación que gozan del mayor respaldo teórico.

Retomando lo explicado en el apartado 3, las pautas del protocolo funcionan como razones presuntas al ser incorporadas en el razonamiento jurídico por una norma perteneciente al sistema. Existe una expectativa de que los profesionales médicos se ajusten al protocolo o que expliquen que había razones de peso para no seguir las recomendaciones protocolares. De ahí que el incumplimiento de lo recomendado en el protocolo coloque al demandado en una situación especialmente delicada: deberá argumentar o bien que su caso no se ajusta a las razones que subyacen a la recomendación realizada en el protocolo o bien que existía una razón adicional (una particularidad, un cuadro atípico) que derrota la recomendación del protocolo y, por lo tanto, que en las circunstancias lo más razonable era, habida cuenta de todo, apartarse del protocolo *del modo en que lo hizo* (no de cualquier manera).

Los protocolos, al igual que las convenciones que se generan en una práctica, no agotan el juicio de diligencia, pero contribuyen notablemente a determinarlo⁸³. Si no fuera por los protocolos, el legislador debería dedicar un esfuerzo titánico y probablemente estéril, para intentar regular la actividad médica en detalle. Mucho más eficiente es que el derecho ordene o fomente la elaboración de protocolos, los tome en cuenta al juzgar los casos en que se alegue negligencia médica y controle judicialmente su contenido a la luz del criterio de razonabilidad de la norma genérica de diligencia. El derecho de la responsabilidad civil no solo aprovecha los protocolos, sino también las convenciones que

⁸² Véase SOLÉ FELIU, 2022: 25.

⁸³ Sobre la determinación de los juicios de diligencia, véase PAPAYANNIS, 2021: 68 y ss.

surgen en comunidades concretas. Tal como explica Anita BERNSTEIN, si no fuera porque las distintas comunidades desarrollan estándares, por vía de costumbre o acuerdo, que el derecho puede tener en cuenta, la tarea reguladora del Estado sería infinitamente más costosa y complicada. A la vez, las personas que participan de la convención no sienten que están siendo juzgadas con estándares ajenos, proveniente de una desinformada regulación estatal, sino que son los propios estándares de la comunidad los que se emplean para determinar su responsabilidad⁸⁴.

En el ejemplo que estoy empleando, son los médicos mismos quienes definen *ex ante* gran parte de los estándares de diligencia con los cuales será evaluada su actuación. Esto otorga previsibilidad y reduce la disparidad en los criterios aplicables en juicio, lo que protege la igualdad ante la ley. Si no fuera por los protocolos, la diligencia médica sería evaluada probablemente *por pares*, mediante pericias *ex post*, en lugar de ser principalmente juzgada *por normas* consensuadas en la comunidad de referencia.

Esto no implica adherir a una visión ingenua e idealizada de los protocolos sanitarios. Los protocolos pueden ser defectuosos, pueden no estar respaldados por suficiente evidencia científica u omitir explicitar cuáles son los estudios que avalan una recomendación, ni la metodología empleada, pueden ser desarrollados por médicos no del todo competentes en el área, etcétera⁸⁵. No obstante, la racionalidad de recurrir a ellos, de fomentar que se redacten protocolos *adecuados* se explica por las razones que ofrezco en esta sección; y, por otra parte, los protocolos nunca deciden la cuestión de modo concluyente, sino que están sometidos a un control judicial en cuanto a su razonabilidad. De ahí que la defensa de que el médico realizó lo que indica el protocolo y lo que hacen regularmente todos sus demás colegas no es argumento suficiente para eximirlo de responsabilidad⁸⁶.

En otras palabras, los protocolos sanitarios ofrecen algo que el Estado es incapaz de producir con la celeridad que se requiere. La guía de conducta exhaustiva que necesitan los médicos y la uniformidad que garantiza mayor seguridad jurídica, tanto para el médico como para los pacientes que pueden prever de qué modo se cuidará su salud, es técnicamente imposible de generar por vía legislativa en todas las áreas de la medicina. Aun superando el escollo de la autoridad epistémica, las reglas de cambio no garantizan que el derecho se modifique al ritmo que la sociedad lo requiere. Si la actuación médica del día a día tuviese que estar regulada *directamente* por el derecho, el derecho no podría

⁸⁴ Véase BERNSTEIN, 2002: 738 y ss.

⁸⁵ Para un buen análisis de los problemas relativos a su empleo para juzgar la diligencia médica, véase VÁZQUEZ, 2018: 444 y ss.

⁸⁶ Sobre el tema de las convenciones irrazonables y el control judicial, véase PAPAYANNIS, 2021: 71-72.

más que brindar un conjunto incompleto de directrices y, luego, ordenar al personal sanitario que obedezca de modo genérico los criterios médicos para tratar a sus pacientes. Esto, como guía de conducta, es absolutamente inútil. De ahí que el derecho fomenta la creación de protocolos, que son *soft law*, a fin de ofrecer una guía de conducta mucho más eficaz y eficiente. De ese modo, se ahorran los costes de regular la cuestión y se reducen los costes del fracaso de la política pública, porque el *soft law* protocolar ofrece la guía necesaria para una mejor prestación sanitaria.

7. CONCLUSIONES

En las páginas precedentes he intentado argumentar que:

1. Las características que usualmente se atribuyen al *soft law* para distinguirlo del derecho (o *hard law*) conducen a equívocos importantes. El derecho incluye normas no imperativas, normas no vinculantes, recomendaciones, normas de deber no respaldadas por mecanismos coercitivos, aspiraciones, etcétera, y, el *soft law*, a su turno, cuenta también con normas de diverso tipo, entre ellas, normas de deber.

2. Por lo tanto, la manera más precisa de distinguir ambos fenómenos es mediante el criterio de validez jurídica. En este sentido, las reglas de *soft law* son un conjunto de estándares extrajurídicos creados por agentes privados o agentes públicos que obran al margen de sus competencias y que solo se incorporan en el razonamiento judicial por remisión de una norma jurídica que así lo autoriza o, alternativamente, como apoyo a la justificación externa de la premisa normativa utilizada por el decisor.

3. Esta caracterización permite iluminar el distinto modo en que operan y el peso que usualmente tienen las normas jurídicas y el *soft law* en el razonamiento práctico de las autoridades públicas.

4. El *soft law* está fomentado en el derecho moderno debido a que mediante su proliferación se reducen notablemente los costes de ofrecer una guía de conducta más completa, adecuada, eficaz y eficiente para la diversidad de actividades humanas que son de incumbencia pública. Mientras que el Estado es incapaz de regular con la celeridad que se requiere y con la precisión y nivel de detalle apropiados, los agentes involucrados en las actividades pueden suplir estas deficiencias y contrarrestar los efectos negativos de una falta de regulación estatal.

5. Las normas de *soft law* que resulten aplicables en virtud de otra norma jurídica o receptadas por la práctica jurisprudencial están siempre bajo el control último del derecho, lo que permite corregir eventuales errores provenientes de la regulación no oficial, que es típicamente descentralizada.

6. Las normas de *soft law* permiten a veces que los sujetos que se autorregulan obtengan una pauta de comportamiento fiable, que experimentan como propia, y que les garantiza mayor seguridad jurídica e igualdad ante la ley. Esto es especialmente útil en aquellos contextos, como la profesión médica, entre otros, en los que una regulación jurídica centralizada fracasaría en ofrecer una guía de conducta adecuada para conjugar la diversidad de intereses en juego.

BIBLIOGRAFÍA

- AUSTIN, J., 1832: *The Province of Jurisprudence Determined*. London: John Murray. Citado por la edición de RUMBLE, W., (ed.), 1995: *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge: Cambridge University Press.
- BANKOWSKI, Z., MACCORMICK, N., MORAWSKI, L. & RUIZ MIGUEL, A., «Rationales for Precedent» (481-501), en MACCORMICK, N. & SUMMERS, R. (eds.), 1997: *Interpreting Precedents. A Comparative Study*. London-New York: Routledge.
- BERNSTEIN, A., 2002: «The Communities that Make Standards of Care Possible», *Chicago-Kent Law Review*, 77: 735-769.
- BOBBIO, N., 2002: *Teoría general del derecho*. Bogotá: Editorial Temis.
- BULYGIN, E., 1966: «La sentencia judicial», *La Ley*, 124, citado por la reproducción de ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E., 2021: *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Trotta.
- 1976: «Sobre la regla de reconocimiento», en BACQUÉ, J. (ed.), *Derecho, filosofía y lenguaje: homenaje a Ambrosio L. Gioja*. Buenos Aires: Astrea, 1976.
- COASE, R. H., 1937: «The Nature of the Firm», *Economica*, 4 (1): 386-405. Citado por la traducción al castellano CONCOME Y BORREL, G., «La naturaleza de la empresa», en COASE, R. H., 1994: *La empresa, el mercado y la ley*. Madrid: Alianza Editorial.
- COLEMAN, J. L., 1992: *Risks and Wrongs*. Oxford: Oxford University Press.
- DE MELO CARTAXO, T., 2016: «Theories of Legal Sources and Soft Law: or the unbearable lightness of ought», *NOVA Law School*, 2015/2016: 1-27.
- DRUZIN, B., 2017: «Why does Soft Law Have any Power Anyway?», *Asian Journal of International Law*, 7 (2): 361-378.
- ESCUDERO ALDAY, R., 2012: «El concepto de Soft Law», en J. J. MORESO y J. L. MARTÍ (eds.), *Contribuciones a la filosofía del derecho. Imperia en Barcelona 2010*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- FAURE, M. y PHILIPSEN, N., 2023: «An economic analysis of soft law as a regulatory tool», ELIANTONIO, M. — KORKEA-AHO, E. y MÖRTH, U. (eds.), *Research Handbook on Soft Law*. Cheltenham, UK. - Northampton, MA, USA: Elgar Publishing.
- FULLER, L., 1969: *The Morality of Law. Revised Edition*. New Haven: Yale University Press.
- GARCÍA YZAGUIRRE, V., 2024: «Regulación del comportamiento mediante normas de soft law. Apuntes para una clarificación conceptual», en este volumen.
- GERSEN, J. E. - POSNER, E., 2008: «Soft Law: Lessons From Congressional Practice», *Stanford Law Review*, 61: 573- 627.

- GUASTINI, R., 1999: *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- 2010: *Le fonti del diritto - Fondamenti teorici*. Milan: Editorial Giuffrè. Citado por la traducción de MORENO MORE, C. E., 2017: *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos*. Lima: Ediciones Legales.
- HART, H. L. A., 1963: *Law, Liberty and Morality*. Oxford: Oxford University Press.
- 1982: *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*. Oxford: Clarendon Press.
- 1994: *The Concept of Law*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press.
- KELSEN, H., 1960: *Reine Rechtslehre*. Viena: Franz Deuticke Verlag, zweite, vollständig neu bearbeitete, und erweiterte Auflage. Citado por la traducción de Vernengo, R., 1979: *Teoría pura del derecho*. México: Universidad Autónoma de México.
- LAPORTA, F. J., 2014: «Gobernanza y *soft law*: nuevos perfiles jurídicos de la sociedad internacional», en RUIZ MIGUEL, A. (Dir.), *Entre Estado y Cosmópolis: Derecho y justicia en un mundo global*. Madrid: Trotta.
- LLEWELLYN, K., 1962: *Jurisprudence. Realism in Theory and Practice*. Chicago: Chicago University Press. Citado por la versión de LLEWELLYN, 2008: *Jurisprudence. Realism in Theory and Practice*. New Brunswick-London: Transaction Publishers.
- MACCORMICK, N. y SUMMERS, R. (eds.), 1997: *Interpreting Precedents. A Comparative Study*. London-New York: Routledge.
- MARMOR, A., 2019: «Soft Law, Authoritative Advice and Non-binding Agreements», *Oxford Journal of Legal Studies*, 39 (3): 507–525.
- MICELI, T. J., 2004: *The Economic Approach to Law*. Stanford: Stanford University Press.
- MOLINA, C., 2024: «Exhortative Legal Influence», *Law and Philosophy*, 43: 131–157.
- MORESO, J. J., 2023: «Uma casa portuguesa. Conversando sobre pragmática con Francesca Poggi», *Analisi e diritto*, 2023: 25-40.
- MORESO, J. J. y NAVARRO, P. E., 1998: «The Reception of Norms, and Open Legal Systems», en PAULSON, S. y LITSCHESKI PAULSON, B. (eds.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Oxford: Clarendon Press.
- NÚÑEZ VAQUERO, A., 2014: «Dogmática jurídica», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 6: 245-260.
- 2022: *Precedentes: una aproximación analítica*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- 2024: «El aspecto institucional del *soft law*», en este volumen.
- OLIVECRONA, K., 1939: *Law as Fact*. Londres: Milford. Citado por la traducción de Cortés Funes, G., 1959: *El derecho como hecho*. Buenos Aires: Depalma.
- PAPAYANNIS, D. M. y RAMÍREZ LUDEÑA, L., 2012: «Desacuerdos teóricos e interpretación del derecho», *Analisi e diritto*, 2012: 249-293.
- PAPAYANNIS, D. M., 2021: «Razonabilidad e incertidumbre en los estándares de diligencia», *Isonomía*, 55: 61-83.
- 2022: «La culpa», en Papayannis, D. M. (Coord.), *Manual de derecho de daños extracontractuales*. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

- PASTORE, B., 2014: «Soft Law y la teoría de las fuentes del derecho», *Soft Power*, 1(1): 75-89.
- PULIDO RIVEROS, J. C., 2018: «El «Soft Law» en el derecho privado: sostén a la teoría de la «nueva Lex Mercatoria»», *Misión Jurídica. Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 14: 223-259.
- RAZ, J., 1979: *The Authority of Law: Essays on law and morality*, Oxford: Oxford University Press.
- 1994: *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press.
- 1999: *Practical reasons and norms*. Oxford: Oxford University Press.
- SCHAUER, F., 2009: *Thinking Like a Lawyer*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- RAMÍREZ LUDEÑA, L., 2018: «The meaning of “literal meaning”», *Analisi e diritto*, 18 (1): 83-101.
- ROSS, A., 1958: *On Law and Justice*. London: Stevens. Citado por la traducción de CARRÍO, G., 1997: *Sobre el derecho y la justicia*. Segunda Edición. Buenos Aires: EUDEBA.
- RUIZ MANERO, J., 1990: *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- SCHAUER, F., 2015: *The Force of Law*, citado por la traducción de RAPETTI, P., *Fuerza de Ley*. Lima: Palestra.
- SENDEN, L., 2004: *Soft Law in European Community Law*. Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing.
- SHAPIRO, S., 2001: «On Hart's Way Out», en COLEMAN, J. L. (Ed.), *Hart's Postscript*. Oxford: Oxford University Press.
- 2011: *Legality*, Cambridge, Mass.-London: Belknap Press of Harvard University Press.
- SNYDER, F., 2023: «Bamboo, or governance through soft law: hybridity, legitimacy, and sustainability», en ELIANTONIO, M. – KORKEA-AHO, E. & MÖRTH, U. (eds.), *Research Handbook on Soft Law*. Cheltenham, UK. - Northampton, MA, USA: Elgar Publishing.
- SOLÉ FELIU, J., 2022: «Estándar de diligencia médica y valor de los protocolos y guías de práctica clínica en la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios», *Revista de Derecho Civil*, IX (3): 1-52.
- VAQUER ALOY, A., 2013: «El Soft Law europeo en la jurisprudencia española: doce casos», *Ars Iuris Salmanticensis*, 1: 93-115.
- VÁZQUEZ, C., 2018: «Lex Artis médica. Acerca del conocimiento experto para determinar el estándar de conducta en la responsabilidad médica», PAPAYANNIS, D. M. y PEREIRA FREDES, E. A. (eds.), *Filosofía del derecho privado*. Madrid-Marcial Pons.
- WRÓBLEWSKI, J., 1974: «Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision», *Rechtstheorie*, 1: 33-46.